UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO
SERIE III MEMORIA XXXI

ROBERTO CAVALLO PERIN

POTERE DI ORDINANZA E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

LE ORDINANZE AMMINISTRATIVE DI NECESSITÀ E URGENZA

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1990

ISBN 88-14-02635-1

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonchè la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1990) Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

A Giorgio e Ada

Capitolo I

IL POTERE DI ORDINANZA DI NECESSITÀ E URGENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. *Il potere di ordinanza nella legalità. Alcuni postulati e intendimenti ricostruttivi.*

Il potere di ordinanza di necessità e urgenza attribuito agli organi della pubblica amministrazione ha con periodicità suscitato l'interesse di molti, sia dei teorici, sia di coloro che nel linguaggio in uso sono designati i « pratici del diritto », con trattazioni estese o semplici notazioni.

In tutti si possono trovare interpretazioni, o semplici notizie, quanto mai preziose per chiunque intenda ripercorrere la storia di un potere che è sopravvissuto a mutamenti istituzionali di rilievo, ritrovando definizioni ed aggiustamenti che tuttavia non sono mai riusciti a toccare le caratteristiche essenziali che lo identificano, quanto meno dalla seconda metà del secolo scorso.

Il potere in esame è associato normalmente all'idea dell'eccezione perché esso è utile proprio in quelle situazioni che differiscono dall'ordinario, ma vi è una seconda ragione più specificamente teorica che può giustificare la normale qualificazione del potere in esame come speciale, eccezionale, straordinario. Il potere di ordinanza di necessità e urgenza del quale sono titolari alcuni organi dell'amministrazione pubblica costituisce un'ipotesi che maggiormente di altre pone in crisi i principî e le teorie che sono comunemente accolte come spiegazione e sintesi del modo di porsi del nostro diritto obiettivo.

Fra queste assume particolare rilievo il principio di legalità

che si ritiene infondere tutta, o gran parte, dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

Nello studio di istituti particolari è inevitabile far uso delle classificazioni e delle regole riconosciute valide in via generale, quanto meno sino a quando le stesse appaiono del tutto inadatte ad accogliere e spiegare la materia specifica oggetto di studio.

In tali casi può anche divenire necessario acconsentire a revisioni di regole, o principî generali, ma nel progredire su tale via interpretativa si introduce inconsapevolmente un'insidia. Può accadere 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.

Pare necessario assumere a priori un limite che sappia offrire all'analisi del particolre la resistenza necessaria a garantire la compatibilità cui si faceva riferimento.

La scelta è caduta sul concetto di legalità, forse anche perché concetto ancora sottoposto a tensioni interpretative che impediscono definizioni esaustive e che lo rendono dunque disponibile a precisazioni e distinguo quanto mai utili ai rapporti con atti ritenuti d'eccezione, ma soprattutto perché nella storia del potere di ordinanza dell'ordinamento italiano non si è quasi mai dubitato che il potere di ordinanza possa fondatamente considerarsi estraneo al principio di legalità.

Con l'avanzare degli studi ci si è accorti che tale delimitazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza era per gli autori molto più di una descrizione, poiché affiorava dagli scritti una profonda scelta di valore, un preconcetto inevitabile, o un postulato che non si poteva superare, o ancora un punto di vista che non si voleva abbandonare.

L'analisi che segue assume questo preconcetto e perciò non si discosta dalla tradizione. La scelta introduttiva spiega in

gran parte la formulazione del titolo del presente lavoro perché con essa si vuole sottolineare la ricerca di un'interpretazione che mantenga nella legalità il potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui è titolare la pubblica amministrazione.

Si viene così ad indicare un limite superato il quale si perdono le caratteristiche essenziali che nel tempo sono valse ad identificare e distinguere il potere di ordinanza di necessità e urgenza della pubblica amministrazione da altri poteri che si fondano su una diversa fonte di legittimazione, hanno una differente natura giuridica ed esplicano un'efficacia che nel nostro ordinamento non può ritenersi uguale.

2. *Ordinanze amministrative di necessità e urgenza e le altre denominazioni che individuano provvedimenti che si riferiscono allo stesso tipo di potere. Le distinzioni dagli altri provvedimenti a presupposto necessitato e dal decreto legge.*

Il potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui sono titolari nel nostro ordinamento alcuni organi dell'amministrazione pubblica è stato quasi sempre individuato attraverso qualificazioni e specificazioni che direttamente definiscono gli atti che scaturiscono dal suo esercizio.

Le parole ordinanza o, più di rado, provvedimento sono infatti normalmente i termini introduttivi delle locuzioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno utilizzato per indicare il potere in esame, non molto diversamente dall'atteggiamento più recente dei loro divulgatori (repertori, riviste, ecc.) i quali tuttavia antepongono in taluni casi il criterio delle materie (1), ove un tempo nel procedimento di classificazione era preferito il riferimento alla competenza dell'organo titolare del potere (2).

---

(1) Ambiente, alimenti e bevande, calamità pubbliche, pubblica sicurezza, sanità, ecc.

(2) Sindaco, prefetto, ecc.

Indifferentemente vengono utilizzate le denominazioni « ordinanze contingibili ed urgenti », « ordinanze sindacali d'urgenza », « provvedimenti di urgenza del sindaco » o « del prefetto », « ordinanze di necessità e urgenza », « ordinanze anche in deroga alla legislazione vigente » e simili, intendendo con tali locuzioni individuare uno stesso tipo di potere della pubblica amministrazione.

Meno frequente è il riferimento diretto con l'uso delle parole « potere di ordinanza di necessità e urgenza », o « potere contingibile e urgente » del sindaco, del prefetto, o di altro organo della pubblica amministrazione.

La parola ordinanza distingue ormai da tempo gli atti che scaturiscono dal potere in esame dai provvedimenti della pubblica amministrazione che, pur avendo anch'essi a presupposto una situazione d'eccezione, trovano il contenuto della loro imposizione già predeterminato dalla legge, sicché agli stessi si è pensato di riservare la diversa denominazione di « atti necessitati » (3).

Tale ultima denominazione è stata forse prescelta perché l'alternativa naturale offerta dalla locuzione « provvedimenti di necessità e urgenza » era ancora troppo di frequente utilizzata per designare le ordinanze di necessità e urgenza (4).

Gli « atti necessitati », che ora possono definirsi senza

---

(3) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, vol. XXVII, 1948, 388 e s.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1975, 715; F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 970.

(4) Pare più agevole distinguere nel *genus* dei provvedimenti della pubblica amministrazione a contenuto predeterminato quelli che possono essere emanati in situazioni di necessità e urgenza (siano esse specifiche o generiche) definendoli "provvedimenti necessitati", riservando invece ai soli atti a contenuto indeterminato la denominazione di "ordinanze di necessità e urgenza". In senso favorevole: A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, XV ed., 1989, 74-75.

equivoci « provvedimenti necessitati », insieme alla generalità degli atti autoritativi della pubblica amministrazione sono considerati « tipici », o « nominati », perché tutti a contenuto (o per altri oggetto) predeterminato dalla legge ed in ragione di ciò delimitano la categoria delle ordinanze di necessità e urgenza della pubblica amministrazione in cui tale previsione manca in tutto, o in parte.

Tale circostanza è forse stata per taluni il motivo principale della qualificazione « ordinanze atipiche » che normalmente è attribuita ai provvedimenti in esame, seppure il termine « tipico », a volte utilizzato come sinonimo di « nominato », richiami altri e più complessi riferimenti teorici che involgono normalmente i rapporti fra autonomie giuridiche (pubbliche o private) e le scelte dell'ordinamento generale dello Stato (5).

Il *nomen juris* di « ordinanze di necessità e urgenza » è oggi (6) di solito riservato nel diritto amministrativo per desi-

(5) Sul concetto di tipicità e nominatività, un tempo strettamente collegato alla causa del negozio giuridico, si veda per il diritto amministrativo: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 551, 580; poi in II ed., 1988, 669, 678; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 616; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, Cedam, 1983, 306 e s. spec 308; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 78, e 308; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, pag. 95 e s., spec. pag. 101, nonché § 103.; lo stesso autore distingue fra nominatività e tipicità in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 304. Da ultimo per un'analisi critica L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1984, 129 e s. Sul concetto di autonomia pubblica di recente si veda: A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, del *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, 30 e s.

(6) Per riferimenti storici del termine si vedano: G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 90; F. BARTOLOMEI, *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979, 10 e s.; A. ORIGONE, voce *Ordinanza*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, Utet, 1939, 296; F. D'ALESSIO, voce *Urgenza (Provvedimenti di)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XII, 1937- 40, 717; R. TRIFONE, voce *Ordinanze*, in *Digesto italiano*, Torino, Utet, 1907, pag. 989.

gnare i provvedimenti emanati da organi monocratici del governo, o delle autonomie locali territoriali, legittimate a « stabilire in deroga alle normali disposizioni di legge » (7).

Si può dunque ritenere che la denominazione « ordinanze amministrative di necessità e urgenza » sia sufficiente ad includere tutti gli elementi di identificazione degli atti in esame.

L'aggettivazione amministrativa è forse divenuta superflua in presenza della diversa denominazione ormai consolidata di decreto legge, un tempo chiamato « ordinanza giuridica » proprio per distinguerla da quelle amministrative (8), ben potendo essere queste ultime individuate senza equivoci con la sola denominazione di « ordinanze di necessità e urgenza ».

Nel corso della trattazione si farà tuttavia uso dell'aggettivazione « amministrativa » come rafforzativo per i casi in cui sia necessario ricordare che agli atti in esame si vorrebbe accordare la natura e l'efficacia di atto amministrativo.

Si vorrà così rimarcare la distinzione che separa le ordinanze amministrative di necessità e urgenza dal decreto legge, non solo perché la competenza è in un caso inderogabilmente attribuita al governo dall'art. 77, comma II, della Costituzione, ma soprattutto perché sussistono inevitabili diversità di natura (amministrativa, ovvero legislativa) e di efficacia (forza di legge, ovvero di atto amministrativo) (9) che esprimono la capacità di deroga nell'uno e nell'altro caso, in conformità al diverso titolo

---

(7) Ancor più si può ritenere che la sola parola ordinanza senza specificazione alcuna valga di norma ad individuare i provvedimenti in esame, fatte salve ipotesi particolari come nel caso dei provvedimenti del Sindaco ove, a fianco di ordinanze nel senso qui esposto, sono così chiamati anche i provvedimenti (tipici) in esecuzione di leggi e regolamenti.

(8) A. ORIGONE, voce *Ordinanza*, cit., 297; A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 10 e s.; ID., *Sulle ordinanze di necessità*, Napoli, 1890, poi in *Scritti....*, cit., 75.

(9) Che spiegano anche la diversa procedura che il decreto legge deve seguire, la quale, come è noto, impone la conversione in legge entro 60

della norma attributiva dei due poteri, poiché nel nostro ordinamento le norme sulla produzione di atti aventi forza di legge non possono non essere di rango costituzionale (10).

Le ordinanze in esame sono dunque provvedimenti definiti anzitutto dalla necessità e urgenza, poiché queste sono le situazioni presupposte in cui è legittima la loro emanazione, ma altresì perché tale binomio contribuisce a modellare, di per sé o congiuntamente ad altri enunciati, molti elementi dell'atto o del procedimento (11).

Il secondo aspetto specifico è dato dalla mancanza nelle disposizioni attributive del potere di ordinanza della definizione di ciò che la pubblica amministrazione può imporre ai soggetti dell'ordinamento: che vedremo da alcuni definito contenuto e da altri oggetto del potere.

Questa assenza di definizione è la caratteristica peculiare del potere di ordinanza di necessità e urgenza e spiega perché in taluni casi lo si veda denominato come potere a contenuto indeterminato, intendendosi forse con ciò designare la mancanza di una predeterminazione in legge della definizione del contenuto, o oggetto, del provvedimento, non la sua indeterminabilità da parte del diritto obiettivo.

Questa specificità è al contempo l'aspetto più misterioso del potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui è titolare la pubblica amministrazione nel nostro ordinamento, dal quale sono derivati molti equivoci sulla natura e sull'estensione del-

---

giorni dalla loro pubblicazione. Per tutti: C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, par. 18.

(10) L'articolo 70 della Costituzione attribuisce infatti l'esercizio della funzione legislativa « collettivamente » alle due Camere, sicché anche per questo ogni diversa imputazione del potere di produrre atti aventi forza di legge deve essere posta in norme di rilievo costituzionale, così come avviene per gli articoli 76, 77 e 78 Cost..

(11) I riferimenti sono indicati *infra*. Si veda comunque: Cons. di Stato, sez. V, 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. amm.*, 1979, 1263.

l'efficacia derogatoria delle ordinanze di necessità e urgenza emanate da organi della pubblica amministrazione.

Queste due peculiarità sono comuni a tutte le ipotesi di ordinanze amministrative di necessità e urgenza comunque denominate, perché scaturiscono da un unico tipo di potere che mantiene caratteristiche e problematiche unitarie.

Si preferisce usare la denominazione che direttamente si riferisce al potere della pubblica amministrazione e non agli atti (ordinanze di necessità e urgenza), poiché con la prima si richiama maggiormente l'attenzione sulle « energie » giuridiche che sono all'origine di tutte le vicende riconducibili alle singole ordinanze di necessità e urgenza, con più immediato riferimento alla capacità degli organi che sono titolari del potere stesso.

3. *Il potere di ordinanza di necessità e urgenza e il suo fondamento in disposizioni di legge. Analisi e ricognizione normativa.*

Il potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui sono titolari organi della pubblica amministrazione è previsto nel nostro ordinamento in norme di legge che generalmente sono disposizioni di legge ordinaria, salvo ipotesi particolari (Statuto della Regione Trentino Alto Adige) di diretta determinazione in legge costituzionale. Tutte verranno denominate nel corso della trattazione come disposizioni attributive del potere di ordinanza.

Normalmente si suole fare riferimento ad una pluralità di articoli collocati nei più diversi testi legislativi.

Non senza qualche contrasto i riferimenti più frequenti sono stati: gli articoli 2 e 216 del r. d. 18 giugno 1931, n. 773, t. u. delle leggi di pubblica sicurezza; l'articolo 153 (12) del r. d.

---

(12) Contrasti sono sussistiti in ordine alla reviviscenza dell'articolo 153 del r. d. n. 148 del 1915, t.u. delle leggi comunali e provinciali, cit., a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 10 della l. 16 maggio 1960, n. 570, t.

4 febbraio 1915, n. 148, t. u. delle leggi comunali e provinciali; gli articoli 19, comma III, (modif. con l. 8 marzo 1949, n. 277), 20 e 55 del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, t. u. delle leggi comunali e provinciali (13); gli articoli 129, 217, 258 e 261 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, t. u., delle leggi sanitarie; l'articolo 6 della l. 13 marzo 1958, n. 296; l'articolo 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, di riforma sanitaria; l'articolo 7 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo (14); nonché l'articolo 77 dello Statuto della Regione Trentino Alto Adige.

---

u. sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali e provinciali. La giurisprudenza non pare tuttavia avere subito il fascino del formalismo, anche se è stato più frequente veder citato l'art. 153 cit. e molto meno l'art. 55 del successivo t. u. n. 383 del 1934, cit. L'indifferenza è dovuta al fatto che le diversità testuali sono state superate in via interpretativa. *Nelle more di stampa è entrata in vigore la l. 8 giugno 1990, n. 142 di riforma delle autonomie locali la quale, abrogando i citati articoli dei precedenti testi unici delle leggi comunali e provinciali, ha provveduto ad attribuire all'art. 38 il potere contingibile ed urgene del sindaco. L'art. 64 della nuova legge ha escluso dall'abrogazione gli articoli 19 e 20 del r. d. n. 383 del 1934 che continuano dunque a disciplinare insieme all'art. 2 del r. d. n. 773 del 1931 il potere prefettizio di necessità e urgenza.*

(13) L'art. 20 del r. d. n. 383 del 1934, t. u. delle leggi comunali e provinciali, cit., nonché forse solo in parte l'art. 55 dello stesso testo unico e l'art. 153 del r. d. n. 148 del 1915 che lo precede, hanno subito l'entrata in vigore dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, di riforma sanitaria., nonché, ma è controverso, i trasferimenti di competenza operati a favore delle autonomie locali da numerosi atti legislativi fra i quali si ricorda il d. p. r. 2 luglio 1977, n. 616. Favorevole a tale interpretazione: A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit.,1984, 75 e 411; cfr. ALBERTI, *Poteri di urgenza del presidente della giunta regionale e del sindaco*, in *Quaderni regionali*, 1982.

(14) Molto discusso è se l'art. 7 della l. n. 2248, all. E del 1865, cit., sia disposizione di per sé attributiva di un potere di ordinanza e non piuttosto una norma che si « limita a regolare le modalità e i riflessi dell'esercizio dei vari poteri di ordinanza in quei casi in cui abbiano per oggetto beni privati », A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1984, 76. M. S. GIANNINI, *Lezioni*, 1950, cit., 107, ritiene che determini l'oggetto di ordinanze previste da altre norme; di-

L'elencazione, anche quando è presentata come puramente esemplificativa, esprime in verità quasi sempre una coerenza con l'analisi che gli autori conducono sul potere di ordinanza di necessità e urgenza, rivelando così gran parte delle scelte interpretative che gli stessi offrono sul potere medesimo.

Analogamente si provvederà nel corso del lavoro a chiarire quali fra le norme di legge indicate appaiono correttamente riconducibili al concetto di disposizione attributiva del potere di ordinanza cui si perverrà con il progredire dell'analisi.

Le disposizioni di legge qui richiamate infatti non possono dirsi tutte omogenee, poiché alcune contengono enunciati che in altre mancano, o perché sono in tutto, o in parte differenti.

Nella gran parte dei casi si tratta di un rapporto di genere a specie, ma talvolta pare di poter individuare solo una relazione di complementarità fra norme, nel senso che reciprocamente l'una (in tutto o in parte) dispone proprio ciò che l'altra non definisce, rivelando una profonda diversità di struttura normativa che impedisce ogni conveniente associazione (15).

In tali casi si può anche ritenere che entrambe le disposizioni di legge contribuiscano in un caso determinato a definire il potere, ma solo una di esse riesce a qualificarsi come disposizione attributiva del potere di ordinanza perché si è detto, questa è caratterizzata da un presupposto di necessità e urgen-

---

versa appare l'opinione di A. ROMANO, *Le requisizioni fra sindaci prefetti e giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1978, III, 175. Ma sul punto si veda *infra*. In giurisprudenza si confrontino: Cass. civ., sez. un., 19 maggio 1982, n. 3082, in *Foro it.*, 1982, I, 2861; Cons. di Stato, sez. I, 1 luglio 1977, n. 645, *ivi*, 1978, 173; Cons. di Stato, sez. VI, 6 dicembre 1985, n. 605, *ivi*, 1985, III, 461; T. A R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n. 430, *ivi*, 1986, III, 315.

(15) Ci si riferisce all'art. 7 della l. 22 marzo 1865, n. 2248, all. E, nonché all'art. 258 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, che, a fianco di alcune norme di azione, prevedono in tutto, o in parte, il contenuto dell'imposizione (norme di relazione), rispettivamente: i beni in proprietà privata e le prestazioni conformi alla propria condizione, arte o professione. Ma su ciò *infra*.

za e ancor prima dalla non esplicitazione del contenuto dell'atto.

Le disposizioni indicate sono quelle che tradizionalmente individuano il potere di ordinanza di necessità e urgenza della pubblica amministrazione, ma recentemente a riprova dell'attualità dell'istituto non sono mancate nuove disposizioni di legge attributive del potere stesso.

Così l'articolo 12 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915, in materia di discariche di rifiuti solidi urbani, nonché l'articolo 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del ministero dell'ambiente e gli articoli 7 e 8 della successiva l. 3 marzo 1987, n. 59, sul funzionamento del ministero stesso.

In occasione dei terremoti del Friuli, della Campania e della Basilicata, rispettivamente con d.l. 18 settembre 1976, n. 648 (conv. in l. 30 ottobre 1976, n.730) e con d.l. 26 novembre 1980, n. 776 (conv. in l. 22 dicembre 1980, n. 874) è stato conferito in via temporanea al Commissario di governo, nominato ai sensi dell'art. 5 (16) della l. 8 dicembre 1970, n. 996, il potere di adottare « anche in deroga alle norme vigenti ogni provvedimento opportuno e necessario ».

Non molto diversamente stabiliscono infine l'articolo 84, comma II, della l. 14 maggio 1981, n. 219, che converte in legge con modificazioni il d.l. 19 marzo 1981, n. 75 (ulteriori interventi a favore delle popolazioni colpite dal terremoto della Calabria e della Basilicata del 1980-81) e l'articolo 1 del d.l. 12 novembre 1982, n. 829 (conv. in l. 23 dicembre 1982, n. 938 (interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite da calamità naturali o eventi eccezionali) (17).

---

(16) Il quale, insieme all'art. 6, già di per sé parrebbe prevedere un potere di ordinanza in materia di organizzazione dei servizi.

(17) Ma si vedano altresì: art. 122 del d.lg. 13 febbraio 1964, n. 185, ordinanze in materia di emergenza nucleare; d.l. 26 maggio 1984, n. 159, (conv. in legge con modif. dalla l. 24 luglio 1984, n. 363) interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dai movimenti sismici del 29 aprile 1984

Fatte salve le ridondanze le norme sopra indicate si distinguono principalmente perché attribuiscono il potere di ordinanza di necessità e urgenza a diversi organi della pubblica amministrazione, i quali sono sempre organi di enti territoriali: dell'amministrazione locale (sindaco, presidente della giunta regionale), ovvero dell'amministrazione centrale (ministro dell'interno, ministro della sanità, ministro dell'ambiente) o periferica (prefetto) dello Stato, distribuendo le competenze in ragione di un riparto per materia e per territorio.

L'esempio più classico di struttura normativa di disposizioni attributive del potere di ordinanza è stato da sempre fornito dall'art. 2 del r. d. 18 giugno 1931, n. 773: « Il prefetto, nel caso di urgenza o (18) per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ».

In altre (19) si possono trovare esplicitate le materie di in-

---

in Umbria e del 7 e 11 maggio 1984 in Abruzzo Molise, Campania; d.l. 24 settembre 1985, n. 480, (conv. in legge con modif. da l. 21 novembre 1985, n. 662) interventi urgenti in favore dei cittadini colpiti dalle catastrofi del 19 luglio 1985 in Val di Fiemme e per la difesa di fenomeni franosi di alcuni centri abitati; d.l. 19 settembre 1987, n. 384, (conv. in legge con modif. dalla l. 19 novembre 1987, n. 470) disposizioni urgenti in favore dei comuni della Valtellina, Val Formazza, Val Brembana, Val Camonica, e delle altre zone dell'Italia settentrionale e centrale colpiti dalle avversità atmosferiche del gennaio 1987.

(18) La lettera « o » è sempre stata interpretata come copula, sicché il binomio necessità e urgenza si ritiene individui un'unica situazione presupposto. Il punto è pacifico in giurisprudenza da tempo, per tutti: Cons. di Stato, sez. V, 30 aprile 1948, n. 255, in *Foro it.*, 1948, III, 194; Cons. di Stato, sez. V, 20 giugno 1947, n. 244, in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 29.

(19) Così l'art. 55 del r.d. n. 383 del 1934, t.u. delle leggi com. e prov., cit.: « Il podestà adotta i provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di edilità polizia locale e igiene, per motivi di sanità o sicurezza pubblica, e fa eseguire gli ordini relativi a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale qualora il fatto costituisca reato. ».

Nell'art. 153 del precedente t.u. delle leggi com. e prov. (r.d. n. 148

tervento del potere con espressione distinta rispetto ai motivi, o alle categorie di fini di interesse pubblico, che si impongono come oggetto di tutela agli organi della pubblica amministrazione.

In tutte manca, come si è detto, ogni riferimento al tipo di prestazione che la pubblica amministrazione può addivenire ad imporre ai destinatari con il potere di ordinanza di necessità e urgenza, fatta salva un'esplicita, o implicita, delimitazione dettata dalla necessità di prescegliere il contenuto che di volta in volta sia strettamente utile alla tutela degli interessi pubblici in pericolo.

4. *La normale presentazione dei limiti al potere di ordinanza. Loro svolgimento e possibile conflitto con i risultati delle analisi su istituti generali. Formulazioni di eccessiva sintesi ed equivoci interpretativi. La legittimità delle ordinanze come disciplina esclusiva del potere.*

La presentazione della ordinanze di necessità e urgenza è dalla dottrina normalmente introdotta ricordando che le stesse sono provvedimenti amministrativi di cui l'amministrazione è legittimata a far uso in situazioni impreviste, eccezionali, urgenti, nelle quali si rivelano inutili i poteri previsti dalla normazione ordinaria.

La disciplina giuridica del potere di ordinanza nel nostro ordinamento è normalmente ricondotta in dottrina a due tipi di limiti che ne circoscrivono la validità.

Il primo discende dalla qualificazione delle ordinanze come provvedimenti dell'amministrazione, con conseguente possi-

---

del 1915) la distinzione non compare facendosi esclusivo riferimento alle materie. Il mutamento tuttavia non ha mai sortito, come vedremo, una diversa interpretazione della norma attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente del sindaco. *Scompare la doppia determinazione nella recente riforma di cui all'art. 38 della l. 8 giugno 1990, n. 142.*

bilità di ritrovare i ben noti vizi di legittimità dell'atto amministrativo nelle sue tre classiche versioni dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e, seppur raramente ed in ipotesi molto particolari, della violazione di legge.

Il secondo tipo di limiti è presentato invece come specifico, o di particolare importanza per il potere in esame, e discende dalla possibilità che è conferita alle ordinanze di necessità e urgenza di porre in essere statuizioni di vario contenuto, anche in deroga alla legislazione vigente, cioè contenuti non predeterminati dalla legge che di volta in volta sono ritenuti necessari a risolvere la situazione di pericolo in atto.

Tale efficacia in deroga, che scaturisce dalle vigenti disposizioni di legge che attribuiscono agli organi della pubblica amministrazione il potere di ordinanza (20), non può tuttavia mai involgere i « precetti costituzionali e i principî generali dell'ordinamento » e, in ogni caso, deve avvenire nel rispetto delle riserve assolute e relative fissate dalla Costituzione (21).

Le trattazioni proseguono occupandosi quasi esclusivamente della disciplina giuridica che delimita i vizi di legittimità del potere di ordinanza rilevando l'ampio spazio di azione che è riconosciuto alla pubblica amministrazione in situazioni di necessità e urgenza.

La delimitazione dei principî dell'ordinamento, dei precetti

---

(20) Così G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza*, cit., 93 e nt. 1, il quale rileva che il rapporto in deroga si instaura unicamente in forza degli enunciati posti nelle disposizioni di legge attributive del potere di ordinanza.

(21) Le parole in testo sono in parte citate e in parte parafrasate da: A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1984, cit., 73; ma per tutti si vedano altresì: M. S. GIANNINI, *Lezioni*, 1950, cit., 130; G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza*, cit., 94; Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, 602; Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, *ivi*, 1961, 525; ma si vedano altresì le successive sentenze della stessa Corte costituzionale: 12 gennaio 1977, n. 4, in *Foro it.*, 1977, I, 276; 3 aprile 1987, n. 100, in *ID.*, 1987, I, 1671; 28 maggio 1987, n. 201 e 30 dicembre 1987, n. 617, entrambe in *ID.*, 1988, I, 3538; ma è affermazione universalmente accolta.

costituzionali e del rispetto delle riserve di legge, non ricevono normalmente esplicazione diversa dalla semplice constatazione che il potere in esame costituisce nel nostro ordinamento un'ipotesi di « deroga in parte », o « una restrizione, più che un'eccezione » del principio di legalità dell'azione degli organi della pubblica amministrazione (22).

Il rapporto di compatibilità parrebbe dunque ritrovato attraverso un affievolimento dei precetti che si ritengono dar contenuto al principio di legalità, il quale cederebbe, seppur solo « in parte », alle esigenze della necessità, che può richiedere all'occorrenza un'intervento del potere amministrativo con contenuti d'eccezione, ossia contenuti che, seppure non previsti dalle leggi che attribuiscono posizioni d'autorità agli organi della pubblica amministrazione, siano strettamente utili a fornire un'adeguata tutela degli interessi pubblici in pericolo.

La linearità e semplicità dell'argomentare comincia a rivelare problemi e difficoltà esplicative non appena si tenti di superare una sintesi in sé completa, ma che mantiene implicite, o più precisamente non rivelate, le ragioni essenziali ed i limiti di una « restrizione » che consente di pervenire a ritenere compatibile il potere in esame con il principio di legalità.

L'affermazione secondo la quale il potere di ordinanza

---

(22) Così espressamente per il rapporto con il principio di legalità: A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1989, 75, 597; M. S. GIANNINI, *Lezioni*, 1950, 95; per l'atteggiamento in generale si segnalano le opere monografiche più importanti: L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 79 e s.; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954, 142 e s.; G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza*, cit., 94 e s.; F. BARTOLOMEI, *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979, 121 e s.; ID., voce *Ordinanza*, 975; gli autori più recenti paiono invece dedicare un maggiore spazio esplicativo: S. AMOROSINO, *Il coordinamento amministrativo della ricostruzione e sviluppo delle regioni terremotate*, Padova, Cedam, 1984, 25 e s.; D. RESTA, *Normazione d'urgenza: i poteri del commissario straordinario per il terremoto*, Padova, Cedam, 1983, 42 e s., 64 e s., 87 e s.

non può derogare ai precetti costituzionali può apparire un pleonasmo anche ove la si interpreti come modo mediato di sottolineare che in materia, mancando un intermedio legislativo in ordine al contenuto del potere, è da ritenersi normale un rapporto diretto fra atto amministrativo e norma costituzionale.

Non è chiaro infatti quali siano le ragioni specifiche che il potere di ordinanza potrebbe opporre alla possibilità che il principio di gerarchia trovi applicazione anche per le norme che definiscono il potere in esame.

Anche volendo ricondurre l'efficacia in deroga del potere di ordinanza alla forza di legge della norma attributiva del potere di ordinanza questa infatti permarrebbe comunque soggetta alla Costituzione.

È possibile che la ragione di una necessità di pervenire a ribadire l'impossibilità di un'applicazione del principio di specialità, con conseguente normale attuazione del principio di gerarchia, debba essere ricercato in diverse e più complesse vicende che scaturiscono dall'interazione della disposizione attributiva del potere di ordinanza con altre norme dell'ordinamento legislativo, anche di rilievo costituzionale, le quali tutte potrebbero essere chiamate a contribuire alla definizione in concreto di un determinato contenuto del potere.

La seconda affermazione che richiede il rispetto delle riserve di legge anche da parte del potere di ordinanza di necessità e urgenza appare formulata in modo eccessivamente rassicurante e lo diviene ancor più quando pare che si voglia avanzare l'idea che l'intervento del potere in materia sia solo « una » delle ipotesi che lo stesso condivide con l'altra di un intervento al di fuori delle materie riservate alla legge (23).

Permane comunque da dimostrare come si giunga ad una compatibilità degli enunciati delle riserve relative di legge, che

---

(23) Così: G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza*, cit., 95 e s.; cfr. F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, cit., 970, 971.

comunemente si ritiene impongano quanto meno la prefissione di « principî e criteri direttivi », ed il potere in esame fondato sul contingibile, poiché, come taluno a rilevato, la loro osservanza appare improponibile in sede di esercizio del potere di ordinanza (24).

Il limite dei principî dell'ordinamento giuridico, normalmente proprio a tutti gli atti amministrativi provvedimento, o normativi, parrebbe sottolineare l'ampio spazio creativo lasciato al potere della pubblica amministrazione, il quale è così sottratto alla disciplina stabilita dalla legge che è di solito di maggior dettaglio.

Le analisi sul potere di ordinanza hanno da tempo evidenziato (25) che questi è caratterizzato proprio dalla possibilità di liberare la pubblica amministrazione dai vincoli di procedura, imposti in genere dalla legge, o in taluni casi dai principî, ove risultino incompatibili con le impellenti esigenze dell'urgenza di provvedere (26).

In tali casi la norma principio diverrebbe anch'essa disponibile alle ragioni dell'urgenza, non ergendosi mai a limite insuperabile dell'efficacia in deroga della norma attributiva del potere di ordinanza, ma offrendosi solo come limite relativo per i casi in cui non risulti indispensabile pervenire ad una violazio-

(24) F. BARTOLOMEI, *Il potere*, cit., 121.

(25) Per riferimenti di dottrina si vedano in particolare *infra* i capitoli IV e VI. In giurisprudenza: T.A.R. Basilicata, 22 giugno 1984, n. 79, in *T.A.R.*, 1984, I, 2867; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 4 giugno 1980, n. 615, in *T.A.R.*, 1980, I, 3066; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in *T.A.R.* 1980, I, 3046; Trib. Sup. Acque Pubbl., 20 marzo 1980, n. 4, in *Cons. di Stato*, 1980, II, 463.

(26) Sentire gli interessati prima dell'emanazione del provvedimento, procedere alla previa richiesta di pareri di organi consultivi incardinati nella stessa amministrazione dell'organo emanante, o di altre amministrazioni, ecc. Sulla rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento si veda per tutti: V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 e s.

ne della regola di procedura normalmente operante per un determinato potere dell'amministrazione.

Tale modo di atteggiarsi del potere di ordinanza verso la gran parte delle norme sul procedimento parrebbe esprimersi senza differenze di rilievo sia nel caso di norme principio sia di specifiche disposizioni di legge, avviando così l'interprete ad individuare nel contenuto di queste la ragione del dispiegarsi dell'efficacia in deroga delle disposizioni attributive del potere di ordinanza, indipendentemente dalla forma principio, o di dettaglio, in cui le stesse siano state espresse.

I rilievi che precedono sono un saggio di quanto la linearità delle affermazioni che individuano i limiti dell'efficacia in deroga della norma attributiva del potere di ordinanza sia agevolmente posta in crisi non appena si cerchi di dar loro svolgimento e specificazione.

Si offrono spazi d'interpretazione da cui possono sorgere non pochi equivoci, proprio perché non preclusi e dissolti da un'analisi di più ampio respiro che parrebbe utile proseguire anche di fronte al potere di ordinanza, senza ritenere il rinvio alle trattazioni di ordine generale, sulle riserve di legge, sui principî dell'ordinamento, o quant'altro, una disamina di per sé sufficiente a dar spiegazione anche del caso di specie che è normalmente ritenuto un'eccezione, o secondo altri una semplice « restrizione ».

L'assenza di tale sforzo interpretativo ha agevolato nel tempo le analisi che del potere di ordinanza ponevano in rilievo gli aspetti di disciplina che attengono all'esercizio del potere, con conseguente quasi esclusiva considerazione dei vizi di legittimità delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

I silenzi delle analisi su argomenti che da questi si distinguono hanno ingenerato il profondo convincimento di trovarsi di fronte ad un potere di ordinanza avanti al quale le barriere

costituite dalle definizioni dei diritti soggettivi offerte dal legislatore sono agevolmente infrante dalle ragioni della necessità e urgenza.

Lo schema seguito è quello di un giudizio d'utilità al provvedere che se fosse confermato si porrebbe come vera e propria eccezione (e non semplice restrizione) della disciplina che discende dalle concezioni più radicali del principio di legalità e che comunque porrebbe serie difficoltà a ogni tentativo di considerare compatibile il potere stesso con i precetti costituzionali che impongono riserve di legge relative nel nostro ordinamento.

Necessità e urgenza, contingenza, polizia locale, igiene pubblica, qualità di ufficiale di governo, o capo dell'amministrazione locale, incompetenza, sanità e sicurezza pubblica, ordine pubblico, ecc., sono i termini sui quali le analisi sul potere di ordinanza paiono intrattenersi quasi esclusivamente.

Eppure nella dottrina dei primi anni del secolo non era mancata una maggiore considerazione in ordine al limite dei principî dell'ordinamento giuridico, senza tuttavia voler enfatizzare cenni esplicativi che risultano oggi di non facile ed univoca interpretazione (27).

Lo stesso giudice ordinario, come vedremo, non molti anni or sono pare aver subito l'influsso culturale di quella che nel nostro secolo può considerarsi la prevalente interpretazione del potere di ordinanza.

---

(27) Sul punto si tornerà con citazioni più esaustive, si vedano in via d'esempio: E. BONAUDI, *Dei provvedimenti di urgenza del sindaco*, Torino, Bocca, 1907, 269 e s.; ma si confronti: D. CARUSO INGHILLERI, *La potestà di ordinanza del sindaco*, in *Il Filangeri*, 1908, 34-35, il quale a pag. 35 chiude il paragrafo sul limite dei principî con la seguente considerazione: « Ma non è da questo punto di vista che interessa l'argomento, bensì da quello relativo agli elementi speciali dell'ordinanza sindacale », ove per questi ultimi si intendono il carattere contingibile e urgente, la sanità e la sicurezza pubblica, ecc.

Le occasioni offerte al giudice civile (28) di affermare la propria giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la tutela di diritti soggettivi offesi dall'emanazione di ordinanze amministrative di necessità e urgenza (poiché il petitum sostanziale era di contestazione dell'esistenza del potere pubblico) si fondarono su motivazioni in cui il peso delle elaborazioni, tradizionalmente proprie del giudice amministrativo, appare preponderante.

Il ritaglio di giurisdizione fu cercato infatti attraverso la distinzione fra enunciati della disposizione attributiva del potere di ordinanza che importano un apprezzamento discrezionale rispetto a quelli che invece consentono di essere apprezzati oggettivamente, verso i quali il giudice civile sentiva possibile estendere la propria giurisdizione, denominando in taluni casi questi aspetti del potere di ordinanza come vere e proprie « *condicio juris* » del potere, l'assenza delle quali determina un'ipotesi di carenza di potere (29).

---

(28) Per il giudice penale occorre ricordare che lo stesso negli anni cinquanta-sessanta fu impegnato dalla questione, molto controversa, relativa alla sua possibilità di sindacare la legittimità dell'atto anche per il vizio di eccesso di potere. In dottrina per tutti E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ordini illegittimi*, in *Giust. pen.*, 1951, II, 935; ID., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1960, 205. In giurisprudenza, contrari: Trib. di Urbino, 10 marzo 1951, imp. Venturini, in *Giur. it.*, 1951, II, 140; Pret. di Modena, 29 maggio 1954, imp. Messori, in *Foro it.*, 1955, II, 139 (in *obiter dictum*); Cass. pen., sez. un., 2 luglio 1955, imp. Pozzolino, in *Foro it.*, 1955, II, 217 (in *obiter dictum*); Cass. pen., sez. III, 30 aprile 1957, imp. Gianduzzo, in *Giust. pen.*, 1957, II, 516 (in *obiter dictum*); Trib. Milano, 27 giugno 1968, Rizzo, in *Foro padano*, 1968, I, 917; a favore: Pret. di Lentinara, 14 ottobre 1949, imp. Bianchi, in *Riv. pen.*, 1950, II, 56; Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 1970, imp. Loria, in *Giust. pen.*, 1972, II, 96; Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Foro it.*, 1971, I, 2101.

(29) Si vedano fra le altre: Cass. civ., sez. un., 21 agosto 1972, n. 2693, in *Foro it.*, 1973, I, 3030; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 1974, n. 3500, in *Giust. civ.*, 1975, I, 419; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3832, ID., 1976, I, 239. In dottrina F. BARTOLOMEI, *Il potere...*, cit., 133 e s.

Una attenta disamina dei dispositivi delle sentenze indicate può rivelare come vedremo altre possibilità interpretative, ma sin d'ora non si può non riconoscere che il giudice ordinario ha avuto non poche difficoltà a motivare le proprie sentenze con ragioni diverse da quelle appartenenti alla tradizione culturale del giudice amministrativo, forse perché anch'esso si trovava a verificare la misura della legalità del potere in esame sui soli enunciati delle disposizioni attributive del potere d'ordinanza di necessità e urgenza.

Queste, essendo state studiate quasi esclusivamente come norme di disciplina dell'esercizio del potere di ordinanza, si configurano normalmente come premessa maggiore naturale del sillogismo giudiziale attribuito dal nostro ordinamento alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In tale quadro interpretativo il limite dei principî dell'ordinamento giuridico appare orpello dottrinale più che disciplina della legalità del potere di ordinanza di necessità e urgenza, favorendo una *interpretatio abrogans* sicuramente non voluta, ma che avviene perché in concreto è limite ancor oggi ignoto, perché non precisato, perché infine parrebbe stato rimosso dall'analisi.

5. *Le tesi degli autori dei primi anni del secolo e di altri più recenti a confronto. In tutti una comune intuizione. La necessità di una partecipazione legislativa nella determinazione del contenuto dell'ordine.*

Una regola non scritta, ma quasi sempre seguita dalla pubblica amministrazione ha consentito all'interpretazione sinora ricordata di sopravvivere per più di mezzo secolo senza essere posta seriamente in crisi.

Difficilmente infatti 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 ».

La formulazione non sempre corretta delle ordinanze che facilmente risultavano viziate di eccesso di potere e le oscillazioni giurisprudenziali in materia di competenza, consentivano comunque alle sentenze di annullamento del giudice amministrativo di espungere dall'ordinamento le scelte dell'amministrazione che più si discostavano dalla tradizione.

Il tal guisa il potere di ordinanza attribuito alla pubblica amministrazione per far fronte alle situazioni « imprevedibili » rischia di essere paradossalmente circoscritto da una regola di buon senso che guarda con diffidenza ogni contenuto non già conosciuto e sperimentato dalla prassi giurisprudenziale.

Le difficoltà aumentano e divengono insuperabili nei periodi di forti mutamenti sociali, in cui occorre con maggior frequenza affrontare nuovi, o inconsueti, conflitti che il legislatore non ha risolto in via generale e astratta e che involgono interessi che rientrano nelle definizioni di materia, o di motivi, indicati dalle disposizioni attributive del potere di ordinanza, o più semplicemente concretizzano situazioni che sono riconducibili ai presupposti di necessità e urgenza dalle stesse indicate.

In tali casi infatti si pone seriamente il quesito se, una volta osservate le regole che sono poste a presidio di un corretto esercizio del potere, la pubblica amministrazione possa pervenire a disporre di ogni cosa, ad imporre qualsiasi prestazione, o divieto.

Si è detto che molte volte la giurisprudenza amministrativa ha sollevato l'interprete dal problema poiché ha censurato le ordinanze per incompetenza, o mancanza dei presupposti di necessità e urgenza, ma se la situazione ambientale divenisse più grave e l'ordinanza fosse emanata da un organo competente con contenuti non generali e astratti, si sarebbe potuto disporre il divieto di commercializzazione e di abbandono in tut-

to il territorio comunale dei sacchetti di plastica? (30)

Analogamente in tempi meno recenti le ordinanze sindacali di requisizione d'azienda sono state quasi sempre censurate per incompetenza, poiché secondo un vecchio convincimento le requisizioni di cose in proprietà sono al sindaco consentite solo nei casi in cui l'urgenza sia tale da impedire un tempestivo intervento prefettizio.

Ma il prefetto avrebbe potuto disporne? Qualora si ritenesse superata l'indicata interpretazione dell'art. 7 della l. 22 marzo 1865, n. 2248, all. E. (31) potrebbe il sindaco effettuare la requisizione d'azienda?

In alcuni autori dei primi anni del secolo si possono ritrovare le tracce degli strumenti offerti dalla dottrina del tempo per tentare di rispondere a consimili questioni, tracce che non si perdono, ma che riaffiorano nel tempo e che si possono leggere anche nelle trattazioni degli autori più recenti.

Per gli autori dei primi del secolo le ordinanze in esame, anche ove dispongano *praeter legem*, non possono mai « eccedere le attribuzioni del potere esecutivo » (32).

In uno scritto monografico dedicato per gran parte alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza della metà del

---

(30) Per tutti T.A.R. Toscana, 20 luglio 1987, n. 642, in *Foro it.*, 1988, III, 519.

(31) Riconoscono una competenza sindacale propria di disporre della proprietà privata, in parte sulla scorta dell'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, di riforma sanitaria: Cons. di Stato, sez. VI, 6 dicembre 1985, n. 605, in *Foro it.*, 1985, III, 461; 23 marzo 1982, n. 136, in *Id.*, *1982*, III, 236; T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n. 430, in *Id.*, *1986*, III, 315.

(32) E. Bonaudi, *Dei provvedimenti*, cit., (1907), 269; D. Caruso Inghilleri, *La potestà*, cit., (1908), 35; si confrontino con: F. Cammeo, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte II, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1905, 286 e s.

secolo (33) si dichiara di applicare al caso la nota distinzione fra norme di azione e norme di relazione (34).

« La norma infatti attribuendo un potere discrezionale su una data materia con la possibilità di sacrificare diritti individuali, garantisce i diritti stessi in tale materia al di fuori della sfera di azione riconosciuta alla amministrazione. Questo rilievo che parrebbe applicabile soltanto al potere tipico riguarda anche il potere di ordinanza il quale è limitato dai principî generali e dalla legge costituzionale » (35).

Il riferimento alle norme di relazione introduce un limite al potere di ordinanza differente dalle norme che definiscono il corretto esercizio del potere ed esplicitamente riconduce il potere di ordinanza entro le direttrici teoriche normalmente conosciute per i poteri a contenuto predeterminato dal legislatore e detti « nominati ».

Il ragionamento appare solo abbozzato e si richiude subito dopo nella delimitazione, che permane generica, dei principî generali e della legge costituzionale.

Ciò che non si comprende tuttavia è se la norma attributiva del potere di ordinanza conferisca, o contribuisca ad attribuire, posizioni di potere più avanzate nella « dialettica autorità-libertà » (36), se con il potere di ordinanza la pubblica amministrazione può pervenire a superare i normali confini previsti dalle norme di relazione a tutela dei diritti soggettivi del cittadino (37).

---

(33) U. Gargiulo, *I provvedimenti di urgenza*, cit., (1954), 142.

(34) E. Giucciardi, *La giustizia amministrativa*, III ed. Padova, Cedam, 1954, 33; Id., *Concetti tradizionali e principî ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.* II, 1937, 51 e s.

(35) U. Gargiulo, *op. loc. cit.*

(36) G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim.*

(37) Gli esempi riportati dall'autore a pag. 143 dell'op. cit., non sono di immediata intelligibilità, poiché la negazione di una fuoriuscita dal potere considerato proprio della pubblica amministrazione si ha soprattutto attraver-

Più di recente si è ritornati sul problema ritenendo incontestabile il carattere amministrativo degli atti in esame poiché la disposizione attributiva del potere di ordinanza « trova già una quantità di proiezioni normative preesistenti » e con queste « deve, per così, dire fare i conti ». Sicché la funzione dell'ordinanza « non sembra risiedere nella creazione, nella produzione di norme o diritto (seppur in termini di *jus singulare*), ma nella selezione delle varie proiezioni normative riconducibili alla norma attributiva del potere. » (38).

L'affermazione che precede, non solo rileva la necessità di pervenire a ritrovare un limite agli spazi d'autorità della pubblica amministrazione anche per l'ipotesi del potere di ordinanza, ma tenta di avviare a soluzione la questione attraverso un richiamo di tutte le disposizioni di legge attributive di poteri che sono definiti « tipici », proprio perché in essi si ritrova predeterminato il contenuto del potere nel quale rientra anche l'individuazione di quali diritti soggettivi, o quanta parte di essi, sono subordinati agli interessi pubblici attribuiti dall'ordinamento alle cure della pubblica amministrazione.

L'impostazione è di grande interesse poiché individua la necessità di integrare le disposizioni attributive del potere di ordinanza con altre norme dell'ordinamento proprio per offrire una disciplina completa del potere di ordinanza e conseguentemente riesce a precisare ulteriori momenti di limitazione degli atti che scaturiscono da tale potere (39).

---

so un confronto con il potere giudiziario e legislativo, mentre poco è riferito ad un rapporto diretto con i diritti soggettivi del cittadino.

(38) F. BARTOLOMEI, *Il potere*, cit., 131.

(39) L'autore ritiene che l'organo attributario del potere di ordinanza opera non già « in termini di scelte con maggiore o minore libertà, ma esclusivamente in termini di discrezionalità pura e/o tecnica », F. BARTOLOMEI, *Il potere*, cit., 131.

L'affermazione tuttavia non esplicita il limite del contributo dei due tipi di disposizioni di legge, che pare invece indispensabile per definire la esatta individuazione della disciplina del potere una volta affermata la loro interrelazione.

Capitolo II

NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE DI ORDINANZA E RAPPORTO DEROGATORIO

1. *La comune classificazione secondo i campi di intervento del potere di ordinanza. Casi noti e meno noti che rivelano i contenuti in concreto assunti dal potere, che sono presentati in ragione delle posizioni di diritto soggettivo oggetto di disposizione da parte dell'amministrazione.*

La presentazione dei casi offerti dall'esercizio del potere di ordinanza è sempre stata informata a due tipi di ragioni talvolta congiuntamente utilizzate nella classificazione.

Queste di solito, quando intendono superare una pedissequa distinzione in base agli articoli di legge che attribuiscono il potere di ordinanza di necessità e urgenza, separano normalmente la giurisprudenza secondo la materia, ovvero per motivi di intervento.

Polizia locale, igiene edilità, ovvero sicurezza pubblica, sanità, ordine pubblico, cui si soggiunge talvolta impropriamente l'intervento « nella materia della proprietà privata », infine, più o meno consciamente, l'organizzazione della pubblica amministrazione.

Nelle ipotesi peggiori il caso è smembrato secondo i restanti enunciati delle stesse disposizioni attributive del potere in esame con la conseguenza che si ritrovano definite competenze, o situazioni di necessità e urgenza, o ancora regole di alternatività con l'uso dei poteri « nominati », senza riferimento alcuno al contenuto che in concreto è stato disposto con ordinanza, o alla specifica situazione di necessità e urgenza.

Più di rado si vede discernere secondo il dispositivo di accoglimento, o di rigetto, dell'azione proposta avanti al giudice avverso l'ordinanza emanata dalla pubblica amministrazione.

Comunque la presentazione della casistica giurisprudenziale consente di vedere in concreto il significato degli enunciati astratti tante volte ripetuti e analizzati dalle esposizioni dottrinali in argomento, verificando per la prima volta analisi e riferimenti logici.

Le prime due classificazioni sopra indicate possono essere preziose per individuare i contenuti già ammessi con favore e quanti invece sono stati ritenuti in tutto, o in parte, inaccettabili nella storia del potere di ordinanza, la quale è strettamente legata alle diverse disposizioni che segnano il rapporto fra autorità amministrativa e diritti soggettivi che ad essi si sono contrapposti, con riferimento alla loro « disciplina evolutiva » ed in genere ai diversi valori che infondono l'ordinamento giuridico nelle diverse epoche storiche.

La data delle ordinanze e delle sentenze del giudice penale è dunque rilevante non solo per la ricerca della disposizione attributiva del potere di ordinanza, ma soprattutto per richiamare l'attenzione sulle norme vigenti in un dato periodo storico di riferimento.

Non sempre è possibile tuttavia approfondire l'analisi dell'assetto normativo oggetto di lavori monografici sulla proprietà, sulla iniziativa economica privata, sulla libertà di circolazione e soggiorno, ovvero sulla libertà di religione, o di manifestare il proprio pensiero, e correlativamente sui singoli poteri a contenuto determinato attribuiti alla pubblica amministrazione da molte disposizioni di legge.

Si vuole tuttavia provare ad impostare una presentazione dei diversi contenuti assunti dalle ordinanze amministrative di necessità e urgenza in ragione delle posizioni soggettive coinvolte dal potere, proprio per agevolare gli intenti sopra delineati che impongono anzitutto di provare ad individuare le posi-

zioni soggettive incise dal contenuto del potere esercitato dalla pubblica amministrazione.

Gli esempi potranno essere utili a disvelare un saggio dei contenuti che il potere di ordinanza di necessità e urgenza ha assunto in quasi un secolo e mezzo di storia dell'ordinamento italiano, offrendo al lettore un riferimento che appare necessario per dare concretezza ad un'analisi che accondiscende già naturalmente ai riferimenti astratti delle disposizioni di legge.

I casi più noti e forse più frequenti di intervento del potere di ordinanza di necessità e urgenza si ritrovano con le ordinanze contingibili ed urgenti del sindaco, o più di rado del prefetto (1), che sono di interesse perché volte a ricondurre gli amministrati entro le definizioni che l'ordinamento offre del diritto di proprietà e di iniziativa economica privata al fine di evitare pregiudizi per gli interessi pubblici che attengono alla sanità, o alla sicurezza pubblica.

Fra quelle strettamente legate agli edifici o alla vita nelle abitazioni si possono distinguere quelle emanate per motivi di sicurezza pubblica o sanità.

Entrambi hanno determinato alternativamente, o congiuntamente, le ordinanze del sindaco di « sgombero » di abitazioni malsane, o pericolanti (2), ovvero di « demolizione » di fabbricati che minacciano rovina (3), o quelle che dispongono di ese-

---

(1) Ma è affermazione descrittiva dei casi più noti, si potrebbero tuttavia menzionare anche altri organi titolari del potere di ordinanza (Commissario o Ministro per la protezione civile, Ministro dell'ambiente).

(2) Cons. di Stato, sez. V, 7 novembre 1969, n. 1182, in *Cons. Stato*, 1969, I, 2171, che ritiene legittima l'ordinanza, in ragione della legge 9 agosto 1954, n. 640; ma si veda altresì art. 222 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, t. u. leggi sanitarie per l'ipotesi di case pericolanti: Trib. di Sanremo, 15 aprile 1939, Rossi c. Comune di Ospedaletti, in *Riv. amm. del Regno*, 1940, 104.

(3) Consiglio di Stato, parere, 31 gennaio 1880, in *Riv. amm. del Regno*, 1880, 296, fondato su articolo 104 dell'allora l. 22 marzo 1865, n. 2248,

guire immediatamente d'ufficio le opere occorrenti ad assicurar-

---

all. A, leggi com. e prov., e si richiama in motivazione l'art. 76 della legge 22 marzo 1865, n. 2248, all. F, sui lavori pubblici (che ammette la demolizione di edifici esistenti lungo le strade provocando il provvedimento del giudice a tal fine) e nega la legittimità dell'ordinanza per non esservi stata un'urgenza tale da impedire di sentire l'interessato sull'inottemperanza all'ordine di puntellamento dell'edificio. Cassazione Torino, 9 marzo 1880, Comune di Cervo c. Siccardi e Bazzurro, in *Riv. amm. del Regno*, 1880, 434, ove si giudica di un ordine di demolizione per trascurata manutenzione del muro e del tetto, anche qui si richiama l'art. 76 cit., e si condannano i comproprietari dell'edificio al pagamento delle spese di demolizione. Cons. di Stato, parere, 25 aprile 1884, Comune di Atrani, in *Riv. amm. del Regno*, 1884, 737, che conferma la legittimità dell'ordinanza. Corte d'Appello di Venezia, 1 luglio 1873, Misana c. Sindaco di Venezia, che nega la propria giurisdizione sulla richiesta di sospensione immediata delle opere di demolizione e di rimessione in pristino stato. Sempre su ordinanze di demolizione di immobili: T.A.R. Lombardia, 17 dicembre 1975, n. 429, in T.A.R., 1976, I, 509; Cons. di Stato, sez. V, 4 maggio 1979, n. 228, in *Cons. Stato*, 1979, I, 758, la prima ritiene sufficiente la motivazione dell'ordinanza per rinvio a perizia tecnica, la seconda afferma che si deve motivare la demolizione anche con riferimento al pericolo per soggetti terzi. Ancora: Cons. di Stato, sez. V, 11 gennaio 1980, n. 9, in *Cons. Stato*, 1980, I, 49. Cass. civ., sez. un., 4 marzo 1974, n. 595, in *Foro it.*, 1974, I, 2721, che dichiara il difetto di giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento danni perché fondata sulla contestazione dei presupposti di esercizio del potere. Fra le norme di relazione (si vedano motivi del ricorrente) il giudice non comprende l'enunciato « fronteggianti le strade » di cui all'art. 16 del r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, t. u. delle leggi sulle strade. Si veda ancora Cons. di Stato, sez. V, 24 giugno 1930, Comune di Genova c. Fusaro, in *Riv. amm. del Regno*, 1930, 682 che annulla l'ordinanza di demolizione di un fabbricato per pericolo di incendio perché non si è dimostrato che era impossibile diversamente provvedere con altre cautele. Per caso particolare si veda l'ordinanza sindacale di demolizione di opere private perché ritenute in occupazione sine titulo di una strada pubblica, poi « revocata » dal prefetto, cui la Corte di Appello di Palermo, 6 settembre 1888, Sindaco di Condrò c. Bruno, in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 121, accorda il diritto al risarcimento dei danni; l'ordinanza pare fondata dal sindaco sull'art. 378 della l. 22 marzo 1865, n. 2248, all. F, sui lavori pubblici.

ne la stabilità (4), non diversamente dall'ordine del sindaco (Sicilia) di munire di grondaie con tubi pluviali, entro trenta giorni, i tetti delle case (5).

Sorrette da motivi strettamente sanitari sono le ordinanze sindacali di effettuare riparazioni alle latrine di una casa privata, perché da esse emanano esalazioni nocive alla salute pubbli-

---

(4) Camera 22 marzo 1851, Città di Genova c. Ponte, in *Giur. it.*, 1851, III, 55, che, affermando la competenza dell'Intendenza, ritiene che sussista un potere di demolizione e puntellamento di edifici in capo all'autorità amministrativa « se non per espressa disposizione di legge, per analogia almeno ». Cons. di Stato, parere, 7 gennaio 1888, Comune di Majori, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 333 che ritiene non importi la vicinanza a pubblica via, e che non necessiti aver sentito gli interessati; Cass civ., sez. un., 5 marzo 1980, n. 1476, in *Cons. Stato*, 1980, II, 719, che afferma la giurisdizione del giudice amministrativo; T.A.R. Piemonte 14 dicembre 1982, n. 950, in T.A.R., 1982, I, 474, che ritiene necessaria la concessione edilizia per eseguire l'ordinanza contingibile ed urgente che impone opere di consolidamento; T.A.R. Umbria, 20 dicembre 1982, n. 350, in T.A.R., 1982, I, 628. T.A.R. Campania, sez. III, 11 settembre 1986, n. 126, in *Foro it.*, 1987, III, 297, che ritiene illegittimità dell'ordinanza per mancanza dell'attualità del pericolo. Cass. civ., sez. un., 2 novembre 1987, n. 8054, in *Foro it.*, 1988, III, 1610, che nega la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di danni per illegale demolizione in luogo di un puntellamento.

(5) Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833, in *Foro it.*, 1976, I, 1025, che accoglie il ricorso avverso la sentenza del pretore (ex art. 9 l. 3 maggio 1967, n. 317) che a sua volta aveva ritenuto insussistenti le ragioni contingibili e urgenti perché la situazione si era protratta da tempo. La Corte di cassazione invece (dopo aver superato i problemi di giurisdizione con la tesi che il giudice ordinario può accertare *incidenter tantum* la legittimità degli atti amministrativi, e perché rientra nei poteri dello stesso verificare « l'accertamento dei presupposti obiettivamente identificabili che siano necessari per l'esercizio del potere ») ritiene apodittica l'affermazione indicata affermando che talvolta il protrarsi di una situazione può aver aggravare l'urgenza di un rimedio straordinario. Perciò cassa con rinvio al giudice di merito.

ca (6), ovvero la demolizione delle stesse poiché le emissioni che ne derivano confluiscono in un ruscello le cui acque sono utili alla popolazione (7).

Altri provvedimenti impongono ordini di « facere » che parrebbero di minor peso per i destinatari, proprio perché individuano accorgimenti e lavori utili a garantire ciò che oggi verrebbe definito un ambiente salubre (8).

A tal fine è di interesse notare come un tempo la pubblica amministrazione provvedesse a imporre disposizioni tutt'affatto particolari volte a favorire migliori abitudini nella vita domestica degli amministrati, stabilendo con ordinanza sindacale le ore per il trasporto delle immondizie fuori dell'abitato (9), o la pulitura dei camini delle case al fine di prevenire gli incendi (10), o

---

(6) Cassazione Torino, (pen.) 9 marzo 1887, ric. Galli, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 262, che rigetta il ricorso con conferma della condanna per non aver osservato l'ordine sindacale.

(7) Corte d'Appello di Chambéry, 7 juin 1856, Paccard (Sindaco della Commune d'Arbin) c. Grisard, in *Giur. it.*, 1856, II, 685.

(8) Ordinanza sindacale ad un privato di vuotare entro 24 ore un pozzo nero per motivi di sanità: Cons. di Stato, parere, 11 gennaio 1884, Comune di Gessopolena, in *Riv. amm. del Regno*, 1884, 380, che respinge il ricorso avverso l'ordinanza; ordine del sindaco a taluni proprietari di sostituire delle vecchie condutture laterizie con condutture metalliche per evitare inquinamento morbigeno (colera) delle acque potabili: Cassazione Roma, sez. un., 15 gennaio 1887, Comune di Palermo c. Guccia e altri, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 510, che in presenza della l. 15 gennaio 1885, art. 17, che attribuisce per un biennio, ad una giunta speciale di sanità, tutte le impugnazioni contro le ordinanze sindacali previste all'art. 16, nega la competenza di qualsiasi altra autorità o giudice a conoscere delle controversie medesime anche in ragione dell'assenza di ogni lesione dei diritti dei privati.

(9) Cassazione Torino, 28 gennaio 1886, (solo max) in C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, ossia *Commento alla legge comunale e provinciale* (t. u. 10 febbraio 1889, n. 5921), Roma, Tip. Cecchini, 1889, 977.

(10) Cassazione Torino, 31 luglio 1866, in *Giur. it.*, 1866, I, 756.

di otturare fossi in cui il ristagno delle acque fosse pericoloso alla salute (11), o ordinando di provvedere a lavori utili ad eliminare le cause di insalubrità derivanti da una canalizzazione artificiale privata attraversante i terreni limitrofi (12).

Traggono ragione da motivi di sicurezza gli ordini del sindaco di attuare opere di rinforzo a difesa di un canale fiancheggiante una strada di proprietà privata gravata da « servitù a favore pubblico » (13), o l'ordine di chiusura al traffico di una strada privata per assenza dei normali margini di sicurezza (14).

Due casi di limitazione della proprietà privata possono apparire al lettore odierno alquanto singolari.

L'uno, per il rapporto che si instaura con la sottostante controversia di diritto privato, ci è offerto da un'ordinanza sindacale che impone di provvedere alla rimozione degli ostacoli che ostruiscono il deflusso delle acque perché innalzando il livello del lago, che allaga i terreni adiacenti, reca grave pregiudizio alla salute pubblica (15).

L'altro, per la dichiarata ragione di ordine pubblico, è fornito dall'ordinanza del sindaco di Genova che dispone la chiu-

---

(11) Cons. di Stato, parere, 15 luglio 1869, n. 2185-862, in *Riv. amm. del Regno*, 1872, 42, che ritiene legittimo l'ordine.

(12) Cons. di Stato, parere, 12 novembre 1886, n. 5783-1563, Comune di Sampierdarena, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 549.

(13) A favore: Cons. di Stato, parere, 30 dicembre 1861, in *Gazz. dei Tribunali*, 1861, 248.

(14) T.A.R. Campania, 9 luglio 1975, n. 128, in T.A.R. 1975, I, 2778 che la ritiene legittima anche se la non sicurezza riguardi piccoli tratti del percorso.

(15) Corte d'Appello di Torino, 31 dicembre 1868, in *Riv. amm. del Regno*, 1869, 423, che nega la giurisdizione. Si trattava di proprietario che rivendicava il diritto, sempre avuto, di regolare, secondo i bisogni dello proprio mulino, la forza d'acqua fornita dalla scolo del lago di Avigliana.

sura in ore serali dei portoni delle case che non hanno « illuminazione nel portico e negli anditi » (16).

L'ordinanza sindacale di abbattere i cani ritenuti idrofobi e tenuti in case private (17) pare avere come riferimento la posizione soggettiva definita dal diritto di proprietà privata, perché nel documento giurisdizionale non è rintracciabile riferimento alcuno all'uso dell'animale in attività produttive.

In tutti gli esempi riportati non si tratta di provvedimenti che hanno effetti di ablazione di diritti soggettivi, o delle facoltà comprese negli stessi, perciò l'eventuale inottemperanza del destinatario importa l'esecuzione d'ufficio con addebito a questi delle spese occorse a ricondurre il titolare del diritto entro la sfera giuridica che l'ordinamento protegge con la definizione del diritto di proprietà.

Le sentenze dei giudici costituiscono così una rilevazione, nel particolare, della definizione che l'ordinamento stabilisce per il diritto di proprietà, non in sé e per sé considerata, ma nel suo rapporto con gli altri soggetti dell'ordinamento.

Più precisamente ci si riferisce alla relazione con le diverse sfere giuridiche che l'ordinamento tutela al pari, o con preferenza, rispetto al diritto di proprietà privata, fra le quali rientrano i poteri della pubblica amministrazione e di conseguenza la considerazione degli interessi che l'ordinamento stesso ha voluto proteggere unicamente con tale attribuzione, ovvero congiuntamente al riconoscimento di poteri che scaturiscono dalla tutela offerta ai diritti soggettivi dei privati.

---

(16) Cassazione Torino, (pen.) 23 maggio 1877, ric. Boccardo, in *Riv. amm. del Regno*, 1877, 514 che nega l'esistenza di una contravvenzione penale poiché manca nel provvedimento ogni accenno al pericolo o all'urgenza. Così Cassazione Torino, (pen.) 9 giugno 1866, ric. Botto, in *Riv. amm. del Regno*, 1867, 487. La nota del Ministro degli Interni, 1 dicembre 1867, (in *Riv. amm. del Regno*, 1868, 150) ritiene che tali ordini rientrino nella polizia municipale.

(17) Cassazione Torino, 25 gennaio 1882, ric. Tosatti, in *Riv. amm. del Regno*, (solo max) 1882, 265, che ritiene legale l'ordinanza, sebbene i regolamenti locali non prevedano espressamente il caso.

Queste sono le ipotesi che più si attagliano alle definizioni letterali che il legislatore ha dato nelle disposizioni attributive del potere di ordinanza contingibile ed urgente, che prevedono, come conseguenza dell'inottemperanza dell'ordine, la esecuzione d'ufficio con addebito delle spese.

Accanto ad esse si sono normalmente ritrovate ordinanze sindacali che insieme ad un determinato ordine di fare, di dare, ecc., hanno contestualmente disposto la corresponsione di un congruo indennizzo, perché era evidente che tutto, o parte, di quanto era considerato secondo l'ordinamento di appartenenza al diritto soggettivo del destinatario, si voleva, con l'emanazione dell'ordine e la sua esecuzione, sottratto alla disponibilità del suo titolare.

L'esempio più facile è rintracciabile nelle requisizioni di alloggi disposte da molti sindaci dei comuni d'Italia a più elevata densità residenziale a favore di « senza tetto » (18), al quale si avvicinano le ipotesi in cui oltre al diritto di proprietà pare limitato anche il diritto di iniziativa economica privata, perché l'ordine del prefetto consisteva nella « concessione », previa requisizione, di terre seminate a cooperative di contadini (19).

Parrebbe un'ipotesi di requisizione in uso di proprietà pri-

---

(18) Trib. Napoli, 26 aprile 1983, Romano, c. Comune di Piano di Sorrento, in *Foro it.*, 1983, I, 2272, che dichiara il difetto del giudice ordinario ad accertare l'illegittimità dell'ordinanza del commissario per il terremoto per assenza di termine alla requisizione. T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n. 430, in *Foro it.*, 1986, III, 316, che dichiara illegittima l'ordinanza per assenza di un termine e perché l'alloggio requisito ad una assegnataria era, diversamente da quanto ritenuta dalla p.a., abitato dalla stessa. T.A.R. Sardegna, 11 dicembre 1985, n. 603, in *T.A.R.*, 1985, I, 849, che afferma l'illegittimità della requisizione perché non coinvolge interessi dell'intera collettività.

(19) Cons. di Stato, sez. II, 14 febbraio 1948, n. 107, (solo max) in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 211, e Cons. di Stato, sez. II, 7 febbraio 1948, n. 94, in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 203, in cui pur non essendo chiari i fatti riferiti, ci pare sussista un vizio di eccesso di potere perché si tratta di terre coltivate. Si vedano inoltre i casi di requisizione di azienda indicati in seguito.

vata l'ordinanza sindacale che impone di fornire l'asilo locale di acqua (definita dalla sentenza) di « proprietà » di un consorzio (20), ove si ritenga che questi non abbia il diritto sul bene unicamente in forza di un rapporto giuridico speciale (concessione).

Quanto riferito per la proprietà privata è riscontrabile anche nei casi di ordinanze che hanno ad oggetto l'enunciazione di limiti all'iniziativa economica privata, fra le quali anche qui è possibile distinguere le ipotesi in cui la pubblica amministrazione è tenuta, in ragione del contenuto dell'ordine impartito, alla corresponsione di un congruo indennizzo, rispetto a quelle in cui la stessa si limita a definire per il caso concreto i confini della tutela giuridica che l'ordinamento ha inteso riconoscere alla attività economica privata.

Fra quest'ultimi gli esempi più radicali si possono ritrovare negli ordini che importano la cessazione immediata dell'attività economica intrapresa, con imposizioni a contenuto temporaneo ma che non escludono in taluni casi effetti permanenti, come con evidenza appare in un'ordine sindacale impartito agli allevatori di provvedere ad abbattere gli animali colpiti da malattia diffusiva (21), o di distruzione di una piantagione contraria allo « spirito » dei regolamenti di igiene senza indennizzo alcuno (22).

Si avvicina agli esempi ora indicati, perché implicitamente comprende un ordine di distruzione delle coltivazioni, l'ordi-

---

(20) Cons. di Stato, sez. V, 7 aprile 1962, n. 290, in *Riv. amm.*, 1962, 665, che considera legittimo l'ordine, anche se in forma orale.

(21) Da *La Stampa*, 22 marzo 1987, (la malattia segnalata è l'afta epizootica che ha obbligato ad abbattere 60.000 suini e 6.000 bovini) non è indicata l'autorità emanante. L'indennizzo in questi casi è ritenuto dalla dottrina una scelta legislativa di favore per gli allevatori, e non un diritto costituzionalmente garantito, per tutti: A. M. SANDULLI, *Manuale* ..., (1989), 1166.

(22) Corte di Cassazione di Palermo, 9 aprile 1889, Giambalvo c. Sindaco di Partinico, (solo max) in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 538.

nanza del prefetto di Novara che, oltre a disporre distanze maggiori di quelle previste dalla legge per la coltivazione del riso, impone il divieto di coltivazione in zone determinate non contemplate dalla stessa (23).

Anche al di fuori degli ordini che importano effetti irreversibili su una determinata attività economica l'incidenza del potere di ordinanza nell'economia si può rilevare altrettanto gravoso, o ancor più, per i destinatari.

Basti pensare agli ordini sindacali di chiusura di stabilimenti industriali perché ritenuti potenziali cause di inquinamento ad un acquedotto comunale (24), o di chiusura di un ristorante con capienza superiore alle cento persone perché privo delle necessarie uscite di sicurezza (25), o di una manifattura perché si temeva il pericolo di un incendio (26), ovvero di cessazione dell'attività di un allevamento esercitata in zona abitata senza gli accorgimenti tecnici necessari (a suo tempo ordi-

---

(23) Cassazione Torino, (pen.), 29 dicembre 1887, ric. Gastaldetti, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 132, che conferma la sentenza di condanna perché l'ordine prefettizio trovava fondamento nel potere conferito dall'art. 4 della l. 12 giugno 1886, che la Corte ritiene attribuisca al prefetto la possibilità di individuare altre zone, o altre distanze, in ragione di particolari circostanze non prevedibili in via generale e astratta.

(24) T.A.R. Lombardia, 23 febbraio 1977, n. 28, in *Foro amm.*, 1977, I, 847, che la ritiene legittima anche se la funzione amministrativa a tutela delle acque e dell'aria dall'inquinamento è stata normalmente attribuita per delega alle regioni.

(25) T.A.R. Piemonte, sez. I, 26 ottobre 1983, n. 10, in *Foro it.*, 1984, III, 415, che afferma la legittimità dell'ordinanza sulla base del « potere cautelare conferito dall'art. 9 del r. d. 18 giugno 1931, n. 773 e 6 della l. 14 ottobre 1974, n. 524 ».

(26) Corte di Appello Napoli, 2 dicembre 1870, Achille Di Fazio c. Municipio di Napoli, (solo max) in *Riv. amm. del Regno*, 1871, 309, che nega il richiesto risarcimento dei danni, molto probabilmente con una previa dichiarazione di difetto di giurisdizione. Cons. di Stato, sez. V, 5 maggio 1984, n. 337, in *Foro it.*, 1984, III, 415, che ne afferma la legittimità.

nati e non attivati dal titolare) (27), sino all'ordinanza sindacale di trasferimento di una porcilaia in aperta campagna a causa delle esalazioni maleodoranti (28).

In tutti i casi riferiti non si tratta di un vero e proprio divieto di esercizio dell'attività economica esercitata, essendo evidente che eliminando gli inconvenienti con accorgimenti tecnici, ovvero con il trasferimento dell'attività in altra zona, la stessa possa riprendere pienamente.

Non sempre è quindi agevole distinguere gli esempi sopra riportati di chiusura di insediamenti produttivi dalle ordinanze di taluni sindaci che si sono limitati a sospendere l'attività di una discarica di rifiuti (29), o dei lavori di costruzione di una centrale elettrica a Turbogas (30).

In taluni tuttavia la distinzione è stata rilevante poiché ha consentito il superamento del sindacato di legittimità del giudice amministrativo come nel caso di un'ordinanza sindacale che ha imposto la sospensione temporanea dell'esercizio di un impianto di distribuzione di carburante (31).

Dalle statuizioni che involgono l'intera attività si scende ad

---

(27) Cons. di Stato, sez. V, 20 aprile 1979, n. 208, in *Giur. it.*, 1980, III, 1, 58 che ritiene legittima l'ordinanza relativa ad un allevamento di tacchini.

(28) Cons. di Stato, sez. V, 20 aprile 1979, in *Cons. Stato*, 1970, I, 558, che ritiene legittimo l'ordine.

(29) T.A.R. Veneto, 30 novembre 1977, n. 1041, in *T.A.R.*, 1978, I, 179, che ne afferma la legittimità e ritiene sufficiente la motivazione *per relationem* ai pareri dell'ufficiale sanitario e del laboratorio di igiene.

(30) T.A.R. Campania, 15 febbraio 1978, n. 125, in *Foro it.*, 1979, III, 49, che annulla perché l'ordinanza del sindaco è fondata su motivi di ordine pubblico.

(31) Cons. di Stato, sez. V, 28 settembre 1979, n. 578, in *Cons. Stato*, 1979, I, 1230, che ritiene ammissibile l'ordinanza proprio perché si limita alla sospensione e non perviene ad ordinare la rimozione delle strutture, sicché quest'ultimo è potere « nominato » previsto da normativa di specie.

una ingerenza particolare ove l'iniziativa economica privata trova interventi della pubblica amministrazione con speciali determinazioni in ordine alla qualità dei prodotti dell'attività di impresa, alla loro produzione, o commercializzazione.

Talvolta alcuni di essi, seppur letteralmente appaiono presentarsi come divieto di distribuzione commerciale, vorrebbero forse pervenire a veri e propri divieti di produzione (32) come nell'ordine sindacale di divieto di vendita di collane fluorescenti perché possono favorire fenomeni cancerosi (33), o nel divieto di molti sindaci d'Italia di « commercializzazione e abbandono nel territorio del comune di contenitori di plastica o altri di materiale non biodegradabile » (34), ovvero nel divieto di smercio di vino fabbricato con uve immature e nocive alla salute (35).

Meno indiretti appaiono infatti gli ordini sindacali che impongono di disperdere immediatamente il vino (o il latte) di-

---

(32) Che in taluni casi è ormai impossibile perché il prodotto è già in circolazione, pur essendo possibile tuttavia il loro sequestro presso i venditori, o distributori.

(33) È ordine impartito da otto sindaci della provincia di Reggio Emilia, da *la Repubblica*, 24 agosto 1989 (cronaca).

(34) T.A.R. Veneto, 16 giugno 1987, n. 547 e T.A.R. Toscana, 30 giugno 1987, n. 513, in *Riv. giur. dell'Ambiente*, 1987, 352, che annullano le ordinanze. La prima perché manca il carattere urgente e contingibile rispetto a quanto già previsto dalle norme di recezione della direttiva C.E.E. (d. p. r. 10 settembre 1982, n. 915; d. m. 21 dicembre 1984, art. 15) che consentono il loro smercio sino al 1 gennaio 1991 ed inoltre perché è sufficiente a raggiungere lo scopo dichiarato il divieto di abbandono in tutto il territorio comunale. La seconda perché mancano specifiche ragioni locali atte ad evidenziare la « grave e contingente situazione di pericolo » e legittimare la competenza del sindaco. Così ancora: T.A.R. Toscana, 20 luglio 1987, n. 642, in *Foro it.*, 1988, III, 519.

(35) Cons. di Stato, parere, 11 marzo 1869, in *Riv. amm.*, 1869, 730 che ne ammette la possibilità.

chiarato falso dal civico laboratorio, ovvero la distruzione di carni putrefatte (36).

Ragioni specifiche invece possono avere indotto il sindaco a vietare l'importazione di carni macellate in un comune diverso per motivi di sanità (37).

La libertà dell'imprenditore talvolta è stata limita invece con specifico riferimento ai modi di produzione di beni e servizi come nel caso, rilevante anche per i rapporti con l'autonomia privata, dell'ordine del sindaco di Murano di non accogliere più di sedici persone a volta nel trasporto su barche *omnibus* pel servizio del traghetto fra Murano e Venezia, anche se il contratto stipulato dall'impresa di trasporto con il Comune di Murano prevedeva « l'autorizzazione » all'imbarco sino a 25 persone (38), ovvero, in settore del tutto diverso, l'ordine di un sindaco che vieta la « ritenzione di capre » a quegli abitanti che

---

(36) Cassazione Roma, sez. un., 12 giugno 1888, Pref. Milano c. Forestieri, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 952, che respinge il ricorso del commerciante, ritendo legale l'ordinanza. Si veda altresì per legalità di un ordine di dispersione di vino pericoloso alla salute pubblica: Corte App. Milano, 18 giugno 1887, Min. Interno c. Forestieri, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 508 e Cassazione Torino, 19 giugno 1869, in *Giur. it.*, 1869, I, 376. Consente il sequestro di vino insalubre: Corte di Appello di Torino, 2 settembre 1864, Roberto e altri c. Città di Torino, in *La Legge*, 1865, II, 10, nonché Cons. di Stato, 31 marzo 1865, Roberto più altri c. Città di Torino, in *La Legge*, 1865, II, 205. Per la legittimità di un ordine di distruzione di carni putrefatte: Cons. di Stato, sez. V, 22 ottobre 1927, Comune di Piana dei Greci c. Matragna, in *Riv. amm. del Regno*, 1928, 304, che riferisce della distinzione posta dall'art. 74 u.c., e 75 comma I, del r.d. 3 febbraio 1901 n. 45.

(37) Cassazione Torino, (pen.) 29 maggio 1879, ric. Falcone e Paggi, (solo max) in *Riv. amm. del Regno*, 1879, 503.

(38) Il caso è forse un po' particolare perché con molta probabilità il servizio era soggetto ad autorizzazione o concessione pubblica: Cassazione Firenze, (pen.) 6 aprile 1887, ric. Sindaco di Murano, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 911, che accoglie il ricorso del Comune. Nulla è detto dell'eventuale indennizzo, o della ritenuta sospensione del contratto per ordine dell'autorità.

non giustifichino di avere convenientemente provveduto alla alimentazione delle medesime (39).

Tenta l'apposizione di una condizione *extra ordinem* il sindaco che ordina ai vetturini di piazza ed *omnibus*, sotto pena del ritiro della concessione a stanziare nelle pubbliche piazze e vie, di non prestarsi alle richieste dell'arma dei reali Carabinieri di utilizzo dei veicoli stessi per il trasporto dei detenuti (40).

Di interesse invece, per la dichiarata contestuale presenza di ragioni di sanità e polizia, è l'ordine del sindaco che stabilisce la data prima della quale non è possibile vendemmiare, essendo « necessario ed urgente provvedere alla sufficiente maturazione e bontà del raccolto dell'uva, di tanto rilievo in quel territorio (41), ed essere del pari necessario di tutelare, per ogni miglior modo, dai guasti e dai furti la proprietà dei singoli privati in generale, mediante una mutua e reciproca vigilanza, essendo noto come, per l'anticipata vendemmia, un piccolo fon-

(39) Caso sottoposto da un sindaco alla redazione della *Riv. amm. del Regno*, la quale risponde (anno 1879, 627) negativamente poiché lo ritiene ordine con carattere di stabilità e permanenza.

(40) Cons. di Stato, parere, 18 agosto 1871, n. 2904-1648, in *Riv. amm. del Regno*, 1871, 823, che ritiene illegittima l'ordinanza.

(41) È del sindaco di Pecetto Torinese l'ordinanza decisa da Cassazione Torino, 14 maggio 1884, ric. Ing. Pasquero, in *Riv. amm. del Regno*, 1884, 434, che ritiene legale l'ordinanza. Di eguale contenuto è la sentenza della stessa Cassazione 22 maggio 1867, in *Riv. amm. del Regno*, 1867, 794, entrambe citano l'art. 436 del cod. civ. del 1865, in cui si stabilisce che la proprietà è soggetta alle limitazioni imposte da leggi e regolamenti. I motivi di sanità e di sicurezza indicati nell'ordine sono ritenuti conformi alla norma attributiva del potere di ordinanza. Ancora per la legalità dell'ordine: Cassazione Milano, (pen.), 12 marzo 1864, imp. Motti, in *La Legge*, 1864, II, 300. Si veda infine per un'opinione contraria: *Riv. amm. del Regno*, 1884, 219 e per quella della redazione *Riv. amm. del Regno*, 1874, 770, ove si citano pareri del Consiglio di Stato del 1873 pubblicati in tutti i *Bollettini* delle prefetture. Ritiene che rientri nella polizia locale l'ordine sindacale di non vendemmiare: Cassazione Torino, (pen.), 22 maggio 1867, ric. Francesetti, res. Comune di Loranzé, in *Riv. amm. del Regno*, 1867, 794.

do divenga per solito l'asilo di raspolanti e ladri di campagna, e possa mettere a repentaglio e a ruba i frutti dei vigneti contermini » (42).

La disponibilità di prodotti di prima necessità e la determinazione del loro prezzo hanno all'origine unicamente ragioni di ordine pubblico anche se l'affermazione di una loro ammissibilità passa attraverso il riferimento alla materia dell'annona.

In tal senso operano le ordinanze di divieto di esportazione di prodotti alimentari fuori del comune, o quelle che ne dispongono la requisizione (43), o l'ordine del sindaco di Verona del 3 agosto 1881 ai prestinai e ai venditori di pane di tenere i negozi provvisti di pane di prima e seconda qualità (44), o a ogni spaccio di carne macellata di essere sufficientemente provvisto in tutti i giorni, o alcuni, della settimana (45).

Alcuni sindaci tentano l'istituzione di « assise sulla vendita

---

(42) Cassazione Torino, 14 maggio 1884, ric. Ing. Pasquero, cit.

(43) Si tratta di uova, pollame e agnelli da: Cassazione Roma, (pen.), 26 maggio 1914, imp. Grande, in *Riv. amm. del Regno*, 1914, 829, che ritiene legittima l'ordinanza. Eguale divieto per i suini con ordine di consegna al locale macello per la vendita al minuto al pubblico: Cassazione Roma, sez. civ., 27 luglio 1922, Menzietti c. Angelozzi, in *Riv. amm. del Regno*, 1922, 497, che ritiene valida l'ordinanza. Cons. di Stato, sez. V, 19 marzo 1920, Com. di Adra c. G.P.A. di Rovigo e c. Casellato, in *Riv. amm. del Regno*, requisizione di derrate necessarie all'alimentazione che ritiene l'ordinanza sindacale legittima.

(44) Cassazione Firenze (pen.), 10 ottobre 1881, ric. Sormani, in *Riv. amm. del Regno*, 1882, 34, che ritiene legale l'ordinanza indicata.

(45) Cassazione del Regno, (pen.), 8 maggio 1925, imp. Sainato, in *Riv. amm. del Regno*, 1925, 672, che considera legittimo l'ordine perché lo ricollega al potere del di cui all'art. 42 e 54 del r.d. 3 agosto 1890, reg. sanitario, all'art. 131 n. 6 del r.d. n. 148 del 1915, t. u. delle leggi com. e prov.., all'art. 109, r.d. 12 febbraio 1911, n. 297 regol. di esecuzione delle leggi com. e prov., che attribuiscono al comune il potere di emanare norme per gli esercizi di vendita dei beni annonari. Eguale conclusione si trova in Cassazione del Regno, 11 febbraio 1925, ric. Italiano, in *Riv. amm. del Regno*, 1925, 672.

della neve per la conservazione alimenti » (46) o di fissare il prezzo di vendita di alcuni strumenti di lavoro (47). In tutti, al pari degli esempi sopra indicati di ordinanze che hanno avuto ad oggetto la proprietà privata, si ritrova la rilevazione dei limiti che l'ordinamento italiano ha considerato essenziali per la definizione dell'iniziativa economica privata, o più precisamente delle attività di esercizio di un tipo determinato di impresa economica.

Si rivelano invece utili a capire entro quali limiti il nostro ordinamento consente alla pubblica amministrazione di imporre prestazioni normalmente comprese nella tutela offerta alla iniziativa economica privata e perciò nel « buon diritto » dell'imprenditore, tutti quegli ordini, che per la ragione indicata, impongono alla pubblica amministrazione di correlare un congruo indennizzo.

Fra questi sono di particolare interesse, anche per l'incidenza sulla organizzazione d'impresa, l'ordine del sindaco del Comune di Roma di occupare locali appartenenti ad istituti aventi attinenza con la beneficienza ospedaliera al fine di ricoverarvi malati febbricitanti, salvo indennizzo (48), o l'ordine sindacale all' E.N.E.L. di « assumere in via provvisoria dal 31 ottobre 1981 il servizio di distribuzione di energia elettrica agli utenti di una impresa privata, la quale aveva avvisato che avrebbe cessato la propria attività (49).

---

(46) Giudicatura Mandamentale di Floridia, ud. 7 dicembre 1864, in *La Legge*, 1865, 335, che ritiene illegale l'apposizione perché non rientra la neve fra i generi annonari.

(47) Cassazione Roma, (pen.), 12 marzo 1920, Berizzi, in *Riv. amm. del Regno*, 1921, 91, che considera illegittimo l'ordine poiché nessuna disposizione di legge consente calmieri su generi non di prima necessità (striglie).

(48) È quesito posto dal ministro degli interni al quale il Consiglio di Stato, parere, 30 luglio 1871, n. 3123-1697, in *Riv. amm. del Regno*, 1872, 596, risponde positivamente apponendo due condizioni: che l'istituto non sia impedito, a seguito dell'occupazione, nell'esercizio della beneficienza speciale e non vi sia aggravio, né danno, nella sua azienda economica.

(49) Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n. 136, in *Foro it.*, 1982, III, 236, che annulla l'ordinanza perché manca un pericolo attuale (è emessa

Non dissimili appaiono gli ordini del ministro della sanità a una società (operante nel settore) di provvedere a prelevare i rifiuti speciali (30 tonnellate) giunti ad uno scalo ferroviario da vari ospedali della regione (Sicilia) e di trasportarli, nel rispetto della normativa vigente, presso un impianto a ciò specializzato e l'ordine al gestore dell'impianto stesso di riservare una quota pari al 5% dello smaltimento giornaliero per l'eliminazione dei rifiuti su indicati (50).

A questi si avvicina l'ordine del prefetto di Milano ad alcuni farmacisti della provincia di continuare a fornire gratuitamente gli assistiti I.N.A.M. e I.N.A.D.E.L. di medicinali, congiuntamente all'ordine rivolto agli istituti di pagare settimanalmente quanto dovuto (51), cui si aggiungeva l'ordine ai farmacisti stessi di esporre un cartello che indicasse la continuazione del servizio convenzionato ed ai farmacisti « non precettati » l'ordine di esporne altro con l'indicazione dell'esercizio più vicino nel quale trovare il servizio stesso (52).

Sempre all'attività di impresa si è rivolto l'ordine di prov-

---

tre mesi prima della paventata cessazione), perché la momentanea carenza di energia elettrica non pone in pericolo né integrità fisica, né salute dei cittadini [forse perché è un comune montano? « Valle Aurina » (Bolzano)]. Infine non pare sia previsto indennizzo alcuno.

(50) Ordinanza del Ministro della sanità, 14 luglio 1988, in *Gazz. Uff.*, 20 luglio 1988, serie generale, n. 169, la quale pone gli oneri di spesa a carico della regione Sicilia, salvo rivalsa nei confronti degli ospedali produttori o dei responsabili del trasporto.

(51) Non è chiaro se secondo la convenzione a suo tempo stipulata, (che stabiliva un valore pari al solo il 50%), o se per l'intero prezzo.

(52) Tribunale di Milano, 27 giugno 1968, Rizzo ed altri, c. Mazza e Amm. Interni, in *Foro pad.*, 1968, I, 917, che dichiara il difetto di giurisdizione per inesistenza di una lesione di diritti soggettivi. Appello Milano, 12 maggio 1970, (stesse parti) annulla e riforma la sentenza di primo grado rimettendo le parti avanti al primo giudice per la condanna al risarcimento del danno subito dai farmacisti. Cass. civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2300, Min.

vedere all'« assunzione obbligatoria » di manodopera (53), ovvero di fornire prestazioni personali di lavoro, o servizi, richiesti per l'estinzione di un incendio (54).

Diversi motivi hanno determinato gli organi dell'amministrazione pubblica, anche degli enti territoriali locali (sindaco), a disporre la requisizione in uso di aziende private che erano in un rapporto giuridico speciale con la pubblica amministrazione, ovvero verso quelle imprese senza particolari rapporti con la stessa (55).

Possono indirettamente, o espressamente, incidere sulla

Interno, c. Rizzo, (che precede nella decisione) Cass. civ., sez. un., 14 aprile 1975, n. 1406, Mazza c. Rizzo ed altri, entrambe in *Foro it.*, 1975, I, 2521, 2529, che confermano la giurisdizione del giudice ordinario per il fondamentale rilievo che si tratta di carenza di potere, perché il prefetto ha disposto una prestazione patrimoniale non prevista dalla legge, nel senso che « nessuna legge impone al farmacista di fornire medicine a credito sopportando gli oneri della farmacia e per di più il costo dei prodotti ». Da ciò ci pare di poter dedurre che il termine di quindici giorni previsto dall'ordinanza non era stato rispettato (l'ordinanza infatti non prevedendo alcuna possibilità di erogazione di spesa in deroga alla normativa vigente, o quant'altro, non affrontava i motivi di ritardo dei pagamenti degli enti assistenziali), salvo che si voglia fare riferimento alla differenza di prezzo fra quello eventualmente inferiore della convenzione e quelli di listino (amministrati) al tempo dell'emanazione dell'ordinanza. La mancanza in concreto di un indennizzo per quanto imposto, pare dunque la ragione della asserita carenza di potere.

(53) Pret. penale di Bari, 19 dicembre 1947, imp. Dalena, in *Giust. pen.*, 1948, II, 692, che assolve dal reato, ex art. 650 cod. pen., poiché l'ordine aveva carattere non temporaneo, mancavano i presupposti di necessità e urgenza, si risolveva in speciale tributo e perché la manodopera aggiuntiva non rispondeva alle necessità delle aziende agricole.

(54) Cons. di Stato, parere, 12 gennaio 1876, (solo max), in C. ASTENGO, *Guida*, cit., (1889), 976, che ritiene possibile tale ordine sulla base dell'art. 685 (dovere di soccorso) dell'allora vigente codice penale.

(55) Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 1982, n. 2994, in *Foro it.*, 1982, I, 2485, che afferma che l'ordine d'autorità sospende il rapporto di lavoro con conseguente impossibilità di ottenere la retribuzione dal datore di lavoro, né dall'ente pubblico, se nessuno lavori. La requisizione era stata disposta infatti

iniziativa economica privata, ovvero sul potere di organizzazione della pubblica amministrazione, le ordinanze che dispongono la precettazione di lavoratori dipendenti, privati o pubblici, ma anzitutto si caratterizzano normalmente per la necessaria (implicita) sospensione dell'esercizio del diritto di sciopero (56), la quale è sicuramente la posizione soggettiva di cui dispone l'amministrazione pubblica.

---

per impedire licenziamenti da parte del datore di lavoro. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 giugno 1978, n. 155, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1289, che ritiene legittimo l'ordine del sindaco di Palermo di requisire un'azienda (o singoli beni costituenti l'azienda) privata che era concessionaria del servizio di nettezza urbana per provvedere alla situazione igienica sotto diretta determinazione dell'autorità. T.A.R. Umbria, 9 gennaio 1977, n. 645, in *Foro it.*, 1978, III, 178, che ritiene illegittima un'ordinanza prefettizia di requisizione di azienda alberghiera perché si sarebbero potuti emanare provvedimenti ordinari. T.A.R. Lazio, sez. Latina, 14 marzo 1980, n. 60, in *Foro it.*, 1981, III, 470, che respinge il ricorso avverso un ordine sindacale di requisizione di un cantiere, poiché non altrimenti riusciva a disporre la sospensione dei lavori.

(56) Per dipendenti pubblici: T.A.R. Lazio, sez. III, 14 giugno 1982, n. 621, in T.A.R., 1982, I, 1846, e Cons. di Stato, sez. VI, 21 ottobre 1985, n. 520, in *Foro it.*, 1985, III, 465, la prima dichiara il difetto di giurisdizione per carenza di potere, la seconda il contrario, relativamente all'ordine rivolto ai controllori di volo precettati dal prefetto di Roma, sul rilievo sostanziale della prevalenza dell'interesse pubblico al mantenimento del servizio aereo (ordine pubblico e sicurezza, generale ed individuale) rispetto al diritto di sciopero. Di analoga precettazione, « disposta » dal Ministro Santuz, da notizia *La Stampa*, 2 luglio 1988, pag. 6 e per i ferrovieri lo stesso Ministro fa richiesta di precettazione ai prefetti, da *la Repubblica*, 16/17 ottobre 1988, pag. 8. Ancora il prefetto di Milano precetta gli anestesisti, da *la Repubblica*, 18 aprile 1990, pag. 13. Il sindaco precetta i netturbini dell'azienda municipalizzata di Venezia a causa delle calle piene di immondizia, da *la Repubblica*, 23 gennaio 1987, pag. 22. Per dipendenti in rapporto di diritto privato: precettazione dei bancari addetti alla tesoreria comunale in occasione del pagamento stipendi dei dipendenti pubblici da parte del prefetto di Trapani, da *Italia oggi*, 28 novembre 1986, pag. 13. Si veda altresì T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 9 novembre 1978, n. 533, in *Foro it.*, 1980, III, 214, per un caso di precettazione dei traghettatori di Messina e Reggio Calabria che avevano deciso lo scio-

In queste ordinanze normalmente non è corrisposto indennizzo alcuno, nemmeno in via integrativa, forse perché si ritiene che costituisca di per sé congruo ristoro la remunerazione dovuta dal datore di lavoro a corrispettivo della prestazione lavorativa ottenuta in attuazione dell'ordinanza amministrativa, ma altresì in esecuzione del preesistente rapporto di impiego.

La precettazione, soprattutto quando rivolta verso dipendenti pubblici, ma altresì nei nei casi in cui imponga la continuazione della prestazione lavorativa di dipendenti in rapporto di imprese concessionarie di un pubblico servizio, oltre a disporre del diritto di sciopero incide direttamente sulla competenza dei poteri (di ordine, di direttiva, di coordinamento, di vigilanza, ecc.) degli organi della pubblica amministrazione e più in generale sul potere di organizzazione a questa attribuito da numerose norme dell'ordinamento.

Le ordinanze che dispongono contestualmente di una pluralità di diritti soggettivi, o posizioni di potere pubblico, pur non costituendo un fatto peculiare delle ipotesi ora in esame, appaiono tuttavia con maggiore frequenza ove l'ordinanza involga il potere d'organizzazione della pubblica amministrazione nelle diverse possibilità in cui questo può trovare espressione: da quello più incisivo del rapporto di supremazia gerarchica cui è sottoposto il pubblico dipendente, a quello più fievole di vigilanza che non esclude, in casi determinati, penetranti poteri di intervento pubblico.

Fra questi si possono annoverare l'ordinanza di un sindaco che dispone, dopo vane richieste, la nomina del custode del passaggio pubblico a livello della ferrovia Adria-Chioggia a spe-

---

pero ad oltranza con conseguente blocco delle merci, la sentenza rileva il grave danno alla vita sociale ed economica dell'isola, con pregiudizio per « beni e valori di rilievo costituzionale », e ritiene che alla pubblica amministrazione, nella situazione di lacuna legislativa, « non resta affatto preclusa la valutazione relativa alla essenzialità dei servizi ».

se dell'Amministrazione ferroviaria Adriatica (57), o quella del prefetto che scioglie il consiglio di amministrazione di una società concessionaria di pubblico servizio con contestuale nomina di un commissario prefettizio (58), o ancora quelle, che molto possono far discutere, che hanno disposto l'istituzione di un soggetto giuridico con il fine specifico di provvedere alla gestione temporanea di un servizio pubblico (59).

Di minore incidenza, ma non per questo prive di rilevanza teorica, appaiono le ordinanze prefettizie con le quali si autorizza un trattamento di missione a favore di pubblici impiegati,

---

(57) Cons. di Stato, parere, 8 giugno 1888, n. 9016-825, (solo max) in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 51 che, essendo nel caso di provvedimenti contingibili ed urgenti possibile il ricorso al Prefetto, ritiene non più ammissibile un reclamo del Sindaco avverso il provvedimento prefettizio di annullamento in tutto, o in parte, della sua ordinanza.

(58) Cons. di Stato, sez. V, 22 gennaio 1943, n. 16, in *Riv. amm. del Regno*, 1944-45, 28, che annulla l'ordinanza perché i fatti addotti a presupposto si sono rivelati inesistenti, ovvero non sufficientemente documentati, inoltre perché il ricorrente ha dimostrato la propria buona amministrazione del servizio.

(59) Cass. civ., sez. un., 31 luglio 1950, n. 2254, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, 571, che ritiene impossibile addivenire, in deroga alle norme del codice civile (art. 12 e s.) e comunque contro norme imperative che hanno natura di principî dell'ordinamento giuridico, ad istituire un ente pubblico. Cass. civ., sez. un., 6 agosto 1975, n. 2986, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 932 e Cass. sez. un., 11 novembre 1974, n. 3500, in *Giust. civ.*, 1975, I, 420, che disapplicano un'ordinanza del Prefetto di Palermo di istituzione coattiva di un consorzio di polizia rurale perché con carattere di permanenza (manca la prefissione di scadenza); sempre sullo stesso oggetto: Cass. civ., sez. un., 6 luglio 1974, n. 1978, in *Foro it.*, 1974, I, 3041, che mantiene al giudice ordinario la giurisdizione sulla controversia, affermando sempre l'impossibilità di un contenuto dell'ordine a carattere permanente ed altresì quella di pervenire a imporre un tributo non dovuto *ex lege* ai consorziati coattivi. Il fatto è originato da una deliberazione del Consorzio di polizia rurale di Misilmeri che nel maggio del 1946 decise di sciogliere il proprio corpo di guardie

per casi non previsti dalla legge, al fine di evitare un cattivo funzionamento dell'amministrazione (60), o si annulla un atto amministrativo di altra autorità amministrativa (61), o quelle del ministro per il coordinamento della protezione civile che ordinano agli organi periferici dello Stato di procedere al censimento di imprese private (62), o agli uffici delle province di Trento e Bolzano di comunicare l'elenco dei siti individuati per lo stoccaggio di sostanze pericolose (63), o che « autorizza » il capo del servizio bilancio ed affari amministrativi dell'amministrazione statale a stipulare una convenzione, con « un'erigenda società » che appositamente dovrà essere istituita dall'I.R.I., con

---

campestri. Il prefetto dispose la ricostituzione del consorzio. Il commissario prefettizio del Consorzio, così ricostituito, stabilì il regolamento nel quale si precisava che « fra i proprietari rurali del Comune è costituito un consorzio di polizia rurale, per svolgere funzioni di custodia, vigilanza e prevenzione dei reati mediante corpo di guardie campestri », con conseguente determinazione di norme dettagliate sul patrimonio dell'ente e sul suo finanziamento a mezzo di contributi dei consorziati, in ragione del rispettivo imponibile fondiario.

(60) Corte conti, sez. contr., 9 luglio 1947, n. 170, in *Riv. giur. Corte Conti*, 1948, II, 1 che censura l'ordinanza per aver disposto in via generale e con effetto retroattivo sconfinando così in atti propri della funzione legislativa.

(61) Cons. di Stato, 24 gennaio 1947, n. 18, (solo max), in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 92, che annulla per incompetenza, essendo potere riservato solo al governo. Ma la massima purtroppo è troppo concisa e non dice nemmeno quale atto sia quello annullato e quale organo amministrativo abbia emanato il provvedimento.

(62) Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, 3538 che risolve il conflitto di attribuzioni ritenendo legittima per tale statuizione l'ordinanza.

(63) Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, 3538 che risolve il conflitto di attribuzioni ritenendo legittima per tale statuizione l'ordinanza.

un oggetto sociale già in parte determinato dalla stessa ordinanza del ministro (64).

Statuiscono su incarichi a dipendenti pubblici, aventi ad oggetto prestazioni non dovute in forza del normale rapporto di pubblico impiego, sia l'ordinanza, molto discussa, del presidente della giunta regionale in qualità di commissario straordinario per il terremoto, che contempla in via generale i magistrati ordinari fra le categorie di soggetti che possono far parte delle commissioni di collaudo in corso d'opera per la ricostruzione di zone colpite dai terremoti (65), sia l'ordinanza del commissario straordinario del governo per le zone terremotate che ha disposto la riduzione del 50% dei compensi dovuti agli ingegneri liberi professionisti già docenti in istituti di istruzione secondaria superiore (66).

In altri esempi il potere di ordinanza pare esprimersi entro la sfera giuridica attribuita dall'ordinamento alla pubblica amministrazione sui beni sottoposti allo speciale regime della proprietà pubblica con riferimento talora all'uso detto generale dei beni stessi, talaltra all'uso denominato eccezionale, o secondo altri particolare (67).

Pare rientrare nella categoria dell'autotutela l'ordine sindacale di demolizione di una derivazione di acquedotto da un rivo

---

(64) Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, 3538 che risolve il conflitto di attribuzioni ritenendo legittima, per tale statuizione, l'ordinanza.

(65) T.A.R. Campania, sez. I, 9 aprile 1987, n. 175, in *Foro it.*, 1989, III, 175, che dichiara illegittima la deliberazione del C. S. M. che ha negato l'autorizzazione ai magistrati di partecipare alle commissioni di collaudo sulla considerazione decisiva della presenza dell'ordinanza commissariale. Si vedano *ivi* le osservazioni critiche di A. PIZZORUSSO.

(66) T.A.R. Campania, 23 gennaio 1986, n. 53, in *Foro it.*, 1987, III, 28, che dichiara illegittima la riduzione ritenendo inapplicabile al caso di specie l'art. 62 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537.

(67) A. M. SANDULLI, *Manuale* ... (1989), cit., 784-785.

pubblico (68), mentre è piuttosto volto a determinare l'uso generale del bene soggetto alla disciplina pubblica l'ordine sindacale che impone agli utenti dell'acqua « del pubblico fondo » di provvedere prima « ad empire le conserve per le famiglie, e poscia per l'irrigazione dei fondi con equa proporzione, senza trasandarne alcuno » (69), infine, investe invece la posizione soggettiva acquisita in forza di provvedimento dell'amministrazione, l'ordine di requisizione di acque pubbliche oggetto di concessione (70).

Lo stretto rapporto che sussiste fra l'uso generale delle strade pubbliche e la libertà di circolazione in tutto il territorio nazionale è ricordato da quelle ordinanze che dispongono il divieto, per motivi di « ordine pubblico », di circolare su strada comunale non « bastatamente assodata » (71), o, di più recente

---

(68) Cassazione Torino, 26 luglio 1872, Fenocchio c. Comune di Prelà, in *Riv. amm. del Regno*, 1872, 656, che nega l'azione di spoglio del privato derivatore, inizialmente intentata contro il muratore che ha eseguito l'opera per ordine sindacale contingibile ed urgente.

(69) È ordinanza del sindaco di Tramonti del 21 aprile 1886. Contro l'ordinanza il Comm. Domenico Pisacane ha proposto azione possessoria al giudice ordinario, perché riteneva di essere stato leso nel possesso delle acque (che riteneva altresì di sua esclusiva proprietà) e ne chiese la reintegrazione. La Cassazione Napoli, 10 agosto 1889, Comune di Tramonti c. Pisacane, in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 649, risponde che il giudice ordinario è « incompetente » a giudicare della controversia perché si tratta di atto d'imperio.

(70) Cass. civ., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5327, in *Rass. Avv. di Stato*, 1980, I, 847.

(71) Cui segue l'ordine di sequestro di carro e vino come sanzione per l'avvenuta violazione del divieto: ordinanza del 20 maggio 1878 del Sindaco di Enemonzo, su cui Cassazione Firenze, 30 giugno 1882, Comune di Enemonzo c. Zuliani, in *Riv. amm. del Regno* 1882, 697, nega, per i motivi indicati in testo, il risarcimento del danno al sequestrato Zuliani. Oltre all'art. 104 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, antesignano dell'attribuzione del potere di ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco, la sentenza riferisce degli articoli 19, 22, 78, 84, 378 della stessa legge all. F sui lavori pubblici, nonché del regol. di esec. r. d. 15 novembre 1868, artt. 1, 2, 33, 72 e

memoria, quelle che limitano la circolazione dei veicoli nell'ambito del perimetro urbano con targhe pari, o dispari, in giorni alterni (72).

Fuori dai casi che precedono il ricordo di un intervento del potere di ordinanza su diritti a contenuto non patrimoniale appare, nella dottrina più recente, del tutto insussistente.

Il caso è posto in evidenza senza equivoci con l'ordinanza del Prefetto di Cremona del 9 gennaio 1888 (in vista del carnevale?), con la quale si proibirono « le maschere o i travestimenti in qualunque modo riprovevoli per indebite allusioni » (73), o nelle ordinanze dello stesso organo del 6 e 9 agosto 1876 con le quali le « processioni religiose all'esterno dei templi » vengono « di regola vietate », sicché a « tale divieto potranno, secondo le circostanze di tempo e di luogo, essere fatte delle eccezioni, qualora i ministri del culto presentino di volta in volta al Prefetto domanda di permesso » (74).

---

82 che attribuiscono al Sindaco poteri di sorveglianza sulle pubbliche vie con possibilità di disporre provvedimenti per la loro conservazione.

(72) Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 1984, imp. Coppola, in *Cass. pen.*, 1986, 156, che respinge il ricorso dell'imputato ritenendo legittima l'ordinanza del prefetto di Napoli ed infondato il rilievo di violazione dell'art. 16 della Cost. perché la libertà di circolazione è assicurata dalla possibilità di usare mezzi diversi dalla vettura privata.

(73) Cassazione Torino, (pen.), 30 maggio 1888, ric. Manelli, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 557, che rigetta il ricorso dell'imputato contro la sentenza del pretore che lo aveva condannato per essersi travestito da prete, « con indebita allusione alla classe dei sacerdoti ed alla religione cattolica ».

(74) Cassazione Torino, (pen.), 11 luglio 1877, in cui si giudica del comportamento del curato di Pescarolo che, « *previo suono di campane, con croci ceri, e cantando salmi* » *eseguiva una processione religiosa* (la sentenza è pubblicata in nota a) Cassazione Torino, (pen.) 13 maggio 1877, in *Riv. amm. del Regno*, 1877, 479, entrambe negano l'esistenza del reato sulla base della circostanza che l'esercizio del culto è un diritto soggettivo, come si evince dalla tutela penale dell'art. 183 dell'allora vigente cod. pen., che il di-

Più di recente il potere di ordinanza è intervenuto sulla libertà di pensiero con specifico riferimento alla diffusione di stampati, in periodo in cui era già vigente l'art. 21 della Costituzione, con divieti prefettizi di affissione e diffusione di manifesti che introducevano con la frase « da 60 giorni l'Italia è senza governo » e contenenti « notizie tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico » (75), o, come nel caso più noto da cui scaturì come vedremo l'intervento della Corte costituzionale, in cui un prefetto dispose il sequestro di stampati a carattere politico (76), o il divieto di

---

ritto tutelato in legge non può trovare smentita in una ordinanza con caratteri di generalità, perché infine comunque mancano le ragioni di urgenza, i motivi speciali di sicurezza pubblica, igiene o altro, per proibire le processioni. L'annotatore rivela che nello stesso periodo la Corte di Cassazione di Torino aveva provveduto ad annullare altre 13 sentenze dei pretori locali per eguale ragione giuridica. Si trattava di ordinanze in cui si richiamava una « circolare del Ministro dell'Interno 28 luglio 1876 ». Si veda infine il parere del Cons. di Stato 3 giugno 1873, in *Riv. amm. del Regno*, 1874, 81, che ritiene impossibile prescrivere regole per gli orari delle funzioni religiose dentro o fuori le Chiese, in quanto sono ammissibili solo provvedimenti dettati dall'urgenza e per ragioni di ordine pubblico ai sensi dell'art. 3 della legge 22 marzo 1865, n. 2248, all. A.

(75) Pret. di Alessandria, 8 febbraio 1962, imp. Gemma, in *Foro it.*, 1962, II, 138, che ritiene illegittima l'ordinanza anche in considerazione della sentenza Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26.

(76) Cass. pen., sez. III, 27 maggio 1955, imp. Tombesi, in *Giust. pen.*, 1955, II, 970, che ritiene « illegittima » l'ordinanza perché il sequestro è consentito solo nei casi tassativamente indicati dal r.d.l. 31 maggio 1946, n. 561; Trib. di Milano, 9 dicembre 1960, imp. Pizzigoni, in *Foro it.*, 1961, II, 20, che ritiene « illegittima » l'ordinanza perché nell'ordinamento sussistono « beni assoluti » « relativi a beni primari » per i quali è « inconcepibile un processo di affievolimento » il cui unico limite è dato da un « doveroso rispetto e contemperamento degli eguali diritti altrui ». Ancora per sequestro prefettizio del giornale murale livornese « l'Amico dell'Unità » Pret. di Livorno, 13 gennaio 1956, imp. Giusti e Cianetti, in *Giur. cost.*, 1956, 853, che ritiene non conforme a legge l'ordinanza perché il sequestro è consentito solo nei casi e modi previsti dal cit. r.d.l. n. 561 del 1946.

« strillonaggio » e vendita di giornali politici a domicilio (77).

Di difficile individuazione appaiono le posizioni soggettive delimitate dalle ordinanze sindacali che vietano il gioco del calcio in un campo sportivo parrocchiale perché « reca disturbo agli abitanti per la polvere sollevata ed il rumore dei giocatori » (78), o proibiscono ad una banda musicale di suonare nelle pubbliche vie sino a nuovo avviso (79), o sospendono una corsa automobilistica di velocità a causa del pericolo di inquinamento da rumore (80), o quello recente che a Torino ha vietato a chiunque di somministrare alimenti di qualsiasi genere ed in qualsiasi luogo ai colombi presenti allo stato libero nel territorio urbano (81), o infine quella del sindaco di Assisi che ha vietato « abbigliamenti succinti del tipo balneare, o a torso nudo, a chiunque passi per le piazze o vie ove sussistono chiese, conventi, o edifici monumentali », ovvero il consumo di « colazioni

---

(77) Corte cass., 2 luglio 1955, imp. Pozzolini, in *Foro it.*, 1955, II, 217, che ritiene « legittima » l'ordinanza.

(78) Cons. di Stato, parere, sez. I, 24 giugno 1977, n. 803/76, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1609, che ritiene possibile l'ordinanza indicata.

(79) Cassazione Torino, (pen.) 9 dicembre 1880, ric. Ruffoni, (solo max), in *Riv. amm. del Regno*, 1881, 399, che nega l'esistenza del reato perché l'ordine ha carattere di permanenza.

(80) T.A.R. Piemonte, 3 febbraio 1976, n. 49, in *T.A.R.*, 1976, I, 1250, che ritiene legittimo l'ordine. Forse più correttamente il contenuto dell'ordinanza si sarebbe dovuta inquadrare nell'attività economica privata, poiché quasi sempre le gare automobilistiche sono, oltreché mezzo pubblicitario, uno strumento di collaudo per le industrie produttrici.

(81) Cons. di Stato, sez. VI, (ord.), 10 aprile 1987, n. 240, e T.A.R. Piemonte, sez. II, (ord.), 21 agosto 1986, n. 230, entrambe in *Foro it.*, 1987, III, 521, che annulla la sospensione disposta dalla prima dell'ordinanza. Pret. di Torino, 19 settembre 1988, n. 4346, (ined.) che rigetta l'opposizione avverso la sanzione amministrativa per violazione dell'ordinanza sul rilievo che la stessa è conforme ai principî dell'ordinamento, poiché la salute è interesse preminente.

al sacco davanti ai monumenti, lungo le scalinate, o comunque sul suolo pubblico » (82).

Nella quasi totalità (83) dei casi da ultimo indicati il potere di ordinanza parrebbe avere ad oggetto la delimitazione di una libertà, ma non agevole risulta l'ulteriore tentativo di pervenire a qualificare il diritto soggettivo del destinatario del provvedimento secondo le tradizionali qualificazioni dei diritti della personalità, o le più recenti norme costituzionali che tutelano posizioni soggettive a contenuto non patrimoniale.

In chiusura si vuole ancora offrire uno dei rari esempi di applicazione della lettera dell'art. 7 legge 22 marzo 1865, n. 2248, all. E, poiché, pendente il termine per il ricorso per Cassazione relativo a una controversia civile sulla possibilità per il Comune di aprire finestre di fronte ad un privato, il sindaco (dirimpettaio) con ordinanza vietò qualsiasi opera sull'edificio comunale prospiciente l'abitazione del destinatario dell'ordine, che questi si apprestava a svolgere in esecuzione della sentenza civile di secondo grado che negava al Comune il diritto di aprire finestre nella parte di edificio di fronte alla proprietà del privato (84).

Pare interferire ancora con l'esercizio di un potere giurisdizionale l'ordinanza sindacale che ordina la sospensione dell'esecuzione di un decreto di sequestro del materiale estratto da una miniera emanato dal presidente del tribunale (85).

---

(82) Da *la Repubblica*, 1 agosto 1987. Analoga ordinanza di divieto di colazioni al sacco è stata emanata dal Sindaco di Venezia.

(83) Non così l'ordinanza che sospende la corsa automobilistica di velocità, su cui si veda la nota che precede.

(84) Cons. di Stato, parere, 10 febbraio 1888, n. 562-172, Comune di Penne, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 484, che ha ritenuto illegittima l'ordinanza volta ad impedire l'esecuzione della sentenza di secondo grado, anche se era ancora pendente il termine per la proposizione del ricorso in Cassazione.

(85) Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 1948, n. 123, in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 224, non intellegibile la soluzione. La giurisprudenza ha ritenuto

2. *La scomposizione del contenuto dell'ordinanza. Alcuni casi giurisprudenziali significativi che definiscono il rapporto con i poteri « nominati ». L'idea dell'abuso del diritto. Le norme di relazione sparse nell'ordinamento.*

Alcuni dei casi indicati spiegano con evidenza che sussiste un rapporto fra la disposizione attributiva del potere di ordinanza e le altre che conferiscono alla pubblica amministrazione poteri a contenuto predeterminato dalla legge.

Tale relazione pare confermare l'idea che ha indotto taluno a ritenere (86) che il rapporto giuridico instaurato da un'ordinanza di necessità e urgenza non trovi disciplina da parte della sola disposizione attributiva del potere « innominato ».

Si era detto che meno immediato è cercare di comprendere quale tipo di relazione si instauri fra le disposizioni indicate ed in forza di quali regole giuridiche sia consentito veder ricomporre la norma di livello legislativo capace di dar fondamento al contenuto assunto per l'occasione dal potere di ordinanza.

Alcuni esempi consentono una migliore comprensione dei problemi che possono sorgere nel corso dell'analisi del rapporto fra disposizione attributiva del potere di ordinanza e disposizioni che accordano poteri « nominati » alla pubblica amministrazione.

Tale rapporto, che è comunemente definito « derogatorio », rivela più di una vicenda giuridica che occorre esplicitare.

---

che la sentenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, che accerta l'insussistenza di una servitù coattiva di scolo, non può consentire al destinatario di un ordinanza sindacale di non eseguire il ripristino dello stato dei luoghi ove sia necessario per ragioni di salute pubblica, così: T.A.R. Lazio, sez. II, 17 dicembre 1975, n. 573, in T.A.R., 1976, I, 64, anche se occorrerebbe rilevare che può in tal caso sorgere un dovere di indennizzo, ma non è comprensibile con chiarezza il fatto.

(86) F. Bartolomei, *Il potere* ..., cit., 131.

L'art. 265 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, t. u. delle leggi sanitarie, stabilisce che: « Nei casi di peste bovina, di pleuropolmonite contagiosa dei bovini e morva, il veterinario provinciale ordina la distruzione degli animali infetti e, quando necessario, anche degli animali sospetti di infezione e contaminazione ».

La scomposizione della previsione legislativa può offrire il seguente schema di riordino degli enunciati legislativi.

La *competenza* è indicata nel veterinario provinciale.

I *presupposti* sono specificati nella presenza di peste bovina, pleuropolmonite contagiosa dei bovini e morva; ovvero nell'aggiunta della necessità per gli animali sospetti di contagio o contaminazione.

Il *fine di interesse pubblico* è implicito: evitare la produzione di carni infette, ovvero impedire il propagarsi delle malattie indicate.

Il *contenuto* del potere autoritativo è definito dall'abbattimento e distruzione degli animali infetti, ovvero (nel caso di necessità) sospetti di infezione e contaminazione, in entrambi i casi nella attribuzione di una indennità con valori variabili sino all'ottanta per cento del prezzo di mercato del capo abbattuto.

L'amministrazione pubblica può trovarsi nella necessità di procedere all'abbattimento dei bovini per la presenza di nuove e non previste malattie, ovvero di altri animali diversi da quelli indicati dalla disposizione dell'art. 265 citato.

In tal caso può divenire utile la disposizione attributiva del potere di ordinanza di necessità e urgenza proprio perché attribuisce un potere autoritativo « innominato ».

I presupposti, il fine di interesse pubblico, la libertà dai vincoli di procedura e la determinazione di competenza, diversamente definiscono l'esercizio del potere pubblico.

Il « rapporto in deroga » (87), che si ritiene instauri la nor-

---

(87) Sulla nozione di deroga per tutti si vedano: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1976, 176 e s.; V. ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1977; G. U. RESCIGNO, voce *Deroga (in*

ma attributiva del potere di ordinanza con le disposizioni di legge che attribuiscono poteri « nominati » alla pubblica amministrazione, importa anzitutto un immediato richiamo di questi poteri alla competenza dell'organo titolare del potere di ordinanza, ma al contempo si ritiene che la norma attributiva del potere di ordinanza operi in deroga ad ogni enunciato legislativo che nella stessa trovi corrispondente espressione.

Tuttavia secondo tale ricostruzione occorre rilevare che l'assenza nella disposizione attributiva del potere di ordinanza di ogni determinazione in ordine al contenuto del potere pare escludere ogni effetto sostitutivo (deroga) per tale elemento dell'atto, sicché permane invariato il contenuto autoritativo della disposizione che conferisce alla pubblica amministrazione il potere « nominato ».

Alcuni esempi di ordinanze possono dar conforto dell'effetto derogatorio indicato.

Ordine sindacale che ingiunge al titolare di uno stabilimento industriale di rendere preventivamente innocue le acque di scarico prima dell'immissione nei corsi d'acqua (88), ordine di demolizione di immobile pericolante (89), o di ballatoio (90), o di colonne sporgenti dalla facciata di un edificio (91).

La limitazione della attività economica privata trova relativamente al caso indicato un proprio limite generale e particolare in due disposizioni di legge: l'una prevede la possibilità di imposizione di limiti di accettabilità agli impianti depurativi de-

---

materia legislativa) dell'Enciclopedia del diritto, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 303 e s.

(88) Cass. Pen., 10 aprile 1973, Vallini, in *Giust. pen.*, 1974, II, 108.

(89) T.A.R. Lombardia, 17 dicembre 1975, n. 429, in *T.A.R.*, 1976, I, 509.

(90) Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 10 luglio 1970, n. 450, in *Cons. di Stato*, 1970, I, 1365.

(91) Cons. di Stato, sez. V, 22 ottobre 1949, n. 916, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 868.

gli scarichi industriali (92), l'altra vieta l'immissione dei liquidi di rifiuto in corsi d'acqua che attraversano l'abitato senza che questi vengano previamente sottoposti a processi depurativi riconosciuti idonei dall'autorità sanitaria (93).

Analogamente la limitazione della proprietà privata ed in particolare il potere di demolizione trovano una esplicita enunciazione in legge, congiuntamente al dovere di conservare i fabbricati e i muri fronteggianti le strade in modo da non compromettere l'incolumità pubblica (94).

Dall'esemplificazione indicata si comincia a verificare che i concreti contenuti assunti dal potere di ordinanza trovano in molti casi una loro previsione legislativa anche se per tempi, presupposti, fini e procedimenti particolari tutt'affatto differenti e inapplicabili al caso di specie.

Il punto apre un problema di ordine teorico che ora non preme sciogliere (95), perché ciò che importa è soffermare l'attenzione sulla circostanza che sussistono in legge: le previsioni del potere di ordinare la demolizione di un fabbricato (96), del

---

(92) Art. 13 della l. 10 maggio 1978, n. 319.

(93) Art. 227 del r. d. n. 1265 del 1934, t.u. delle leggi san., cit.

(94) Art 16 del r. d. 8 dicembre 1933, n. 1740, t.u. delle leggi sulla strada.

(95) Infatti normalmente « i casi » definendo il campo di applicazione di una disposizione impediscono che per altri possa produrre efficacia la disciplina imposta dalla norma stessa. Il punto è normalmente superato asserendo che sussiste un rapporto normalmente definito « derogatorio » fra norma attributiva del potere di ordinanza e quelle che statuiscono poteri « nominati ». Pare tuttavia che si tratti non tanto di un caso di applicazione del principio di specialità (la legge speciale deroga la legge generale) ma estrinsecazione del principio di competenza: un dato tipo di potere (rapporto d'autorità) trova per casi determinati la competenza dell'organo individuato dalla disposizione attributiva del potere « nominato », fuori di essi spetta al titolare del potere di ordinanza.

(96) Art. 227 del r.d. n. 1265 del 1934, cit., t. u. leggi sanitarie.

potere di ordinare lo sgombero di case abitate (97), l'esecuzione di riparazioni e completamenti alle stesse (98), o la loro visita e disinfezione (99).

Appare di rilievo comprendere che già la legge attribuisce ad organi della pubblica amministrazione il potere di ordinare il trasferimento fuori dell'abitato delle industrie insalubri (100), di irrogare limiti massimi di tollerabilità delle materie inquinanti (101), di imporre l'eliminazione degli inconvenienti causa di inquinamento e la chiusura temporanea degli stabilimenti (102), di vietare sui suoli agricoli le dimissioni non direttamente utili alla produzione (103) e nel sottosuolo quando possano danneggiare le falde acquifere (104), di ordinare le ispezioni negli insediamenti produttivi necessarie all'accertamento delle condizioni degli scarichi (105), del potere di ordinare l'abbattimento di animali infetti o sospetti (106), e così via.

In tutte le ipotesi il rapporto « autorità-libertà », instaurato nel caso concreto dalla pubblica amministrazione con il potere di ordinanza, trova in disposizioni di legge una sua previsione.

Per tali casi non pare si possa parlare di potere « creati-

---

(97) Art. 222 dello stesso r. d. n. 1265 del 1934 e art. 2 della l. 9 agosto 1954, n. 640.

(98) Art. 223 e 232 del citato r.d. n. 1265 del 1934.

(99) Art. 261 dello stesso r.d. n. 1265 del 1934.

(100) Argomentato dal c. VI dell'art. 216, così come specificato dall'art. 94 del r.d. 3 febbraio 1901 n. 45.

(101) Art. 15, comma II e III, della l. 13 luglio 1966, n. 615, art. 12 e 13 della l. 10 maggio 1976, n. 319.

(102) Art. 20 comma IV e V, della l. n. 615 del 1966 cit.

(103) Art. 4, comma II, della l. n. 319 del 1976.

(104) Art. 4, comma III, della l. n. 319 del 1976, cit.

(105) Art. 9 della l. n. 319 del 1976, cit.

(106) Art. 265 del r. d. n. 1265 del 1934, cit., ma si veda anche la l. 12 giugno 1913, n. 611 e per specificazioni il d.p.r. 8 febbraio 1954, n. 320, negli articoli: 85, comma I e II, 86, comma II, 88, 98, 78, 102, 107, 116 comma I e II, 109, 113, 130, 150, 155, 159.

vo », 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 ».

Si può ritenere invece che quel rapporto d'autorità è previsto dal legislatore, come altresì è stabilito con la disposizione attributiva del potere di ordinanza che la pubblica amministrazione provveda, senza limiti d'azione diversi da quelli incompatibili con l'urgenza, a far fronte alle situazioni di necessità, con scelta fra i provvedimenti più idonei al caso (107).

Tuttavia l'operazione di « depurazione » dei precetti legislativi che attribuiscono poteri « nominati » da parte della disposizione attributiva del potere di ordinanza non può essere individuata in ragione della sola lettera legislativa.

Da tempo è stato posto in luce che gli enunciati sui presupposti dell'atto amministrativo possono contenere una duplice determinazione: di un presupposto vero e proprio e di un motivo d'esercizio del potere (108).

La previsione legislativa del presupposto di necessità e urgenza della disposizione attributiva del potere di ordinanza può assumere infatti una valenza in « deroga » superiore a quella di sostituzione del correlativo enunciato posto nella norma che conferisce il potere « nominato ».

In particolare si possono trovare ulteriori momenti di influenza del presupposto di necessità e urgenza su altri elementi di definizione del potere di ordinanza.

Uno è quello di definire in via mediata il fine di interesse pubblico (o motivo) dell'atto, poiché in assenza d'altra defini-

---

(107) È la tesi che ci pare enunciata da F. BARTOLOMEI, *Il potere* ..., cit., 131.

(108) M. S GIANNINI, *Lezioni* ..., (1950), cit., 324, nel quale i motivi sono una indicazione mediata dei fini di interesse pubblico che deve perseguire l'esercizio del potere.

zione è implicito lo scopo di porre termine alla situazione di pericolo (necessità) preesistente all'emanazione dell'ordinanza, l'altro è quello di rendere disponibile alle ragioni dell'urgenza i limiti di procedura e di forma (109).

Infine il presupposto può svolgere una funzione di specificazione del contenuto dell'imposizione autoritativa, nel senso di consentire alla pubblica amministrazione solo quelle limitazioni indispensabili al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per le posizioni soggettive dei destinatari dell'atto.

La previsione del presupposto di necessità e urgenza, la definizione della competenza e l'attribuzione del potere di adottare tutti i provvedimenti idonei al caso, fatte salve ipotesi particolari, sono di per sé capaci di realizzare l'effetto di acquisire all'organo titolare del potere di ordinanza tutti i momenti d'autorità che la legge ha attribuito alla pubblica amministrazione, senza tuttavia accogliere ogni altro enunciato che normalmente è posto per circoscrivere il corretto esercizio del potere.

L'idea che la disposizione attributiva del potere non sia l'unico momento di definizione delle vicende giuridiche che in concreto possono determinare le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, pare altresì presente in altro modo di configurare talune disposizioni attributive del potere di ordinanza.

La ricostruzione è riferita con preferenza al potere di ordinanza del sindaco, le cui disposizioni attributive contenegono l'addenda di un un potere, presentato come conseguente, che consente alla pubblica amministrazione « di far eseguire gli ordini relativi, a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale in cui fossero incorsi ».

---

(109) T.A.R. Basilicata, 22 giugno 1984, n. 79, in *T.A.R.*, 1984, I, 2867; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 4 giugno 1980, n. 615, in *T.A.R.*, 1980, I, 3066; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in *T.A.R.*, 1980, I, 3046; Trib. Sup. Acque Pubbl., 20 marzo 1980, n. 4, in *Cons. di Stato*, 1980, II, 463. Per ulteriori riferimenti si veda il capitolo VII, spec. nota 159.

Questa struttura letterale non ben si attaglia ai casi di ordinanze che impongono ablazioni con conseguente corresponsione di un indennizzo, ma meglio si riferisce a tutti quei casi in cui alla pubblica amministrazione è dato il potere di ricondurre i titolari dei diritti soggettivi entro i confini che l'ordinamento ha definito per ciascuno nel suo rapporto con altri.

Su tali casi di intervento del potere di ordinanza si sono consolidate le definizioni del potere sindacale volto a reprimere una situazione di « abuso del diritto » di proprietà, di iniziativa economica privata, e così via, in situazioni nelle quali i comportamenti dei privati realizzavano un pericolo per l'incolumità pubblica.

Tale concetto è stato spiegato come pericolo di danno, o più semplicemente come minaccia per gli interessi pubblici (110) a prevenzione (111) dei quali è stato attribuito alla pubblica amministrazione il potere di ordinanza di necessità e urgenza.

La parola pericolo esprime un concetto tradizionale nel lessico giuridico che si riferisce alla probabile evenienza, secondo il normale determinismo causale, che la situazione di fatto produca eventi dannosi.

Maggiori questioni conseguono all'uso della parola danno poiché si pone immediatamente il problema di verificare se sia da prendere in considerazione qualsiasi fatto che importi una

---

(110) Si confrontino: E. BONAUDI, *Dei provvedimenti* ..., cit., 296; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte I, 649; M. SOARDI, *La legge comunale* ..., cit., 98; A. PAVIOLO, *Il commento teorico pratico della legge comunale e provinciale*, Cuneo, 1966, 147. In giurisprudenza si vedano per tutti: T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 15 luglio 1980, n. 236, in *T.A.R.*, 1980, I, 3113; Cons. di Stato, sez. V, 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. amm.*, 1979, 60; Cons. di Stato, sez. V, 18 novembre 1977, n. 1041, in *Cons. Stato*, 1977, I, 1694.

(111) Santi ROMANO, voce *Comune*, in *Digesto it.*, Torino, Utet, 1896-99, par. 210 e 214, per il quale la polizia locale è prevenzione.

sofferenza, o solo quello fra questi che scaturisce da una condotta valutata con sfavore dall'ordinamento (112).

Un danno agli interessi pubblici infatti può derivare anche a seguito di un esercizio del proprio diritto, ma tale circostanza non pare legittimare di per sé un esercizio del potere di ordinanza con esecuzione dell'ordine amministrativo in danno agli interessati per l'eventuale esecuzione d'ufficio.

L'accollo delle spese, con esclusione di ogni indennità, è invece normale ogni qualvolta sia possibile riconoscere nella condotta, omissiva o commissiva, del destinatario dell'ordine un comportamento che un tempo veniva normalmente definito come « abuso del proprio diritto », o « uso non consentito del proprio diritto » con possibile danno per gli interessi pubblici (113).

---

(112) L'articolo 2043 del cod. civ., come è noto, richiede l'ingiustizia del danno e la dottrina civilistica (R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 e s.; P. SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 e s.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, 113 e s., 99, 103 e s.; pare diversa la tesi di E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, 30 e s.) ha chiarito da tempo che l'aggettivazione vuole riferirsi ad un giudizio di sfavore sulla condotta umana causativa del danno espressa in qualsiasi norma dell'ordinamento (civile, penale, ecc.), dunque può dirsi che si tratta anche in questo caso di una definizione *per relationem*. Non dissimili sono le conclusioni della dottrina più recente per la quale: « unica guida dell'interprete per pervenire ad una precisazione della formula di ingiustizia del danno debbono essere i principi e le direttive che si derivano dalle norme dell'ordinamento giuridico », G. ALPA M. BESSONE, *La responsabilità civile. Funzioni e tendenze*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Rescigno, vol. IV, Torino, Utet, 1982, 81, e a pag. 74 nota 90-99 ampi riferimenti.

(113) Cassazione Milano, (pen.) 12 marzo 1864, imp. Motti, imp. Bettoni, in *La legge*, 1864, II, 300. Più di recente in dottrina il concetto di abuso del diritto è stato utilizzato in diverse accezioni. Per quelle più utili all'analisi del potere di ordinanza si vedano: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 29 e s. e nota 65; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità*, cit., 90 e

Tali locuzioni presuppongono che sia già individuato nel destinatario dell'atto un agire « illecito », o non consentito, sicché pare evidente che la disposizione attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente non ponga essa stessa tale definizione, ma la ritrovi già posta in altre norme dell'ordinamento che escludono dal « buon diritto » un determinato comportamento (114).

In tal senso nella ricostruzione offerta appare conseguente ritenere che il potere autoritativo della pubblica amministrazione non trovi diritto soggettivo alcuno la cui disposizione ad opera della pubblica amministrazione debba essere compensata con un congruo indennizzo, ma al contrario risulti spiegato perché l'ordine di rientrare entro i confini del proprio diritto importi l'addebito della eventuale esecuzione d'ufficio.

Se ciò è vero il contenuto del potere di ordinanza appare condizionato dalla definizione delle condotte che l'ordinamento considera con sfavore, poiché saranno da reputarsi ammissibili solo quelle determinazioni della pubblica amministrazione che siano volte a reprimere, o prevenire, ciò che è reputato « abuso del proprio diritto ».

La costruzione appare più perspicua ove si rifletta sulla circostanza che una condotta può affermarsi come non appartenente al diritto di un soggetto sia nel caso in cui la stessa non rientri nella definizione legislativa in sé e per sé considerata di una determinata posizione soggettiva, sia nel caso in cui un

---

s., spec. 91; G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 162. In gran parte diversa è l'accezione posta in luce da Salvatore ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto naturale)*, cit., 168; Si vedano altresì U. GUALAZZINI, voce *Abuso ... (diritto intermedio)*, cit., 163; M. D'AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Nuovo. dig. it.*, vol. I, Torino, 1937, 48; ID., stessa voce, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1968, 95, con lievi modificazioni rispetto alla precedente.

(114) Così già in Regia Camera, 27 dicembre 1855, Visconti c. Municipio di Alessandria, in *Giur. it.*, 1855, III, 119.

comportamento sia non consentito in ragione del rapporto che si viene ad instaurare con altre specifiche posizioni soggettive.

In questo ultimo caso il conflitto fra le due posizioni soggettive non è risolvibile in base alle sole definizioni dei relativi diritti soggettivi ove le norme non contengano una relazione fra le due posizioni soggettive capace di sciogliere il conflitto.

Altra e diversa norma si impone dunque a soluzione della relazione: come definizione del limite (115), del confine, del rapporto fra posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, sciogliendo la questione insorta con la dichiarazione di ciò che appartiene all'una piuttosto che all'altra parte del conflitto; definendo, in altre parole, il contenuto giuridicamente rilevante della relazione.

In tal guisa l'idea « del pericolo per l'incolumità pubblica » non meno di quella « dell'abuso del diritto », riprese anche dalla dottrina del tempo (116), riescono ad evidenziare che in qualche modo, da qualche parte, l'ordinamento nel suo complesso ha enunciati i limiti della relazione fra posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, siano poi esse costituite da soli interessi privati, o anche da altri a rilevanza pubblica.

A tali limiti la disposizione attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente pare rinviare e perciò recepire la definizione del contenuto del potere.

Sicché pare conseguente ritenere che il contenuto del potere sia individuato per *relazionem* ad altre norme dell'ordina-

---

(115) L'art. 436 del codice civile del 1865 consentiva espressamente di annoverare i regolamenti come norme possibili per le determinazioni delle principali relazioni con il diritto di proprietà. Per interessanti accenni sul rapporto fra potestà regolamentare e proprietà privata anche sotto il previgente codice si veda: R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. di proc. civ.*, 1970, 436.

(116) R. DRAGO, *Quistioni di diritto comunale*, Genova, 1875, 167; T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova, 1899, 148, 150; A. MARASCA, *Le azioni dei privati contro gli atti urgenti municipali*, in *Riv. giuridica, di Trani*, 1886, 4 e 41 dell'estr.

mento giuridico, non molto diversamente dall'integrazione che si ritiene (117) subisca in campo civile la disposizione dell'art. 2043 per la determinazione dell'« ingiustizia » del comportamento causativo del danno.

Quest'ultimo riferimento non è solo offerto per la somiglianza di struttura normativa, ma soprattutto perché in molti casi si è ritrovato che le norme di definizione dei comportamenti ingiusti per la determinazione della responsabilità civile sono state utilizzate (118) per individuare la *regula juris* che contribuisce a delimitare i contenuti ammissibili del potere di ordinanza contingibile ed urgente (119).

---

(117) Cioè occorre rifarsi a tutti i precetti legislativi, civili, penali, amministrativi nelle quali sia possibile scorgere il giudizio di favore o sfavore dell'ordinamento in ordine alla condotta causativa del danno, cioè a quegli enunciati di tali norme che taluno ha definito « la *ratio* dell'ingiustizia del fatto »: R. SACCO, *L'ingiustizia* ..., cit., 1440

(118) Tale coincidenza è già chiara in Corte Appello Torino, 18 settembre 1858, Motta c. Venisio, in *Giur. it.*, 1858, II, 840; in dottrina si confrontino: E. BONAUDI, *Dei provvedimenti* ..., cit., 305 ove dichiara di accogliere la tesi di CERESETO (*La legislazione sanitaria*, vol. I, 332 e s.) secondo cui debbono ritenersi « interessati », ai sensi dell'art. 153 r.d. n. 148 del 1915, t. u. leggi com. e prov., « coloro che avrebbero obbligo di fare ciò che per essi fa il Comune ». G. SAREDO, *Commento alla legge comunale e provinciale*, vol. III, Torino, 1890, 398, ove afferma che sono interessati coloro ai quali « incombe la responsabilità civile per i lavori eseguiti ».

(119) La necessità di ricercare un fondamento al contenuto del potere di ordinanza è riscontrabile anche nel ragionamento ipotetico che taluna giurisprudenza della seconda metà del secolo scorso operava per ritenere accolti dall'ordinamento i contenuti delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. L'argomentare parte dalla considerazione che il sindaco è legittimato ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti anche in assenza di un vigente regolamento comunale in punto (Cassazione Milano, 12 marzo 1864, imp. Motti, in *La legge*, 1864, II, 300; Cassazione Torino, 9 giugno 1866, imp. Botto, in C. ASTENGO, *Guida amministrativa* ..., 1889, cit., 976), ma si sente tuttavia il bisogno di verificare se quel determinato contenuto prescelto dal sindaco sarebbe stato convenientemente posto in una norma del regolamento

La costruzione che tende a individuare un rapporto « derogatorio » con i poteri « nominati » della pubblica amministrazione e le elaborazioni intorno all'« abuso del diritto » rivelano con chiarezza che a fianco della disposizione attributiva del potere di ordinanza di necessità e urgenza emerge una diversa norma capace di indicare ciò che nella prima appare inesistente.

Tale norma pare necessaria a colmare il giudizio di valore (relazione) fra posizioni giuridiche nel caso concreto contrapposte, escludendo così che la pubblica amministrazione si possa considerare libera di scegliere ogni contenuto del potere di ordinanza con il solo limite dettato dalla ricerca del mezzo più utile a compiacere gli interessi pubblici nel minor sacrificio degli interessi privati, poiché possono emergere beni giuridici che l'ordinamento preclude di ritenere « funzionalmente » assoggettati alla soddisfazione di determinati interessi pubblici.

Occorre ora proseguire l'analisi per verificare se quanto ora indicato in via d'esempio per talune ipotesi di potere di ordinanza di necessità e urgenza possa essere oggetto di estensione.

3. *L'idea secondo la quale il potere di ordinanza non può derogare le norme che l'ordinamento considera imperative. Revirement della dottrina che ha fondato l'idea di un illimitato « potere derogatorio necessitato » delle norme di diritto positivo. Norme imperative e autonomie giuridiche.*

La ricerca di una regola generale capace di individuare i limiti della « efficacia derogatoria » della disposizione attributiva

---

comunale (Cassazione Torino, 8 luglio 1886, Gottari Boselli c. Comune di Volta, in *Riv. amm. del Regno*, 1886, 609; Cassazione Firenze, 6 aprile 1887, Sindaco di Muraro, in *Riv. amm. del Regno*, 1887, 911) e non si tratta di semplici *obiter dicta* perché vi sono casi in cui si perviene a censurare i contenuti delle ordinanze proprio per tale ragione (Cassazione Roma, 12 marzo 1920, Berizzi, in *Riv. amm. del Regno*, 1921; si confronti: Cons. di Stato, sez.

del potere di ordinanza di necessità e urgenza verso i confini normalmente imposti dal legislatore ai poteri della pubblica amministrazione con l'attribuzione di poteri « nominati » ha trovato, alcuni anni or sono, una formulazione molto seguita.

Si è ritenuto (120) che il potere di ordinanza sia stato dalla legge esentato dalla efficacia precettiva delle « norme dispositive » (deroga); non si verificherebbe invece eguale vicenda giuridica per le « norme imperative », le quali costituirebbero precetti insuperabili dagli organi titolari del potere in esame. L'affermazione è di grande interesse poiché offre un criterio generale di riferimento, sicuramente utile in materia, ma ancor più perché pare negare in radice la configurazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza come capace di eliminare ogni vincolo apposto dal legislatore ai poteri della pubblica amministrazione.

La conferma soggettiva di quest'ultima considerazione è tratta dal raffronto con uno scritto anteriore dello stesso autore, pubblicato nell'immediato secondo dopoguerra nella forma dell'annotazione a sentenza e molto noto in materia (121), nel quale si pongono i tratti teorici fondamentali per la configura-

---

V, 22 ottobre 1927, Comune di Piana dei Greci c. Matragna, in *Riv. amm. del Regno*, 1928, 304 per la parte in cui si ritiene ammissibile il contenuto dell'ordine in base alla distinzione fra art. 74, ult. comma, e 75, comma I, del r. d. 3 febbraio 1901, n. 45 regolamento sanitario). In dottrina a favore: T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. II, Milano, Soc. ed. libraria, 1907, 390; MAZZOCCOLO, *La legge comunale e provinciale*, Milano, 1905, 493; E. BONAUDI, *Dei provvedimenti* ..., cit., 1907, 259; T. CARNEVALI, *Trattato di diritto amministrativo comunale* ..., cit., 1899, 149.

(120) M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 581; è mantenuta l'opinione nella II ed. del 1988, a pag. 707. L'affermazione è poi stata ripresa da S. AMOROSINO, *Il coordinamento amministrativo della ricostruzione*, (1984), cit., 38 e s.

(121) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* ..., (1948), cit., 388 e s.

zione di un potere « atipico » che è visto in definitiva come attività creativa della pubblica amministrazione in termini di « *jus singulare* » (122).

Si procede anzitutto ricordando che le norme dell'ordinamento possono trovare diversi criteri distintivi fra i quali, non ultimo in ordine di importanza, si deve annoverare la classificazione in ragione dell'oggetto di disciplina, che individua norme imperative, organizzative, dispositive, integrative, interpretative, e così via (123).

Il rapporto tra l'oggetto delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza e l'oggetto (124) di tali norme è, secondo l'autore, certamente derogatorio per le norme dispositive, le quali sono funzionalmente preordinate al provvedere in loro difformità; il problema invece sorge rispetto alle altre norme ed in particolare per quelle imperative.

La ragione del potere di ordinanza negli ordinamenti moderni è sempre stata quella di consentire alla pubblica amministrazione di « provvedere, per causa di necessità, in modo derogativo (eccezionale) rispetto alla regolamentazione contenuta

---

(122) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza*, cit., 396, ma l'affermazione della possibilità di pervenire alla creazione di norme nuove la si può ritrovare già in S. LESSONA, *Ordinanze sanitarie d'urgenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1919, I, 400, F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte II, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1905, 286. Si confronti infine: F. *D'Alessio, Commento al testo unico della legge comunale e provinciale*, Torino, Utet, 1936, 101 e s.

(123) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza* ..., cit., 394.

(124) L'autore distingue nello stesso scritto l'oggetto dal contenuto dell'atto, poiché ritiene che le disposizioni attributive « non contengono nessun utile elemento ai fini della determinazione giuridica diretta dell'oggetto delle ordinanze. Viene determinato sì l'oggetto materiale della volontà... (polizia locale, sanità, ecc.) cioè quello che con traslato logico viene detto contenuto dell'atto, ma non l'oggetto in senso proprio » M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 393.

nelle norme positive: cioè il potere d'ordinanza, quanto all'oggetto, è essenzialmente un *potere derogatorio necessitato.* » (125).

Questa nota a sentenza è il riferimento che è stato più citato da chi si è occupato delle vicende giuridiche create dal potere di ordinanza di necessità e urgenza sotto la vigenza del nuovo ordinamento costituzionale.

Il gran merito della annotazione del 1948 è consistito nell'aver rifiutato l'uso di terminologie forse efficaci in sede di sommaria descrizione del potere in esame, ma fortemente equivoche in ambito precettivo e d'analisi teorica, che tuttavia tanta fortuna avevano avuto presso la dottrina anteriore, oscurando non poco l'individuazione del significato delle trattazioni in argomento.

Precludendosi l'uso di termini quali *contra, ultra, praeter legem* e simili, l'analisi sull'efficacia « derogatoria » della norma attributiva del potere di ordinanza non solo acquista una maggiore intelligenza (126), ma pare definitivamente avviata a concentrare l'attenzione sulle disposizioni di legge che regolano i poteri dell'autorità nel nostro ordinamento.

La nuova prospettiva avrebbe imposto di procedere a riconoscere la distinzione che fra le diverse disposizioni è possibile in ragione del differente « oggetto » di disciplina, se con essa

---

(125) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza* ..., cit., 394.

(126) Non sempre la dottrina che è seguita ha mantenuto eguale rigore acconsentendo talvolta all'uso delle locuzioni sopra indicate. Parla di *contra legem*: L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 48, 77. C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Torino, Utet, 1948, 454; parla di *ultra legem*: G. DE GENNARO, *I provvedimenti di urgenza del Prefetto secondo il nuovo art. 19 t.u.c.p.*, in *Nuova rassegna*, 1949, I, 734. Per la dottrina precedente si veda D. CARUSO INGHILLERI, *La potestà di ordinanza del sindaco*, in *Il Filangeri*, 1908, 586; F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, (1905) cit., 287; E. BONAUDI, *Dei provvedimenti* ..., cit., 215.

non si fosse pervenuti alla generale affermazione di una loro deroga indifferenziata (127) .

Le conclusioni a suo tempo prescelte mutano vent'anni più tardi a favore dell'idea che le ordinanze di necessità e urgenza non possono disporre in deroga alle « norme imperative ».

Si mantiene così, seppur mutato nel contenuto, un riferimento di ordine generale sui limiti del potere di ordinanza, imponendo all'interprete l'individuazione delle norme dette « imperative » ma ancor prima l'analisi incontra immediatamente un altro ostacolo di ordine teorico.

Pare possibile far cenno alla distinzione in esame (norme imperative-norme dispositive) solo ove l'ordinamento attribuisca ai soggetti di riferimento un'autonomia giuridica, di cui l'esempio più studiato è quello offerto dall'autonomia privata di cui all'art. 1322 del cod. civ. La presenza di questa norma che riconosce l'autonomia dei soggetti privati ha consentito nel tempo l'individuazione di quelle norme, dette dispositive, che sono poste dal legislatore come schema ordinario di disciplina dei « rapporti fra privati » per i casi in cui i soggetti interessati non abbiano statuito diversamente con proprie determinazioni contrattuali.

Da esse si distinguono le norme imperative perché l'ordinamento sanziona negativamente (artt. 1343, 1418, cod. civ.) ogni stipulazione contrattuale che ad esse non sia conforme. Le norme imperative si ergono come limite inderogabile dell'autonomia privata e sono ad esse peculiari, poiché pare sussistere una relazione inscindibile fra la definizione che pone l'alternativa « norme imperative-norme dispositive » e l'autonomia giuridica dei privati.

In tal guisa appare difficile pensare ad una traslazione dei caratteri dispositivi delle norme così definite per l'autonomia

---

(127) Mantenuta da M. S. Giannini (*Potere di ordinanza* ..., cit., 397) è invece l'impossibilità di deroga ai principî generali.

privata dalla codificazione civile per i rapporti di diritto privato a settori diversi dell'ordinamento ed in funzione di autonomie dissimili da quella prevista dall'art. 1322 del cod. civ.

Tale inscindibilità rivela infatti un rapporto fra atti giuridici (legge-contratto) che fonda l'ampiezza e le relative garanzie del rapporto derogatorio che intercorre tra essi. Non pare possa sussistere una qualche relazione di rilievo fra la deroga consensuale (contratti di diritto privato) di norme legislative e quella che scaturisce dal potere autoritativo della pubblica amministrazione verso leggi che regolano il rapporto fra soggetti dell'ordinamento non in posizione di parità.

Il riferimento alla distinzione deve anzitutto rivelare la presenza di autonomia giuridica della pubblica amministrazione (128), poi in ragione di essa individuare le disposizioni di legge la cui disciplina sia derogabile attraverso una diversa determinazione da parte di organi della stessa amministrazione (129).

---

(128) Sul concetto di autonomia pubblica, da ultimo: A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II, Torino, Utet, 1988 30 e s.; per scritti meno recenti: Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1946, spec. voce *Autonomia*; G. ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, vol. II, Padova, Cedam, 1931, 391 e s.; ID., *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Padova Cedam, 1950, 182 e s.; entrambi ripubblicati poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano Giuffrè, 1955, alle pagine 273 e s., 391 e s.

(129) G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, cit., a pag. 187 afferma che la distinzione fra norme dispositive e cogenti « non è ignota del tutto al diritto pubblico » e individua tre zone concentriche di norme che costituiscono l'ordinamento giuridico. « La più interna di queste è formata da quel complesso di leggi che non possono essere contemplate, e tanto meno sostituite, né dall'autonomia pubblica, né dall'autonomia privata: si tratta di quelle leggi che costituiscono l'ordine pubblico (n.d.r.: art. 31 disp. prel al cod. civ.) inteso come quella parte dell'ordinamento che è posta a tutela dei supremi interessi dello Stato (leggi costituzionali, leggi penali, parte delle leggi amministrative, una parte

I tentativi in tal senso non sono mancati nella dottrina e l'analisi è ormai giunta anche nel diritto pubblico a compiute conclusioni.

Gli atti giuridici cui si suole fare riferimento per indicare la presenza di un'autonomia della pubblica amministrazione sono i regolamenti, meno frequente è veder compresi anche i provvedimenti amministrativi (130) con conseguente tendenziale elisione della tradizionale distinzione fra « l'autonomia » e « l'autarchia » della pubblica amministrazione.

Il rapporto in deroga fra atti amministrativi e norme di legge è di solito ricercato in presenza di disposizioni che sono state oggetto di delegificazione, ovvero nei casi di regolamenti autorizzati (o per altri delegati) dalla legge attributiva del potere stesso a disporre diversamente dalle norme legislative.

Al di fuori della forma regolamentare l'efficacia derogatoria di norme legislative nazionali è ritrovata nella potestà normativa che si esprime nelle leggi delle regioni a statuto speciale, o ordinario (131).

In taluni casi le singole leggi nazionali stabiliscono, con un riparto di competenza, i limiti della possibilità di deroga of-

---

delle leggi civili). La seconda zona è formata dalle leggi di diritto pubblico che riconoscono alle autorità una propria potestà normativa, oppure negoziale e, in alcuni casi, la facoltà di derogare, con le norme o col negozio, alle norme dispositive della legge. Si tratta della maggior parte delle leggi di diritto amministrativo. La terza zona infine è rappresentata da quelle leggi che si limitano a stabilire le forme e le condizioni perché i privati possano svolgere la loro autonomia se talora giungono a stabilire il contenuto di tali negozi (dei privati) esse hanno funzione semplicemente dispositiva ». op. ult. loc. cit.

(130) A favore invece G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, cit., 187.

(131) Per un raccordo fra autonomia della pubblica amministrazione e efficacia delle leggi regionali in deroga alla legislazione statale: A. ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione dello stato delle autonomie*, in *Le regioni*, 1981, 660 e s.

ferta dalla legge agli atti che emanano dall'amministrazione pubblica, in altri a tale risultato si perviene in via interpretativa sulla scorta dei principi che regolano i rapporti fra funzioni pubbliche nel nostro ordinamento.

Fra queste ultime assumono particolare rilievo per la trattazione in esame le distinzioni (132) che consentono di individuare entro le norme espresse dal legislatore quelle che attengono alla disciplina dell'esercizio dei poteri dell'autorità amministrativa (norme di azione) e quelle che invece definiscono la giuridica esistenza del potere pubblicó, fra le quali ultime ci pare si evidenzino, con la particolare denominazione di norme di relazione, quelle che delimitano ciò che qui si è inteso designare come il contenuto, o oggetto, possibile del potere della pubblica amministrazione nel suo specifico rapporto con le sfere giuridiche definite dai diritti soggettivi dei destinatari.

Le norme di azione sono quelle che costituiscono « l'ordinamento particolare della pubblica amministrazione » e che un tempo assumevano in larga prevalenza la sola forma regolamentare (133).

Le norme di relazione invece non possono che assumere la forma legislativa perché definiscono nell'interesse dell'ordinamento generale, al quale appartengono tutti i soggetti pubblici e privati in posizione di parità giuridica, le rispettive posizioni, cui lo stesso ordinamento vuole accordare protezione.

In via teorica appare conseguente ritenere possibile una delegificazione, e più in genere una potere in deroga alle disposizioni di legge ad opera di atti della pubblica amministrazione nei soli confronti delle nome di azione, non invece per le norme che definiscono l'esistenza dei poteri della pubblica

(132) A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 153 e s.

(133) A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, *passim*, ma spec. 195 e s., 203.

amministrazione, fra le quali si è detto rientrano le norme di relazione.

La disposizione attribuitiva del potere di ordinanza pare rispondere alla distinzione, essendo in essa rintracciabili solo enunciati che attengono alla disciplina dell'esercizio del potere pubblico, o al più, in taluni casi, norme di definizione di alcuni elementi che attengono all'esistenza del potere, ma con sicura esclusione di quelle precisate dall'autore come norme di relazione.

L'affermazione pare possibile perché nella disposizione attributiva del potere di ordinanza è assente, come è ormai noto, ogni delimitazione di contenuto del potere, o oggetto, delle ordinanze di necessità e urgenza, proprio con riferimento a quegli aspetti che attengono alla determinazione del contenuto di esistenza del potere, con nuova definizione di quanto normalmente si ritiene appartenga alla conformazione dei diritti soggettivi offerta dall'ordinamento giuridico nei rapporti fra i soggetti privati.

La definizione di tali enunciati nella disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza consentirebbe infatti di superare i vincoli normalmente apposti all'azione della pubblica amministrazione (134), al contrario rifluirebbero nella norma attributiva del potere di ordinanza tutte le definizioni di norme di relazione offerte dal legislatore con l'attribuzione dei poteri « nominati ».

I dubbi insorgono ove si ritenga che la sola sostituzione degli enunciati che attengono all'esercizio del potere, con rece-

---

(134) La difficoltà di superare la forma di legge delle norme sostanzialmente amministrative era già rilevata a fine secolo dagli autori del tempo. Per tutti si veda O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1894, I, 22 e s. spec. nota 1; nonché si confronti A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, 1888, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 10 e s.,33-34, 67 e s.

zione delle norme di relazione contenute nei poteri definiti « nominati », non comporti l'individuazione di un nuovo e diverso potere pubblico cui si possa assegnare il nome comune di potere di ordinanza di necessità e urgenza.

La norma attributiva del potere di ordinanza assumerebbe infatti unicamente la funzione di svolgere un diverso riparto di competenza dello stesso potere fra organi della pubblica amministrazione in ragione di diversi presupposti, o più precisamente in via residuale per tutti i casi che rientrino nella generica definizione di urgente necessità, spostando in altri termini lo stesso potere, seppur con più ampie maglie d'azione, dalla competenza (135) di un organo all'altro dell'amministrazione (136).

Prima di procedere oltre occorre tuttavia pervenire ad identificare gli esatti limiti che le norme costituzionali impongono all'attribuzione di poteri all'amministrazione pubblica, con particolare riferimento a quelli che discendono dalle riserve di legge assolute e relative, nonché a quelli sostanziali che la Costituzione ha imposto nel nostro ordinamento anche per le scelte del legislatore nazionale.

---

(135) Dunque si tratta dell'operare del principio di competenza normalmente confuso con quello di specialità, ma dal quale invece si distingue.

(136) A diversa conclusione si può pervenire ove si ritenga che la norma attributiva del potere di ordinanza di necessità e urgenza oltre a definire il contenuto del potere con riferimento alle norme di relazione contenute nelle disposizioni di legge che attribuiscono poteri « nominati » alla pubblica amministrazione, operi un diverso e più ampio rinvio utile a stabilire ogni *relazione* necessaria a ricomporre i conflitti fra fra beni pubblici o privati, anche per i casi non previsti da quelle leggi, ma che si ritengono di interesse per l'ordinamento e verso i quali dunque il diritto obiettivo ha inteso offrire una soluzione.

Capitolo III

PRIMI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUI LIMITI AL POTERE DI ORDINANZA

1. *Il dibattito svoltosi negli anni cinquanta in Italia fra dottrina e giurisprudenza intorno al potere di ordinanza: l'importanza attuale di un dibattito fra tesi radicalmente contrapposte.*

Negli anni cinquanta e nella prima metà degli anni sessanta si è svolto in Italia fra i più autorevoli esponenti della dottrina pubblicistica un appassionato dibattito sul potere di ordinanza di necessità e urgenza ed in particolare sulla sua compatibilità con il nuovo assetto costituzionale.

Tale apporto della dottrina più autorevole costituisce ancor ora un contributo d'eccezione, forse unico per intensità e per l'elevato numero dei contraddittori.

Forse oggi potrà apparire a taluni un argomentare superato dalla casistica giurisprudenziale e dalla ormai consolidata coscienza giuridica costituzionale, ma sicuramente è un pezzo di storia del potere di ordinanza che non può essere sottaciuto, perché offre sul piano teorico alcune risposte ai quesiti posti che attendono ancora di essere approfondite, spiegate, esplicitate.

I principali equivoci che normalmente circondano il potere di ordinanza sono analizzati con una coscienza critica i cui risultati si vorrebbero acquisiti al patrimonio culturale di chiunque intenda analizzare il potere in esame.

Il potere di ordinanza di necessità e urgenza, proprio per come esso è stato congegnato, al pari di altri istituti che si pon-

gono come « norme di chiusura » nei più diversi settori dell'ordinamento giuridico, è continuamente soggetto alle tensioni interpretative di diverso segno che scaturiscono da tutte quelle esigenze che non hanno trovato risposta nelle ordinarie previsioni giuridiche normative.

Tale peculiarità non può tuttavia far dimenticare che ogni regola giuridica, seppur ad ampio spettro interpretativo, è anzitutto limite, cioè confine verso altre disposizioni, confine rispetto a ciò che si considera irrilevante per il diritto.

Di particolare pregio risulta, dunque, ogni argomentazione che sappia individuare siffatto limite proprio per quelle « norme di chiusura » che si ritiene siano poste proprio per sopperire ai rigori della tipicizzazione e classificazione giuridica.

L'affermazione che precede può essere accolta solo ove non si pervenga a confondere l'aspetto scientifico (conoscitivo) con le esigenze che provengono dalla *ratio* giuridica di una norma (aspetto precettivo), la quale ultima può essere conveniente che venga definita in enunciati normativi a largo spettro, perché più disponibili alle evoluzioni giuridiche di un determinato contesto sociale.

Quanto asserito non può tuttavia comportare un arresto nella ricerca del significato di tali norme, le quali devono comunque trovare definizione, anche se è preferibile non accogliere quelle tendenze che normalmente depongono, di fronte a norme speciali, per una certa rigidità nel percorso interpretativo. Il dibattito che si vuole ora ripercorrere ha avuto come obiettivo principale la ricerca della natura, dell'efficacia, ed ingenere dei limiti che incontrano gli atti che promanano dal potere di ordinanza.

Tutto è scaturito dal contenuto di talune ordinanze che sono state emanate negli anni cinquanta da molti prefetti d'Italia, in forza dell'articolo 2 del R. d. 18 giugno 1931, n.773.

La materia di intervento è stata quella dei diritti di libertà che nel rinnovato ordinamento avevano trovato riconoscimento e tutela nella nuova Costituzione repubblicana.

L'oggetto delle ordinanze fu a volte il sequestro, o il divieto di « strillonaggio », di taluni quotidiani nazionali, o la vendita a domicilio di essi (1), in altre si era imposto il divieto di raccolta di firme per una petizione al Parlamento in favore della pace, consentendone a volte la sola raccolta presso le sedi dei partiti (2).

La tutela costituzionale del diritto di libertà di stampa (art. 21 Cost.) e quello di rivolgere petizioni al Parlamento (art. 50 Cost.) sono state così direttamente coinvolte, offrendo l'occasione per un ripensamento intorno ai limiti dei possibili contenuti del potere di ordinanza.

Il dato nuovo rispetto ai dibattiti che lo avevano preceduto era costituito dalla presenza di una Costituzione a struttura « rigida » e dai contenuti del potere di ordinanza che toccarono direttamente le espressioni più significative (i diritti di libertà) delle elaborazioni intorno al concetto di diritto soggettivo, come limite invalicabile dal « potere esecutivo » ed ora, in quanto

---

(1) Il quotidiano di cui si impedì lo « strillonaggio » fu quasi sempre « L'unità », per un caso dell'« Avanti » si veda Pret. di Napoli, 2 dicembre 1958, imp. Jovine, in *Foro Padano*, 1959, 379. La violazione dell'ordinanza era punita in base all'articolo 650 del cod. pen.; per i casi più frequenti si vedano i riferimenti della giurisprudenza citati nelle note che seguono.

(2) Si era al tempo dell'adesione dell'Italia al patto Atlantico, se ne veda la vicenda evocata in E. RAGIONIERI, *Storia d'Italia*, vol. IV, Tomo III, Torino, Einaudi, 1976, 1511 e s. Si apprende dalle sentenze che in taluni casi i prefetti motivavano, o semplicemente giustificavano a posteriori, il provvedimento addirittura con la necessità di conformarsi a direttive politiche date dal Consiglio dei Ministri (Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 1952, imp. Rossi, in *Giust. pen.*, 1952, II, 711). Per un caso di imposizione di raccolta delle firme a favore della pace presso le sedi dei partiti: Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1951, imp. Zanirato, in *Giust. pen.*, 1952, II, 323. In dottrina R. VACCARO, *Le libertà costituzionali di riunione e diffusione del pensiero e le limitazioni di polizia*, in *Foro pen.*, 1950, 579. In altri casi si vietò con ordinanza prefettizia ex art. 2 del R.d. n. 773 del 1931, t.u.l.p.s., ai sindaci di portare i gonfaloni dei comuni alle manifestazioni per la pace.

diritti a rilevanza costituzionale, dallo stesso legislatore ordinario.

Tradizionale pare invece il percorso ermeneutico seguito, il quale cercava di fondare i limiti al contenuto del potere di ordinanza nel rapporto con le norme gerarchicamente sovraordinate: nella legge e nella Costituzione.

Riaffiora di conseguenza il concetto di rapporto derogatorio fra ordinanza e disposizione di legge, l'analisi sul fondamento e sul modo di operare di tale vicenda giuridica fra atti non pari ordinati nella gerarchia delle fonti, nonché l'indagine sulla forza di legge, o di atto amministrativo, che alle ordinanze di necessità e urgenza è attribuita dall'ordinamento.

Questa la trama principale che occorre ora, sia pur per sommi capi, ripercorrere al fine di evidenziare i punti di approdo teorici cui gli autori del tempo erano già pervenuti ed i problemi giuridici irrisolti che paiono tuttora elementi di interesse per l'analisi.

La giurisprudenza si era divisa fra chi riteneva abrogato l'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931, t.u.l.p.s., cit., dalla entrata in vigore della Costituzione per contrasto con le norme sostanziali a tutela dei diritti soggettivi dei cittadini, o (con argomentazioni di minor evidenza) con gli articoli 76 e 77 della Costituzione, ovvero fra chi riteneva tale disposizione perfettamente compatibile con la Costituzione (3).

---

(3) A favore del contrasto con norme sostanziali della Costituzione: Pret. di Campobasso 23 ottobre 1950, imp. Fagliarone, in Foro pen., 1951, 108; Pret. di Modena, 15 giugno 1950, imp. Durvilli, in *Giust. pen.*, 1951, II, 465; Pret. di Susa 9 febbraio 1951, Lalli, in *Giust. pen.*, 1951, II, 114; Cass. pen., sez. un., 31 marzo 1951, imp. Tabanelli, in *Giust. pen.*, 1951, II, 925. A favore della compatibilità con norme sostanziali: Cass. pen. sez. III, 3 luglio 1951, imp. Zanirato, in *Giust. pen.*, 1952, II, 323; Cass. pen., sez. III, 22 ottobre 1951, imp. Magnetto, in *Giur. compl. corte cass. pen.*, 1951, 3, 638; Cass. pen., sez. II, 8 febbraio 1952, imp. Longhi, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1952, I, 547; Pret. di Sarzana, 18 marzo 1952, imp. Franceschini, in *Temi genovesi*, 1952, 369; Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 1952, in *Giur. it.*, 1952, III, 183;

In particolare la Corte di Cassazione (4), non senza eccezioni, aveva patrocinato la tesi della costituzionalità dell'articolo 2 del R.d. n.773 del 1931, respingendo le questioni di legittimità costituzionale che erano state ad essa sottoposte ai sensi della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

L'argomentare delle giurisprudenza della Cassazione, anche se non di immediata ricostruzione teorica, aveva il pregio di essere preciso ed essenziale: « il carattere amministrativo e non legislativo » delle ordinanze di necessità e urgenza veniva considerata nozione pacificamente accolta ormai da tempo.

La locuzione « carattere amministrativo » voleva esprimere l'assenza della forza di legge delle ordinanze di necessità e urgenza.

La conclusione era confortata dalla presenza del sindacato del giudice ordinario e amministrativo sulle ordinanze di necessità e urgenza, sindacato che non sarebbe stato più ammissibile nei confronti degli atti aventi forza di legge (art. 134 Cost.).

Con altrettanta serenità venne profilata la soluzione di eventuali conflitti del contenuto del potere di ordinanza con le norme diverse dagli articoli 76 e 77 della Costituzione.

Il punto diverrà oggetto di specifica disamina in un capi-

Pret. di Modena, 29 maggio 1954, imp. Messori, in *Foro it.*, 1955, II, 139.

A favore di un contrasto con gli articolo 76 e 77 della Costituzione: Pret. di Modena, 15 giugno 1950, imp. Durvilli, cit.; Pret. di Campobasso, 23 ottobre 1950, imp. Fagliarone, cit.. le sentenze sopra citate per contrasto con norme sostanziali hanno negato viceversa un conflitto con gli articoli 76 e 77 della Costituzione.

(4) Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 1951, imp. Durvilli, cit.; Cass. pen., sez. un., 31 marzo 1951, imp. Tabanelli, cit.; Cass. pen., sez. III, 23 giugno 1951, imp. Fogliarino, in Giur. compl. Cass., pen., 1951, 3, 601; Cass., pen. sez. un., 14 luglio 1951, imp. Zanaboni, in *Giust. pen.*, 1951, II, 1249; Cass. pen., sez. III, 7 marzo 1953, imp. Zegretti, in *Giust. pen.*, 1953, II, 688. Le sentenze del Consiglio di Stato sono poco frequenti poiché nella casistica che attiene ai diritti di libertà l'articolo 650 del cod. pen. attraeva il sindacato

tolo che segue, è sufficiente anticipare che l'argomentare, pur seguendo vie diverse, era tutto teso a negare l'esistenza di conflitti fra atti non di pari grado nella gerarchia delle fonti, con la conseguenza evidente di pervenire ad affievolire molti dei significati precettivi posti dalla novella costituzionale.

La maggioranza della dottrina aveva invece fornito il proprio sostegno alla tesi della incostituzionalità del citato articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931, t.u. leggi di pubblica sicurezza (5),

---

sul potere di ordinanza avanti al giudice penale. Si veda tuttavia: Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 1952, n.616, cit.

(5) SANTONI ROGIU, *Il nuovo diritto costituzionale*, Roma, 1948, 100 e s.; G. SOLAZZI, *I decreti legge*, in *Commentario sistematico della costituzione italiana*, diretto da Levi-Calamandrei, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, 112-114; V. ANDRIOLI, *Sequestro di giornali e libertà di stampa*, in *Foro it.*, 1962, II, 138; P. NUVOLONE, *Sequestro di giornali e libertà di stampa*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 55; ID., *L'articolo 2 del testo unico delle leggi di p.s. è conforme a Costituzione?*, in *Dem. e dir.*, 1960, I, 73; C. LAVAGNA, *Note e dibattiti*, in *Dem. e dir.*, 1960, I, 75; ID., *Sulla legittimità dell'articolo 2 T.U. delle leggi d i pubblica sicurezza come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, I, 989; G. AMATO, *La difficile agonia dell'articolo 2 T.U. leggi di p.s.*, in *Dem e dir.*, 1961, 301; G. LONGO, *Ordinanze di necessità e attività normativa: l'articolo 2 t.u.l.p.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1957, IV, 25; R. VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del prefetto*, in *Foro pad.*, 1953, IV, 73; G. BELLAVISTA, (senza titolo), in *Dem e dir.*, 1960, II, 69; A. VENDITTI, *Dell'inosservanza di provvedimenti illegali dell'autorità in relazione all'articolo 650 C. p. La temporaneità quale requisito dei provvedimenti d'urgenza*, in *Giust. pen.*, 1953, II, 466. Con posizione a sé per maggiore articolazione di pensiero: G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 995 e s.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, 68-72; ID., *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1959, 555 e s.; ID., in *Note e discussioni*, in *Dem. e dir.*, 1960, I, 73 e s. Una sintesi del dibattito la si può ritrovare in P. BIAGI, *In tema di abrogazione di alcune norme della citata legge di pubblica sicurezza per contrasto con la Carta fondamentale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 231-236. Per le asserzioni più radicali si debbono guardare gli

poiché così come formulato aveva consentito l'emanazione di ordinanze con effetti « derogatori » delle disposizioni di legge.

Il punto forte dell'argomentare era stato ritrovato con facilità nella opinione comune che, quanto meno dalle costituzioni liberali in poi, riteneva la materia stessa dei diritti di libertà di pertinenza legislativa.

L'applicazione di tale principio al potere di ordinanza pareva risultare di immediata evidenza: "gli atti amministrativi non possono essere ammessi a disporre per forza propria dei diritti di libertà".

Più precisamente alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza non poteva consentirsi di limitare la sfera giuridica dei cittadini, ancor più se in materia di libertà costituzionalmente garantite, senza che il contenuto di tali limitazioni fosse previsto in via normativa (generale e astratta) dal legislatore.

All'argomento puramente teorico si aggiungeva quello storico, ma non meno privo di intrinseca capacità persuasiva e d'ammonizione.

La Costituzione repubblicana aveva voluto evitare che si ripetessero fenomeni di esautoramento del Parlamento della funzione legislativa (al tempo) di recente memoria, sicché gli articoli 76 e 77 della Costituzione dovevano rimanere le uniche concessioni dei principî alle « necessità » della realtà di governo (6).

La struttura normativa dell'articolo 2 del R.d. n. 773 del 1931, t.u.l.p.s., cit., proprio perché priva di ogni indicazione intorno al contenuto dell'atto amministrativo, nonché i casi di po-

---

scritti con data anteriore al 1961, poiché in epoca successiva anche le tesi degli autori più radicali in omaggio alla sentenza della Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n.26, in *Giur. cost.*, 1961, 525 (interpretativa di accoglimento), possono assumere un tono più sfumato.

(6) Per tutti si veda P. Barile, *Il soggetto privato*, cit., 109; C. Esposito, voce *Decreto legge*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 866 e s.

tere di ordinanza cui si è fatto cenno, parevano confermare le preoccupazioni della dottrina più sensibile che in definitiva vedeva nelle ordinanze la estrinsecazione di un potere restrittivo delle libertà personali che altri avevano definito « dittatorio » (7). La prima sensazione che si prova rileggendo il dibattito svoltosi in quegli anni è di una grande incomprensione fra la dottrina dominante e i giudici della Cassazione, nonostante che le sentenze di quest'ultima venissero accolte, esplicitate ed argomentate da quegli autori che si schierarono a favore del « carattere amministrativo del potere di ordinanza » (8).

La tesi della dottrina dominante fu forse la più chiara, coerente e conseguente, ma non riuscì ad offrire con altrettanta determinazione risposte capaci di porsi anche come sintesi della esigenza, certo non eliminabile, di una presenza di un potere di ordinanza a contenuto indeterminato, sia pur reso compatibile con il rinnovato ordinamento costituzionale (9).

Per propria parte la Cassazione e i pochi giuristi che la seguirono non parvero offrire, all'opposto, un quadro ricostruttivo del potere di ordinanza che sapesse impedire contenuti « aberranti » e lesivi dei diritti di libertà.

---

(7) M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 324; poi ripresa da A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977, I, 277.

(8) Ritengono che il potere di ordinanza in esame non invada il campo riservato al legislatore: C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1954, 542; G. GUARINO, *Ordinanze prefettizie e strillonaggio*, in *Foro it.*, 1953, I, II, 117; A. JANNUZZI, *Le ordinanze di urgenza per la tutela dell'ordine pubblico e sindacato di legittimità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1950, II, 937; G. DE GENNARO, *I provvedimenti di urgenza*, in *Nuova rass.*, 1949, 732-733.

(9) Singolare fu la tendenziale assenza di una netta presa di posizione di M. S. GIANNINI in ordine alla compatibilità delle disposizioni attributive del potere di ordinanza con la nuova Costituzione. Il silenzio fu forse il sintomo di una meditazione che sortì, molti anni più tardi, (*Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 581) un radicale mutamento di opinione rispetto alle tesi del 1948.

Forse proprio quest'ultimo argomentare della dottrina di minoranza aveva sottratto forza persuasiva a ciò che di vero le decisioni della Cassazione intendevano contenere.

L'esperienza storica aveva offerto molti contenuti del potere di ordinanza che sicuramente, come rilevò la Corte costituzionale alcuni anni più tardi, sarebbero stati compatibili con il rinnovato assetto costituzionale. Gli eventi presero una diversa direzione.

La Cassazione, in forza della VII disp. trans. della Costituzione, ebbe per qualche anno l'ultima parola, e ciò forse contribuì ad offendere e stimolare la reazione delle coscienze giuridiche più sensibili, rendendo indubbiamente più difficile ogni pacata ricerca di una sintesi capace di superare le tesi contrapposte.

Il confronto, a tratti aspro, aveva però offerto una chiara enunciazione dei punti critici del rapporto fra potere di ordinanza di necessità e urgenza e principio di legalità.

2. *Le nuove prospettive aperte dall'intervento della Corte costituzionale. Assenza di forza di legge e negazione di un potere di ordinanza sui diritti di libertà. Riserve di legge relative e principî dell'ordinamento. Le difficoltà di una interpretazione.*

Le speranze della dottrina e della giurisprudenza di merito favorevoli alla incostituzionalità dell'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931 si erano riaperte con il tanto auspicato inizio della funzione giurisdizionale della Corte costituzionale, alla quale non erano tardate a pervenire la prime questioni di costituzionalità (10).

---

(10) Per tutti si vedano: Pret. di Livorno, 12 giugno 1959, imp. Lucarelli, in *Foro it.*, 1959, II, 175; Id., 27 febbraio 1960, imp. Tadini, in *Le Leggi*, 1960, 399.

La Corte costituzionale interveniva quasi subito con una sentenza di rigetto della questione di costituzionalità posta sull'articolo 2 cit., offrendo dell'articolo stesso una interpretazione che secondo la Corte avrebbe consentito, conformemente alla prevalente giurisprudenza (amministrativa e ordinaria) del tempo, la compatibilità con i dettati della Costituzione (11). Solo

---

(11) Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8 in *Giur. cost.*, 1956, 602. Per comodità del lettore si riportano i passi essenziali della sentenza della Corte costituzionale di cui fu relatore il giudice Castelli Avolio, sotto la presidenza De Nicola. Il fatto è occasionato dalla inosservanza delle ordinanze prefettizie ex art. 2 del R. d., n. 773 del 1931 che vietarono lo strillonaggio di giornali nelle pubbliche vie e nelle piazze e la vendita degli stessi a domicilio, a ciò seguì l'imputazione di cui all'articolo 650 del cod. pen. La difesa sollevò sia la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 650 cod. pen., sia quella dell'art. 2 del R. d. n. 773 del 1931 per contrasto con gli articoli 1, 76 e 77 Cost. ed in subordine con l'art. 21 Cost. Accantonato il richiamo all'art. 1 la Corte costituzionale rilevò in ordine agli articoli 76 e 77 che: « la disposizione di cui trattasi (art. 2) deve essere interpretata.(...) non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascimento, bensì nell'attuale in cui essa vive. Ora, la giurisprudenza, tanto della magistratura ordinaria che di quella amministrativa, nell'ultimo decennio può dirsi costante nel ritenere che 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 dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico. Secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principî costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi, né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti. Nel quadro della su esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale. Non è poi a parlare di violazione dell'articolo 21 della Cost. I provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religio-

cinque anni più tardi giunse la sentenza della Corte costituzionale più famosa in materia di potere di ordinanza di necessità e urgenza che statuiva la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 2 cit., con delimitazione del dispositivo « nei sensi e nei limiti indicati in motivazione » (12).

---

ne, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente. In questa sede di legittimità costituzionale, in cui ciò che viene in esame è la norma legislativa e non il provvedimento amministrativo che la applica, un sindacato sulla costituzionalità dell'art. 2 in relazione ai casi concreti in cui tale applicazione potrebbe importare la violazione dei diritti statutari dei cittadini, non è ammissibile. Ed ecco perché questa Corte non può prendere in considerazione, ai fini del decidere, quella parte delle ordinanze del pretore di finale Emilia, con cui si denunzia la illegittimità costituzionale dell'ordinanza del Prefetto di Modena del 16 aprile 1950. (...) Non si può negare che la formula dell'art. 2 della legge di p. s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo. Certo è auspicabile che, nell'opera di revisione che è in corso presso gli organi legislativi, il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione. » (...). I « canoni, che la Corte ritiene debbano essere presenti (nel testo legilstivo), possono così riassumersi: 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 principî dell'ordinamento giuridico.

P. Q.M. La Corte costituzionale

Giudicando con unica sentenza (...) dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale nei riguardi dell'art. 2 t.u. delle leggi di p. s., approvato con r. d. 18 giugno 1931, n. 773, salva la opportuna revisione del testo della norma predetta, al fine di renderlo formalmente più adeguato al carattere dei poteri attribuiti al Prefetto.(Omissis) » da *Giur. cost.*, cit.

(12) Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. cost.*, 1961, 525. Si riportano anche per questa sentenza i passi essenziali (giudice relatore Papaldo, sotto la presidenza Cappi). Il fatto è anche qui occasionato dalla ven-

La scelta interpretativa della Corte costituzionale pareva

---

dita a domicilio di giornali a scopo di propaganda politica in violazione di una ordinanza prefettizia ex art. 2 del R. d. n. 773 del 1931 cit. che vietava tale comportamento. Dal processo penale per imputazione ex art. 650 cod. pen. scaturì la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 per violazione degli articoli 1, 70, 76, 77, 117, e 138 della Costituzione. La difesa, riprendendo la sentenza n. 8 del 1956 della Corte costituzionale, fece rilevare espressamente che con la Cassazione, sez. un., 16 giugno 1958, n. 2068, si era affermata un'interpretazione diversa da quella rilevata dalla Corte costituzionale. In diritto la Corte ricorda i passi essenziali della propria precedente sentenza 20 giugno 1956, n. 8, e prosegue: « Nel tempo che è trascorso da quella sentenza il testo legislativo è rimasto inalterato e, come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti Prefetti hanno emesso provvedimenti che, per il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. È, inoltre, sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata.

« 3. In ordine alla sentenza stessa occorre procedere ad una precisazione. Da qualche parte, nel giudizio attuale, è stato detto che secondo quella sentenza sarebbe possibile emanare provvedimenti in base all'art. 2 della legge di pubblica sicurezza destinati a menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini, anche se garantiti dalla Costituzione. Si è aggiunto che la Corte avrebbe dichiarato che non sussisterebbe contrasto tra lo stesso art. 2 e l'art. 21 Cost. Ma non si è tenuto conto che quella sentenza dopo aver affermato il principio che le ordinanze in questione non possono in nessun caso violare principii dell'ordinamento giuridico, prospettò l'ipotesi che i provvedimenti prefettizi toccassero campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione: la sentenza affermò che in tale ipotesi spetta al giudice competente di accertare se nei singoli casi sussista la violazione di quei diritti. Ed in particolare la sentenza fece la stessa affermazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 21 Cost. È dunque da escludere che la precedente sentenza abbia dichiarato che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che le ordinanze debbano essere vincolate ai principii dell'ordinamento giuridico.

« 4. L'art. 2 conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun

esprimere come intento principale la eliminazione di ogni pos-

---

modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principii dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato all'attività degli organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli art. 70, 76 e 77 dell'art. 1, secondo comma, Cost. Difatti, anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove contrastino con i principii dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte sin dalla precedente sentenza. Non sarà del tutto superfluo soggiungere che l'art. 77 dello Statuto speciale per il Trentino Alto Adige richiama espressamente l'applicazione dell'art. 2 l. p. s.: dal che può dedursi che l'Assemblea Costituente ritenne che l'istituto non fosse in contrasto con la Costituzione.

« 5. Dai ripetuti richiami fatti ai principii dell'ordinamento giuridico si rileva che questo è il punto fondamentale della questione. » (...) I « provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È infatti ovvio che l'art. 2 l. p.s. non potrebbe disporre che, in campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme.

« 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 dispongono 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,

ogni possibilità di ritenere il potere di ordinanza capace, sia pur in situazioni di necessità e urgenza, di « menomare l'esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione » (13).

L'intento era preciso e chiaro, ma non pareva colto nella sua essenza dalla dottrina la quale era ancora intenta a seguire

---

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 e urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere.

« Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2 del rispetto dei principii dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile — ed ha in realtà reso possibile — un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale.

« È dunque da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati.

« P. Q. M. La Corte costituzionale

(...) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del t. u. l. p. s. approvato con r. d. 18 giugno 1931, n. 773, nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione. ».

(13) Questo risultato non discende con linearità dalla prima delle due sentenze della Corte costituzionale (n. 8 del 1956), ma si ottiene solo dopo un tentativo della Corte di Cassazione (sez. un., 16 giugno 1958, n. 2068, in *Giur. cost.*, 1959, 550) di riaffermare una interpretazione del potere di ordinanza capace di incidere, senza limiti diversi da quelli di esercizio del potere (vizi di illegittimità), anche sui diritti costituzionalmente garantiti. Ciò costringe la Corte costituzionale a chiudere la via della deroga al dettato costituzionale (con un espresso richiamo in motivazione a sentenze contrarie alla interpretazione precedentemente fornita dalla Corte stessa con la decisione n. 8 del 1956). Taluno (V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2 leggi di pubblica sicurezza dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 889) ritenne che nemmeno con la seconda sentenza della Corte costituzionale (n. 26 del 1961) si potesse parlare di chiara risoluzione della questione dell'efficacia derogatoria del potere di ordinanza, perché la Corte continuò ad utilizzare la categoria dei principî dell'ordinamento giuridico.

gli schemi logici che l'avevano impegnata nel confronto con i giudici della Cassazione e conseguentemente in tal corso di pensiero si attendeva una risposta della Corte costituzionale più informata a chiare scelte di campo (dottrinali) che non volta ad offrire concetti nuovi e di non immediata fruibilità.

In particolare la riproposizione del limite dei principî dell'ordinamento giuridico pareva lasciare ampi spazi interpretativi a favore dell'una, o dell'altra, tesi a confronto in ragione delle diverse accezioni della nozione di principî dell'ordinamento che si poteva ritenere accolta dall'ordinamento.

La Corte costituzionale avrebbe avuto sicuramente l'autorevolezza, sia sul piano istituzionale, sia sul piano storico, per tentare la sintesi fra le tesi contrapposte della dottrina e della Corte di Cassazione, ma pareva accorgersi che non si trattava tanto di offrire una mediazione ("giusto mezzo") fra soggetti in conflitto, quanto pittosto di recuperare ciò che di vero entrambe le tesi riuscivano a contenere.

La scelta della Corte costituzionale riaffermava anzitutto la negazione della forza di legge alle ordinanze di necessità e urgenza emanate ai sensi dell'articolo 2 cit., con conferma del sindacato giurisdizionale che sulle stesse era da sempre stato esercitato dai giudici ordinari e amministrativi.

« L'articolo 2 t.u.l.p.s. — rilevò la Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1961 — conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi a carattere legislativo, quanto alla loro *forma* e quanto ai loro *effetti*. » (14).

Rimaneva tuttavia da dimostrare come ed in forza di quali limiti il potere di ordinanza non avrebbe potuto assumere in via autonoma contenuti propri di scelte riservate al legislatore (le limitazioni dei diritti soggettivi).

Sintetizzò bene chi, anteriormente alla sentenza della Cor-

---

(14) Il corsivo è nostro. Il termine *effetti* pare senza equivoco riferito all'efficacia delle ordinanze.

te costituzionale da ultimo citata, precisò, non senza qualche punta polemica, che non basta « per mutare la situazione ricorrere all'espediente verbale di chiamarli atti amministrativi e di differenziarli dai decreti legge, senza prendersi il fastidio di dimostrare in che cosa la differenza debba consistere » (15).

L'affermazione pare superare il semplice riferimento alla mancanza di forza di legge nelle ordinanze amministrative di necessità e urgenza e con sufficiente chiarezza si rivolge ai limiti di contenuto che il potere di ordinanza può assumere nel nostro ordinamento o, secondo un lessico comune, ai limiti dell'efficacia derogatoria delle disposizioni di legge che attribuiscono tale potere.

Se pare evidente che l'efficacia della disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza non può che essere la forza di legge, meno chiaro può risultare il limite dell'efficacia derogatoria di tale disposizione, cioè se possa avvenire in modo indifferenziato verso tutte le altre leggi che definiscono diritti soggettivi e poteri dell'amministrazione.

Il primo è infatti un dato noto per qualsiasi disposizione di legge poiché definito nella Costituzione (art. 70 e s.; art. 134 e s.) per tutti gli atti legislativi; il rapporto derogatorio fra atti di pari grado nella gerarchia delle fonti dipende invece dal contenuto della disposizione che intende derogare la disciplina generale o diversamente ripartire la competenza fra organi della pubblica amministrazione.

Per il potere di ordinanza l'indagine in questione aveva avuto come massima precisazione il tradizionale limite dei principî dell'ordinamento giuridico.

L'evanescenza di questa nozione tuttavia rischiava di rendere sterile il sindacato del giudice amministrativo o ordinario in ordine ai contenuti ammissibili del potere di ordinanza, ma

---

(15) C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, cit., 552.

ancor più era l'inconsistenza dei parametri legislativi di riferimento utili al sindacato giurisdizionale a riproporre il problema di diritto sostanziale sulla difficoltà di pervenire a dimostrare che le ordinanze di necessità e urgenza non possono disporre limiti ai diritti degli amministrati non già prescelti dalla legge.

Quello che veniva indicato come « carattere amministrativo » delle ordinanze di necessità e urgenza, con chiaro riferimento alla naturale correlazione tra forma (atto amministrativo), efficacia (forza di atto amministrativo) e sindacato giurisdizionale (giudice ordinario e amministrativo), rischiava di essere nuovamente soggetto ad interpretazioni rescindenti della correlazione indicata e conseguentemente capaci di mettere in serio dubbio la stessa natura amministrativa del potere in esame.

Il problema, ormai vizioso, si precisava anche in sede di giustizia nei confronti degli atti della pubblica amministrazione: se si voleva evitare di svuotare di significato la giurisdizione sugli atti dell'amministrazione occorreva indicare i parametri di ordine legislativo idonei a consentire il sindacato del giudice ordinario e del giudice amministrativo sui contenuti del potere di ordinanza, ovvero riconoscere una volta per tutte che la mancanza di essi per il primo significava ammettere l'inesistenza di un sindacato a tutela dei diritti soggettivi e per il secondo l'impossibilità di un sindacato a favore degli interessi legittimi.

Al contrario rispondere a tale domanda pareva consentire la soddisfazione delle preoccupazioni che aveva posto con forza la dottrina più sensibile alla difesa dei diritti di libertà.

La risposta della Corte costituzionale apparentemente semplice era stata invero articolata e seguì due direttrici principali: la prima consisteva nell'affermare l'inderogabilità dei principî dell'ordinamento giuridico, la seconda nel ritenere impossibile un intervento del potere in esame nei campi soggetti alla riserva assoluta di legge ed al contrario per quelli coperti unicamente da riserva relativa.

Si dovrà tornare diffusamente sul significato possibile di

tali statuizioni della Corte costituzionale, ora pare necessario continuare a riferire delle reazioni che tale conclusione suscitò nella dottrina del tempo, poiché è importante, prima di procedere nell'analisi, riuscire a recuperare quell'esperienza critica che non sempre oggi pare utilizzata in tutte le ricche implicazioni a suo tempo rivelate.

Alcuni (16) avevano soffermato l'attenzione sugli effetti che l'articolo 136 della Costituzione ricollega alle dichiarazioni della Corte di illegittimità costituzionale di una legge, o di un atto avente forza di legge, e avevano concluso che la sentenza n. 26 del 1961 era pervenuta alla eliminazione dell'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931, in tutta consonanza con la tesi dell'abrogazione enunciata durante la giurisdizione transitoria della Corte di cassazione sulle questioni di costituzionalità.

La gran parte della dottrina aveva invece prestato maggior credito al particolare dispositivo utilizzato dalla Corte costituzionale che imponeva di ritenere accolta la questione « nei sensi e nei limiti indicati in motivazione ».

Accettare la scelta non significava tuttavia esternare un generale ed incondizionato plauso per una statuizione che, per il tipo di dispositivo scelto (17) e per i limiti enunciati, lasciava

---

(16) G. AMATO, *La difficile agonia*, cit., 306; C. LAVAGNA, *Sulla legittimità dell'articolo 2*, cit., 901-902.

(17) Tale tipologia di sentenze della Corte costituzionale suscitò un vivo dibattito intorno alla loro ammissibilità e al loro significato: L. MONTESANO, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 524; ID., *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui testi legislativi ambigui*, in *Foro it.*, 1961, I, 1283 e s.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, (con postilla di F. Carnelutti), in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351; C. MORTATI, *Effetti pratici*, 550; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l'attività maieutica*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 177; V. CRISAFULLI, *Questioni di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, I, 929 e s.; M. CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, II, (88 e s.) 14-23 dell'estr.; M. MAZZIOTTI, *Efficacia*

ancora non poche incertezze intorno al significato che la Corte riteneva doversi assegnare alla disposizione attributiva del potere di ordinanza per pensarla compatibile con il nuovo assetto costituzionale.

La dottrina e i giudici di merito avevano sollevato dubbi di costituzionalità anche in ordine allo sconvolgimento che la disposizione attributiva del potere di ordinanza importava sul rapporto fra atto autoritativo dell'amministrazione e legge, o più precisamente al rapporto stesso così come era stato da tempo studiato e conosciuto.

Normale infatti era considerata la predeterminazione in legge di tutti gli elementi dell'atto ed in particolare di quelli che individuano l'« affievolimento » del diritto in interesse legittimo.

In tal senso la Corte restituiva al dibattito della dottrina una sentenza che pareva offrire più problemi che risposte.

La conferma del « carattere amministrativo » delle ordinanze veniva infatti data, nelle parole della Corte, nell'affermata « temporaneità del contenuto dell'ordine strettamente legato ai dettami della necessità e urgenza », nella presenza di una « ade-

---

delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1960, 1100 e s.; G. AMATO, *La difficile agonia dell'articolo 2 t.u.l.p.s.*, cit., 307-308; N. JAGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 773 e s.; A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 345 e s.; A. M. SANDULLI, *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale, Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963, 641; P. NUVOLONE, *Appunti e spunti fra precetti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 441 e s.; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 379 e s.; I. FASO, *Ancora in tema di illegittimità costituzionali dell'articolo 2 del t.u. leggi di p.s.*, in *Giur. siciliana*, 1962, 155 e s.; M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902. Si veda infine l'interessante contraddittorio fra T. Ascarelli e F. Carnelutti, il quale ultimo risponde allo scritto del primo (*Giurisprudenza costituzionale* ..., cit. all'inizio della nota) con: *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1958.

guata motivazione », da una « efficace pubblicazione », nonché nel limite imposto dalle riserve di legge e dai principî dell'ordinamento giuridico.

La gran parte di tali enunciati non parevano rispondere all'esigenza di creare limiti ai contenuti ammissibili del potere, mentre gli ultimi erano ben noti proprio per gli interrogativi che essi ponevano nel rapporto con il potere di ordinanza, sì da riaprire più che chiudere l'analisi dei limiti al potere in esame (18).

La Corte aveva in altri termini posto in rilievo le parti lasciate in bianco nell'analisi della dottrina, restituendo al dibattito proprio ciò che era stato trascurato come punto d'analisi essenziale per la soluzione del problema.

A tal fine la Corte stessa in non pochi passi della motivazione espresse alcune linee interpretative che avrebbero potuto risultare utili per raggiungere la soluzione.

Un primo dato interpretativo può essere oggi ritrovato nella considerazione che con il tipo di dispositivo di accoglimento (« nei sensi e nei limiti indicati in motivazione ») della questione di costituzionalità, pare che la Corte abbia voluto far salve quelle interpretazioni più conformi al ricordo della esperienza storica dell'istituto, a quella esperienza che aveva visto il potere di ordinanza offrire non pochi servigi per la tutela degli interessi pubblici occasionalmente in conflitto con i diritti di proprietà, o con l'iniziativa economica privata, espungendo di converso dal sistema le interpretazioni del potere di ordinanza che avevano consentito di recente (19) interventi « in materia di diritti

---

(18) Ritiene che la Corte con la sentenza n. 26 del 1961 pervenne a proporre nuovi, ove non maggiori, interrogativi di quelli preesistenti: V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2*, cit., 889.

(19) Si è visto tuttavia che anche nel passato remoto del potere di ordinanza non sono mancati interventi su diritti di libertà, ma di essi pareva non essere rimasta traccia nelle trattazioni che seguirono.

di libertà » (20). Se questo può considerarsi un profondo convincimento della Corte costituzionale si può ritenere che la sentenza n. 26 del 1961 restituiva all'analisi ed in particolare alla dottrina il compito di dar consistenza teorica al « *decisum* » in essa contenuto, suggerendo al contempo di ripercorre i dettati della giurisprudenza ordinaria e amministrativa in ordine all'indicato primo gruppo di materie (diritti patrimoniali) per procedere ad enucleare la *ratio* intorno ai limiti dell'intervento del potere.

Andava dunque recuperato quell'argomentare interpretativo che l'esperienza storica aveva nel tempo sedimentato ed approvato, offrendo di esso un ampio spettro casistico.

In tale ordine di idee alla Corte era parso di poter concludere che le ordinanze di necessità e urgenza « finché si mantengono nei limiti dei principî dell'ordinamento giuridico, non possono, mai essere tali da invadere il campo riservato all'attività degli organi legislativi, né quella degli altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli articoli 70, 76, 77 e dell'articolo 1, comma II, Cost. » (21) .

Tale invito ad un riesame del tradizionale campo di intervento del potere di ordinanza parve passare del tutto inosservato ed in taluni casi era stato forse frainteso proprio perché pareva preponderante la sensazione che le indicazioni dei limiti dei principî e delle riserve di legge fossero interessanti determinazioni, ma di difficile intelligenza e di non sicura ed immediata fruibilità.

Il permanere di tale spazio in bianco non consentì di cogliere il nesso logico fra quello che aveva enunciato la Corte costituzionale e ciò che si riteneva utile a fornire una risposta alla domanda da tempo rimasta inevasa.

---

(20) Fra le quali ha un ruolo di spicco la Cassazione, sez. un., 16 giugno 1958, n. 2068, cit.

(21) Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, cit.

Il quesito infatti si poteva riformulare secondo le nuove direttrici interpretative suggerite dalle sentenze della Corte costituzionale: in forza di quali elementi interpretativi le disposizioni attributive del potere di ordinanza si sarebbero potute ritenere conformi alle norme costituzionali ed in ragione di tale scelta quali contenuti del potere di ordinanza consente il nostro ordinamento? Alcuni ritenevano che la domanda avrebbe dovuto trovar risposta nei singoli casi concreti, ma l'assenza di ogni indicazione ulteriore pareva ridurre il riferimento ad un mero rinvio a « altro e più proficuo momento di analisi », lasciando così i problemi del tutto insoluti.

L'altra via possibile era offerta dalle interpretazioni sui principî dell'ordinamento giuridico, di cui al tempo la più nota ed accettata era l'idea che riconduceva i principî, seppur con distinguo e precisazioni, al tradizionale argomento dell'*analogia juris* (22).

Sul punto si avrà modo di soffermare l'attenzione, ora pare sufficiente ricordare che tale costrutto dei principî era stato elaborato come metodo per colmare i casi di *lacuna legis* e si riteneva procedimento impossibile ove lo si volesse far dipartire da norme speciali o eccezionali.

Difficile diveniva dunque comprendere quale fosse esattamente la *lacuna legis*, da quali norme si ritenesse possibile dipartire in via analogica ed infine, anche ove si fossero considerate tali le disposizioni che attribuiscono poteri « nominati » alla pubblica amministrazione, rimaneva da sciogliere il fondato dubbio sul carattere speciale di consimili norme proprio perché titolo di poteri normalmente predeterminati nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.

La dottrina forse proprio per le ragioni indicate non riusciva a penetrare molto il filone di analisi offerto dai principî del-

---

(22) Si veda sui principî la dottrina citata nei capitoli successivi ed in particolare lo scritto di: M. S. GIANNINI, *Analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 516 e s., 1942, 41 e s.

l'ordinamento, né pareva trarre beneficio dalle ulteriori indicazioni che la prospettazione della Corte costituzionale aveva posto.

Superati i cenni di critica alla tendenziale ombrosità della sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale si sarebbe ben presto ricominciato a parlare di atti amministrativi, seppur atipici, di ordinanze amministrative, seppur libere nel contenuto (23).

La rimozione del problema non può oggi non essere rilevata, poiché si lasciava inspiegato come un atto amministrativo potesse derogare alle disposizioni legislative che statuiscono in ordine al rapporto autorità-libertà, esprimendo così qualcosa di diverso dai poteri « nominati » attribuiti dal legislatore alla pubblica amministrazione.

In alcuni casi (24), si è detto, si pensò di accennare alla soluzione del problema con il richiamo alla più ampia questione giuridica posta dai regolamenti « delegati » con conseguente rifluire delle spiegazioni entro la vicenda giuridica denominata « delegificazione » (25).

---

(23) G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanze*, cit., 92, che recupera una tesi di M. S. GIANNINI, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, 1950, III, 66-67; oggi tale tesi si può trovare in A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., (1989), 67, 69.

(24) Prospetta l'equiparazione ai regolamenti delegati: G. AMATO, *La difficile agonia*, cit., 303 (con rinvio alla più ampia trattazione: *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1963, 160 e s.). Di analoga opinione parrebbe anche G. TREVES, *La costituzionalità*, cit., 997, ma a 998 sembra smentire. Sicuramente a favore A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. III, Torino, Utet, 1961, 50.

(25) Contrario C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., 65. Sulla tesi della delegificazione si veda già A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 93. Più recenti: A. BARBERA, *Appunti sulla « delegificazione »*, in *Politica del Diritto*, 1988, 417 e s.; O. SEPE *Il problema della delegificazione in Italia*, in *Riv. amm.*, 1986, I, 865 e s.; C. LAVAGNA, *Delegificazione possibilità forme conte-*

In sé e per sé l'analogia proposta non è tuttavia in grado di individuare i limiti di una eventuale delegificazione, cioè quali disposizioni di legge la norma attributiva del potere di ordinanza verrebbe a declassare dalla fonte legislativa, né di spiegare perché talune norme di fonte superiore (legge) resistano alla capacità innovativa degli atti di grado inferiore (ordinanze), mentre altre ne verrebbero convenientemente derogate.

A ciò si aggiunga che la dottrina che, per prima nel secondo dopoguerra, aveva trattato del « carattere necessariamente derogatorio » delle ordinanze di necessità e urgenza pareva aver chiarito che la peculiarità di esse consiste nello statuire per il caso concreto proprio ove i « mezzi » (*rectius*: provvedimenti) ordinari prestabiliti dal legislatore non possano trovare applicazione (26).

---

nuto, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. IV, Firenze, Vallecchi, 1969, 317 e s.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1976, 176-177; M. COLACITO, *La delegificazione tra realtà e teorie*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, III, 267; R. DE LISO, *La delegificazione: problemi e prospettive*, in *Dem. e dir.*, 1986, fasc. 3 e 7; O. SEPE, *Il problema della delegificazione in Italia*, in *Riv. amm.*, 1986, 685; *Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, a cura di S. Cassese e E. Gerelli, Milano, F. Angeli, 1985. Sui regolamenti delegati: da ultimo per tutti si vedano: M.S. GIANNINI, voce *Regolamenti: a) problematica generale*, e L. CARLASSARE, voce *Regolamenti: b) diritto costituzionale*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 601 e s.; E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione*, Milano, Giuffrè, 1988, 200 e s.; per riferimenti alla recente riforma della Presidenza del Consiglio dei ministri si vedano i capitoli al termine del presente lavoro, nonché le recenti relazioni di: E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*; L. CARLASSARE, *Ruolo del parlamento e sviluppi recenti del potere regolamentare*; T. MARTINES, *Le fonti normative nell'ordinamento regionale*; F. SORRENTINO, *La rilevanza delle fonti comunitarie*; tenute al *Convegno Legge e regolamento. Trasformazione delle fonti nella dinamica del sistema politico*, (Napoli 27-28 ottobre 1989), in *Atti* ancora in corso di pubblicazione.

(26) M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, vol. XXVII, I, 389-390, 394-397, che definisce il pote-

Sicché non parrebbero sussistere, come nel caso della delegificazione, due statuizioni contrastanti verso le quali l'antinomia vada risolta secondo la successione delle leggi nel tempo, o secondo il principio di specialità.

L'idea della delegificazione contrasterebbe inoltre palesemente con la tesi che configura il potere di ordinanza come strumento posto dall'ordinamento per colmare le « lacune legislative », perché con la parola « delegificazione » si intende unicamente spiegare la ragione giuridica in forza della quale ai regolamenti è consentito di non considerare più come norme superiori un determinato gruppo di disposizioni legislative, ma, non eliminando la norma, non consente di parlare di lacuna (27).

In verità con tale costrutto si è forse voluto insinuare che l'efficacia in deroga della norma attributiva del potere di ordinanza interviene sul lato impeditivo delle norme legislative che definiscono i poteri della pubblica autorità.

In altre parole si è voluto forse ipotizzare che il potere di ordinanza muti il divieto implicito imposto alla pubblica autorità (solo i poteri espressamente previsti sono attribuiti) in « libertà » della pubblica amministrazione (non è consentito solo ciò che è vietato), in tutta analogia con ciò che si ritiene consentito al destinatario della norme penale e più in genere al cittadino nel rapporto con la pubblica autorità.

Giungere a tanto significa tuttavia ammettere che la deroga della norma attributiva del potere di ordinanza attiene diret-

---

re in esame un caso di *jus singulare*; contrario: F. BARTOLOMEI, *Il potere cit.*, 131.

(27) Lacuna che nel caso in questione si potrebbe ancora distinguere dalla *derugulation* ove si intenda quest'ultimo termine come indicativo dei rapporti che l'ordinamento vuole considerare irrilevanti giuridicamente, cioè esenti da regolamentazione giuridica.

tamente alla possibilità di porre eccezioni al principio di legalità, quanto meno nella sua versione sostanziale (28).

Altri autori parvero invece ricercare i limiti al contenuto del potere di ordinanza senza alcun riferimento al rapporto derogatorio con le disposizioni di legge che attribuiscono poteri « nominati » alla pubblica amministrazione.

Lo schema di riferimento muta radicalmente perché parrebbe concentrare la propria attenzione preferenziale sulle modalità di esercizio del potere d'ordinanza (29).

I limiti al contenuto del provvedimento sono derivati direttamente dalla teoria della necessità (non giuridica) che si era ritenuta capace di selezionare un unico « mezzo » (contenuto dell'atto) al raggiungimento del fine affidato alle cure della pubblica amministrazione.

Se ben si è inteso, la « tipicità » dell'ordinanza pare riacquistata in concreto, attraverso la « necessità » di scelte che la realtà d'eccezione può imporre all'agire della pubblica amministrazione in presenza di un « dovere » di conseguire il fine pubblico ad essa attribuito dall'ordinamento.

Sia la realtà d'eccezione, che impedisce ad un tempo un utile esercizio di poteri ordinari, sia il dovere di cura degli interessi pubblici attribuiti alla pubblica amministrazione dall'ordinamento, valgono a conchiudere, sino ad un unico « mezzo »,

---

(28) Su cui *amplius* nel capitolo che segue.

(29) L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 262, e nt. 13; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 10 e s.; ma è tesi che pare riprendere da G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 431 e s. In ciò tali autori paiono farsi interpreti di una consolidata giurisprudenza che cerca di limitare il contenuto del potere « entro l'eccezionalità della situazione presupposta »: Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 1934, in *Foro it.*, 1935, III, 147; ID., 20 giugno 1947, n. 244, in *Foro amm.*, 1948, I, 1, 27; ID., *Ad. pl.*, 24 maggio 1954, n. 15, in *Cons. Stato*, 1954, I, 465; ID., sez. V, 26 novembre 1955, n. 1421, in *Cons. Stato*, 1955, I, 1252.

le scelte che sono alternativamente possibili in situazioni ordinarie.

A fianco della « tipicità » imposta da una norma giuridica si avrebbe così la « tipicità » imposta dal fatto, cioè dalle circostanze d'eccezione le quali in sé selezionerebbero anche il mezzo più idoneo a soddisfare il dovere giuridico di dar tutela agli interessi pubblici in quel caso in pericolo.

Non si vuole escludere che in molti casi tale costruzione possa effettivamente spiegare molte scelte operate dalla pubblica amministrazione in situazioni di pericolo per gli interessi pubblici.

Pare tuttavia quanto meno dubbio che le situazioni di necessità e urgenza previste dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza siano sempre tali da non lasciare margini di scelta fra soluzioni tutte alternativamente idonee al perseguimento dell'interesse pubblico, anzi si è convinti piuttosto che questa sia la normalità dei casi in cui è esercitato il potere in esame.

La soluzione comunque va tenuta presente perché più che porsi come interpretazione di quanto disposto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 si presenta nel panorama dottrinario come una elaborata alternativa che cerca alla radice un diverso fondamento ai limiti del potere di ordinanza.

Quanto riferito può essere visto come il sintomo di un atteggiamento di tendenziale scetticismo nei confronti della possibilità di riuscire a trovare una adeguata soluzione entro i meandri teorici della riserva relativa di legge e delle non sempre intellegibili argomentazioni intorno ai principî dell'ordinamento giuridico.

La dottrina più recente pare rifuggire dagli spunti teorici (e passionali) che avevano animato e guidato il dibattito della dottrina e della giurisprudenza degli anni precedenti (30).

---

(30) Per tutti si veda F. BARTOLOMEI, *Il potere di ordinanza*, (1979) cit., 131. Per l'atteggiamento di un autore tendenzialmente impermeabile al

L'atteggiamento va registrato come sicuramente positivo in ordine al mutamento dell'asse preferenziale dell'analisi, poiché dopo la doppia risposta della Corte costituzionale (n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961) sarebbe potuto risultare sterile ogni insistenza che pretendesse di espungere totalmente dall'ordinamento le disposizioni attributive del potere di ordinanza. Dal sospetto di costituzionalità su quest'ultime disposizioni si è passati gradatamente all'analisi dei limiti che il nuovo assetto costituzionale impone al potere d'ordinanza, in altre parole si sposta l'attenzione da una pretesa d'annullamento ad una ricerca di una interpretazione adeguata al nuovo contesto istituzionale.

Tale scostamento ha sicuramente agevolato ed imposto una analisi più attenta alla enucleazione della trama unitaria dei singoli limiti che l'ordinamento viene opponendo al potere di ordinanza nei diversi settori di intervento e meno attratta dalle dissertazioni teoriche di maggior impegno sui grandi temi del diritto pubblico (riserve di legge, principî dell'ordinamento giuridico, ecc.).

Meno utile è parso aver dimenticato gli interrogativi allora posti poiché è rimasta incompiuta la ricerca della compatibilità, anche sotto forma di una nuove impostazioni, del potere di ordinanza di necessità e urgenza con il vigente ordinamento. Appare impensabile che non si possa trovare un piano di confronto, una relazione, fra ciò che oggi si esprime intorno al potere di ordinanza e la condanna che, in una punta di vivacità intellettuale, si era espressa su alcune disposizioni attributive del potere di ordinanza, perché avevano consentito scelte che erano state ritenute profondamente contrarie alla disciplina posta dalla nuova Carta costituzionale.

---

dibattito degli anni '50-'60, seppur coevo al periodo di riferimento, si veda: U. GARGIULO, *I provvedimenti*, cit., (1954), spec. 142.

3. *Il caso limite delle leggi provvedimento in relazione alla tutela giurisdizionale: art. 113 e 134 della Costituzione. Il naturale rapporto fra contenuti possibili di un atto (efficacia) e la sua natura giuridica.*

Si deve ora cercare di pervenire ad una prima sintesi sul confronto svoltosi in Italia fra la dottrina e la giurisprudenza a cavallo tra la fine degli anni cinquanta e l'inizio degli anni sessanta, con particolare riferimento all'asserito « carattere amministrativo » delle ordinanze di necessità e urgenza.

Il tentativo vale anche come prima spiegazione di uno degli elementi che la Corte costituzionale ha ritenuto imprescindibili per addivenire a fornire una risposta positiva sulla compatibilità del potere di ordinanza con la nuova Costituzione repubblicana.

Il risultato cui si perverrà dovrà comunque considerarsi parziale, poiché non è possibile offrire una spiegazione esaustiva sino alla compiuta disamina degli altri elementi richiamati dalla Corte costituzionale ed in particolare del limite dei principî dell'ordinamento giuridico e di quanto imposto dalle riserve relative di legge ad interpretazione-integrazione delle vigenti disposizioni attributive del potere di ordinanza.

La dottrina dominante aveva ritenuto che il potere di ordinanza di necessità e urgenza, attribuito dall'articolo 2 cit., fosse non compatibile con il testo costituzionale poiché capace di accogliere contenuti che solo il potere legislativo avrebbe potuto imporre.

In particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione escluse invece il conflitto con il testo costituzionale per totale assenza nelle ordinanze di necessità e urgenza di ogni forza (efficacia) e valore di legge (sindacato del giudice costituzionale).

La Corte costituzionale operò la sintesi e ritenne compatibile il citato art. 2 t.u.l.p.s. perché dallo stesso scaturivano atti a

« carattere amministrativo », perché in essi era assente la forza di legge, e perciò tale potere non avrebbe potuto « invadere il campo riservato all'attività degli organi legislativi, né quella di altri organi dello Stato ».

La stretta correlazione fra la natura dell'atto, la sua efficacia e il sindacato giurisdizionale è stato oggetto di analisi e decisione in svariate occasioni della Corte costituzionale con particolare riferimento agli atti amministrativi in ragione dell'articolo 113 della Costituzione e sotto altro profilo in relazione alla identificazione degli atti che sono soggetti al suo sindacato.

L'articolo 134 della Costituzione infatti, al primo comma, attribuisce alla Corte costituzionale la giurisdizione sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, tra Stato e regioni e tra le regioni, ma ancor prima riserva alla Corte costituzionale il sindacato sulle questioni di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni.

Nel primo caso rientrano le ipotesi di conflitti occasionati dall'emanazione di atti amministrativi che l'articolo 134 sottrae alla normale alternativa di tutela giurisdizionale che l'articolo 113 della Costituzione indica nel giudice ordinario, o amministrativo.

Stato e regioni hanno in tali casi un giudice diverso da quelli che normalmente offrono un sindacato sulla validità degli atti amministrativi le cui giurisdizioni sono destinate a cedere in favore del giudice dei conflitti di rilevanza costituzionale in considerazione delle ampie definizione che la Corte stessa intenda offrire dell'enunciato « conflitti di attribuzione » di cui all'articolo 134 cit. (31). Nessuna concorrenza parrebbe sussistere tra la tutela giurisdizionale accordata dall'articolo 113 della Co-

---

(31) Di recente cominciano a comparire casi in cui il sindacato della Corte costituzionale ricalca le caratteristiche del quello sulla legittimità degli atti amministrativi di tradizionale appartenenza al giudice amministrativo, si veda per tutti: Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, 3538. Sulla nozione di conflitto di attribuzioni da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Processo*

stituzione e quella del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle regioni.

La delimitazione agli atti legislativi in un caso e agli atti amministrativi nell'altro parrebbero di per sé sufficienti a ben delimitare la rispettive sfere di giurisdizione della Corte costituzionale, ovvero del giudice ordinario e amministrativo.

Quanto appare da una lettura dell'articolo 134 della Costituzione in relazione all'articolo 113 non ha tuttavia trovato eguale semplicità di esplicazione in taluni casi che hanno impegnato la Corte costituzionale in ordine alla sfera di incidenza delle giurisdizioni indicate dai due articoli citati.

Di particolare interesse, per quanto si vuole qui analizzare, sono le sentenze che hanno dovuto risolvere questioni di costituzionalità prospettate per violazione dell'articolo 113 della Costituzione ad opera di atti aventi forza di legge emanati da organi dello Stato (32) (decreti legislativi) con contenuti d'amministrazione (33).

L'analisi è importante perché le sentenze che si sono prescelte sono intervenute negli stessi anni in cui la Corte costituzionale ha emanato le due decisioni sull'art. 2 del R.d. n. 773 del 1931, più volte citate, consentendo così di chiarire il riferimento al rapporto fra natura amministrativa e contenuto di un atto che è racchiusa nella locuzione « carattere amministrativo » attribuito alle ordinanze di necessità e urgenza.

La questione fu posta con chiaro riferimento ad una tentata elusione da parte del governo della giurisdizione attribuita,

---

costituzionale, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 677.

(32) Per la questione del divieto di leggi regionali provvedimento si veda *infra*.

(33) Corte cost., n. 60/1957 (*Riforma fondiaria, decreto di espropriazione*); sulla stessa questione e conformi alla precedente: Corte cost., n. 63, 65, 70, 78 del 1957, n. 41 del 1959.

dall'articolo 113 della Costituzione, al giudice amministrativo, o ordinario, per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei destinatari dei decreti di esproprio governativi per l'attuazione della riforma fondiaria.

La scelta della forma legislativa con la quale si erano rivestiti atti con contenuti d'amministrazione pareva oggettivamente conseguire l'unico ulteriore scopo di evitare il sindacato del giudice naturale sugli atti amministrativi con conseguente violazione dell'articolo 113 della Costituzione.

La questione più volte prospettata dai giudici di merito vennne risolta dalla Corte costituzionale con sentenze di rigetto emanate quasi tutte nello stesso anno e a breve distanza di tempo (34).

La capostipite (35), cui tutte quelle successive si erano uniformate, pervenne alla conclusione negativa indicata sulla base di due argomentazioni di rilievo fra loro strettamente connesse, che tuttavia si vuole qui sottoporre ad analisi separatamente.

Il primo argomento, che appare quasi un *obiter dictum* nella economia della motivazione, atteneva ad un profilo pregiudiziale della decisione, poiché la Corte afferma anzitutto la generale ammissibilità nel nostro ordinamento di leggi provvedimento dello Stato, cioè di atti puntuali e concreti con contenuti d'amministrazione, ma emanati in forma di legge (articoli 70 e s. Cost.).

La statuizione la si può trovare anche nelle sentenze che hanno negato la possibilità per le regioni di emanare leggi provvedimento, sentenze meglio note per altra e conseguente statuizione offerta dalla Corte costituzionale sui limiti al potere

---

(34) *Ibidem.*

(35) Corte cost., n. 60/1957, cit.

di emanare leggi regionali: il limite del giusto procedimento su cui avremo modo di ritornare (36).

Parte della *ratio decidendi* di queste ultime sentenze è infatti rintracciabile nella necessità per le regioni, che intendano derogare alla disciplina legislativa vigente, di procedere a dettare le disposizioni generali e astratte di quanto si vorrà imporre in via puntuale e concreta con i provvedimenti amministrativi.

Si veniva così ad impedire in ambito regionale che si realizzasse quella vicenda giuridica secondo la quale l'efficacia propria delle leggi (forza di legge) e gli effetti di quel tipo di provvedimenti amministrativi (espropriazione) fossero ricomposte in un unico atto: la legge provvedimento.

La statuizione, non a caso come vedremo (37), è circoscritta dalla Corte costituzionale ai soli casi di leggi provvedimento che incidono sui diritti soggettivi degli amministrati (38).

La conseguenza ulteriore è che per gli organi regionali diviene inderogabile la competenza del giudice ordinario e amministrativo a sindacare l'esistenza e la legittimità dei provvedimenti amministrativi, in piena conformità a quanto prescritto dall'articolo 113 Costituzione, fatto salvo per i casi in cui il provvedimento sia oggetto di impugnazione per conflitto di attribuzioni perché ritenuto lesivo della competenza di organi statali, o di altre regioni.

---

(36) Corte cost., n. 13/1962 (*Valle D'Aosta, dichiarazione di bellezza naturale*) che accoglie la questione di costituzionalità nei confronti della legge regionale che dichiarava l'intero territorio della Valle bellezza naturale. Si vadano altresì Corte cost., n. 93/1966; n. 23/1978 e la sentenza citata alla nota che segue.

(37) Si vedano le conclusioni al termine del presente paragrafo.

(38) Corte cost., n. 59/1965 (*Riserve di caccia*) che rigetta la questione di costituzionalità per i casi in cui non sussistano posizioni di diritto soggettivo; sul punto è conforme Corte cost., n. 212/1972 (*Friuli Venezia Giulia, costituzione in riserva di caccia dell'intero territorio regionale*) perché in entrambe l'esercizio della caccia non è considerato protetto dall'ordinamento come diritto soggettivo.

L'impossibilità di rivestire con forma di legge i provvedimenti degli organi regionali esclude l'attrazione alla giurisdizione della Corte costituzionale ai sensi del citato articolo 134, comma I, della Costituzione.

La seconda argomentazione utilizzata dalla Corte costituzionale pareva completare la *ratio decidendi* delle citate sentenze sui decreti legislativi di espropriazione dei terreni utili a realizzare la riforma fondiaria attuata nei primi anni cinquanta in Italia.

La prospettata violazione dell'articolo 113 della Costituzione pareva alla Corte priva di fondamento poiché i decreti in questione pur essendo atti non generali e astratti « sono formalmente e sostanzialmente » atti legislativi (39).

La Corte costituzionale insiste molto sulla naturale correlazione (40) tra forma e natura sostanzialmente legislativa prescelta dal governo ed ancor prima dal parlamento per i decreti di esproprio del latifondo.

La natura è ritenuta sostanzialmente legislativa poiché a differenza del normale decreto di esproprio per pubblica utilità questi decreti non sono « atti meramente esecutivi: in essi si ha l'esercizio di poteri che esorbitano dai limiti della normale attività amministrativa di espropriazione per pubblica utilità attenendo la materia della riforma fondiaria direttamente alla struttura sociale e non soltanto ad un interesse pubblico specificatamente determinato ». Con i decreti legislativi si perviene ad attribuire alla pubblica amministrazione (governo) un potere che ha spazi ben diversi « dal margine di discrezionalità lasciato ai

(39) Corte cost., n. 60/1957, cit.

(40) A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 e s. ritiene che sussista un principio generale per cui l'efficacia ed il trattamento giuridico di un atto segue la sua forma. Per l'individuazione di fonti atipiche che a tale principio derogano: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, 206 e s.; E. SPAGNA MUSSO, *Costituzioni rigide e fonti atipiche*, Napoli, Jovene, 1966.

competenti organi amministrativi dalla legge sull'espropriazione per pubblica utilità » (41). « Si è infatti nel campo delle scelte politiche che il parlamento in parte ha eseguito direttamente » con leggi di riforma « in parte ha rimesso al governo delegandogli la relativa potestà e, cioè, la potestà legislativa » (42).

La Corte non individua nessuno specifico contenuto che porti a considerare gli atti in questione come sostanzialmente legislativi, l'affermazione è generale e pare fare riferimento diretto alla capacità giuridica dell'organo e alle possibilità interpretative che i decreti potranno assumere nel loro rapporto con gli altri atti giuridici che compongono l'ordinamento, cioè a quel contenuto complessivamente inteso che gli atti amministrativi non possono mai avere.

Non pare trattarsi dunque unicamente di un potere d'amministrazione esercitato in altra *forma*.

La legge provvedimento consente spazi all'autorità che mai la stessa avrebbe potuto coprire con l'emanazione di atti amministrativi.

Il punto di approdo dell'argomentare pare infatti un chiaro riferimento alla diversa efficacia giuridica che esprime il provvedimento sul diritto di proprietà nell'uno e nell'altro caso.

Se interviene una legge provvedimento è la stessa conformazione del diritto di proprietà che l'ordinamento ha offerto in via generale e astratta a poter essere derogata. È in altri termini possibile in via puntuale e concreta ridefinire i rapporti giuridici fra i soggetti dell'ordinamento ed in particolare considerare estraneo a un diritto soggettivo ciò che normalmente vi appartiene secondo la definizione generale e astratta offerta dalla legge.

Talvolta la deroga risulta evidente nella lettera della legge provvedimento, negando ai destinatari dell'atto di esproprio fa-

---

(41) *Ibidem.*

(42) *Ibidem.*

coltà e prerogative che normalmente spettano ai titolari di un diritto di proprietà.

In altri casi la deroga alla definizione del diritto di proprietà affiorerà con evidenza solo in seguito alle controversie successive fra privati, o fra privati e pubblica amministrazione, in cui in via pregiudiziale o principale, è necessario conoscere ed interpretare l'assetto delle vicende giuridiche che hanno trovato causa con i decreti di esproprio, involgendo direttamente i rapporti fra tutti i soggetti dell'ordinamento e le stesse definizioni dei diritti di cui gli stessi si ritengono titolari.

Nell'uno e nell'altro caso è la stessa possibilità del decreto legislativo di pervenire a derogare i normali rapporti fra poteri pubblici e diritti dei privati (norme di relazione) che definisce la « natura sostanzialmente legislativa » di tali atti, differenziandoli non solo formalmente dagli atti amministrativi di esproprio per pubblica utilità.

Tale possibilità discende direttamente dall'essere il provvedimento atto di pari grado delle norme che in via generale ed astratta definiscono il diritto soggettivo divenuto oggetto del provvedimento di esproprio. È il possedere la stessa forza: la *forza di legge* (43).

Il rigetto della prospettata violazione dell'articolo 113 della Costituzione può dunque essere fondata dalla Corte su considerazioni che non attengono a caratteristiche solamente formali dell'atto.

Alla forma di cui agli articoli 70 e s. della Costituzione è attribuita la forza di legge, all'utilizzazione di tali forme l'ordinamento fa conseguire una determinata efficacia.

---

(43) SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, Nuova serie, I, 1947, 64 e s., poi in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, 397. In cui si riconduce ai soli atti legislativi la possibilità originaria (immediata e diretta) di un'efficacia *erga omnes*, indipendentemente dalla circostanza che il loro contenuto sia specifico o generico. Alle altre norme questa efficacia è comunicata dalla legge.

In altri termini la forma impone al contenuto del provvedimento l'efficacia di forza di legge, sicché tale forza implica considerazioni che si spingono oltre quelle di natura formale-procedimentale (44).

La « forza » include in sé le possibilità di contenuto dell'atto, ciò che in altri termini, un determinato atto può disporre evidenziando i diversi limiti che l'ordinamento ha posto agli atti legislativi, agli atti regolamentari, ai provvedimenti amministrativi, rispettivamente i differenti limiti che la forza di legge, la forza di atto amministrativo regolamentare, o di provvedimento, trovano nell'ordinamento.

Potenzialità dunque che non si esauriscono nella immediata lettera della legge provvedimento, ma che si evidenziano

---

(44) Per un'analisi dei rapporti fra criteri formali e sostanziali nella identificazione degli atti sottoposti al sindacato di legittimità costituzionale da ultimo si veda G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, dell'*Enciclopedia del diritto*, cit., ma già in *La giustizia costituzionale*, Bologna Mulino, 1977, 70 e s. Sul concetto di forza di legge oltre allo scritto di SANTI ROMANO, CITATO ALLE NOTE *infra* si vedano: A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 e s.; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione.*, Napoli, Jovene, 1970; ID., voce *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, Utet, 1961, 630; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 41 e s.; G. QUADRI, *La forza di legge*, Milano, Giuffrè, 1970; V. CRISAFULLI, *Atti con forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1963, 201; CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 97 e s.; C. ESPOSITO, *Elementi oggettivi e soggettivi degli atti aventi forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1959, 1082; ID., voce *Decreto legge*, cit.; M. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, 52 e s.; ID., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3 e s.; A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, Giuffrè, 1972, 102 e s.; L. PALADIN, *Le fonti. Art. 76 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1979, 33 e s.; V. ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1977; G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, 549 e s.

solo ove si consideri tale atto in relazione a tutti gli altri presenti nell'ordinamento, non dimenticando la posizione che un determinato atto giuridico assume nello stesso.

La forza di legge consente una interazione fra pari con tutti gli atti di carattere legislativo presenti e futuri, consentendo di derogare, o abrogare, ove sia necessario alla piena efficacia precettiva della statuizione speciale (legge provvedimento).

La conseguente giurisdizione della Corte costituzionale su tali atti assume ora un diverso significato che correttamente è unicamente ricollegato alla « forza di legge », così come letteralmente dispone l'articolo 134, comma I, della Costituzione (45).

Forza di legge che per i diritti (46) attribuiti ai soggetti dell'ordinamento giuridico è stata interpretata come efficacia *erga omnes* (47) del contenuto delle statuizioni degli atti legislativi indipendentemente dal loro carattere generale o particolare, astratto o concreto, non foss'altro perché tale efficacia libera il contenuto della legge provvedimento dai condizionamenti che normalmente derivano agli atti amministrativi dalla conformazione dei diritti offerta in via generale e astratta dalle disposizioni di legge.

4. *Il « carattere amministrativo » delle ordinanze di necessità e urgenza: la necessaria correlazione tra forza dell'atto e contenuto ammissibile del potere nel nostro ordinamento.*

È possibile ora riprendere il discorso specifico sulla natura amministrativa delle ordinanze di necessità e urgenza attribuite

---

(45) Parrebbe contraria la conclusione critica di: F. MODUGNO, *Legge - Ordinamento giuridico - Pluralità degli ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 1985, 56.

(46) Non a caso le leggi provvedimento delle regioni sono precluse dalla Corte costituzionale ai casi di incidenza sui diritti soggettivi degli amministrati: Corte cost., n. 59/1965 (*Riserve di caccia*), cit.

(47) SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Scritti minori*, cit., 403 e *passim*.

nel nostro ordinamento ad organi della pubblica amministrazione e provare a sintetizzare i primi risultati dell'analisi.

Il « carattere amministrativo » è locuzione che pare individuare inequivocabilmente la natura dell'atto che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 cit., può ritenersi pienamente sussistente solo ove insieme alla forza di legge si escluda altresì conseguentemente che le ordinanze di necessità e urgenza possano assumere autonomamente contenuti riservati agli atti di esercizio della funzione legislativa.

La precisazione (48) è importante poiché diversamente ci si trova di fronte al paradosso di atti amministrativi che, pur non possedendo forza di legge, sono ammessi a statuire limitazioni ai diritti soggettivi che nel nostro ordinamento sono consentiti solo agli atti che tale forza possiedono, trasformando così in un concetto inconsistente ogni asserita delimitazione del potere in esame ad opera dei principî dell'ordinamento giuridico e delle riserve di legge imposte al legislatore.

Con maggior precisione si può dire che è l'idea di una deroga di ogni norma di legge ad opera della sola disposizione attributiva del potere di ordinanza (49) a sconvolgere il normale rapporto giuridico fra legge e atto amministrativo, sì da porre in forse il significato pieno del « carattere amministrativo » degli atti che da quel potere scaturiscono.

Se la disposizione di *legge* attributiva del potere di ordinanza non esprime alcuna statuizione in ordine al contenuto del potere di ordinanza, se tale assenza di determinazione viene intesa come rinuncia dell'ordinamento legislativo a definire il rapporto autorità-libertà in situazioni di necessità e urgenza, appare possibile pensare che tale scelta avvenga solo ad opera

(48) Correttamente intesi i due elementi da ultimo citati pervengono ad individuare, come vedremo, la stessa cosa; ora è parsa opportuna la precisazione anche a costo di ridondanze.

(49) In cui manca la definizione del contenuto di ciò che la pubblica amministrazione può imporre.

dell'atto amministrativo (ordinanza), sicché risulta pressoché improbabile riuscire a sostenere la compatibilità del potere di ordinanza con le disposizioni costituzionali e segnatamente con quelle che impongono riserve relative di legge.

In ciò la dottrina prevalente aveva colto il punto debole della costruzione patrocinata dalla Cassazione e a distanza di anni si deve riconoscere che la stessa è tuttora una valida affermazione critica.

Forma, forza e contenuti dell'atto non sono concetti giuridici indipendenti, di cui l'ordinamento possa normalmente far uso indifferenziato (50).

L'ordinamento impone una normale correlazione fra di essi (51) che ha un senso e che non può essere smarrito.

La conseguenza più immediata è quella di pervenire a trasformare una ricerca di ordine descrittivo sulla norma attributiva del potere di ordinanza in altra a carattere precettivo, negando quelle interpretazioni che consentono alle ordinanze di necessità e urgenza di assumere nel nostro ordinamento contenuti che solo gli atti di ordine legislativo possono statuire.

L'efficacia derogatoria espressa dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza non può dunque valicare il limite che segna il passaggio fra atti amministrativi e atti legislativi, fra esercizio della funzione amministrativa e quella legislativa.

---

(50) Per comodità del lettore si riferisce una citazione già offerta nel corso del capitolo: A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 200 e s. che ritiene sussista un principio generale per cui l'efficacia ed il trattamento giuridico di un atto segue la sua forma. Per fonti atipiche che a tale principio derogano si veda: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 206 e s.;

(51) Non si negano eccezioni, ma queste debbono trovare un fondamento giuridico adeguato: si pensi agli articoli 76 e 77 della Costituzione per quanto concerne la forma e la forza del decreto legislativo e il decreto legge.

Solo in tal guisa opinando diviene possibile affermare che sussiste per il potere di ordinanza la correlazione fra forza di atto amministrativo, contenuto amministrativo, forma amministrativa e sindacato del giudice ordinario o amministrativo sulle ordinanze di necessità e urgenza emanate dagli organi della pubblica amministrazione.

L'ipotesi che si è formulata potrà divenire conclusione definitiva sempreché si pervenga ad individuare i parametri di giudizio che consentono ai giudici di sindacare l'esistenza ed il corretto esercizio del potere, rendendo possibile l'affermazione di una « sostanziale » natura amministrativa delle ordinanze in esame, così come richiesto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1961.

Quanto affermato può essere riproposto con diversa formulazione: l'assenza del carattere « sostanzialmente » legislativo delle ordinanze può essere constatato attraverso l'impossibilità per la pubblica amministrazione di pervenire autonomamente ad una limitazione dei diritti soggettivi definiti dalla legge in forza della sola disposizione attributiva del potere di ordinanza.

In ciò e per ciò la differenza dal decreto legge appare evidente, poiché in tali casi si ritrovano forza, valore (sindacato della Corte costituzionale) e contenuti propri degli atti di esercizio della funzione legislativa.

La conclusione è ora a tratti pleonastica, forse persino ridondante, ma lo schema pare utile al prosieguo dell'analisi poiché individua la correlazione logico-giuridica che l'ordinamento considera normale per gli atti autoritativi della pubblica amministrazione.

Al contempo essa è già una scelta: poiché privilegia un percorso interpretativo che vuole negare ogni rottura della correlazione sopra enunciata, poiché ancor oggi è possibile ritrovare le tensioni interpretative alle quali si faceva cenno introducendo il presente capitolo e che non paiono dunque definitivamente accantonate dalla dottrina che si è occupata anche solo

per settori determinati delle vicende giuridiche del potere in esame (52).

---

(52) D. RESTA, *Normazione d'urgenza: i poteri del commissario straordinario per il terremoto*, Padova, Cedam, 1983, che a pag. 63 afferma: « Tuttavia la realtà ci conferma nella convinzione della validità della categoria di atti muniti di "forza" ma non di "valore" di legge ». Purtroppo si deve ammettere che non si è giunti ancora a conclusioni definitive sulla casistica nel settore delle ordinanze del Commissario straordinario per il terremoto. Sul tema si vedano comunque i riferimenti citati *ivi* da D. RESTA, ed in particolare quello a C. MORTATI, *Contenuto e forma degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 27 e s. Per opinione in parte contraria a quella di D. RESTA si veda il nostro scritto: *Dipendenti pubblici, libera professione e commissario straordinario*, in *Foro it.*, 1987, III, 28 e s., ove si cerca di offrire una interpretazione a Corte Conti, sez. contr., 5 dicembre 1985, n. 1067 e T.A.R. Campania, 23 gennaio 1986, n. 53, *ivi*. In genere sulla dissociazione fra valore e forza di legge: F. MODUGNO, *Legge*, cit., 56 e s. A. M. SANDULLI, voce *Legge (diritto costituzionale)* in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1963, 633 e s. e gli ulteriori riferimenti alle note che precedono.

Capitolo IV

IL LIMITE IMPOSTO DALLE RISERVE DI LEGGE

1. *La riserva di legge e la determinazione del contenuto di esistenza del potere in astratto.*

Le trattazioni in ordine al principio di legalità hanno come obiettivo, esplicito o implicito, quello di offrire una spiegazione, più esauriente possibile, del rapporto che intercorre fra atto della pubblica autorità e la legge.

Particolare diviene lo studio del rapporto fra atto amministrativo e previsione in legge del potere che ne costituisce fondamento, cioè titolo, o secondo altri causa dell'atto stesso. Lo sforzo è teso a rivelare le caratteristiche generali di tale rapporto, distinguendolo dal normale regime giuridico che la legge instaura con gli atti di autonomia privata.

È discorso troppo noto per doverne qui riferire, se ne fa cenno solo per altro aspetto, che è qui di interesse, perché utile a rivelare il punto di vista della esposizione che si è inteso prescegliere.

Il potere di ordinanza apre la questione della compatibilità con il principio di legalità da un angolo visuale affatto particolare, in quanto obbliga a focalizzare l'attenzione su ciò che del contenuto dell'atto deve essere previsto in legge.

Si è detto che le disposizioni che attribuiscono il potere di emanare ordinanze amministrative di necessità e urgenza non esprimono direttamente il contenuto di quanto la pubblica amministrazione può imporre ai destinatari di tali atti.

L'analisi procede dal particolare al generale perché intende verificare la compatibilità delle interpretazioni del potere in

esame con le accezioni che la dottrina ha offerto del principio di legalità.

La disamina affronterà gli aspetti strettamente necessari alla trattazione senza vincoli di completezza che risulterebbero estranei al tema che è stato qui prescelto.

Non diversamente sarà l'esposizione in ordine alle riserve di legge che, se non per tutti sono specificazione del principio di legalità, sicuramente possono considerarsi uno dei limiti al potere della pubblica amministrazione che indirettamente rivela le problematiche teoriche proprie del rapporto accolto nel nostro ordinamento fra provvedimento amministrativo e legge.

Si è precisato da tempo che il potere della pubblica amministrazione trova limiti (o elementi di definizione) che attengono alla esistenza del potere e limiti rivolti alle modalità di esercizio del potere (1).

Entrambi definiscono il potere e perciò saranno qui trattati, ma l'accostamento sarà più per sottolineare le diversità, più per cogliere le differenti valenze teleologiche ed il non omogeneo modo di interagire con la norma attributiva del potere di ordinanza, che non per cogliere una continuità che parrebbe già esaurirsi nella sola definizione comune di essere limite al potere. L'esame della disposizione attributiva del potere di ordinanza nel suo rapporto con le riserve di legge poste dalla Costituzione consentirà di verificare i limiti di una compatibilità

---

(1) Per tutti: E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed. (ristampa), Padova, Cedam, 1957, *passim*, ma spec. 7 e s. 19 e s.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, *passim*, spec., 75 e s., ed *ivi* riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza anteriori. Cfr. A. M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 125 e s.; ID., *Precisazioni in tema di mancanza di potere e di inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 200 e s.; *Manuale*(1989), cit., 110, 669 e s., 689 e s.; M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 e s., 1964, 12 e s., spec. 231-238.

costituzionale del potere in esame, la quale è ormai da considerarsi punto fermo di un accertamento, che dopo sei sentenze della Corte costituzionale, appare difficilmente revocabile in dubbio (2).

Il ragionamento infatti deve ormai essere capovolto: ammessa la costituzionalità (a rigore: la incostituzionalità nel limiti indicati nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961) del potere di ordinanza, si debbono ora indicare i limiti che impediscono di accogliere interpretazioni in conflitto con la massima fonte dell'ordinamento.

Il potere di ordinanza incontra, al pari di tutti gli altri poteri pubblici, sia i limiti che attengono all'esercizio del potere, sia ancor prima i limiti di esistenza che l'ordinamento vuole siano previsti in legge. L'indagine su tali elementi consentirà di individuare i requisiti minimi che consentono di ritenere attribuito alla pubblica amministrazione un potere, un qualsiasi potere autoritativo (3), fra i quali il potere d'ordinanza è indubbiamente quello che trova minore predeterminazione legislativa.

La verifica sul potere di ordinanza consente dunque di selezionare gli elementi minimi necessari nel nostro ordinamento perché un potere sia validamente attribuito all'amministrazione,

---

(2) Oltre alle sentenze della Corte costituzionale sopra citate n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961, si sono avute in successione: Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 4, in *Foro it.*, 1977, I, 276 con nota di A. PIZZORUSSO; 3 aprile 1987, n. 100, *Id.*, 1987, I, 1671, con nota di A. PIZZORUSSO e nostra; 28 maggio 1987, n. 201 e 30 dicembre 1988, n. 617, *Id.*, 1988, I, 3538 con *ivi* nostre osservazioni *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza.* Sono tutte sentenze che rigettano, seppur « nei limiti e sensi indicati in motivazione », le questioni di illegittimità costituzionale, o il conflitto di attribuzioni proposto dalle regioni avverso atti dell'amministrazione statale.

(3) C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 46 e *passim*, che ritiene il principio di legalità-indirizzo applicabile anche alla attività di diritto privato, ma accogliendo una definizione di un concetto di legalità diversa dal consueto.

conferendo così i dati necessari per un'analisi ed una sintesi teorica sul rapporto fra provvedimento amministrativo e legge.

Il principio di legalità e le riserve di legge impongono la predeterminazione in atti legislativi degli elementi essenziali del potere, cioè la determinazione a priori, in via generale ed astratta, degli elementi che definiscono il potere.

Questo almeno, come vedremo, è ciò che viene normalmente considerato il contenuto irrinunciabile del principio di legalità, con definizione che, salve le eccezioni e le necessarie precisazioni, impone di considerare l'esistenza del potere dal punto di vista delle astratte previsioni normative per quanto esse esprimono in ordine alla competenza della pubblica amministrazione ad emanare atti con un determinato contenuto ed in relazione a soggetti astrattamente definiti.

Il ragionamento intende proseguire traendo spunto da quel filone di pensiero che ha tratto origine da talune pronunce della giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione (4) di alcuni anni or sono, il quale ha proposto la distinzione fra requisiti di esistenza in astratto e requisiti di esistenza in concreto del potere dell'amministrazione pubblica.

L'analisi si scosterà tuttavia dalle motivazioni apposte in tali sentenze a sostegno dei dispositivi che affermano, o negano, la sussistenza « in concreto » di un potere dell'amministra-

---

(4) Per un'analisi della vicenda giurisdizionale si veda la tavola rotonda organizzata nell'aprile del 1981 dalla terza cattedra di diritto amministativo e coordinata da M. NIGRO, *Nuovi orientamenti in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2140 e s., in particolare le relazioni e gli interventi di M. NIGRO, A. CORASANITI, A. ROMANO, F. PIGA, F. G. SCOCA, G. ABBAMONTE, F. MANGANO. Da ultimo critica la possibilità di configurare il potere dell'amministrazione come inesistente in concreto: A. ANGELETTI, *L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi*, in *Studi in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, 63, 64, ma pare affermazione circoscritta ai poteri aventi ad oggetto il diritto di proprietà.

zione (5), cercando invece di sottoporre ad analisi una ragione che pare più affine al particolare modo di porsi del potere di ordinanza nel nostro ordinamento.

L'idea critica che si verrà proponendo parte dal convincimento che non si possa ritenere estranea alla distinzione sopra indicata dalla giurisprudenza l'elaborazione dottrinale che sottende alla definizione della legge come atto generale e astratto e che perciò la distingue dagli altri atti, o fatti, giuridici che sono caratterizzati da particolarità e concretezza, fra i quali pare si debbano annoverare molte definizioni del diritto obiettivo che legge non sono, ma che contribuiscono tuttavia a determinare la regola cui deve essere conforme nel nostro ordinamento il potere di ordinanza di necessità e urgenza attribuito alla pubblica amministrazione (6). Si potrà procedere tuttavia a tale

---

(5) Per tutti si vedano Cass. Civ., sez. un., 21 agosto 1972, n. 2693, in *Foro it.*, 1972, I, 3029, ove si parla in modo poco perspicuo di *condicio juris* del potere; Cass. Civ., sez. un., 6 luglio 1974, n. 1978, in ID., 1975, I, 3041; Cass. Civ., sez. un., 11 novembre 1974, n. 3500, in *Giust. civ.*, 1975, I, 419; Cass. Civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2003, in *Foro it.*, 1975, I, 2529.

(6) Per la definizione della legge come atto generale e astratto per tutti si vedano: V. CRISAFULLI, *voce Atto normativo*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 245 e s. (per la generalità) 247 (per l'astrattezza) ed *ivi* una rassegna dei vari significati normalmente attribuiti; N. BOBBIO, *Per una classificazione delle norme giuridiche*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, 11 e s., ma si veda già dello stesso autore *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, Padova, Cedam, 1956, vol. I, 109-122. Distingue nettamente la generalità e l'astrattezza SANTI ROMANO, *Principî di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, II ed. 1946, ove a pag. 82 parlando della legge dice: « Negli Stati moderni la legge è, il più delle volte, un atto di volontà emanato da quei soggetti, o da quegli organi, cui è affidata la funzione che si dice per l'appunto legislativa. Essa non è però una volizione in senso stretto, cioè una volizione-azione, concreta in atto: è una volizione preliminare che precede e regola una futura volizione concreta. Perciò la legge è sempre più o meno astratta: non perché debba essere, come afferma un'opinione molto diffusa, generale, cioè contemplare una classe o serie di fatti,

tentativo interpretativo solo dopo la compiuta analisi di tutti gli elementi che contribuiscono a definire l'esistenza del potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui è titolare la pubblica amministrazione.

La scelta influisce sull'ordine della trattazione che accorpa in questo capitolo le questioni relative ai limiti derivanti dalle riserve di legge con particolare riferimento ai limiti di esistenza e d'esercizio del potere considerati « in astratto ».

Ai capitoli che seguono è riservata invece la trattazione delle questioni che ineriscono ai profili di esistenza del potere valutato, come si avrà modo di precisare, « in concreto » unitamente all'analisi delle vicende giuridiche che da tempo sono state racchiuse sotto la denominazione principî generali dell'ordinamento.

Tale separazione non può essere intesa se non in modo tendenziale per la invitabile presenza di interferenze fra i due profili di definizione del potere che impongono talvolta di accogliere in una parte della trattazione questioni che più correttamente troverebbero collocazione nell'altra.

La rottura del rigore è però espediente necessario per offrire una lettura d'insieme dei limiti al potere di ordinanza, pur mantenendo lo scopo di evidenziare le sostanziali differenze di natura giuridica che infondono i diversi limiti del potere dell'amministrazione.

2. *Il principio di legalità nelle tre tradizionali accezioni. L'interpositio legislatoris nella determinazione della prestazione imposta e la sindacabilità dell'esercizio del potere. Riserva di legge relativa e conformità sostanziale.*

Chi si è trovato a dover studiare il principio di legalità con l'intento di offrirne definizione e spiegazione ha correttamente

---

azioni, individui rapporti, ma perché precede il fatto giuridico e non ha la concretezza immediata di quest'ultimo ».

rilevato la presenza di una pluralità di significati attribuibili. La constatazione è già solo in via intuitiva da ritenersi doverosa ove si ponga mente al diverso portato storico che il principio in esame ha rivestito in due secoli di esperienze e teorizzazioni giuridiche, ma altresì per la persistente valenza generale che si vuole mantenere al principio stesso in ordine a tutta (7), o quasi tutta, l'attività dell'amministrazione (8).

Tale ampio spettro di applicazione non può non aver ancora oggi lasciato convivere diverse accezioni talvolta alternative, talvolta compresenti, del principio di legalità, seppure a ben vedere in molti casi ciò è dovuto più a differenti campi di incidenza che del principio in esame si sono prestabiliti, piuttosto che a veri e propri contrasti di ordine teorico.

Non è qui possibile scendere ad una disamina analitica di ogni singolo apporto (9) dovendosi, per il carattere stesso della trattazione, limitarsi a riferire le accezioni più note che del principio di legalità sono state offerte (10).

Il punto sul quale non pare sussistano dissensi è quello

---

(7) C. MARZUOLI, *op loc. cit.*

(8) M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, 88, il quale ritiene il principio vigente solo per l'attività autoritativa che incide sfavorevolmente (estinzione o limitazione di posizioni soggettive) nella sfera giuridica del destinatario; si confronti: A. M. SANDULLI, *Manuale...* , (1989), I, 616, che invece lo estende anche all'attività favorevole in forza del principio di imparzialità e di buona amministrazione.

(9) Per maggiori precisazioni si fa rinvio agli scritti di S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976,1362 e s.; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, in vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit.; da ultimo, trattano dei rapporti fra riserva di legge e principio di legalità: R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1218-1219.

(10) Un indubbio stacco dal passato lo vuole porre F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova. Cedam, 1969, ove partecipazione e pubblicità divengono i nuovi elementi di garanzia dei diritti del cittadino; l'unico punto di contatto con il concetto ori-

della costruzione del principio di legalità come rapporto fra due termini di cui va studiato il contenuto. Meno incontroversa risulta già l'individuazione di questi due termini, anche se per il diritto amministrativo può apparire naturale indicarli nell'atto amministrativo e nella legge (11).

Il contenuto del rapporto è stato dalla maggioranza della dottrina ipotizzato secondo tre possibili modulazioni: di « non contraddittorietà », di « conformità formale », di « conformità sostanziale » (12).

La « *non contraddittorietà* » importa nel caso di conflitto fra legge e atto amministrativo il prevalere degli enunciati posti dalla legge.

Il concetto di « *conformità formale* » indica la necessità che i poteri attribuiti alla pubblica amministrazione trovino nella legge il loro fondamento, sì da ritenere inesistente ogni potere che non trovi in essa la relativa attribuzione. La sola imputazione in legge di una potestà regolamentare, o di un potere provvedimentale ad organi dell'amministrazione, è da alcuni ritenuto sufficiente a soddisfare il principio di legalità così definito.

Assume invece il compito di « dettare la misura dell'inter-

---

ginario di principio di legalità rimane quello di una tutela anteriore all'emanazione dell'atto, distinguendosi in ciò dalla « azionabilità ».

(11) F. SATTA, *Principio di legalità*, cit., 10, 237, e nt. 7 e 8 pag. 15; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1971, 37 e nt. 54 che propongono la sostituzione del principio di legalità con quello di giuridicità, o normatività, dell'azione attraverso il ricorso a fonti anche diverse dalla legge.

(12) Per tutti L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, 113 e s.; S. FOIS, *Legalità*... cit., 666-667; M.C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1957, 25 e s.; da ultimo S. MERZ, *Osservazioni*., cit., 1362 e s.

vento obbligatorio del legislatore » (13) il diverso istituto della riserva di legge con precisazione di quali e quanti elementi dell'atto, o del potere, debbono essere determinati dalla legge.

Ove si ponga mente al rapporto fra disposizione attributiva del potere di ordinanza ed atto amministrativo che del primo sia estrinsecazione (ordinanza di necessità e urgenza) è agevole riconoscere un tipico esempio offerto dall'ordinamento di conformità formale del principio di legalità. Le norme di previsione del potere, infatti, individuano con atto legislativo la competenza, i presupposti, la definizione, esplicita o implicita, del fine pubblico e del tipo di attività (autoritativa) di cui l'amministrazione è titolare.

Si può concludere che in sé e per sé la disposizione attributiva del potere di ordinanza è sicuramente satisfattiva del principio di legalità inteso come conformità formale.

L'accezione di *conformità sostanziale* (per brevità si indicherà ora con p. d. l. *sostanziale*) indica sicuramente in prima approssimazione una richiesta di condizionamento dell'attività amministrativa più pregnante, con particolare riferimento alla limitazione della discrezionalità della pubblica amministrazione in ordine ai contenuti possibili del potere. Il successivo argomentare si differenzia fra chi tende a identificare il p. d. l. sostanziale con la riserva di legge relativa e chi, evitando tale allineamento, caratterizza maggiormente il p. d. l. sostanziale con la « raffrontabilità » o « sindacabilità » degli atti amministrativi.

La differenza è di rilievo in quanto nel primo caso si apre ai limiti propri della riserva di legge relativa che impongono al

(13) A favore: S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. per le Scienze giur.*, 1968, 86-87; M. C. EISENMANN, *Le droit administratif*, cit., 40; invece S. FOIS, *Legalità*... cit., 689-690 pur accogliendo l'accezione di conformità formale si spinge ben oltre, richiedendo la prefissione legislativa di taluni elementi dell'atto amministrativo sicché, ai fini qui proposti, verrà analizzato con le altre tesi che normalmente sono definite come conformità sostanziale.

legislatore di definire gli elementi essenziali dell'atto sino alla prefissione di principi e criteri direttivi (o più genericamente la « sufficiente determinatezza ») in ordine al contenuto del potere, ove nel secondo è la sindacabilità dell'atto in sé, ad essere requisito necessario per il soddisfacimento del principio di legalità.

Normalmente si ritiene che condizione essenziale per la sindacabilità degli atti amministrativi sia la sussistenza di una distinzione tra criteri astratti (parametri di valutazione) e atti concreti (14), ove per criteri astratti è da intendersi non necessariamente la predeterminazione del contenuto in legge. Il principio di legalità impone la sindacabilità, la quale potrà, poi attuarsi in forza di criteri anche astratti, ma non necessariamente posti in legge, ma anche in regolamento.

Il ragionamento può proseguire ove si ritenga non necessario per la sindacabilità che i criteri di valutazione della legittimità degli atti amministrativi siano astratti, poiché si riconosce possibile tale sindacato anche in presenza di elementi concreti di valutazione.

In tutti i casi al fondo dell'argomentare si possono cogliere due differenti esigenze: la prima che vuole ricondurre le scelte autoritative di limitazione delle posizioni soggettive dei cittadini alla competenza del massimo organo rappresentativo della nazione; la seconda volta unicamente a consentire la sindacabilità dell'azione amministrativa, cioè il controllo del suo operato da parte di un soggetto diverso dall'organo agente della pubblica amministrazione.

Non sempre le due tesi vengono presentate come contrap-

---

(14) Cosi S. MERZ, *Osservazioni...*, cit., 1397-1398, che considera quanto affermato in testo una condizione necessaria, ma non sufficiente, per la costruzione del p. d. l. sostanziale; si confrontino tuttavia: L. CARLASSARE, *Regolamenti...*, cit.,130 e V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*,1982, 134 e 138; per dottrina meno recente F. PIERANDREI, *I diritti pubblici subbiettivi*, Torino, Giappichelli, Memorie dell'Istituto

poste (15), a volte non è chiaro in qual senso vengano a completarsi e specificarsi (16); rimane tuttavia utile per il momento mantenerle in sede di analisi distinte al fine di coglierne appieno la diversa rilevanza giuridica che potrebbe conseguire scegliendo l'una piuttosto che l'altra interpretazione (17).

In via esemplificativa è sufficiente pensare alla circostanza che ove il « legislatore si faccia amministratore », adottando leggi provvedimento, si può fondatamente ritenere che ciò che

---

Giuridico, XLVII, 1940, 45 e s., ed *ivi* riferimenti storico dogmatici alla dottrina tedesca.

(15) M. S. GIANNINI, *voce Atto amministrativo*, dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè,, 1959, 165, ove distingue tra p.d.l. sostanziale e « azionabilità » delle pretese dei cittadini; ID., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I-II, Milano, Giuffrè, 1965, 97; parla di « raffrontabilità » come caratteristica essenziale della disciplina imposta del p.d.l. sostanziale: C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1982, 792; nonché si vedano i riferimenti alla nota che segue.

(16) L. CARLASSARE, *Regolamenti...*, cit., 152-153, ritiene che il 113 cost., analizzato in senso non pleonastico, obbliga la legge a fissare almeno principi e criteri direttivi che condizionino il contenuto dell'atto amministrativo; ma sul profilo della sindacabilità si confrontino: A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969, 171-172; V. BACHELET, *Legge attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 914; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità*....cit., 133-138; ID., voce *Fonti del diritto (Dir. cost.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 949 e nt. 50. Sono contrari: S. CASSESE, *Imparzialità*, cit., 128; M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 165; F. SATTA, *Principio di legalità*.... cit., 12-17 (per il quale all'uopo sussiste già la figura dell'eccesso di potere). A sé pare la posizioni di S. FOIS, *Legalità*, cit., 666 e s., sp. nt. 40, e pag. 681 per una diversa interpretazione sostanziale del 113 Costituzione.

(17) Correttamente C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, 65, ha rilevato che quanto più il p.d.l. sostanziale viene esteso per soddisfare esigenze di garanzia del cittadino, più si rischia di soffocare esigenze di pluralità degli ordinamenti giuridici; su ciò si confronti M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della P.A.*, Milano, Giuffrè, 1966, 81 e s.

viene indicato come « principio di autolimitazione (18) dei diritti attribuiti al popolo », per il tramite della propria rappresentanza parlamentare, si realizzi al massimo delle proprie potenzialità, al contrario la « sindacabilità », fatta salva la giurisdizione costituzionale di legittimità, verrebbe negata totalmente, poiché il livello della fonte legislativa esclude ogni diverso rapporto di soggezione con atti normativi diversi dalla Costituzione (19). La sindacabilità degli atti amministrativi si ritiene invece che imponga al contrario un riscontro puntuale (quanto meno sulla base dei canoni di legittimità dell'azione amministrativa) di ogni atto della pubblica amministrazione, trasformando un esercizio « arbitrario » del potere in discrezionalità (20).

Entrambe le esigenze ci sembrano presenti nel concetto sintetizzato con la denominazione di principio di legalità in senso sostanziale laddove si indica l'una come necessità di « *interpositio legislatoris* » (21) in ordine a taluni elementi essenziali dell'atto, l'altra come « sindacabilità » dell'azione (puntuale) della pubblica amministrazione.

Tale distinzione ci pare debba permanere anche ove si ritenga l'identificazione totale del principio di legalità con la ri-

---

(18) È terminologia traslata da: S. BARTHOLINI, *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, Padova, Cedam, 1957, 5 e s., 50 e s.; C. ESPOSITO, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 15 e *passim*; C. MARZUOLI, *Principio...*, cit., 34; per l'ammissibilità di leggi provvedimento: C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 105-110; S. MERZ, *Osservazioni*, cit., 1397, e nt. 120, 136.

(19) Si trascura qui l'ipotesi di un sindacato sulla validità del procedimento legislativo. Il discorso critico fatto in testo si può ritrovare, ma rovesciato, in S. FOIS, *Legalità....*, cit., 680.

(20) Si vedano le sentenze della Corte costituzionale citate al paragrafo che segue.

(21) È affermazione di largo consenso. Da ultimo sulla necessità di *interpositio legislatoris* in uno Stato di diritto: E. PALICI DI SUNI, *L'eccezione e la regola*, Milano, Giuffrè, 1988, 207 e s. ed *ivi* riferimenti.

serva di legge relativa (22) e forse anche nel caso di semplice distinzione su di un piano meramente quantitativo (23).

Infatti, come si avrà modo di verificare nei paragrafi che seguono, le sentenze della Corte costituzionale che hanno ad oggetto riserve relative di legge impongono alla legge, che attribuisca poteri alla pubblica amministrazione, sia la predeterminazione degli elementi di esistenza del potere (« *interpositio legislatoris* »), sia la la presenza di adeguati limiti all'esercizio del potere stesso, che non sempre si indicano in linee di indirizzo del legislatore, ma che accolgono criteri differenti, a volte alternativi, a volte congiunti, di cui la tensione verso la « sindacabilità » dell'atto parrebbe aspetto comune (24).

3. *Le norme di legge attributive del potere di ordinanza non offrono di per sé la "interpositio legislatoris" richiesta dalle riserva di legge relativa.*

I problemi di compatibilità delle disposizioni attributive di poteri di ordinanza con il principio di legalità come conformità

---

(22) Cosi pare G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, cit., 130; ma pare mutare opinione in: *Regolamenti anteriori con forza di legge*, in *Dem. e dir.*, 1968, 572 e nt.16; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, a.a.1959-60, Città di Castello, 1961, 65.

(23) V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 909, 914; A. DI GIOVINE, *Introduzione*, cit., 172, 173; L. CARLASSARE, *Regolamenti*, cit., 221.

(24) Si tralascia qui la discussione in ordine al fondamento di diritto positivo del principio di legalità in senso sostanziale su cui, oltre agli autori citati alle note che precedono, si confronti: C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., 77 che esclude si possa enucleare il principio di legalità per astrazione dalle singole norme che impongono riserve di legge; al contrario invece M.S. GIANNINI, *Lezioni...(1961)*, cit., 66; nonché si vedano: L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1968, 167; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1966, 160; A. M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente, In Studi sulla Costituzione (in occasione del decennale)*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 361.

sostanziale, non si differenziano da quelli posti con la riserva di legge in ordine alla necessità di una prefissione legislativa degli elementi di esistenza, o definizione del potere che incidono su diritti o libertà dei cittadini (di norma: soggetto attivo, prestazione imposta (25) soggetto passivo). Ciò consente di lasciare in secondo piano ogni questione in ordine alla coincidenza fra principio di legalità in senso sostanziale e riserve di legge relative.

I distinguo (26) fra i due concetti ove sono stati avanzati non hanno mai riguardato gli elementi di esistenza del potere provvedimentale e per ciò che concerne gli aspetti che attengono all'esercizio del potere si è normalmente discusso dell'ampiezza dell'incidenza del vincolo imposto al legislatore (p. d. l. sostanziale come principio generale, ovvero desunto da singole norme poste in Costituzione per ipotesi di specie), sicché di essi si potrà pervenire a specifica disamina per verificare se i vincoli qui individuati trovino generale applicazione (27), ovvero solo per specifiche ipotesi sottoposte dalla Costituzione a riserva di legge relativa.

Sul punto la stessa analisi in ordine alla compatibilità con i precetti costituzionali che impongono riserve di legge assolute potrebbe convenientemente affiancarsi senza eccezioni; nessun dubbio infatti può residuare in ordine alla necessaria predeterminazione in legge degli elementi di esistenza del potere, poiché se la riserva assoluta può ritenersi sotto il profilo quantitativo diversa dalla relativa, è per imporre al legislatore qualcosa in più e non in meno.

---

(25) Non considerando i profili di « *quantum* » o di « criteri direttivi » che attengono all'esercizio del potere, o in senso più generico, ad una specificazione « ulteriore » della prestazione.

(26) Sul punto si vedano gli autori citati alle note che precedono.

(27) Per tutti i poteri autoritativi che impongono ai destinatari statuizioni sfavorevoli, o anche per quelli a contenuto favorevole, o se ancora si debbano ricomprendere i casi di attività non autoritativa.

Tuttavia sono altri i motivi di analisi che la riserva di legge assoluta pone alla norma attributiva del potere di ordinanza, profili che sono, ad un tempo più semplici e diversi da quelli ora in esame, sicché per convenienza se ne rinvia la disamina al termine del presente capitolo.

Delle prime tre sentenze della Corte costituzionale intorno alle norme attributive di poteri di ordinanza l'unica che espressamente si occupa della compatibilità con i precetti costituzionali che impongono riserve di legge è quella che ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 2 del R. d. n.773 del 1931, t.u. leggi di pubblica sicurezza.

Letteralmente la sentenza del 27 maggio 1961, n. 26 ritiene che per i « 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 cui il potere è stato attribuito.

« E, pertanto,— prosegue la Corte — nulla vieta che, nelle materie indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità e urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere. »

Occorre andare per gradi poiché il passo della motivazione pare aprire più problemi di quelli che una lettura fugace consenta di risolvere.

Anzitutto nulla è detto sulla necessaria predeterminazione in legge degli elementi di eistenza del potere, l'attenzione è subito rivolta agli « adeguati limiti » d'esercizio.

Il riferimento contenuto nella motivazione, cui il dispositivo fa ampio riferimento, ai precedenti della Corte in ordine al-

l'art. 23 della Costituzione può forse essere utile a fornire una spiegazione.

Normalmente la Corte si è trovata a sindacare disposizioni di legge in cui il tipo di prestazione (di dare: tributi; di fare: assunzioni obbligatorie di forza lavoro, trattamenti sanitari obbligatori, ecc.,) era definito in legge. Si trattava al più di verificare la sussistenza di adeguati limiti che non consentissero un esercizio arbitrario del potere.

Gli elementi che definiscono l'esistenza del potere divenivano quindi un presupposto indiscusso dell'argomentare su cui non si doveva soffermare la statuizione: un'antecedente logico e giuridico che la riserva di legge sicuramente impone nella definizione del potere attribuito alla pubblica amministrazione.

Sul punto non pare quindi si debba indugiare oltre, anche perché non mancano sentenze della Corte che si sono espressamente pronunciate in tal senso (28) e conferme precise sono

---

(28) Corte costituzionale, 23 marzo 1960, n. 12, in *Giur. cost.*, 1960, I, 112; 14 febbraio 1962, n. 4, in ID., 1962, I, 31; 9 aprile 1963, n. 39, in ID., 1962 I, 142; 3 maggio 1963, n. 55, ID., 1963, I, 490; ritiene che il soggetto passivo possa a volte risultare per implicito: Corte costituzionale 29 marzo 1972, n. 56, ID., 1972, I, 254; 18 giugno 1963, n. 93, ID., 1963, I, 774; per un caso di prestazioni alternative (ma entrambe determinate) Corte costituzionale, 24 luglio 1972, n. 144, ID., 1972, I, 1465; per casi limite: Corte costituzionale 3 luglio 1967, n.76, ID., 1967, I, 958; 13 luglio 1963, n.127, ID., 1963, I, 1404. Per un caso in cui i soggetti passivi sono stati ritenuti desumibili dalle prestazioni imposte: Corte costituzionale 24 aprile 1967, n. 52, ID., 1967, I, 328. Per un caso in cui si è reputato sufficiente l'individuazione del soggetto attivo e passivo della prestazione attraverso un accertamento tecnico della pubblica amministrazione di un requisito genericamente definito in legge (bacino imbrifero) si veda: Corte cost., 8 luglio 1957, n. 122, in ID., 1957, I, 1101. Da ultimo per un caso di determinazione dei soggetti passivi in base a coloro che hanno interesse ai servizi di borsa: Corte cost., 5 maggio 1988, n. 507, in *Foro it.*, 1988, I, 2098. Quasi tutte le sentenze della Corte costituzionale enunciano il principio come obiter dictum.

venute anche dalla dottrina che si è occupata *ex professo* delle riserve relative di legge (29).

Riserva di legge relativa e principio di legalità in senso sostanziale impongono, dunque, che la prestazione imposta con atto amministrativo trovi la sua definizione in legge. Nessuna limitazione ai diritti dei cittadini è possibile se non sussista una « *interpositio legislatoris* » in ordine a quella parte del contenuto dell'atto che individua il potere, indipendentemente da un suo corretto esercizio per ogni caso concreto.

La distinzione trova forse più solidi referenti teorici ove la si esprima come definizione del contenuto dell'atto contenuta in norme di relazione, escludendo quegli aspetti dello stesso che riposano in norme di azione (30).

La definizione del contenuto dell'atto presente in norme di relazione, è ciò che qui si definisce anche, individuazione della

(29) Parla chiaramente di necessità dl predeterminazione legislativa dell'oggetto del potere A. DI GIOVINE, *Introduzione...* cit., 167; di predeterminazione dell'oggetto e dei soggetti passivi: A. FEDELE, *Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, (Art. 23), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1978, 99-105, ed *ivi* riferimenti (spec. nt.16 e s.) di dottrina e giurisprudenza soprattutto in materia di prestazioni patrimoniali; ancora: E. TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti in onore dl G. Ambrosini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 2130 e s. che richiede la determinazione in legge oltre dei soggetti passivi ed dell'oggetto anche dei presupposti. Infine S. FOIS, *La legalità....* cit., 686 e s. sp. 890, ove parla di necessità di predeterminazione in legge della materia (dell'oggetto del provvedimento); cfr.: G. LOMBARDI, *Problemi costituzionali in materia tributaria*, in *Temi tributari*, 1961, 332 e s., che ritiene sufficiente anche solo la determinazione di elementi atti a circoscrivere il potere impositivo.

(30) In testo si vuole fare riferimento a quelle norme di esistenza del potere che attengono solo al contenuto dell'atto, che per A. ROMANO, *Giustizia amministrativa*, cit., 153 e s. spec. 155, 162, 164, si identificano nelle norme di relazione le quali appartengono al più ampio *genus* delle norme di esistenza del potere; il genus è invece, senza ulteriori definizione di specie, genericamente denominato da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., con la locuzione norme di relazione.

prestazione imposta indipendentemente dal suo esercizio, o ancora, elementi di esistenza del contenuto dell'atto, o del potere. Si perdoni la digressione, ma non si vuole sul punto mantenere equivoci terminologici.

Individuati il minimo d'enunciati che il legislatore deve esprimere affinché un potere sia considerato attribuito alla pubblica amministrazione, secondo il principio di riserva di legge relativa e di legalità, si deve ricordare che le disposizioni attributive di poteri d'ordinanza, in sé considerate, nulla direttamente esprimono in ordine al contenuto dell'atto di necessità e urgenza, sicché in esse manca « l'*interpositio legislatoris* » richiesta dalla riserva di legge relativa.

In sé e per sé, dunque, le norme attributive di poteri d'ordinanza non sono satisfattive, né della riserva di legge, né del principio di legalità in senso sostanziale.

La conclusione così raggiunta si pone, sia pur nella sua semplicità, come totalmente antitetica rispetto alla statuizione della Corte costituzionale offerta con la sentenza n. 26 del 1961 (31).

Questa almeno appare la conseguenza inevitabile ove si rifiuti di considerare eliminato dall'ordinamento l'art. 2 t.u.l.p.s. n. 773 del 1931 (e più in generale ogni norma di identico calco) (32), sì da imporre una generale rilettura dei rapporti fra la

---

(31) O meglio con l'interpretazione dominante che di essa è stata fornita, su cui si veda il capitolo che precede.

(32) Ritiene che l'art. 2 t. u. l. p. s. sia stato « annullato » dalle sentenze della Corte costituzionale: G. AMATO, *La difficile agonia dell'art. 2 t. u. l. p. s.*, in *Dem. dir.*, 1961, 303; C. LAVAGNA, *Sulla legittimità dell'art. 2 t. u. l. p. s. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, I, 901-902; di diverso avviso appare invece: G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (Dir. Cost.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 98 e nt. 1; pone interessanti distinguo: L. MONTESANO, *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui testi legislativi ambigui*, in *Foro it.*, 1961, I, 1291.

norma attributiva di potere di ordinanza e le altre norme (di relazione) costituenti l'intero ordinamento giuridico, cioè di quelle volte alla definizione di ciò che spetta al pubblico potere in relazione alternativa con i diritti dei privati.

L'unica via interpretativa che pare rimanere aperta è quella di riconsiderare ciò che normalmente viene definito dalle trattazioni sul potere d'ordinanza come efficacia derogatoria della norma attributiva del potere d'ordinanza.

Non è chiaro infatti cosa possa, o debba, essere derogato, sicché diviene necessario tentare di ritrovare una interpretazione che sappia conciliare il principio di riserva di legge e di legalità con un potere di ordinanza tuttora ritenuto esistente nell'ordinamento.

Indagare sul punto significa ricercare il significato di una ammissibilità del potere di ordinanza in materia di riserve relative, o se si preferisce con il principio di legalità in senso sostanziale.

Significa in altri termini indagare sui limiti posti dall'ordinamento alla « libertà » di autodeterminazione della pubblica amministrazione ed in particolare del contenuto delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza. Significa infine provare a verificare se le ipotesi che si sono affacciate nel corso della esposizione ricevano attraverso i limiti costituzionali, sostanziali conferme, ovvero radicali smentite.

4. *Ricostruzione del significato attribuibile alla ammissibilità del potere di ordinanza in materie di riserve relative. La norma attributiva del potere d'ordinanza richiama a sé tutte le norme di relazione poste dall'ordinamento legislativo. Le definizioni legislative di prestazioni imposte come « interpositio legislatoris ».*

Un autore della fine del secolo scorso (33) nel definire i provvedimenti sindacali contingibili ed urgenti soggiungeva un limite al potere che non risultava espressamente dal tenore testuale della disposizione attributiva del potere di ordinanza, ma di cui non si dubitava del suo necessario e pieno vigore.

Particolare ne è forse la formulazione che oggi pare ridursi all'enunciato dei principî generali dell'ordinamento.

« Altra norma da aver presente è, che il Sindaco non può, coi suoi provvedimenti adottare misure non consentite dalle leggi generali e dai principî, che informano la legislazione e le istituzioni dello Stato, o che riguardano o governano interessi pubblici di un ordine più alto e più generale.»

Le misure alle quali si fa cenno sono inequivocabilmente i provvedimenti, o più esattamente il contenuto che l'autorità vuole attribuire agli stessi, perché strumento di risoluzione della situazione di « pericolo pubblico ».

A fianco dei principî sono poste le leggi generali, locuzione quest'ultima ormai scomparsa dal lessico della dottrina e della giurisprudenza del secondo dopoguerra, fra le quali è da annoverare la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 cit.

L'espressione « non consentite » lascia adito al dubbio se le misure in parola debbano più propriamente essere « previste », ovvero semplicemente « non vietate » dalle leggi generali.

---

(33) T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova, 1899; la citazione che segue in testo è tratta da pag. 149.

La differenza, forse superabile in via interpretativa, pare nel secondo caso lasciare maggiori margini di incertezza sul contenuto ammissibile del potere di ordinanza e rendere non omogeneo il discorso che si deve condurre sulla compatibilità del potere con i vigenti precetti costituzionali che impongono riserve di legge, i quali sicuramente pongono una conformità a ciò che in legge deve essere previsto in ordine a « misure » che la pubblica autorità può adottare.

Si sottolinea la questione poiché ancor oggi si tende a parlare di « non contrasto con i principî dell'ordinamento » (34) con conseguente difficoltà sul piano analitico di ciò che al contrario, in sede di enunciazione, può non aver ricevuto molta attenzione.

Di poco dissimile è la formulazione di un autore dei primi del novecento il quale, cercando di precisare cosa si debba intendere per limite dei « principî generali della nostra legislazione », ritiene si possa al più procedere per limiti negativi « escludendo a priori la legittimità di quei provvedimenti che contraddicono manifestamente ai principî statutari ed alle norme generali di diritto ed anche soltanto allo spirito delle disposizioni di legge in forza delle quali il Sindaco è investito dei poteri discrezionali. » (35)

L'enunciazione mantiene un ampio spazio interpretativo, di cui l'autore pare conscio al punto di procedere egli stesso ad un responso casistico ed esemplificativo utile a rivelare i contorni con maggiore precisione.

Soffermandosi sul responso della Cassazione romana (36) che riconosceva l'ammissibilità di un ordine di rivaccinazione di tutta la popolazione in presenza di malattia epidemica, com-

---

(34) Vedasi gli autori citati al capitolo che segue.

(35) E. BONAUDI, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, Bocca, 1907, 271.

(36) Cassazione Romana, 8 aprile 1891, in *Giur. it.*, 1891, I, 3, 175; e in *Riv. Amm.* 1890, 748.

menta che « non potrebbe, a nostro avviso, interpretando per analogia, imporsi l'immunizzazione delle persone sane a difesa di altri morbi, per es., la difterite, la tubercolosi, ecc., poiché mentre la vaccinazione è per legge misura obbligatoria per tutti i cittadini, che in via d'urgenza il Sindaco può ordinare, ove ritenga ricorrerne gli estremi, nessuna disposizione di legge impone in via normale l'immunizzazione agli individui col siero antidifterico e anti tubercolotico » (37).

Il reperto storico offre più di uno spunto di riflessione. I limiti al potere di ordinanza che oggi si suole indicare con i precetti costituzionali e i principî dell'ordinamento giuridico, di cui per i primi le riserve di legge relative sono una specificazione, trovavano già in fine- inizio secolo una propria indicazione seppur con formulazioni proprie di una cultura giuridica che sicuramente non doveva tener conto di un sistema con vertice in una costituzione a struttura rigida.

La dottrina già al tempo segnalava l'esistenza di contenuti legislativi che non potevano essere derogati dalle norme attributive del potere di ordinanza. Le « leggi generali », ovvero lo « spirito delle disposizioni di legge in forza delle quali il Sindaco è investito dei poteri discrezionali », appaiono oggi formulazioni tecnicamente poco evolute, ma già sufficienti ad individuare il nucleo normativo resistente al potere di ordinanza.

L'esempio della casistica è sul punto concludente: nessuna prestazione è possibile imporre, in forza del potere di ordinanza, ove non trovi in « leggi » la previsione della attribuzione alla autorità amministrativa dell'imposizione.

Il dato storico pare ricalcare la soluzione che il dato teorico sin qui svolto viene imponendo. Se la norma attributiva del potere di ordinanza non determina i contenuti possibili del potere ciò non significa che degli stessi non si debba trovar definizione in altre leggi.

---

(37) E. Bonaudi, op. loc. cit.

Se così fosse ci pare che il principio di legalità in senso sostanziale ed i precetti costituzionali che impongono la riserva di legge potrebbero trovare idonea soddisfazione.

Parlando di prestazione imposta si vuole qui intendere quella parte di contenuto dell'atto amministrativo depurato da ogni profilo che delimita e definisce un buon uso del potere (illegittimità dell'atto), o che è lo stesso, comprensiva dei soli elementi di definizione del contenuto del potere (norme di relazione), anteriormente al suo esercizio e in via generale e astratta (definizione dell'esistenza del potere in astratto).

La precisazione consente di appuntare l'attenzione su quella parte dei contenuti possibili del potere di ordinanza che definiscono il « tipo » di potere, o prestazione imposta, di cui si intenda far uso.

Preliminarmente tuttavia si potrebbe ritenere che in sé il vasto campo di intervento del potere di ordinanza sollevi fondati dubbi sulle reali possibilità di pervenire a concludere positivamente qualsiasi interpretazione volta alla predeterminazione (« tipicità ») del contenuto del potere stesso.

Ancor più può legittimamente sorgere il dubbio sulla effettiva convenienza di una impostazione che pare voler in qualche modo riaffacciare tipologie di potere che proprio la previsione in legge di un atto « atipico » intendeva superare.

Tuttavia occorre rilevare che le disposizioni di legge che attribuiscono poteri alla pubblica amministrazione rivelano più spazi giuridici di disponibilità alla stessa di quanto si abbia comunemente contezza.

Comunque l'obiezione riferita è pur sempre riproponibile per qualsiasi limite si voglia pensare accolto dal nostro ordinamento per il potere d'ordinanza.

Qualsiasi limite, sia esso individuato nella Costituzione, ovvero nei principî dell'ordinamento, o quant'altro si voglia stabilire, riapre pur sempre il problema di un suo « conveniente superamento... in situazioni di estrema necessità ».

Per ogni limite così individuato si porrà dunque sempre il problema di stabilire in quale modo l'ordinamento pervenga ad attribuire alla pubblica amministrazione un ulteriore potere che tale limite sappia superare.

Le idee sul punto non sono mancate, ed altre ancora potranno essere offerte da una disamina dei poteri pubblici in situazioni di necessità; ora è sufficiente cercare di comprendere quale sia il limite del potere d'ordinanza così come è stato disegnato nel nostro ordinamento, in consonanza con la Costituzione repubblicana, o più precisamente con le interpretazioni che della stessa sono state fornite intorno al potere in esame.

Analiticamente si può dire che l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione la piena disponibilità di beni di cui non abbia la titolarità (38) con il ben noto art. 7 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo; nondimeno l'art. 258 del R. d. n. 1265 del 1934, t. u. delle leggi sanitarie, cit., ritiene che qualsiasi cittadino sia tenuto « alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione, delle quali venga richiesto » dalla autorità amministrativa.

Il limite per entrambi è la corresponsione di un congruo indennizzo.

Le norme richiamate non sono che esempi di una più va-

---

(38) L'articolo parla di disponibilità della proprietà ma non è difficile un superamento del dato testuale che consenta alla pubblica amministrazione di incidere su rapporti giuridici diversi con il bene; sul punto si veda: T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n. 430, in *Foro it.*, 1986, III, 316, con *ivi* nostra annotazione; Cons. di Stato, Ad. pl., 19 luglio 1983, n. 21, in *Foro it.*, 1984, III, 68 con nota di F. PIETROSANTI. L'art. 7 del R. d. 2 settembre 1919, n. 1915 rende disponibile alla pubblica amministrazione gli oggetti in « possesso » di chiunque ed utili alla pronta esecuzione dei soccorsi. A volte tuttavia si deve fare attenzione a non confondere il profilo di disponibilità di un bene con altri interessi che a questo possono essere occasionalmente connessi e che possono divenire, contestualmente al diritto di proprietà, oggetto del potere d'ordinanza: si pensi ad un ordine di requisizione di un ospedale con pregiudizio per i degenti *ivi* ricoverati.

sta definizione legislativa dei limiti che l'ordinamento generale pone alle possibilità della pubblica amministrazione di fruire di beni od attività di cui non abbia la titolarità (39).

Le due norme ci paiono aprire ampi spazi all'intervento della pubblica amministrazione che se sicuramente non conchiudono tutti i problemi di costituzionalità del potere di ordinanza certo forniscono un primo dato satisfattivo della richiesta previsione in legge del tipo di prestazione imposta.

Non diversa è la lettura critica che si può avanzare in ordine alla imposizione da parte della pubblica amministrazione di limiti ai diritti che non si risolvono in ablazione.

Anche per essi si trovano numerosi riferimenti legislativi idonei ad individuare la definizione legislativa del limite imposto, consentendo alla pubblica amministrazione di delimitare i

---

(39) Per la disponibilità di prestazioni, « non qualificate » come conformi alla propria « condizione, arte, o professione », l'art. 652 cod. pen. statuisce che « Chiunque in occasione di tumulto o pubblico infortunio o di comune pericolo... rifiuta senza giusto motivo, *di prestare il proprio aiuto o la propria opera*... è punito »; altre sono particolari: R.d. legge 3 dicembre 1923, n. 3267, art. 33 « Chiunque ... rifiuta, senza giustificato motivo, *il proprio aiuto o servizio al funzionario che dirige l'opera di spegnimento, è punito* ... »; il R.d. 2 settembre 1919, n. 1915, pone all'art. 8 *la disponibilità di imprese che eseguiscano lavori in loco*; all'art. 10 si pone la disponibilità dei dipendenti di comuni, province, opere pie, nonché della Croce Rossa, istituzioni per pronti soccorsi, comitati, ecc.; infine si veda l'art. 1113 cod. nav. che punisce « chiunque ... richiesto dall'autorità competente, omette di cooperare con i mezzi dei quali dispone al soccorso ... di una persona in pericolo ovvero all'estinzione di un incendio ». Si noti quanto le disposizioni più particolari, anche ove sul piano della disponibilità del bene o dell'attività nulla soggiungono in ordine a quelle di enunciato più generico, assolvono tuttavia una una seconda e diversa funzione giuridica volta alla qualificazione dell'attività (o del bene) con conseguente variazione del « *quantum* » di indennizzo, o sua totale negazione. Diverso è infatti imporre prestazioni personali a liberi professionisti, o a pubblici dipendenti (per mansioni estranee al rapporto d'impiego) cosi come enunciano rispettivamente l'art. 258 del r.d. n. 1265 del 1934, t.u. leggi sanitarie, cit. e l'art. 10 del r.d. n. 1915 del 1919, cit.

diritti (quasi sempre di proprietà e di iniziativa economica privata) a salvaguardia degli interessi pubblici valutati come preminenti.

Rispetto alle ipotesi proprie di prestazioni patrimoniali, o personali, l'intervento del potere d'ordinanza è in tali casi più volto a ribadire limiti ai diritti, o in sé e per sé, o in rapporto ad altre posizioni soggettive che nel conflitto sono considerate meritevoli di maggior tutela da parte dell'ordinamento. La situazione di « pericolo pubblico » evidenzia la presenza di un interesse che legittima l'intervento dell'amministrazione in esercizio di poteri d'ordinanza.

Anche in tal caso dunque si ha un limite al diritto definito (direttamente, o indirettamente) in norme di legge, capace di ritagliare lo spazio giuridico necessario al potere della pubblica amministrazione pel tramite di un giudizio di prevalenza fra interessi contrapposti, contenuto talvolta in norme penali, civili, od amministrative (40).

In quest'ultime ipotesi, come in quelle che precedono di prestazioni imposte in senso proprio, è comunque un giudizio di valore contenuto in legge a porre il limite massimo dell'intervento dell'organo titolare del potere d'ordinanza, anche se per casi, procedure e competenze tutt'affatto particolari, ma come è ormai chiaro sicuramente superabili in forza degli enunciati posti nelle disposizioni attributive del potere d'ordinanza.

A parziale conclusione si deve ora cercare di recuperare il dato teorico che l'indagine sin qui condotta consente di enunciare.

Le norme attributive di poteri d'ordinanza fondano un potere della pubblica amministrazione che si può con tutta tranquillità definire a contenuto indeterminato proprio ed in quanto tali disposizioni nulla esprimono in ordine ai contenuti possibili del potere.

---

(40) Si vedano i riferimenti al capitolo II e l'analogia proposta con le interpretazioni offerte dalla dottrina sull'art. 2043 del cod. civ.

La configurazione normativa delle disposizioni di legge attributive del potere di ordinanza le pone in diretta relazione con tutte le altre norme dell'ordinamento legislativo, aprendo così ad un rapporto che altri ha definito come « necessariamente derogatorio » delle disposizioni di legge dei « tempi normali ».

Senonché la Corte costituzionale aveva già precisato che tale rapporto derogatorio, lungi dall'aprire un vero e proprio « spazio vuoto » (41) alla attività amministrativa, trova in ragione di come esso si configura dei limiti al proprio operare nel sistema normativo.

Tali limiti sono stati indicati dalla Corte stessa nei principî dell'ordinamento giuridico e nelle prescrizioni costituzionali che impongono riserve di legge in ordine all'esercizio, ma ancor prima all'esistenza, di poteri in capo alla pubblica amministrazione.

La dottrina e la giurisprudenza della Corte costituzionale che si sono occupate del problema hanno indicato che la riserva di legge relativa impone sicuramente la predeterminazione da parte del legislatore del soggetto attivo, dell'oggetto e del soggetto passivo dell'atto.

Di questi l'oggetto, o contenuto di esistenza del potere (42), è quello che pone i maggiori problemi interpretativi per la sua individuazione astratta, ma sicuramente deve essere definito in una disposizione di legge per veder soddisfatte le riserve relative.

Mancando la definizione nella disposizione attributiva del potere d'ordinanza è gioco forza ricercarla in tutte le norme poste dall'ordinamento legislativo per la risoluzione dei rappor-

---

(41) Corte cost n. 26 del 1961 cit; cfr L. CARLASSARE, *Regolamenti*, cit., pag. 254, che usa tale terminologia pel caso del regolamenti delegati; ancora si confronti G. TREVES, *La costituzionalità del provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956, I, 966.

(42) O ancora, secondo pochi, « causa » dell'atto, o del potere; al momento non è importante sul punto effettuare scelte terminologiche.

ti fra poteri della amministrazione e diritti (pubblici o privati) che ai primi si possono trovare contrapposti.

Ogni prestazione imposta, o limite al diritto (con obblighi di *facere*, o non *facere*, di *pati*, ecc.) che in sede di ordinamento legislativo trovi espressione rifluisce in forza del rapporto derogatorio nelle norme attributive del potere d'ordinanza, fornendo così l'*interpositio legislatoris* richiesta dalle norme costituzionali che impongono le riserve di legge relative.

Questa pare l'unica soluzione consentita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, cit., che ha voluto la compatibilità di un potere d'ordinanza a contenuto indeterminato con i limiti derivanti dalle riserve relative di legge.

Il potere d'ordinanza apre all'organo della pubblica amministrazione che ne è titolare tutte le possibilità di prevalenza di interessi pubblici sui privati (o pubblici diversi dai primi) posti nei giudizi di valore che l'ordinamento legislativo ha ritenuto di fornire anche per i casi più eccezionali, o per i settori più remoti dell'ordinamento.

Versando in ipotesi di poteri di « necessità ed urgenza » è del tutto sufficiente che « l'*interpositio legislatoris* » si esprima dichiarando un qualsiasi bene (interesse), che nel caso assuma rilevanza pubblica, come prevalente rispetto a quello (privato o pubblico) che al primo si contrapponga.

Ciò è quanto richiede la riserva di legge in ordine agli elementi di esistenza del potere e che si è ritenuto non offrire eccezione neppure al potere d'ordinanza, che della pubblica amministrazione è sicuramente il potere più « libero ».

Limiti del tutto identici si sono visti enunciati anche in autori di epoche molto anteriori all'entrata in vigore della Costituzione i quali di fronte ad un potere d'ordinanza capace di incidere su diritti dei privati ritennero di aprire, o di chiudere, spazi giuridici all'intervento della pubblica amministrazione a seconda che si trovasse o non, di quell'opzione, un riscontro legislativo.

Il nucleo resistente non è diverso infine per i responsi della dottrina in ordine al significato precettivo del principio di legalità inteso in senso sostanziale, sicché dovrebbe riuscire possibile accogliere un potere d'ordinanza così ridefinito come conforme a quell'accezione del principio di legalità che è considerato il *minimum* di protezione dei diritti dei cittadini in uno Stato di diritto.

5. *L'osservanza delle riserve di legge non assolve dal vincolo di conformità alle altre disposizioni costituzionali a garanzia dei diritti soggettivi. I principî dell'ordinamento come parametro ulteriore di selezione dei contenuti ammissibili del potere di ordinanza (rinvio). Inammissibilità di un principio generale unico che legittimi ogni contenuto del potere di ordinanza (lo stato di necessità rinvio).*

L'analisi dei requisiti di esistenza del potere d'ordinanza può ritenersi completa solo ove si pervenga ad affrontare l'altro grande enunciato che la Corte costituzionale ha considerato irrinunciabile per ritenere la compatibilità del potere con il vigente sistema giuridico.

La conformità ai principî dell'ordinamento giuridico è idea che già da tempi antecedenti al presente sistema costituzionale venne offerta quale limite essenziale ai contenuti del potere, ma che ancor oggi pare esprimere più di una sistemazione concettuale e, conseguentemente in quanto limite, più di una configurazione del potere di ordinanza.

Configurazioni che, come si avrà modo di precisare, non sempre sono omogenee fra loro, non sempre sono di univoca interpretazione e talvolta sono invece di difficile sintesi.

Si vogliono tuttavia anticipare alcuni cenni a largo spettro, strettamente necessari al prosieguo dell'indagine del rapporto con le riserve di legge relative, rinviando invece la trattazione specifica del problema ad un capitolo espressamente dedicato ai principi dell'ordinamento giuridico.

Un punto di rottura, non più rimarginabile nella tradizionale presentazione del limite dei principî dell'ordinamento giuridico, fu sicuramente la sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale.

Si ricorderà che (43) la questione di costituzionalità fu sollevata al culmine della discussione in dottrina e giurisprudenza sulle possibilità per le disposizioni attributive del potere di ordinanza di esprimere una efficacia derogatoria di qualsiasi disposizione di legge, ovvero sull'eventualità che l'ordinamento avesse in via eccezionale riconosciuto alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza « la forza di legge ».

Apparentemente la differenza fra le due ipotesi è evidente: la disposizione di legge che attribuisce il potere di ordinanza è capace di derogare le altre disposizioni di legge perché é norma di pari grado nella gerarchia delle fonti, cioè è legge essa stessa.

Tuttavia tale disposizione, tacendo su ogni aspetto del potere di ordinanza che attiene al contenuto del potere, non è in grado di esprime in punto alcuna efficacia tipica del rapporto in deroga.

In tal guisa pare agevole riconoscere nella seconda prospettazione, che pervenne ad attribuire forza di legge direttamente all'ordinanza amministrativa di necessità e urgenza, un diverso modo di convalidare e spiegare compiutamente l'idea dell'efficacia derogatoria del potere di ordinanza attribuito dall'ordinamento ad organi della pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale parve arretrare per un attimo il piano dell'analisi ricercando, nel raffronto diretto della disposizione attributiva del potere di ordinanza con il testo costituzionale, una più solida base di riflessione per consentire di giungere ad un primo punto fermo nel dibattito sulla efficacia giuridica del potere in esame.

---

(43) Se ne veda la storia ai capitolo che precede ed a quello che segue.

La Corte, riaffermando l'impossibilità di ogni deroga da parte del potere di ordinanza delle disposizioni costituzionali, consentì (con apparente affermazione pleonastica) di rivedere talune questioni di maggiore dissenso, chiarendo una volta per tutte che il potere in esame aveva limiti che nessuna situazione d'eccezione avrebbe consentito di superare (44).

Il limite dei principî dell'ordinamento giuridico trovò così una sua prima nuova precisazione e concreta consistenza nell'osservanza dei precetti costituzionali che impongono riserve assolute e relative.

Limiti di fonti di disciplina cui non potevano non affiancarsi i precetti costituzionali che direttamente disciplinano le situazioni giuridiche considerate rilevanti per il legislatore costituente, cioè sicuramente tutti i diritti che sono comunemente detti « costituzionali » (45).

In tale quadro interpretativo il concetto di limite dei principî dell'ordinamento giuridico parve perdere di importanza come denominazione, poiché assumevano ormai assorbente ed esaustiva specificazione i limiti sopra indicati che da tempo avevano ricevuto denominazioni particolari (riserva di legge, di-

---

(44) Sul piano logico il punto fu di estremo interesse, poiché appare evidente che trovato un limite si porrà pur sempre il problema di un suo superamento, ma che da quel momento in poi non si deve ricercare in altri poteri cui l'ordinamento riconosce una forza in deroga ai dettati costituzionali. Chiarito il punto è conseguente il quesito se il potere in esame non trovi altri limiti alla propria efficacia in deroga, limiti che possono anche essere contenuti in leggi e non più unicamente in norme costituzionali. L'individuazione del limite diventa, in tal guisa, definizione un adeguato assetto dei rapporti fra pubblico potere e sfere giuridiche dei destinatari di esso che l'ordinamento vuole tutelare.

(45) V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2 t. u. l. p. s. dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, I, 889-890, per il quale la novità della sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale consiste nell'aver enunciato l'inderogabilità di tutti i precetti costituzionali anche di quelli che non esprimono principî.

ritti costituzionali) e tutti potevano essere con semplicità ricondotti all'idea « dell'inderogabilità della Costituzione ».

La scelta della Corte costituzionale aveva messo in luce la difficoltà ermeneutica di ogni argomentazione, o divagazione, che intendesse chiarire il significato del limite dei principî dell'ordinamento.

Il limite in questione aveva sempre avuto un significato di immediata evidenza: la difesa dei diritti civili che in ogni epoca un determinato ordinamento vuole garantiti in capo ai cittadini anche verso un potere della pubblica autorità attribuito per far fronte a situazioni « d'eccezione ».

Al contempo tuttavia, a fianco di tale sicura determinazione, i principî parevano mantenere valenze precettive ulteriori di cui non sempre si riusciva a percepire gli esatti contorni e sulle quali permaneva un alone di ampia libertà di scelta nell'interpretazione.

Nei casi più estremi proprio tale incertezza e polivalenza del concetto è servita ad assolvere al compito di favorire la legittimazione (46) di un potere di ordinanza a contenuto libero,

---

(46) Termine che si usa ancora con significato volutamente ambiguo. Per un uso proprio del termine si veda da ultimo G. ZAGREBESKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, E. G. E. S., Utet, Torino, 1984, 36 e s., 259 e s., che contrappone legittimità a legalità. Per una diversa distinzione: N. BOBBIO, *Sur le principe de légittimité*, in *L'idée de légittimité* (1964), P. U. F., Paris, 1967, 47; lo stesso scritto si può ritrovare (*Sul principio di legittimità*), in *Scritti in Memoria di A. Falchi*, Milano, Giuffrè, 1964, 52-53 ove pone la legittimità e la legalità come requisiti, o attributi, del potere che evidenziano la conformità a legge: la legittimità come titolarità del potere, la la legalità come requisito di esercizio del potere. È ben noto che nel diritto amministrativo la legittimità sta ad indicare normalmente il corretto esercizio del potere ed è inteso come specificazione della conformità alla legalità, con precisazione nei tre vizi classici dell'atto amministrativo: incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere (su cui si confronti: F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 124. Fuori da tale significato specifico si può seguire la partizione proposta da

svincolato da ogni riferimento diretto alla legalità (47), aprendo alla possibilità di pervenire ad eclissare la stessa funzione tradizionale di tutela dei diritti degli amministrati di fronte ai poteri attribuiti alla pubblica amministrazione per situazioni d'eccezione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 aveva voluto proprio impedire tali possibili interpretazioni che l'ambiguità del limite dei principî aveva consentito, ma si deve riconoscere che in sé e per sé non riuscì a dar compiuta definizione di ciò che il limite in questione stabiliva oltre alla già nota negazione di un potere che esprimesse ordinanze in contrasto con la Costituzione.

Le argomentazioni indicate, intorno alla « libertà » del potere di ordinanza di assumere qualsivoglia contenuto idoneo a dar soddisfazione alle situazioni di necessità, potevano così ritrovare un proprio spazio teorico e riprendere consistenza.

L'assorbimento in Costituzione delle maggiori limitazioni all'espansione del potere di ordinanza allentò le tensioni interpretative che circondavano il concetto dei principî dell'ordinamento giuridico come « unico limite » al potere di necessità della pubblica amministrazione, lasciando che questo assumesse sempre più il significato di confine remoto (e sfocato) entro il quale era consentito un ampio spazio di libertà d'azione alla pubblica autorità.

Nel contempo gli stessi precetti costituzionali subivano interpretazioni volte a delimitare la portata precettiva dei loro

---

Zagrebelsky e ritenere un potere della pubblica amministrazione esistente, o perché attribuito dalla legge (potere legale, o legalità), ovvero definito « *ex facto* » (potere effettivo, o legittimo). Un potere esistente « *ex facto* » può dirsi infine puramente e semplicemente effettivo, evitando così la confusione con il concetto di legittimità in uso per i vizi dell'atto amministrativo cui ci si riferiva.

(47) Si pensi all'idea di « *analogia juris* », che pure pare mantenere un fievole rapporto con ciò che in legge è stato posto.

enunciati, in sé e per sé, o nel loro confronto con altri (48), affievolendo il limite che aveva consentito di mantenere impreciso il vincolo offerto dai principî dell'ordinamento giuridico.

Stemperato il significato del limite dei principî dell'ordinamento, trasformatolo in un « concetto limite » dell'argomentare filosofico, capace ad un tempo di essere libero da ogni stretta fedeltà ai disposti legislativi senza mai tuttavia recidere totalmente i rapporti con il diritto positivo scritto, le interpretazioni sul potere di ordinanza potevano recuperare parte del vecchio sostrato culturale della « *salus rei publicae suprema lex esto* ».

Concetti come « *contra* », « *ultra* », o « *praeter legem* » e l'idea quasi sempre enunciata, ma mai precisata (49), che il potere di ordinanza fosse il mezzo necessario per fronteggiare situazioni di « pericolo pubblico » non previste dalla legge, fornirono quanto basta per perdere altra volta una chiara definizione del rapporto del potere di ordinanza con la legalità.

Il punto è di interesse, poiché la non sempre approfondita disamina che il limite delle riserve (relative) di legge ha ottenuto nelle trattazioni sul potere in esame può essere un sintomo inequivoco dell'esigenza di lasciare sul piano teorico spazi aperti all'operare del potere fuori della legalità o, se si preferisce « oltre la legalità ».

Sono idee non sempre totalmente esplicitate, più avanzate per conseguenza di enunciazioni non dimostrate, o ancora ipotesi fondate sulla base di premesse e parziali conclusioni sui limiti del potere di ordinanza, più che tesi facilmente attribuibili

---

(48) Si vedano, nel capitolo che segue, le tesi sull'abuso del diritto, sulla non immediata precettività delle norme programmatiche, ecc.

(49) Ben due scritti di M. S. GIANNINI (*L'interpretazione degli atti amministrativi e teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, nonché *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948), che sono esplicitamente critici verso tale modo di argomentare e sufficientemente precisi nel fornire altra interpretazione, non furono recepiti dalla dottrina contemporanea e successiva.

ad un autore, ma proprio per questo ancor più incisive, al pari di ogni pensiero che dicasi « diffuso ».

Occorre procedere ad una analisi di tali percorsi interpretativi per tentare di disvelare le possibili opzioni e le conseguenti vicende giuridiche.

Il piano teorico offre i seguenti passaggi interpretativi evidenziando che a determinate scelte seguono inevitabilmente alcune conseguenze giuridiche irretrattabili.

Nel rapporto fra limite posto dalle riserve di legge e quello offerto dai principî fondamentali dell'ordinamento l'accento può cadere sui principî considerandoli, in conformità alla tradizione, come limite totalmente assorbente il primo.

La conformità ai principî dell'ordinamento potrebbe, infatti, essere intesa come fonte di legittimazione (50) diretta di ogni contenuto del potere d'ordinanza ad essi conforme, sollevando cosi da ogni indagine su previsioni « *ex lege* » del contenuto della prestazione imposta, che è richiesta per soddisfare la conformità ai precetti imposti con le riserve relative di legge. Letteralmente la parte finale della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 potrebbe favorire una simile interpretazione.

Sul piano logico, ove il più (principî) contenga il meno (riserve di legge) non residua ragione alcuna di imporre ulteriori verifiche di compatibilità con percorsi più articolati e di non immediata fruibilità.

Questo in "thesi", ma la costruzione rivela il proprio limite ove permanga la convinzione che il concetto dei principî generali dell'ordinamento ha in taluni casi contemplato non solo qualcosa di più del limiti derivanti dalle riserve di legge, ma anche qualcosa di molto diverso, che non può dunque senza rilievi critici accorparsi in un unico enunciato.

Più precisamente si può dire che rimane entro la legalità

---

(50) Nel senso di contrapposto a legalità. Sul punto si veda la nota che segue.

ritenere che la osservanza delle riserve di legge non assolva dal vincolo di conformità dei contenuti del potere con le altre disposizioni poste in Costituzione a garanzia dei cittadini: entrambe, si è detto, fondano la inderogabilità delle norme costituzionali da parte del potere d'ordinanza.

Può riuscire a non porre problemi alla legalità l'utilizzo dei principî come parametro di ammissibilità di taluni contenuti del potere, ma solo ove si offra di questi una specifica determinazione che sappia al contempo offrire qualcosa di diverso dalla semplice osservanza di già chiari e precisi dettati legislativi.

Sul punto si avrà modo di soffermare l'analisi nel capitolo che segue, ma in breve anticipazione si può dire che vi sono casi in cui il limite dei principî svolge una funzione di selezione ulteriore del contenuto possibile del « tipo » di prestazione imposta, confermando, o negando, la conformità del giudizio di valore fatto valere con l'ordinanza rispetto a quello espresso dall'ordinamento.

L'esigenza di un ulteriore momento di verifica del contenuto del potere di ordinanza appare con evidenza soprattutto nei casi di prestazione di *facere* imposte dalla pubblica amministrazione per soddisfare interessi di rilievo pubblico.

Il limite della riserva relativa di legge è soddisfatto con la previsione astratta del « tipo » di prestazione imposta, ma i principî possono svolgere una funzione di verifica ulteriore della direzione di favore, svolta dai principî stessi, verso taluni interessi (beni giuridici) rispetto ad altri.

L'esistenza del potere in astratto è garantita dalla previsione in legge del « tipo » di prestazione; l'esistenza del potere in concreto dalla conformità ai principî dell'ordinamento; entrambi sono limiti di esistenza del potere, entrambi vanno osservati ed insieme consentono, come vedremo, al potere di ordinanza di rimanere nella legalità.

Tutta la ricerca sin qui condotta intorno ai limiti di esistenza del potere d'ordinanza non può che mantenere ferma tale conclusione che si è voluto qui anticipare per sommi capi per

tentare di evitare di introdurre ulteriori ambiguità in ordine alla compatibilità del potere d'ordinanza con il principio di legalità.

Il concetto di esistenza in concreto del potere può infatti indurre a considerare i principî generali come fonte di « legittimazione » (51) diretta dei contenuti del potere di ordinanza omettendo ogni indagine in ordine alla esistenza del potere in astratto, che è invece indagine preliminare ed essenziale per fornire la misura della legalità. L'utilizzazione dei principî come legittimazione diretta del potere di ordinanza, soprattutto attraverso il processo di *analogia juris*, riesce ad occultare la eventuale presenza di altra fonte del diritto obiettivo che alternativamente alla legge si ponga come unico titolo di legittimazione dei contenuti del potere.

Il punto è di interesse poiché come vedremo tali atti, o fatti, pur riuscendo a essere in sede teorica diritto obiettivo con forza pari, o superiore, alla legge rompono con il loro porsi ogni rapporto con la legalità senza possibilità immediata di conciliazione alcuna con essa.

Necessità come fonte del diritto, o principio di effettività, o legittimità inteso nel senso di contrapposto a legalità, sono locuzioni di sintesi con le quali si individuano meditazioni volte a riportare alla luce autonomi processi di elezione a regola giuridica, a diritto, di ciò che in un determinato periodo storico le forze sociali non hanno voluto, o potuto, esprimere in legge.

Accolti tali fatti, o atti, come fonti del diritto, di tutto il diritto obiettivo, non c'è più dubbio alcuno che gli stessi possano legittimare contenuti del potere di ordinanza non previsti in legge, né per specie, né per tipo; né può sorgere il dubbio sulla idoneità di consimili fonti a legittimare una compressione dei diritti di libertà (di pensiero, dagli arresti) (52) pur in assenza di

---

(51) Utilizzata nel senso proprio contrapposto alla legalità: cosi G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...* cit., 36 e s., 259 e s.

(52) In tal caso non ha più ragion d'essere la distinzione fra campi di riserva assoluta e relativa

una generale disposizione di legge che preveda la disponibilità di tali beni ai bisogni del pubblico interesse impersonati dalla pubblica amministrazione.

I principî dell'ordinamento giuridico possono essere essi stessi fonte del diritto, con determinazione di vicende giuridiche del tutto simili a quelle prodotte dagli atti o fatti sopra indicati, ove si pretenda desumere dall'intero ordinamento, o da parte di esso, una legittimazione di ogni atto o fatto che promana dagli organi della pubblica amministrazione, unicamente perché posti in essere a tutela dell'ordine costituito anche se in assenza di ogni previsione legale dei poteri di cui si pretenda aver fatto uso.

Come si cercherà di dimostrare nei capitoli che seguono i principî dell'ordinamento giuridico così intesi, o fraintesi, al pari della necessità come fonte del diritto, del principio di effettività, o di legittimità, sono estranei e non conciliabili con ogni tentativo di raffronto con la legalità e conseguentemente con ogni definizione amministrativa delle ordinanze, delle quali la legge è, non solo il fondamento giuridico, ma a tal punto, fors'anche, il fondamento logico della relazione (53). Introdurre consimili fonti significa, in altre parole, uscire dal concetto stesso di potere d'ordinanza, quale si è voluto qui sottoporre a disamina.

È ora sufficiente aver compreso che i principî generali dell'ordinamento giuridico, in tal guisa intesi, non costituiscono mai « l'*interpositio legislatoris* » in ordine agli elementi di esistenza del potere d'ordinanza che il limite delle riserve relative

(53) Il concetto di legge ed atto amministrativo paiono infatti inscindibili, sostituita la prima da fonte diversa è per lo meno dubbio il residuo significato del secondo. A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, 1888, ora in *Scritti di Diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, ove a pag. 56, parlando anche della *salus rei publicae suprema lex esto*, dice che tali casi « rappresentano un caso anormale con cui la relazione statuto-norma e decreto-norma (cioè la relazione legge e regolamento) nulla ha a che vedere ».

di legge impone come condizione necessaria per la compatibilità con ciò che la dottrina ha denominato principio di legalità in senso sostanziale, né è possibile che i principî, comunque intesi, siano essi soli la misura della compatibilità con l'ordinamento senza tenere più in alcun conto che è imposta dalla Costituzione la predeterminazione in legge del contenuto astratto del « tipo » di prestazione imposta.

6. *I limiti imposti dalle riserve di legge relative all'esercizio del potere amministrativo. Le « direttive » e i « parametri idonei a delimitare la discrezionalità ». Le « direttive » sono la determinazione ex ante del contenuto dell'atto. I « parametri idonei » sono gli enunciati minimi per consentire la sindacabilità del contenuto di esercizio del potere amministrativo. « Interpositio » e « sindacabilità » sono entrambi elementi richiesti nei confronti dei poteri dell'autorità amministrativa.*

Terminata l'analisi in ordine agli elementi di esistenza (in astratto) del potere d'ordinanza si deve volgere ora l'attenzione a quell'altro aspetto di cui si occupa la riserva relativa di legge ed espressamente richiamato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, più volte citata.

Il punto di vista muta ora radicalmente poiché si devono analizzare i limiti imposti dall'ordinamento costituzionale affinché si possa parlare di corretto esercizio del potere amministrativo già ritenuto giuridicamente esistente, sia in astratto, sia in concreto. Dovendo rinviare la trattazione di quest'ultimo profilo si ammette una disarmonia nella trattazione alla quale si dovrà fra breve porre rimedio (54).

---

(54) L'analisi dell'esistenza in concreto del potere è demandata al capitolo dedicato ai principî dell'ordinamento giuridico; la disamina delle riserve di legge impone invece di completare qui la loro analisi per ciò che attiene ai limiti d'esercizio del potere amministrativo, disciplina costituzionale ba-

Trattare dei limiti al potere derivanti dalle riserve relative di legge, o dal principio di legalità in senso sostanziale, significa come per i limiti di esistenza considerare e definire lo spazio giuridico consentito alla pubblica autorità in esercizio del potere d'ordinanza, lasciando ad ulteriori considerazioni ogni indagine in ordine a quanto sia consentito alla pubblica amministrazione in settori non coperti da riserva di legge (55).

In via indicativa si può dire che se il principio di legalità nella sua accezione di conformità formale è sicuramente soddisfatto dalle attuali disposizioni attributive del potere d'ordinanza, si deve precisare che se le ordinanze amministrative di necessità e urgenza sono derogatorie di ogni diversa disposizione di legge, si dovrebbero (56) considerare svincolate dal principio di « preferenza », o « non contraddittorietà », con leggi diverse dalla disposizione attributiva del potere stesso, nonché dal principio di successione degli atti giuridici nel tempo. La disposizione attributiva del potere d'ordinanza pare applicazione del rapporto di specialità, o competenza, che apre così un più ampio spazio d'agire giuridico alla pubblica amministrazione ove sussistano i presupposti per l'emanazione di ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

In tal senso parrebbe possibile affermare che le disposizioni attributive del potere d'ordinanza enucleano esse stesse gli elementi essenziali di individuazione dei limiti all'esercizio del potere di ordinanza.

---

se per affrontare il discorso completo sui limiti d'esercizio del potere di ordinanza a cui è dedicato un capitolo in chiusura del presente lavoro.

(55) Su cui da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale...* cit., 56- 57, che distingue fra riserve improprie, riserve implicite e meri rinvii o riferimenti alla legge; cfr. L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, Cedam, 1958, 78 e s.; ancora ritiene presente nel nostro ordinamento una pluralità di riserve con effetti « diversissimi » V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa...*, cit., 911 e s.

(56) Poiché in verità il rapporto derogatorio è instaurato dalla disposizione attributiva del potere e non dall'ordinanza.

La dottrina ha ritenuto che le riserve relative di legge impongono al legislatore la predeterminazione di « principî o criteri direttivi », ovvero « di criteri e direttive idonee » a contenere in un ambito ben delimitato l'esercizio dei poteri autoritativi attribuiti all'amministrazione pubblica. La difficoltà consisterebbe in una non agevole individuazione della « sufficiente determinatezza » dell'intervento legislativo (57) al fine di veder soddisfatta la riserva di legge relativa.

Le incertezze sul punto ridonderebbero sul potere di ordinanza, con qualche problema aggiuntivo determinato dall'uso molto lato degli enunciati della norma attributiva del potere stesso.

Il potere d'ordinanza ancora una volta impone un angolo visuale tutt'affatto particolare, costringendo inevitabilmente a precisazioni che non sono essenziali per le analisi generali sui limiti imposti dalla riserva relativa di legge, ovvero non indispensabili alle analisi che seppur particolari trovano già sufficiente soddisfazione in enunciati di più ampio spettro interpretativo.

Valga un esempio tratto dalla dottrina che ha dedicato particolare attenzione alla riserva di legge posta all'art. 23 Costituzione. « Per tutto ciò che non attiene agli elementi essenziali per individuare, sotto il profilo soggettivo od oggettivo, la prestazione, il legislatore può dunque rimettere ad atti diversi dalla legge la disciplina della prestazione stessa ».

« La riserva di legge prevista dall'articolo in esame comporta però che l'organo o l'ente cui è rimessa tale disciplina non possa determinarla a suo arbitrio, ma deve trovare nella legge criteri e limiti che ne indirizzino le scelte e fungano da

---

(57) M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge, Riv. dir. finanz.*,1957, I, 1, 11; S. BARTHOLINI, *Il principio di legalità dei tributi...* cit., 80; altri sono giunti alla conclusione di affidare alla Corte costituzionale tale arduo compito: V. BACHELET, *Legge attività amministrativa* cit., 926.

parametro di legittimità dell'atto mediante il quale tale determinazione è stata effettuata. » (58). Il passo citato può contenere più di un enunciato che occorre esplicitare:

a) la legge deve indicare le « direttive » del potere, cioè indirizzare (59) (selezionare) le scelte che l'attribuzione del potere rende possibili;

b) la legge deve indicare i criteri o i limiti che fungono da metro di legittimità dell'atto;

c) la legge deve imporre che il parametro di legittimità risulti in un atto normativo.

Le ipotesi *b)* e *c)* sicuramente garantiscono il sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, trasformando ciò che è stato denominato « arbitrio » in potere discrezionale.

Il richiamo alle direttive direttamente (im)poste dal legislatore pare invece voler ricondurre al massimo organo rappresentativo (parlamento) parte delle scelte discrezionali (come selezione d'indirizzo) attribuite alla pubblica amministrazione con il potere (ipotesi a).

La distinzione non è sempre netta essendovi elementi dell'atto che, ove sufficientemente specificati (ad es. il fine), potrebbero fungere ad un tempo da direttiva in senso proprio del potere, nonché da fulcro essenziale per la valutazione del vizio di eccesso di potere.

Più in generale ogni direttiva posta in legge (ma anche in un regolamento) può essere base per la individuazione del vi-

---

(58) A. FEDELE, *Rapporti civili...* cit., 105-106.

(59) « Direttiva » o « atti di indirizzo » sono termini utilizzati qui come sinonimi; per una distinzione seppur coniata per l'esercizio di funzioni amministrative regionali: E. GIZZI, *Manuale di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 398, per il quale l'indirizzo atterrebbe al merito dell'atto e la direttiva alla legittimità. Da ultimo sull'attività di indirizzo: E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1988,; M. CLICQUENNOIS e M. LASCOMBE, *Les directives*, Paris, P. U. F., 1980.

zio di violazione di legge di un provvedimento (atto puntuale e concreto).

Molto dipenderà dalla « sufficiente determinatezza » o « specificazione » e formulazione del contenuto della direttiva.

Forse proprio per evitare la difficile impresa di pervenire a specificazioni quantitative del minimo di enunciati che il legislatore deve esprimere per soddisfare la riserva di legge relativa si è parlato di « direttive », o di « indirizzo delle scelte », idonee a consentire il sindacato di legittimità dell'atto.

Senonché ad un riscontro più analitico l'idea dell'intervento del legislatore come partecipazione parlamentare alle scelte della pubblica amministrazione e quella dell'intervento del legislatore tesa a consentire giustizia nei confronti dell'atto, non possono essere affatto assimilabili, né esattamente sovrapponibili.

Se è senz'altro vero che « direttive » non generiche consentono sempre (o quasi) un sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, non può affatto riconoscersi come vera l'ipotesi opposta.

È pacifico infatti che il sindacato di legittimità dell'atto amministrativo può realizzarsi indipendentemente dalle « direttive » poste dal legislatore (o dalla pubblica amministrazione).

Ancor più, si è convinti che ad un riscontro teorico il piano della legittimità e quello della discrezionalità non siano affatto assimilabili, sicché il dato normativo che funge da limite dell'una, solo casualmente, anche se normalmente, può essere limite nell'altra (60).

---

(60) E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Studi in onore di E. Crosa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1960, 460, 462 e 470-473, e s. Il punto emerge con chiarezza ove si consideri la direttiva come indicazione sia dello scopo dell'atto, sia quanto meno della rilevanza di altri interessi (detti secondari) che fondano la modulazione del perseguimento del primo. Vedasi sul punto A. Sandulli e E. Casetta citati alla nota che segue. Ancora, seppur in campi diversi, si vedano: E. GIZZI, *Manuale di diritto regionale*.. cit., 1981,

A prima approssimazione si può affermare che la « direttiva », di cui si parla in materia di riserve di legge, è limite alla attività discrezionale, ove la sindacabilità dell'atto è garantita da qualsiasi vizio di legittimità anche diverso dalla violazione di legge che, per quanto ora maggiormente interessa, attenga al contenuto dell'atto (eccesso di potere) (61).

Al di là del riscontro teorico permane la considerazione ulteriore che la « direttiva » in forma di legge, in quanto non sia considerata come semplice puntello per la individuazione del vizio di eccesso di potere, è limitazione del contenuto dell'esercizio del potere in via diretta da parte del legislatore, è restrizione a priori delle possibilità di scelta demandate alla pubblica amministrazione con la attribuzione del potere.

Il sindacato di legittimità apre invece anche una possibilità di giustizia dell'atto con verifica del corretto esercizio del potere solo a posteriori; in altri termini può anche trattarsi puramente e semplicemente di verifica della razionalità, o congruità,

---

398, che considera gli atti di indirizzo come misura di merito e non di legittimità.

(61) Non v'è alcun dubbio che la violazione di una « direttiva » importi un vizio di legittimità dell'atto ad essa non conforme; la differenza è di piani concettuali di cui non si escludono le coincidenze e connessioni. Per il concetto di direttiva, o atti di indirizzo, cfr.: S. D'ALBERGO, voce *Direttiva, dell'Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1964, 603 e s.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, 349 e s.; G. TREVES, *La direzione di imprese con capitale statale*, in *Dir. dell'Econ.*, 1959, 683; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento*... cit., 97; A. PREDIERI, *Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione (in occasione del decennale)*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 236 e s.; ID., *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Ed. Comunità,1963,122 e s., ed *ivi* riferimenti ulteriori a nt.104; A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1989, 241, ritiene che la direttiva additi compiti ed obiettivi e talvolta modalità di realizzazione; su ciò si confronti E. CASETTA, *op. ult. cit.*, a pag. 472 ove asserisce che il controllo di merito, cioè su attività discrezionale, è controllo su come l'interesse pubblico venga perseguito.

delle scelte operate dalla amministrazione in relazione al fine tipico dell'atto.

Tale verifica è per la giurisdizione (e il controllo) di legittimità degli atti amministrativi consentita attraverso il vizio di eccesso di potere che per le ordinanze in esame avviene, come vedremo, sulla base degli elementi dell'atto definiti in una norma attributiva del potere d'ordinanza (normalmente i presupposti e il fine in relazione al contenuto che in concreto è stato attribuito all'atto).

Pur essendo tali elementi posti in disposizioni di legge non permane alcun dubbio sul diverso significato che in tal caso assume l'intervento legislativo rispetto alla predisposizione di « direttive al potere ».

Forse molto può essere dovuto al livello di genericità, o specificità (62), degli enunciati di cui ha fatto uso il legislatore, ma anche in tal quadro di pensiero non può non evidenziarsi la diversa conseguenza di ordine teorico e di diritto positivo che ne deriva (63).

L'analisi è in verità notevolmente complicata dalle incer-

---

(62) Appare preferibile tuttavia ritenere che la genericità o specificità indichi la normale intenzione del legislatore, cioè la tecnica espressiva prescelta per raggiungere il risultato di far operare il vizio di eccesso di potere piuttosto che quello di violazione di legge. Tuttavia non si deve escludere che anche un termine che nel linguaggio comune è considerato generico sia in una determinata cultura giuridica tutt'affatto esaustivo dell'oggetto che intende designare. Il problema vero è se con l'uso di una determinata espressione si intenda necessariamente circoscrivere, per raggiungere la specificazione, scelte riservate alla amministrazione ovvero se si voglia sottoporre alla verifica del giudice l'intera determinazione legislativa. Nel primo caso tenderà ad operare il vizio di eccesso di potere, nel secondo quello di violazione di legge.

(63) Ritiene che per soddisfare la riserva relativa di legge la indicazione di « direttiva » sia alternativa alla indicazione del « fine di interesse pubblico », da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...* cit., 56. Sotto diverso profilo ritiene invece non vincolante la direttiva in presenza di caso fortuito, sopravvenienza di fatti nuovi, o nuovi criteri: A. PREDIERI, *Pianificazione...* cit., 125.

tezze che circondano il concetto stesso di direttiva e dal significato che si vuole attribuire all'intervento del legislatore come limite all'esercizio del potere già attribuito alla pubblica amministrazione in materia di riserve relative di legge.

Quanto al primo, è direttiva la semplice indicazione di obiettivi all'azione della pubblica amministrazione, lo è anche la individuazione degli altri interessi pubblici, o privati (c.d. secondari), volti alla modulazione dell'azione per il conseguimento dell'obiettivo principale, è infine direttiva la indicazione in legge, o regolamento, di vére e proprie modalità (anche alternative) di realizzazione degli indicati obiettivi principali dell'azione (64).

La violazione della direttiva per quanto attiene ai vizi di legittimità dell'atto comporta nella prima ipotesi (molto probabilmente (65)) un tipico esempio di vizio di eccesso di potere; nel secondo caso, a seconda della formulazione legislativa, potremmo avere o una violazione di legge, o un semplice vizio di eccesso di potere; nel terzo, infine, l'inosservanza della direttiva è normale che dia origine al vizio di violazione di legge.

Quanto al significato dell'intervento del legislatore quale limite all'esercizio del potere amministrativo nelle materie sottoposte a riserve relative di legge, ove lo si interpreti come partecipazione del legislatore (*interpositio*) all'esercizio del potere, si potrà considerare realizzato, con diversi livelli di pregnanza, in tutte le ipotesi di direttiva la cui inosservanza importi un vizio di violazione di legge, sempre che, superando profili di gerarchia delle fonti, non si accolga una nozione di direttiva dalla

(64) Vedasi gli autori citati alle note che precedono. Nel testo pare evidente la resistenza a considerare assimilabili i concetti di « fine dell'atto » e « obiettivi dell'attività », ma non si ha ancora sul punto una convincente conclusione.

(65) Poiché non è chiaro se la direttiva come semplice obiettivo dell'azione sia enunciato sufficiente anche per fungere da scopo dell'atto da cui può scaturire il sindacato per vizio di eccesso di potere.

quale si ci possa discostare motivando (66) (il vizio dell'atto si ridurrebbe alla mancanza di motivazione).

In quest'ultimo caso (mancanza di motivazione), come in tutte le ipotesi di vizio di eccesso di potere compresa quella di una determinazione in legge di enunciati di scopo dell'atto (generici, o specifici, che siano), parlare di partecipazione del legislatore all'esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione ci pare espressione eccessiva, o quanto meno equivoca.

Pare più corretto ritenere l'intervento legislativo come determinazione minima utile per instaurare un sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo.

Il punto è di interesse e ci consente di toccare il fondo della questione.

Se si volesse considerare la prefissione legislativa del fine dell'atto come partecipazione parlamentare all'esercizio del potere amministrativo, si deve riconoscere comunque che ciò avverrebbe secondo le forme tipiche di un sindacato i cui elementi essenziali di giudizio sono definiti con esattezza solo a posteriori (vizio di eccesso di potere).

La precisazione non è di poco conto poiché così opinando si deve ammettere che la distinzione fra *interpositio legislatoris* e *sindacabilità dell'atto* si risolve in una differenza di modo di intervento del legislatore e di effetti che ad esso l'ordinamento ricollega: è dunque scelta e tecnica di disciplina.

L'*interpositio legislatoris* si ha ogni qualvolta si voglia pervenire ad una determinazione in via diretta (generale e astratta) del contenuto d'esercizio del potere pubblico; la risoluzione legislativa che intende garantire la sola sindacabilità dell'atto attraverso l'approntamento di parametri minimi rivela invece la scelta di delimitare solo in via indiretta (in concreto) il contenu-

---

(66) SANTI ROMANO, *Principî di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1945, 127.

to di esercizio del potere amministrativo, consentendo così lo spazio più ampio per le scelte di merito dell'amministrazione.

In tal senso diviene irrilevante conoscere se (anche) nel caso di predeterminazione legislativa dei parametri minimi per consentire la sindacabilità dell'atto si abbia una partecipazione parlamentare (indiretta) all'esercizio del potere amministrativo.

Appare preferibile riservare la denominazione *interpositio legislatoris* a quelli che sono stati definiti come « casi di partecipazione diretta all'esercizio del potere amministrativo », cioè a quelli che più propriamente possono definirsi determinazione generale e astratta (*ex ante*) del contenuto dell'esercizio del potere amministrativo.

In tal guisa si può concludere che nel primo (*interpositio legislatoris*) l'intervento legislativo tende a predeterminare i contenuti d'esercizio del potere della pubblica amministrazione; nell'altro è piuttosto volto a garantire la sindacabilità del provvedimento.

L'inosservanza di direttive nel primo senso (modulazione dell'esercizio del potere) ha quale esempio tipico il vizio di violazione di legge (67), poiché le stesse sono stabilite come predeterminazione del contenuto dell'atto in norme di azione generali e astratte (68).

L'inosservanza di direttive nel secondo senso (semplice indicazione di fine dell'atto) trova unicamente nel vizio di eccesso di potere l'enunciazione più pregnante di un sindacato di legittimità, ove l'intervento legislativo sul punto non può considerarsi partecipazione parlamentare all'esercizio del potere come delimitazione diretta (*ex ante*) del contenuto dell'atto.

---

(67) Salvo si ritenga che dalla direttiva ci si possa discostare motivando.

(68) Per una individuazione sul piano teorico di norme di azione che attengono al contenuto dell'atto si veda: A. ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione nello « Stato delle autonomie »*, in *Le Regioni*, 1981, 674-675.

Da quanto si è ora cercato di chiarire è possibile desumere un corollario di notevole importanza in materia di riserve relative di legge.

Le « direttive » o « indirizzo delle scelte » di cui si parla con così tanta frequenza in tema di riserve relative, rimarcano certamente più l'esigenza di una partecipazione legislativa (*rectius:* del parlamento in tale forma) diretta (*ex ante*) all'esercizio di poteri amministrativi già dalla legge attribuiti; laddove i « criteri e i limiti che fungono da parametro di legittimità » dell'atto, fra i quali va compresa la prefissione del fine dell'atto, esprimono maggiormente l'esigenza di un sindacato, anche « *ex post* » (in concreto), del giudice sull'esercizio del potere (69).

Entrambi sono genericamente ed impropriamente limiti « all'arbitrio » o, come appare preferibile, alla discrezionalità della pubblica amministrazione. La distinzione è tuttavia utile per chiarire se la riserva di legge imponga sempre la presenza di entrambe, cioè la necessaria soddisfazione sia del requisito di « *interpositio legislatoris* » in ordine all'esercizio del potere, sia della « sindacabilità » dell'atto.

In caso contrario si potrebbe concludere che è sufficiente la soddisfazione di solo una delle due *ratio* legislative, fermo restando una certa qual loro fungibilità in ordine alle diverse ipotesi di attività dell'amministrazione.

La risposta non può che venire da un'analisi, sia pur sommaria, dei responsi che la Corte costituzionale ha offerto in più di trent'anni di attività.

---

(69) Distingue fra « legalità garanzia » e « legalità indirizzo »: C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 4 e s.

7. *Gli enunciati minimi per la sindacabilità dell'esercizio del potere: le sentenze della Corte costituzionale nelle materie coperte dalle riserve relative di legge. La norma attributiva del potere di ordinanza e sua compatibilità con i vincoli offerti dalle riserve relative di legge.*

L'analisi che qui si propone in ordine ai responsi della Corte costituzionale in materia di riserve relative di legge intende prescindere da ogni affermazione che non rifluisca in un punto di decisione del singolo caso, con un'ulteriore selezione dettata dal raffronto con l'insieme delle soluzioni delle questioni di costituzionalità che, a seconda del segno (di accoglimento o di rigetto), possono contribuire ad elidere enunciati di apparente validità generale.

L'obiettivo è verificare se la compatibilità delle norme attributive di poteri d'ordinanza con le riserve relative di legge trovi sul piano teorico una esauriente spiegazione, ovvero se si debba concludere per la non conciliabilità dei due significati normativi, od ancora se il rapporto si configuri come semplice eccezione.

In via di prima approssimazione si può affermare che la principale preoccupazione della Corte costituzionale pare accentrarsi sulla preclusione di ogni attribuzione di poteri alla pubblica amministrazione senza che la stessa venga accompagnata da adeguati limiti « d'esercizio » del potere.

Ciò che viene sentito come incompatibile con le disposizioni costituzionali che impongono le riserve di legge (relative) è l'attribuzione di una « discrezionalità » senza limite alcuno all'azione della pubblica amministrazione, si da configurare ciò che è stato da tempo denominato un vero e proprio « arbitrio ».

Entro tale quadro ricostruttivo ben si comprende l'atteggiamento di assenza di ogni rilievo di costituzionalità da parte della Corte in presenza di un uso del potere informato ai detta-

mi della « discrezionalità tecnica » (70), o di semplice « accertamento tecnico » (71) ove gli stessi fossero momenti che esauriscono l'esercizio del potere.

Analogamente per la Corte pare dissolversi ogni dubbio ove sussista una imputazione soggettiva del potere in capo alla autorità giudiziaria ordinaria (72) considerata « sufficiente garanzia » per contenere le restrizioni ai diritti entro gli ambiti (interessi) indicati dalla legge.

In tali casi non sussiste neppure il problema dell'elaborazione di criteri, o limiti, per l'esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione.

Al contrario, sia pur impropriamente (73), la presenza di

---

(70) Corte cost. n. 72/1969 (*Tariffe telefoniche*; art. 23 Cost.); ID., n. 129/ 1969 (*Imposte speciali per il commercio di alcuni prodotti*; art. 23 Cost.); ID., n. 103/1957 (*Prezzi imposti per determinazione* C.I.P.; art. 41, c. II Cost.) che pone come criterio concorrente quello di un riscontro per il tramite del vizio di eccesso di potere in base allo scopo e ai costi di produzione, ammettendo con ciò, in parte, la presenza di una discrezionalità amministrativa; ID., n. 127/1963 (*Contributi unificati in agricoltura*; art. 23 Cost.) per parte relativa al c. IV dell'art. 9 del r.d. n.1949 del 1940 *ivi* cit.; ID., n. 93/1963 (*Tributi su asportazione acque minerali da tavola*; art. 23 Cost.).

(71) Corte cost., n. 4/1958 (*Denominazione tipica « Fontina »*; art. 41 e 42 Cost.); ID., n. 21/1969 (*Contributi assicurazione sociale datori di lavoro - lavoratori*; art. 23 Cost.); ID., n. 16/1965 (*Imposte sui fabbricati*; art. 23 Cost.) ID., n. 122/1957 (*Determinazione del perimetro dei bacini imbriferi*). Non è chiaro se si tratti sempre di vero e proprio « accertamento » e non piuttosto di discrezionalità tecnica, su cui A. M. SANDULLI, *Manuale* cit., 1989, 594-595, ed *ivi*, rif. ult; in caso negativo le sentenze qui citate si aggiungeranno a quelle indicate nella nota che precede.

(72) Corte cost. n. 20/1962 (*Obbligo di residenza imposto al fallito*; art. 16 Cost.); il potere è ricavato dal consenso accordabile, per casi determinati, di allontanarsi dalla residenza con permesso del giudice delegato.

(73) Si confrontino: A. FEDELE, *Rapporti civili*, cit., 106, nt. 23; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo*, cit., 226 e nt. 146; G. AMATO, *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. dir. fin e scien. fin.*, 1965, II, 318 e s., che discutono dell'uso proprio o improprio di

una « discrezionalità » amministrativa obbliga la Corte ad enucleare i requisiti minimi imposti al legislatore per soddisfare le riserve di legge relative.

In tale ambito è considerata conforme a Costituzione la prefissione in legge della misura massima del *quantum* di prestazione pecuniaria che la pubblica amministrazione può imporre (74).

Alternativamente, sempre in tema di prestazioni pecuniarie, la Corte ha considerato limite sufficiente per le determinazioni dell'ente l'avere il legislatore ancorato la determinazione del *quantum* dovuto dal soggetto passivo ai « costi, o alle necessità finanziarie, utili al sostentamento delle attività istituzionali dell'ente », sempre che queste ultime costituiscano un numero chiuso (75).

I fini istituzionali dell'ente sono il criterio di individuazione, in taluni casi, delle attività che le prestazioni imposte debbono finanziare, ragguagliandosi così la misura della prestazio-

---

un riferimento alla discrezionalità amministrativa in talune ipotesi di integrazione della disciplina normativa.

(74) Corte cost. n. 12/1960 (*Prestazioni personali o in danaro per costruzione e sistemazione strade comunali*; art. 23 Cost.); ID., n. 93/1963 (*Tributi su asportazione acque minerali da tavola*; art. 23 Cost.); ID., n. 144/1972 (*Sconto obbligatorio dei prezzi dei medicinali*); nella prima sono determinati in legge anche le modalità di imposizione; nella seconda tale elemento è considerato irrilevante stante la tenuità della possibile variazione consentita alla pubblica amministrazione (3%); nella terza viene considerata trascurabile la presenza di discrezionalità nell'« *an* ».

(75) Corte cost., n. 4/1957 (*Ente Naz. Risi*; art. 23 Cost.); ID., n. 30/1957 (*Bombole gas metano*; art. 23 Cost.); ID., n. 51/1960 (*Tassa sui rifiuti solidi urbani*; art. 23 Cost.); ID., n. 55/1963 (*Consorzio di bonifica, contributi*; art. 23 Cost.) nella quale è aggiunto, come criterio di riparto fra i consorzisti, la proporzione in base ai benefici ricevuti dalla bonifica, elementi che consentono un semplice accertamento; ID., n. 21/1969 (*Contributi assistenza sociale, datori di lavoro-lavoratori*; art.23 cost.); ID., n. 67/1963 (*Contributi Consiglio Naz. Lavoro*; art. 23 Cost.).

ne pecuniaria chiesta dall'amministrazione alle spese utili per finanziare tali attività (76).

Tali enunciati minimi imposti al legislatore consentono di verificare il corretto esercizio del potere attraverso un giudizio di congruità fra spese, attività e fini istituzionali dell'ente, ai quali la prestazione imposta deve commisurarsi.

Ogni interruzione della correlazione importa illegittimità dell'atto amministrativo di concreta imposizione, o di un suo atto presupposto nel procedimento (77).

La indicazione di altri elementi pósti in legge non paiono decisivi per la risoluzione della questione di costituzionalità (78).

L'attenzione è spostata sugli elementi dell'atto amministrativo in quelle sentenze in cui è possibile, grazie alla previsione in legge del fine dell'atto, pervenire ad un riscontro di legittimità dell'esercizio del potere, conchiudendone in taluni casi il contenuto con l'ulteriore determinazione dei presupposti d'esercizio (79).

---

(76) Corte cost., n. 47/1957 (*Contributi Ente Prov. Turismo*; art. 23 Cost.) è incostituzionale per mancanza di indicazioni sui soggetti passivi, le competenze dell'ente non sono definite in legge (conseguentemente il suo fabbisogno finanziario) né il criterio di riparto sui soggetti interessati; ID., n. 2/1962 (*Tassa per occupazione di suolo pubblico*; art. 23 Cost.) qui il fabbisogno finanziario dell'ente comune è limite troppo ampio, dunque insufficiente, né il limite del pareggio di bilancio può essere utile vista l'assenza di vincoli contro lo « sbilancio ».

(77) Nel caso di determinazione del *quantum* da parte di atti generali.

(78) Criteri secondari sono stati indicati nella rappresentatività degli organi decisionali (Corte cost., n. 55/1963; 4/1957; 30/1957), o di controllo (Corte cost., n. 63/1973); nella presenza di una approvazione da parte degli organi tutori (Corte cost., n.4/1957), o di controlli ministeriali (Corte cost., n.30/1957).

(79) Corte cost., n. 103/1957 (*Prezzi imposti* dal C.I.P.; art. 41 cost.) il caso è interessante per le ordinanze qui oggetto di studio poiché la Corte dichiara con tutta consapevolezza quanto il vizio di eccesso di potere su atti

La previsione in legge del contenuto, del fine di interesse pubblico dell'atto e talvolta dei presupposti, consentono un sindacato (in concreto) per il tramite soprattutto del vizio di eccesso di potere, che è considerato dalla Corte costituzionale sufficiente a soddisfare la riserva relativa di legge (80).

La presenza di un controllo di merito parrebbe invece superare ogni necessità di predeterminazione di criteri e limiti che sappiano circoscrivere il concreto esercizio del potere, ma

---

amministrativi, insuscettibili di preventiva regolamentazione, è la via di determinazione di limiti all'esercizio del potere conforme alle riserve di legge; per sentenze in ordine alla prefissione in legge del vincolo sul fine di interesse pubblico: Corte cost., n.301/1983 (Terre incolte concesse agli agricoltori; art.41, 42 Cost.); ID., n. 201/1975 (*Sconto obbligatorio sui prezzi dei medicinali*) qui lo scopo assistenziale diviene criterio guida per l'esercizio del potere, come fine dell'atto; ID., n. 127/1963 (*Contributi unificati in agricoltura*; art. 23 cost.) per parte relativa ad art. 15, comma I, R. d., n. 1949 del 1940, cit. *ivi*; ID., n. 39/1963 (*Licenza commercio riparazioni apparecchi elettrici*; art. 41 Cost.); ID., n. 24/1969 (*Obbligo presentazione del fallito*) pare individuarsi lo scopo nel carattere servente gli atti di procedura del fallimento, comunque il soggetto attivo del potere non è organo della pubblica amministrazione. La sentenza n. 35/1961 (*Bieticoltura*; art. 41 Cost.) dichiara il fine enunciato in legge eccessivamente generico, quindi insufficiente, ma la *ratio* di incostituzionalità pare fondata piuttosto sulla non previsione in legge dei programmi di cui all'art. 43, c. III, Cost. Attiene invece ad un caso particolare, per i rapporti con l'art. 13 Cost., la sentenza n. 52/1967 (*Ordine di presentarsi alla autorità di pubblica sicurezza*; art. 23 Cost.) ove i limiti d'esercizio sono ritrovati nelle finalità di « polizia » cui il potere deve essere diretto. ID., n. 78/1958 (*Imponibile di mano d'opera in agricoltura*) pur dichiarando la incostituzionalità per mancata indicazione del fine di incremento della produzione, attiene in realtà a profili di esistenza del potere in quanto non conforme al disposto dell'art. 41, comma III, cost., cioè mancano indicazioni sull'interesse pubblico valutato come preminente. Sui presupposti come elemento coadiuvante, si vedano oltre a Corte cost., n.35/1961 e 39/1963 citt., la n. 4/1962 (*Divieto di tenere bovini da monta*; art. 41 Cost.) per la parte relativa alla deficienza di « condizioni ».

(80) Oltre alla nota che precede, si veda: G. AMATO, *Normativa ministeriale...* cit., 320-321, che pare conforme a quanto affermato in testo.

degli unici due casi di asserita legittimità costituzionale della disciplina legislativa, l'uno, è molto particolare, l'altro ci pare mal sottoposto al giudizio della Corte, sì da impedire conclusive generalizzazioni (81).

L'intento di circoscrivere l'ambito di libertà attribuito alla pubblica amministrazione in sede di « esercizio » del potere parrebbe raggiungere il proprio culmine nella asserita necessità di determinazione legislativa di « direttive » al potere.

« Direttive » nel senso di modulazione dell'esercizio del potere con esclusione di ogni semplice indicazione di fine dell'atto, o più globalmente ed indirettamente, di obiettivi dell'azione.

Che la riserva di legge imponga al legislatore la predisposizione di « direttive » al potere è enunciato pressoché generale in ogni sentenza in materia di riserve relative di legge, ma quale semplice *obiter dictum*, o più precisamente come premessa di stile, o di principio, che la Corte sente il bisogno di esprimere prima di scendere all'analisi del caso ad essa sottoposto.

Fra queste solo un numero esiguo di tali sentenze accoglie la questione di costituzionalità per mancanza di « direttive e criteri idonei », ovvero di « criteri direttivi » (82) lasciando il

---

(81) Il primo è Corte cost., n.76/1967 (*Collaudo opere; pagamenti di onorari imposti*; art. 23 cost.) il controllo di merito è del consiglio dell'ordine; il secondo più che controllo di merito è una determinazione di concerto fra due Ministri: Corte cost., n.52/1958 (*Autorizzazione temporanea a superare il divieto di export-import di alcuni prodotti*; art. 41, comma II e III); in altre l'asserzione appare alquanto ininfluente sulla decisione (*obiter dictum*): Corte cost., n. 13/1962 (*Tutela bellezze naturali della Valle d'Aosta*; art. 42 Cost.); Id., n. 65/1962 (*Contributi agricoli unificati*; art. 23 Cost.); per un caso contrario, forse, si veda Corte cost., n. 2/1962 cit.

(82) Corte cost., n. 70/1980 (*Sconto obbligatorio sui prezzi dei medicinali a favore degli enti assistenziali*; art. 23 cost.); Id., n. 36/1959 (*Tariffe su pubblicità sonora imposte dal Comune*; art. 23 Cost.) Id., n.4/1982 (*Divieto di tenere bovini da monta*; art. 41 Cost.).

dubbio su quale elemento non posto dal legislatore sia decisivo per la sanzione di incostituzionalità (83).

Più in generale è ovvio che se si dichiara necessaria la presenza di più di un elemento, in via alternativa (direttiva, o fine di interesse pubblico, o criteri) in un caso in cui mancano tutti, o (seppur in via di ipotesi) ve ne sia più d'uno, non si riesce a fornire la risposta su quale elemento, o quale combinazione di essi, sia essenziale per ritenere soddisfatta la riserva di legge relativa.

La conclusione è confortata inoltre dalla presenza di altre sentenze della Corte costituzionale che, come si è avuto modo di osservare, hanno sancito la infondatezza della questione di legittimità su disposizioni di legge che sicuramente non prevedevano « direttive » al potere.

Pare quindi si possa concludere che le « direttive », quale requisito necessario per la soddisfazione di riserve relative di legge, non possano annoverare a proprio fondamento alcun responso casistico che le erga, anche solo per ipotesi limitate, come requisito imprescindibile per una valutazione di costituzionalità, di previsioni legislative volte a regolare l'esercizio dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione (84).

---

(83) In tutti e tre i casi sopra citati, infatti, manca in legge anche solo la determinazione di fine dell'atto a cui debba ragguagliarsi l'imposizione della pubblica amministrazione. Il dubbio può sorgere per la sentenza della Corte cost., n. 70/1960 cit., potendosi richiamare i fini istituzionali dell'ente, ma l'art. 4, comma III, della l. 4 agosto 1975, n. 692 non effettua alcuna correlazione fra, quantum, spese d'attività e fini istituzionali dell'ente.

(84) Qualche problema sembrerebbe porre Corte cost., n. 301/1983 (*Terre incolte concesse ad agricoltori*; art. 41 e 42 Cost.) cit. per la parte relativa alle disposizioni per la conduzione del terreno concesso che la legge vuole imposte nel disciplinare, ma fatti salvi altri rilievi, è sufficiente a sorreggere il dispositivo di infondatezza della questione di costituzionalità la previsione del fine di « rendere produttive le terre ». Anche in Corte cost., n.65/1962 (*Contributi agricoli unificati*; art. 23 Cost.) l'adozione del principio ettaro-coltura in violazione di quello posto dalla legge delega su cui si

Altri responsi della Corte costituzionale non paiono spostare il quadro di riferimento sinora presentato, sì da consentire alla trattazione di pervenire ad alcune essenziali conclusioni (85).

Dall'insieme delle sentenze esaminate è possibile evincere

---

fonda la declaratoria di incostituzionalità ex art. 76 cost., è invece ritenuto semplice parametro in ordine al raffronto con l'art. 23 Cost. alla luce del quale « i commissari si limitano alla identificazione e classificazione di situazioni concrete » per la determinazione del « contributo ». Comunque il caso sarebbe supporto debole per eventuali conclusioni contrarie al testo, poiché la declaratoria di incostituzionalità è comunque fondata sull'art.76 della Costituzione e consente affermazioni di conformità all'art. 23 di poco impegno (*obiter dictum*).

(85) Corte cost., n. 35/1961 (*Bieticoltura*; art. 41, comma III, Cost.) dichiara l'illegittimità costituzionale poiché il programma non è previsto in legge e l'imposizione del prezzo delle barbabietole avviene anche in ordine a « rapporti esauriti »; ID., n. 5/1962 (*Ammasso del risone*; art. 41 e 43 Cost.) che dichiara l'illegittimità costituzionale perché si è imposto un monopolio al di fuori delle ipotesi dell'art. 43 Cost.; ID., n. 46/1963 (*Ammasso della canapa*) che pare sulla stessa falsariga e inoltre sancisce l'illegittimità costituzionale per una pluralità di « mancanze » legislative; ID., n. 11/1960 (*Divieto vendita e introduzione del latte ove siano istituite Centrali del latte*; art. 43 Cost.) che considera in legge indicata, come conforme a Costituzione, l'utilità generale di cui all'art. 43 cost.; ID., n. 30/1965 (*Determinazione autoritativa prezzo minimo delle sanse*; art. 41, comma II e III, Cost.) che dichiara essere conformi alla utilità sociale i limiti posti in legge alla iniziativa economica privata; contra ID., n. 54/1962 (*Consorzio obbligatorio del bergamotto*; art. 41, comma III, Cost.) che accerta la mancanza di elementi in legge che rivelino « l'utilità sociale » del limiti imposti alla attività di produzione e smercio dell'essenza del bergamotto; ID., n. 2/1959 (*Esercizio del commercio ambulante fuori dalla provincia per la quale ci si era muniti di licenza*; art. 41 Cost.) anche qui ci si limita a considerare il limite come conforme alle esigenze superiori di un razionale svolgimento della attività economica. Tutte le sentenze qui citate non paiono porre problemi di limiti all'esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione; l'attenzione, così come posta dalla questione di costituzionalità., è piuttosto volta ad accertare se la legge abbia fornito una sufficiente dimostrazione degli interessi pubblici (« utilità sociale »,

che la riserva relativa di legge impone al legislatore la determinazione di elementi dell'atto, o più genericamente criteri, essenziali a consentire un sindacato sul concreto (86) esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

Parametri necessari, ad una valutazione di congruità in relazione alle concrete circostanze d'esercizio del potere, sono i parametri astratti, ma incapaci di per sé di predefinire, anche solo genericamente, le scelte che la pubblica amministrazione deve compiere; parametri che tuttavia sono utili a fondare un riscontro in concreto del corretto esercizio del potere.

In materia di prestazioni pecuniarie tale sindacato sull'esercizio del potere è reso possibile da un giudizio di congruità fra i seguenti parametri: spese, attività e fini istituzionali (ove necessario) dell'ente, nei quali la prestazione imposta trova il proprio limite per ogni concreto esercizio del potere.

Non diversamente, per continuare l'esemplificazione, si pone la richiesta di indicazione in legge del fine dell'atto che, attraverso il vizio di eccesso di potere, consente di pervenire a selezionare, del contenuto astratto previsto in legge (prestazione imposta come elemento di esistenza), le scelte consone al fine tipico attribuito al singolo potere in relazione alle concrete circostanze di un suo esercizio.

Limiti dunque sicuramente fondati su parametri astratti del legislatore, che divengono veri e propri limiti d'esercizio solo in presenza, ed in seguito, al concreto esercizio del potere.

I parametri in parola, in sé e per sé, a differenza delle « direttive », non consentono di individuare le scelte demandate alla pubblica amministrazione anteriormente al suo esercizio;

« utilità generale ») che la Costituzione richiede per ritenere giustificata (*rectius*: ammissibili) le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata. L'assenza di indicazioni (o la presenza di indicazioni manifestamente difformi dagli enunciati della Costituzione) non consentirebbe un riscontro sul potere della pubblica amministrazione, o più precisamente sulla esistenza di questo.

(86) Nel senso proprio di contrario ad astratto.

sono riferimenti astratti, spunti minimi, per delimitare al momento dell'esercizio (in concreto) il contenuto dell'atto.

La riserva relativa di legge è soddisfatta dalla presenza di siffatti enunciati legislativi.

La conclusione consente di affrontare il problema posto dalla conformità delle disposizioni attributive del potere d'ordinanza ai precetti costituzionali che impongono riserva di legge relative.

È noto che le disposizioni attributive di poteri d'ordinanza per ciò che riguarda il contenuto dell'atto esprimono normalmente solo i presupposti d'esercizio (necessità e urgenza), il fine di interesse pubblico (esplicito, o implicito), nonché per espressa addenda del dispositivo-motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, cit., tali norme impongono il dovere di motivazione, che un tempo si riteneva comunque esistente in forza dei principî che regolano l'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

È assente invece nella disposizione attributiva del potere di ordinanza non solo l'indicazione di qualsiasi « direttiva » al potere, che taluno ha ritenuto impossibile per il potere di ordinanza (87), ma anche la determinazione astratta del « contenuto » della prestazione.

Un sindacato dell'atto amministrativo anche solo *ex post* è possibile, per il tramite del vizio di eccesso di potere, solo in presenza di almeno due elementi astrattamente definiti in legge (o in regolamento) (88): il fine di interesse pubblico ed il con-

---

(87) F. BARTOLOMEI, *Il potere* cit., 125.

(88) Il fine di interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire può risultare anche dall'insieme delle norme che disciplinano una istituzione. Ma la circostanza non è ora di interesse poiché si ritiene comunemente che il fine sia definito dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza o attraverso l'enunciazione dei motivi, ovvero attraverso il presupposto d'esercizio del potere stesso.

tenuto del potere, ovvero in mancanza di questo, il presupposto dell'atto (89).

Gli enunciati in ordine al fine di interesse pubblico ed ai presupposti di necessità e urgenza consentono un giudizio di congruità fra contenuto in concreto accolto dalla pubblica amministrazione, la situazione storico- temporale posta a base dell'emanazione dell'atto, nonché il fine di interesse pubblico voluto perseguire.

L'obbligo di motivazione costringe a fornire, anche solo *per relationem* ad atti presupposti del procedimento, una congrua rappresentazione della « grave situazione di necessità presupposta, tale da giustificare contenuti del potere fortemente limitativi dei diritti, sì da impedire ogni vaga ripetizione di enunciati astrattamente già posti in legge » (90).

La definizione astratta del contenuto e fine dell'atto, ovve-

---

(89) La considerazione era già stata indicata a suo tempo da M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., (1939), ove a pag. 267 e s. si afferma: « Si può anche notare come nello Stato moderno tenda ad attuarsi la regola secondo cui alla indeterminatezza di certi elementi si accompagna la determinatezza di altri: ove è libero il contenuto, è determinato il motivo, oppure il presupposto, ove è libero il motivo è determinato il contenuto, oppure la formazione, e così via ».

(90) È giurisprudenza costante: Trib. sup. Acque pubbl., 19 gennaio 1981, n.4, in *Cons. St.*, 1981, II, 58; Cons. di Stato, sez.V, 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. Amm.*, 1979, III, 60; T. A. R. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio, n. 82, in T. A. R., 1982, I, 1402; Cons. di Stato, sez. IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro it.*, 1980, III, 190; Cons. V, sez. 7 aprile 1962, n. 290, in *Cons. St.*, 1962, I, 702; Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 1934, in *Foro it.*, 1935, III, 147; Cass. civ., sez. un., 16 giugno 1958, n.2068, ID., 1958, I, 1092; Cass. pen., sez. III, 30 aprile 1957, Gianduzzo, in *Giust. pen.*, 1957, III, 738; per congruità fra mezzo e fine: Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 1981, n. 19, in *Cons. St.*, 1981, I, 48; T. A. R., Lombardia, sez. Milano, 18 marzo 1981; n. 328, in *T.A.R.*, 1981, I, 1625; Cons. di Stato, sez. V, 26 settembre 1964, n. 1132, in *Cons. St.*, 1964, I, 2, 1507; Cons. di Stato, sez. V, 26 febbraio 1960, n. 120, *ivi*, I, 257; Cons. di Stato, sez. V, 2 febbraio 1942, n. 132, in *Cons. St.*, 1952, I, 167.

ro del presupposto e fine dell'atto, consentono alternativamente quel riscontro concreto di congruità dell'esercizio del potere in relazione al contenuto dell'atto, che si è visto condizione sufficiente per considerare in punto assolti i vincoli derivanti al legislatore dalle riserve di legge relative.

Sono in altre parole gli « adeguati limiti all'esercizio del potere » che la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, cit., aveva enunciato per ritenere la conformità del potere di ordinanza alla Costituzione.

Pervenire a tale conclusione significa tuttavia negare la necessità della « *interpositio legislatoris* » in ordine all'esercizio del potere (91), affermando invece la sola sufficienza della « sindacabilità » dell'ordinanza in concreto emanata.

La conclusione, parrà ora evidente, è possibile in considerazione della totale irrilevanza (o improprietà) delle affermazioni della Corte costituzionale, che potrebbero dirsi di maniera, sulla necessità di predeterminazione in legge dei « principî direttivi » o degli elementi che « indirizzano le scelte » dell'esercizio dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione.

La precisazione assume a sua volta un qualche rilievo solo ove si voglia attribuire al concetto di « direttiva » l'accezione di determinazione *ex ante* del contenuto di esercizio del potere.

Diversamente opinando il concetto in esame non pone alcun problema di conformità a Costituzione della disposizione attributiva del potere di ordinanza, fatto salvo qualche scorcio di ambiguità che necessariamente reca con sé un utilizzo così lato del concetto di « direttiva » (che contempla ad un tempo sia il concetto di direttiva-fine, sia quello di direttiva-modulazione d'esercizio).

Al termine della disamina potrà sembrare paradossale essere giunti alla conclusione che la soddisfazione dei vincoli im-

---

(91) Non invece l'*interpositio legislatoris* in ordine alla esistenza del potere.

posti dalle riserve di legge in sede di esercizio dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione si possano anche ridurre ad una semplice enunciazione del fine di interesse pubblico unitamente ad una generica determinazione di presupposti di necessità ed urgenza, ma per chi ha avuto modo di conoscere la possibile severità di un sindacato di eccesso di potere non potrà che ritrovare in esso lo strumento duttile più consono a forgiare i limiti d'esercizio a quel potere della pubblica amministrazione che è normalmente mutevole da caso a caso.

8. *Principî costituzionali di organizzazione della pubblica amministrazione. L'articolo 97 della Costituzione e le norme di legge attributive del potere di ordinanza. Lo spazio di determinazione riservato alla legge in materia.*

Al potere di ordinanza è sempre stata riconosciuta la capacità di intervenire sull'organizzazione della pubblica amministrazione quanto meno come deroga necessaria del normale riparto delle competenze fra organi della pubblica amministrazione.

L'affermazione è di tutta evidenza ove si pensi ad una efficacia derogatoria della disposizione di legge attributiva del potere d'ordinanza verso quelle norme che conferiscono poteri amministrativi a contenuto determinato che pervenga a sostituire i presupposti d'esercizio posti da quest'ultime con quelli a più largo spettro di « necessità e urgenza ».

La presenza di una situazione di necessità e urgenza impone come vedremo la immediata e congiunta deroga anche della competenza che è stata definita dalla disposizione che attribuisce il potere a contenuto determinato, con conseguente attrazione del potere stesso (innovato quanto ai presupposti) agli organi titolari del potere di ordinanza.

Più in generale si deve ricordare che la materia dell'organizzazione è stata, anche se in modo decrescente con l'entrata

in vigore della Costituzione repubblicana, per gran parte attribuita alle scelte della pubblica amministrazione, ritagliando una specifica denominazione alla potestà regolamentare nella materia che si è definita "d'organizzazione".

Per altra via nei confronti del potere di ordinanza si è consolidata una regola che attiene ai rapporti fra potere regolamentare e provvedimentale della pubblica amministrazione.

Ciò che è nella disponibilità della pubblica amministrazione in via generale e astratta (regolamento) può essere definita in via puntuale e concreta con ordinanza (di necessità e urgenza) anche se la potestà normativa della pubblica amministrazione non sia stata esercitata con l'emanazione di un regolamento (92).

Non pare dunque revocabile in dubbio che quanto è stato attribuito dall'ordinamento alla potestà regolamentare della pubblica amministrazione è seppur in via temporanea definibile dalla pubblica amministrazione attraverso il potere di ordinanza in applicazione della regola da ultimo indicata, che opera ove manchi una norma regolamentare.

La conclusione non muta nell'ipotesi opposta ove sia presente una norma regolamentare, perché in presenza di regola-

(92) È regola che a fine secolo A. CODACCI PISANELLI (*Legge e regolamento*, 1888, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 32, 33 e s.) riteneva normale per ogni settore dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione. La relazione trova un riferimento nelle diverse disposizioni attributive di potere di ordinanza contingibile ed urgente che rinviano alle materie indicate per la potestà regolamentare dei comuni: da ultimo si veda l'art. 153 (ancor oggi ritenuto vigente) del r. d. n. 148 del 1915, cit., che rinvia all'art. 217, n.9 dello stesso testo unico delle leggi comunali e provinciali. Il principio è comunemente ammesso sin dalla giurisprudenza della seconda metà del secolo scorso: Cassazione Milano, 12 marzo 1864, Imp. Motti, in *La legge*, 1864, II, 300; Cassazione Torino, 9 giugno 1866, imp. Botto, in *Riv. amm.*, 1867, 487; Cassazione Torino, 8 luglio 1886, Gottari e Boselli c. Comune di Volta, in *Riv. amm.*, 1886, 609; Cassazione Firenze 6 aprile 1887, Sindaco di Murano, in *Riv. amm.*, 1887, 911.

menti d'organizzazione la disposizione di legge attributiva del potere d'ordinanza esprime l'efficacia tipica delle norme in deroga, svincolando così le ordinanze di necessità e urgenza dalla soggezione ai regolamenti che disciplinano normalmente la materia (norme generali e astratte).

Il discorso è riproponibile per il rapporto fra disposizione attributiva del potere di ordinanza e norme d'organizzazione contenute in disposizioni di legge, ma con una sostanziale differenza offerta dall'articolo 97, comma I, della Costituzione che impone in materia d'organizzazione una riserva di legge relativa.

Ogni altro limite imposto da norme costituzionali che attenga all'organizzazione appare infatti comune sia all'ipotesi del rapporto instaurato dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza con i regolamenti, sia a quello che la stessa stabilisce con altre norme di rango legislativo (93).

La questione, con particolare riferimento alle determinazioni di competenza a favore di determinati organi, o enti pubblici, sarà affrontata nei capitoli che seguono nella parte relativa ai limiti di esercizio del potere di ordinanza; qui occorre sciogliere un problema di ordine generale.

La riserva di legge di cui all'articolo 97 ha ricevuto interpretazioni divergenti in dottrina e solo una piccola parte delle numerose sentenze della Corte costituzionale (94) incentrate

(93) Così A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1989, cit., che anche relativamente all'art. 97 comma II, dichiara che lo stesso « non importa una limitazione della potestà dell'Amministrazione in materia di organizzazione; esso rappresenta infatti una semplice regola direttiva in ordine al contenuto delle norme di organizzazione (siano queste di natura legislativa, siano di natura regolamentare), da porre in essere peraltro nel rispetto del principio della riserva di legge » pag. 84.

(94) La gran parte trattano infatti del principio di imparzialità come specificazione del principio di ragionevolezza: del 1988 si confrontino la n. 11, 15, 113, 120, 122, 233, 252, 269, 270, 331, 399, 409, 413, 624, 645, 690; del 1987, la n. 99, 177, 217, 224, 282, 314, 437, 505, 524, 567, 601, 605, 618,

sulla violazione dell'art. 97, comma I, hanno statuito sulla presenza di settori di disciplina dell'organizzazione degli uffici riservati alla forma di legge.

Anche in questo caso la riserva di legge assume importanza perché pone in rilievo un limite del potere di ordinanza in relazione a quegli aspetti di disciplina dell'organizzazione che si ritenga non siano stabiliti dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza e che invece la Costituzione impone siano previsti in legge.

L'assenza nella disposizione attributiva del potere di ordinanza di quanto preteso dalla riserva di legge relativa impedisce il dispiegarsi del normale rapporto derogatorio instaurato da tale norma con le altre leggi che disciplinano l'organizzazione della pubblica amministrazione; in altri termini preclude che la disposizione attributiva del potere di ordinanza assuma per tali aspetti la qualificazione di norma speciale dell'organizzazione amministrativa soddisfacendo al contempo la riserva di legge dell'art. 97, comma I, della Costituzione.

La dottrina ha normalmente riconosciuto agli enunciati dell'articolo della Costituzione da ultimo citato il significato di riserva di legge relativa, consentendo così uno spazio normativo autonomo alla potestà regolamentare della pubblica amministrazione.

620, 622, 634; del 1986 la n. 6, 32, 40, 52, 81, 82, 86, 99, 138, 167, 222, 228, n. 229, 249, 284, 302, 317; del 1985 la n. 7, 46, 54, 59, 71, 116, 145, 153, 204, 234, 355, 378; del 1984 la n. 18, 42, 157, 158, 165, 290, 296; del 1983 la n.72, 81, 212, 229, 277, 278, 301, 319; del 1982 la n.86, 131, 164, 199, 201; del 1981 la n. 52, 92, 112, 128; del 1980 la n.10, 16, 95. Trattano specificatamente del buon andamento: la n. 233 e 645 del 1988; 224 e 268 del 1987; 46, 59, 145 e 234 del 1985; 91 e 219 del 1984; 56, 72, 277, 278 e 301 del 1983; 86, 164 e 199 del 1982; 52 e 112 del 1981; 51 e 95 del 1980. Declinano la giurisdizione della Corte costituzionale perché scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore: la n. 14, 125, 131 e 411 del 1988; la n. 95, 164, 165, 248, 349, 380, 447, 450, 604 e 606 del 1987; la n. 99, 168, 270 e 317 del 1986; la n. 71, 98 e 272 del 1985; la n. 232 e 296 del 1984; la n. 185 del 1982.

L'ampiezza e il contenuto della riserva paiono individuati indirettamente attraverso la presentazione delle diverse interpretazioni che si ritiene costituiscano la ragione ultima della disposizione costituzionale.

Nella tradizione si sono posti coloro che hanno individuato nell'articolo 97, comma I, cit., la funzione di garanzia dei cittadini che deriva dall'intervento legislativo nell'organizzazione dell'apparato, con ciò facendo applicazione al caso di specie della lettura che è stata in prevalenza offerta per le riserve di legge apposte nella Costituzione per la tutela dei diritti dei cittadini (95).

Analoga operazione estensiva, ma diversa per contenuto, è quella operata da coloro che ritrovano conferma nell'articolo 97, comma I, cit., della ragione di ogni riserva di legge, la quale è individuata nella funzione di « garanzia delle minoranze » conformemente ai diversi rapporti che intercorrono nel nuovo ordinamento costituzionale fra governo e parlamento (96).

Si riferisce pur sempre ai rapporti fra governo e parlamento la tesi di chi ha inteso vedere negli articoli 97 e 98 della Costituzione un ridimensionamento del potere dispositivo del governo in ordine alla organizzazione della pubblica amministrazione, con specifica tutela dei funzionari pubblici che si vuole

---

(95) Per tutti V. BACHELET, *Legge attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 912 « e che anzi man mano che l'azione della pubblica amministrazione tende a esplicarsi non più in atti puntuali ma in attività non agevolmente sindacabile con i tradizionali strumenti di controllo giuridico, è proprio dalla organizzazione della p. a., dalle sue strutture, dalle sue competenze, dai suoi procedimenti, dai suoi rapporti interni ed esterni che viene ad essere garantita la posizione dei cittadini. » *ivi.* Per un'analisi dei rapporti fra la riserva di legge posta dall'art. 97 e quella indicata all'art. 41 Cost., si veda A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, 529 e s.

(96) S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, Giuffrè, 1963, spec. 315 e nt. 202.

sottratti alle variabili determinazioni politiche dell'esecutivo, in altre parole il fondamento della scelta nel nostro ordinamento di un apparato burocratico non colorato politicamente (97).

Conseguente a tale impostazione è ritenere (98) che la riserva di legge in materia priva il governo del potere di organizzare l'apparato amministrativo sulla base di criteri che lo stesso ritenga di volta per volta preferibili.

« Le regole -o principi- organizzativi generali sono quelle del decentramento (art. 5), dell'autonomia locale (art. 5, 115, 128), del buon andamento degli uffici (art. 97, comma II), la garanzia degli organi ausiliari (art. 99, 100), l'abolizione dei privilegi dell'irresponsabilità dell'amministrazione (art. 28, 97, comma I). » (99).

« Viene in primo luogo l'affermazione di principio (art. 98, comma I) che i funzionari pubblici sono all'esclusivo servizio della nazione; i principi del concorso per l'accesso alle carriere pubbliche (art. 97, comma III), dell'eguaglianza nell'accesso alle carriere (art. 51, comma I) e della conservazione del posto di lavoro (art. 52, comma III). Sono inoltre ribaditi i principi di responsabilità (art. 97, comma II) e di fedeltà (art. 54, comma II). » (100).

L'imparzialità della pubblica amministrazione troverebbe così attuazione nell'organizzazione (101) attraverso la tutela diretta dei soggetti (*rectius*: agenti) chiamati a prendervi parte,

---

(97) M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, a. a. 1959-60, Città di Castello, 1961, 50.

(98) M. S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. Civile*, 1961, 145 e s., poi in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, Il Mulino, I ed., 1974, II ed., 1976, 213 e s.

(99) M. S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *L'amministrazione pubblica in Italia*, cit., 232.

(100) M. S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *L'amministrazione pubblica in Italia*, cit., 233.

(101) U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 20 e s.

ricomponendo così in un unica *ratio* normativa tutti i disposti degli articoli 97 e 98 della Costituzione (102).

Diversa questione apre invece il rapporto fra riserva di cui all'articolo 97, comma I, della Costituzione e potere degli organi dell'amministrazione di istituire enti pubblici.

Secondo alcuni (103) la riserva di legge impone che l'istituzione di enti pubblici non possa avvenire « se non direttamente con una legge o in applicazione di una legge » e si aggiunge che la legge deve « prevedere almeno i lineamenti essenziali della organizzazione dell'ente » (104).

Il dato letterale e quello storico che hanno con preferenza guidato le tesi degli autori che precedono appare superato a favore di una interpretazione sistematica dei rapporti fra parlamento e governo nel nostro ordinamento da chi ha parlato con riferimento all'art. 97, comma I, della Costituzione di una riserva in la cui ragione va ritrovata nella preoccupazione di ripartire la funzione di direzione politica ed amministrativa (105).

La costruzione sfocia nella nota tesi di una presenza nel nostro ordinamento di una riserva d'amministrazione (106), che affianca quella che si rivolge al legislatore e conferisce al tempo stesso un senso effettivo all'affermazione dei principî di efficienza (ricavato dal « buon andamento » (107)) e di imparzialità

---

(102) Si confrontino: P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Studi Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam, 1958, 28 e s.; G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, 122 e s.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

(103) A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 83 e s.

(104) A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 83.

(105) M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 161, 163-164, il quale non nega una funzione di garanzia della riserva in esame, ma solo come funzione « ulteriore », *ivi*, 167.

(106) M. NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., spec. 173-189

(107) M. NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., 85.

dell'amministrazione pubblica, stabiliti nel medesimo art. 97, comma I, della Costituzione (108).

La legge deve « fissare i criteri e le direttive relative al contenuto del potere che verrà esercitato dall'esecutivo » (109) senza tuttavia spingersi oltre, poiché si avrebbe la violazione della sfera di competenza che la Costituzione ha voluto attribuire all'amministrazione pubblica, intesa nel suo significato più ampio, comprensiva cioè sia di quella statale sia di tutta l'organizzazione pubblica (110).

La conclusione sopra indicata, fatta salva la parte relativa alla riserva d'amministrazione, è di norma comune alle pur differenti analisi condotte dalla dottrina in ordine ai contenuti della riserva di legge in materia d'organizzazione.

Le diverse ragioni normative paiono infatti l'aspetto ad un tempo caratterizzante e di esclusiva attenzione della dottrina in ordine alle scelte che debbono esser poste con legge.

La Corte costituzionale non è ancora pervenuta a fornire un adeguato responso casistico sufficiente ad offrire l'individuazione dei criteri, dei principî, o per altri della disciplina fondamentale che si ritiene debbano trovare posto in legge al fine di veder soddisfatta la riserva relativa in materia (111), se si eccettua l'ampia produzione giurisprudenziale che si è vista dedicata alla precisazione del principio di imparzialità (e buon anda-

---

(108) M. Nigro, *Studi sulla funzione*, cit., 192.

(109) M. Nigro, *Studi sulla funzione*, cit., 196.

(110) M. Nigro, *Studi sulla funzione*, cit., 193.

(111) Per le sentenze dell'ultimo decennio si confrontino: Corte cost., n. 56/1989 (*Dipendenti regionali reinquadramento*), n. 21/1989 (*Dipendenti amministrazione statale inquadrati in regionale*), n. 879/1988 (*Dirigenti regionali inquadramento*); n. 728/1988 (*Dotazioni organiche variazioni*); n. 70/1986 (*Collocazione in organico regionale dipendenti statali*); n. 307/1983 (*U.S.S.L. assunzione personale*); n. 277/1983 (*Dipendenti regionali inquadramento in livelli funzionali*); n. 161/1982 (*Ospedali divieto di compensi, proventi, indennità e lavoro straordinario*).

mento) della pubblica amministrazione come specificazione del principio di ragionevolezza in materia d'organizzazione (112).

Una determinazione specifica pare offerta dalla l. 29 marzo 1983, n. 93, legge quadro sul pubblico impiego, ove all'articolo 2 si stabiliscono i settori di disciplina (113) che debbono « in ogni caso (essere) stabiliti con legge dello Stato e, nell'ambito di competenza, con legge regionale o delle province auto-

---

(112) Per riferimenti si veda la giurisprudenza della Corte costituzionale citata all'inizio del presente paragrafo.

(113) « 1) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, i princìpi fondamentali di, organizzazione degli uffici; 2) i procedimenti di costituzione, modificazione di stato giuridico ed estinzione del rapporto di pubblico impiego; 3) i criteri per la determinazione delle qualifiche funzionali e dei profili professionali in ciascuna di esse compresi; 4) i criteri per la formazione professionale e l'addestramento; 5) i ruoli organici, la loro consistenza e la dotazione complessiva delle qualifiche; 6) le garanzie del personale in ordine all'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali; 7) le responsabilità dei dipendenti, comprese quelle disciplinari; 8) la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero; 9) l'esercizio dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici dipendenti ed il loro diritto di accesso e di partecipazione alla formazione degli atti della pubblica amministrazione » art. 2 della l. 29 marzo 1983, n. 93. Il successivo articolo 3 attribuisce, nell'osservanza dell'art. 97 e di quanto previsto dal precedente art. 2, agli accordi della contrattazione collettiva disciplinati dalla legge stessa secondo le procedure *ivi* stabilite le questioni: « 1) il regime retributivo di attività, ad eccezione del trattamento accessorio per servizi che si prestano all'estero, presso le rappresentanze diplomatiche, gli uffici consolari e le istituzioni culturali e scolastiche; 2) i criteri per l'organizzazione del lavoro nell'ambito della disciplina fissata ai sensi dell'art. 2, n.1; 3) l'identificazione delle qualifiche funzionali, in rapporto ai profili professionali e alle mansioni; 4) i criteri per la disciplina dei carichi di lavoro e le altre misure volte ad assicurare l'efficienza degli uffici; 5) l'orario di lavoro, la sua durata e distribuzione, i procedimenti di rispetto; 6) il lavoro straordinario; 7) i criteri per l'attuazione degli istituti concernenti la formazione professionale e l'addestramento; 8) le procedure relative all'attuazione delle garanzie del personale; 9) i criteri per l'attuazione della mobilità del personale, nel rispetto delle inamovibilità previste dalla legge »; art. 3 della l. n.93 del 1983, cit.

nome di Trento e Bolzano, ovvero sulla base della legge, per atto normativo o amministrativo, secondo l'ordinamento dei singoli enti o tipi di enti ».

Per il potere di ordinanza tale individuazione potrebbe porsi come limite ai contenuti possibili del potere stesso in materia di organizzazione della pubblica amministrazione, ma ancor prima di una corretta esegesi della disposizione indicata si deve affrontare la questione, che appare preliminare, della efficacia di tale disposizione normativa nei confronti del potere in esame.

L'esatta prospettazione del problema deve avere ad oggetto la disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza, la quale trova risolti i propri rapporti con gli atti di grado sovraordinato (o sottordinato) dal principio di gerarchia, mentre nei confronti degli atti di pari grado è eletto con preferenza il principio di specialità o competenza.

Gli enunciati sopra indicati dall'articolo 2 della l. n. 93 del 1983 sono inderogabili dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza solo ove li si consideri coincidenti con la disciplina che, secondo l'articolo 97, comma I, della Costituzione, deve essere definita in legge ed al contempo si ritenga che in ordine a tali aspetti di disciplina la disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza non esprima nulla in proposito che possa esprimere un'efficacia derogatoria.

Il primo elemento attende una maggiore determinazione di quanto sinora è stato possibile ricavare dalle analisi della dottrina e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ove si prescinda dal limite derivante dal principio di ragionevolezza che ben potrebbe individuare nella disciplina indicata la « regola generale » dalla quale diverrebbe possibile discostarsi solo in presenza e nei limiti di un interesse pubblico, o privato, che si consideri idoneo a dar ragione della diversa disciplina prescelta per un determinato settore dell'ordinamento.

Per quanto attiene alla disposizione di legge attributiva del

potere di ordinanza è considerato normale ritrovare in essa in via espressa, o implicita, determinazioni in ordine alla competenza, ai presupposti di esercizio, al fine di interesse pubblico, alla forma dell'atto, ed all'insieme delle norme che regolano il procedimento, le quali sono tutte raccordate alle ragioni dell'urgenza con conseguente applicazione delle sole norme da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere.

Per tali aspetti dunque la disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza è abilitata a disporre in deroga alla disciplina generale imposta dalla legge come normale assetto dell'organizzazione della pubblica amministrazione e allo stato dell'analisi in argomento parrà conforme alla disciplina prevista dall'articolo 97, comma I, della Costituzione ogni deroga che sappia trovar conforto in interessi pubblici o privati che l'ordinamento consideri ragione sufficiente per una diversa disciplina.

In tal caso le scelte in concreto realizzate con l'ordinanza di necessità e urgenza troveranno titolo nella disposizione di legge attributiva del potere stesso (114) ed indirettamente (ragionevolezza della deroga) nella disciplina generale offerta dalle leggi in materia, confermando così che l'organizzazione è soggetta (in parte) alla scelte definite dalla legge (115).

Diversa è la questione aperta dalla disposizione dell'articolo 4 della l. 20 marzo 1975, n.70, che dispone l'impossibilità di istituire o riconoscere nuovi enti pubblici se non per leg-

---

(114) In particolare, come vedremo, nell'articolo 19 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, t. u. delle leggi comunali e provinciali.

(115) Il ragionamento sopra indicato non pare possibile per quelle determinazioni che la stessa Costituzione impone siano previste in legge e che la disposizione attributiva del potere di ordinanza neanche implicitamente si possa ritenere esprima in via derogatoria (« La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge, art. 36, comma II, Cost.; art. 2, n. 8 della l. n. 93 del 1983), ovvero, ma ciò appare ovvio, per quelle determinazioni che direttamente la Costituzione definisce direttamente (art. 36, comma; I e II; 51, comma I; 53, comma III, ecc.).

ge (116), anche se l'articolo 1 della legge stessa esclude dal proprio campo di applicazione « gli enti pubblici economici, gli enti locali e territoriali e loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, gli enti ospedalieri » ed altri ancora.

Si è visto che taluna dottrina ha riconosciuto nell'articolo 97 della Costituzione una incidenza sulla disciplina di istituzione degli enti pubblici, poiché ritiene che la stessa non possa avvenire se non per legge, o in applicazione di una legge (117).

Il punto ci pare trovi soluzione nella da tempo discussa possibilità che la disposizione attributiva del potere di ordinanza abbia conferito il potere di istituire soggettività giuridiche nel nostro ordinamento, poiché, ove si prescelga la positiva non pare che la legge generale ora indicata possa costituire ostacolo alcuno, soprattutto se si consideri che la *ratio* della legge n. 70 del 1975, citata, non parrebbe violata da istituzioni di soggettività che non possono non essere che limitate nel tempo strettamente necessario alla tutela degli interessi pubblici in pericolo.

Altra questione è se la riserva di legge non si ponga in materia come limite alla efficacia derogatoria della disposizione attributiva del potere di ordinanza ove si ritenga che con essa si sia voluto considerare riservata alla legge l'identificazione degli elementi essenziali che possono costituire nel nostro ordinamento una soggettività giuridica.

La tipicità delle « persone giuridiche » (*rectius*: delle soggettività) è infatti principio accolto nel diritto privato, perché imposto dagli schemi offerti dal legislatore civile per quel settore dell'ordinamento in cui l'autonomia privata non può pervenire ad inventare nuove ipotesi non previste.

---

(116) Salvo quanto previsto negli articoli 2 (Soppressione degli enti e loro liquidazione) e 3 (Conferma, ristrutturazione e soppressione degli enti pubblici) della legge n. 70 del 1975, cit.

(117) A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 83 e s.

Nel diritto pubblico tale regola potrebbe trovare con profitto un sostegno nell'articolo 97, comma I, della Costituzione conferendo così ad essa il valore di norma generale di diritto comune.

In tal guisa opinando gli elementi essenziali minimi che identificano una soggettività giuridica (la disciplina degli organi, le garanzie per i terzi in ordine alle obbligazioni contratte in nome di essa, ecc.), divengono inderogabili dalla norma attributiva del potere di ordinanza.

In chiusura di un'analisi generale si può ritenere che lo statuto dei pubblici dipendenti (118) (articoli 98, comma I; 97, comma III; 51, comma I; 52, comma III; 97, comma II; 54, comma II; 36, ecc., Cost.) i principî d'organizzazione (articoli 5, 115, 128, 97, comma II, 99, 100, 28 e 97, comma I, comprensivo del principio di ragionevolezza, ecc.), nonché gli elementi essenziali di individuazione della soggettività giuridica nel nostro ordinamento, appaiono tutte disposizioni che anche ove contenute solamente in legge ordinaria non possono essere derogate dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza.

9. *Il potere di ordinanza e le riserve di legge assolute. Normale impossibilità di un intervento in materia. L'inderogabilità delle competenze stabilite dalla Costituzione, l'impossibilità di un ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico come integrazione della lacuna legis. Il silenzio della legge in materia vale inesistenza del potere pubblico (rinvio).*

Una disamina approfondita del rapporto fra potere di ordinanza e riserve di legge assolute appare essenziale nella trattazione. Da tempo si è ritenuto che il potere in esame non possa

(118) Il discorso è riproponibile per lo statuto dei dipendenti privati ove il potere di ordinanza intervenga in materia.

intervenire nella materia dei diritti di libertà e l'affermazione ha trovato riconoscimento espresso con la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 attraverso la negazione di ogni incidenza del potere di ordinanza di necessità e urgenza sui diritti coperti da riserva di legge che la dottrina ha denominato "assoluta", perché « non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 (del R. d. n. 773 del 1931, cit.) permetta l'emanazione di atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. ».

L'asserzione, comunemente accolta dalla dottrina che si è occupata del potere di ordinanza, non pare possa essere revocata in dubbio, ma pone sul piano teorico non pochi problemi a coloro che intendano offrirne una congrua dimostrazione.

La difficoltà pare emergere soprattutto con riferimento al diverso trattamento che è riservato al potere di ordinanza ove lo stesso pretenda di intervenire su diritti la cui limitazione è sottoposta dalla Costituzione ad una riserva di legge comunemente detta relativa.

Sia la riserva di legge assoluta, sia quella relativa, infatti impongono che in legge siano determinati il soggetto attivo, il contenuto di esistenza del potere (relazione di prevalenza fra interessi pubblici e privati) e il soggetto passivo. Se si eccettua la individuazione dell'organo della pubblica amministrazione competente, la disposizione attributiva del potere di ordinanza di necessità e urgenza si caratterizza, nel rapporto con i poteri a contenuto predeterminato, proprio per l'assenza di tali determinazioni, sicché la ragione comunemente addotta per escludere un intervento del potere di ordinanza in settori coperti da riserva di legge denominate assolute è di impedimento anche per i campi assoggettati dalla Costituzione alle riserve di legge dette relative.

L'analisi e la soluzione della questione attende tuttavia che si proceda ad analizzare compiutamente il modo di atteggiarsi dell'ordinamento di fronte ad interventi dell'amministrazione

pubblica su diritti che non si ritengono in via di principio in rapporto di esclusione con l'esistenza di un potere di ordinanza di necessità e urgenza.

L'analisi di queste ipotesi renderà più agevole la comprensione della ragione giuridica che preclude a priori una limitazione dei diritti di libertà attraverso ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

Si consenta dunque di rinviare la trattazione alle pagine che in chiusura verranno dedicate alla sintesi del rapporto fra potere in esame e principio di legalità, cioè alla individuazione di quella disciplina normativa che consente di mantenere il potere di ordinanza nel principio di legalità.

CAPITOLO V

ORDINANZE "UN PO' TROPPO" LIBERE

1. *La giurisprudenza degli anni cinquanta: in situazioni di necessità e urgenza adeguate non resiste alcun diritto soggettivo.*

Il potere di ordinanza ha sempre avuto la libertà e la creatività di intervenire nei settori più diversi del diritto obiettivo. I diritti di libertà più tradizionali sono stati, seppur per periodi circoscritti, una verifica del modo di operare del potere di ordinanza di indubbio interesse.

L'espressione più importante si è avuta con quella casistica giurisprudenziale che si è già analizzata per aver sollevato le questioni di costituzionalità intorno all'art. 2 del R. d. n. 773 del 1931, t.u. delle leggi di pubblica sicurezza.

Gli aspetti che si vogliono qui considerare attengono tuttavia ad una angolazione che ha creato minor clamore rispetto a quella avanzata con il limite delle riserve di legge. Molte delle sentenze che ora si vorranno analizzare paiono infatti dar conforto all'idea che di fronte al potere di ordinanza non si possano contrapporre altro che posizioni soggettive di interesse legittimo (1).

In situazioni di necessità e urgenza adeguate la pubblica amministrazione sarebbe abilitata a incidere su qualsivoglia posizione soggettiva di diritto soggettivo.

---

(1) Espressamente, ma in *obiter dictum*, Trib. Urbino (uff. Istr.), 10 marzo 1951, Venturini, in *Giust. pen.*, 1951, II, 140. Come *ratio decidendi* si vedano le sentenze citate alle note che seguono.

L'interesse della pubblica amministrazione sarebbe in situazione di « pericolo » sempre prevalente rispetto a qualsiasi diritto soggettivo che si ponga come ostacolo al raggiungimento di fini pubblici.

L'affermazione è sicuramente riscontrabile come *ratio decidendi* in quelle sentenze che non censurano in alcun modo le ordinanze che intervengono su « diritti di libertà » (2) ed anche in quelle decisioni che rilevano la violazione di norme di azione per inesistenza dei presupposti, o per insufficiente motivazione (3). Maggiori perplessità sorgono per quelle sentenze che censurano le ordinanze perché emanate a tutela « di interessi generali e non locali » (4).

Non è di immediata evidenza infatti se in tali casi ci si voglia sempre riferire ai contenuti ammissibili del potere di ordinanza, o non si voglia piuttosto rimarcare il divieto per il potere di ordinanza di statuire in via generale e astratta (5), poiché ad esso l'ordinamento ha da sempre riconosciuto unicamente il potere di provvedere in via puntuale e concreta.

Certo è possibile affermare che in tali sentenze la giurisprudenza non offre conclusioni capaci di evidenziare, o anche

---

(2) Cass. pen., sez. III, 5 febbraio 1953, n. 414, Petroncini, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1953, I, 306; ID., 30 gennaio, 1953, n. 314, Cornini, *ivi*, 291.

(3) Cass. Pen., sez. III, 21 giugno 1957, Pertici, in *Giust. pen.*, 1958, 11, 662; ID., 28 febbraio, 1955, Baldini, *ivi*, 1955, II, 505; ID., 11 aprile 1957, Primavera, *ivi*, 1957, II, 738; ID., 22 febbraio 1957, Scarabelli, *ivi*, 1957, II, 535.

(4) Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 1952, Rossi, in *Giust. pen.*, 1952, 11, 711; ID., 23 marzo 1959, Leoncini, in *Riv. pen.*, 1960, II, 456.

(5) In tal senso: Pret. di Bari, 19 dicembre 1947, Dalena, in *Giust. pen.*, 1948, II, 692; Pret. Modena, 29 maggio 1954, Messori, in *Foro it.*, 1955, II, 139; per un riferimento storico: Cass. Roma, 14 settembre, 1895, Canessa, in *Riv. amm.*, 1895, 1035; per la dottrina si veda: R. ALESSANDRI, *I provvedimenti per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza adottati dai prefetti in base all'art. 2 t.u.l.p.s.*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1951, III, 160.

solo contemplare, limiti di esistenza del potere che attengono al contenuto dell'imposizione.

Sono sentenze la cui *ratio decidendi* favorisce interpretazioni intorno al potere di ordinanza sempre più attente alla « congruità » del contenuto dell'atto in relazione alla gravità della situazione presupposto, ma sempre più dimentiche della stessa possibilità teorica che il potere di ordinanza trovi nell'ordinamento ostacoli alla « lata discrezionalità » della pubblica amministrazione di inventare qualsivoglia contenuto imperativo necessario alla soluzione del caso concreto.

In tali sentenze si sarebbe pervenuti alla individuazione di un potere d'autorità capace, in situazioni di necessità e urgenza, di "frantumare" ogni barriera costituita dai diritti soggettivi, consentendo conseguentemente alle ordinanze di assumere tutti i contenuti...« strettamente necessari al caso concreto di necessità e urgenza. » (6).

2. *Argomenti (motivazioni) vecchi e nuovi che sorreggono i dispositivi della giurisprudenza a favore di un potere di ordinanza libero nel contenuto: l'idea dell'abuso del diritto.*

La *ratio decidendi* dei casi sopra indicati è destinata con la fine degli anni cinquanta-inizi anni sessanta a tendenze recessive, sino a scomparire quasi del tutto.

---

(6) Inizialmente era parso a taluna giurisprudenza di poter individuare nel « divieto di "strillonaggio" nelle pubbliche vie » un'applicazione, o estensione del generale divieto di esercizio del commercio ambulante senza previa iscrizione nel registro della locale autorità di pubblica sicurezza (art. 121, R. d. n. 773 del 1931, cit., T. U. leggi di p. s.). La soluzione rivelò ben presto la propria cattiva prospettazione, poiché la posizione soggettiva disciplinata da tale articolo è sempre stata relativa alla iniziativa economica privata. Al contempo diveniva difficile negare che le posizioni soggettive delimitate con il potere di ordinanza in questione attenessero ai diritti di libertà di stampa, o di manifestazione del pensiero politico. L'interesse pubblico a tute-

Solo di recente paiono riaffiorare casi che possono riaprire le problematiche proprie del rapporto potere di ordinanza diritti di libertà (7), ma con prospettive in parte diverse su cui si avrà modo di soffermare l'attenzione.

Il principale ostacolo che la giurisprudenza in esame si trovò a dover superare fu sicuramente la presenza in Costituzione, di norme di tutela « sostanziale » dei diritti soggettivi incisi dal contenuto del potere di ordinanza (es. art. 21 e 50 Cost.).

Con il termine tutela « sostanziale » ci si vuole riferire a quel momento di resistenza offerta dalla norma costituzionale non superabile neppure in forza di disposizioni di legge ordinaria: è in altri termini ciò che del diritto è limitabile solo in forza di leggi costituzionali, cioè in sintesi la « definizione costituzionale del diritto ».

In tal senso appare evidente che divengono irrilevanti le discussione intorno alla forza di legge, o di atto amministrativo, delle ordinanze di necessità e urgenza in esame.

---

la del quale si emanò l'ordinanza fu, a ben vedere, esso stesso diverso... sicché il giudizio di prevalenza espresso con l'art. 121 del R. d. n. 773 del 1931, t.u.l.p.s., a nulla poteva giovare pe ordinanze che esprimevano il contenuto di un potere diverso. Così: Cass. pen., sez. un., 16 giugno 1951, Bisconti, *Foro it.*, 1952, II, 177, ed *ivi* riferimenti.

(7) Cons. di Stato, sez. VI, (ord.) 10 aprile 1987, n. 240 e T.A.R. Piemonte, sez. II, (ord.), 21 agosto 1986, n. 230, entrambe in *Foro it.*, 1987, III, 521; nonchè Pret. civile di Torino, sez. II, 19 settembre 1988, n. 4346, imp. Traisci, (ined.); tutte sul divieto del Sindaco di Torino di somministrare alimenti ai colombi allo stato libero.presenti nel territorio urbano. Il T.A.R. dispone la sospensione dell'ordinanza del sindaco, il Consiglio di Stato annulla tale sospensione. La terza sentenza rigetta il ricorso confermando la validità dell'ordinanza. Per altri casi si vedano i riferimenti alle ordinanze del Sindaco di Bologna e Venezia contro « saccopelo selvaggio » e di Assisi, il quale ultimo ha anche vietato « abbigliamenti succinti, del tipo balneare, o a torso nudo » a chiunque passi per le piazze o nelle vie, ove sussistano chiese, conventi, o edifici monumentali, ovvero il consumo di « colazioni al sacco davanti ai monumenti, lungo le scalinate, o comunque sul suolo pubblico, di cui si è riferito al capitolo II.

Non è infatti più in questione la tutela costituzionale offerta con le riserve di legge, ma ciò che si considera « diritto costituzionale » della proprietà privata, del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, del diritto di sciopero, del diritto alla salute, del diritto alla libertà personale, e cosi via.

Tale impostazione può far apparire meno sorprendente la scelta ermeneutica effettuata dalla giurisprudenza che, salvo qualche eccezione iniziale (8), ricercò il fondamento del contenuto « innovativo » del potere di ordinanza posto a delimitazione dei diritti di libertà nella tesi, già nota a fine ottocento, « dell'abuso del diritto ».

Secondo tale argomentazione le ordinanze di necessità e urgenza si limitano unicamente a impedire « un abuso del diritto » da parte di taluni (destinatari dell'atto autoritativo) a danno di altri (9).

Si era già intuito che con la locuzione « abuso del diritto » si è voluto esprimere l'assenza di tutela da parte dell'ordinamento verso taluni comportamenti del titolare del diritto soggettivo.

Con tale pensiero si tenta di affermare che l'intervento del potere di ordinanza si pone al di fuori della tutela giuridica offerta dal diritto soggettivo.

Il destinatario dell'atto dell'autorità non avrebbe alcun diritto soggettivo da vantare verso tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, siano essi privati, o pubbliche amministrazioni.

---

(8) Si iniziò a parlare di « norme programmatiche » incapaci per loro natura giuridica di esprimere una immediata precettività: Pret. di Sarzana, 18 marzo 1952, Franceschini, in *Temi Genovesi*, 1952, 369; tesi che come è noto impegnò subito la Corte costituzionale e suscitò un vivo dibattito nella dottrina. La vicenda la si può trovare riferita da ultimo in G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, cit., 104 e s.

(9) Ad esempio si afferma che il diritto di petizione (art. 50 Cost.) fu esercitato con modalità « vessatorie » o « coartative » per i destinatari della richiesta di adesione, senza che intervenissero fattispecie di reato: Cass. pen., sez. III, 24 marzo 1959, Rizzato, in *Riv. pen.*, 1959, II, 709.

L'assenza della tutela giuridica del diritto soggettivo esclude tale « titolo » a difesa del comportamento posto in essere come « abuso », senza possibilità di distinguere se la reazione contro siffatto comportamento avvenga ad opera di una pubblica amministrazione fornita di potere autoritativo, o da parte di soggetti privati.

Oggi potrà apparire una non sufficiente argomentazione, ma al tempo si pensò di superare il problema della tutela costituzionale assumendo che la stessa non esisteva.

Gli svolgimenti successivi del ragionamento sono di non poca rilevanza sia per la ricomposizione teorica, sia per il più concreto operatore pratico.

Può risultare di interesse soffermare l'attenzione sul concreto contenuto dell'argomentazione.

Si ritenne che lo "strillonaggio" di giornali in luogo pubblico ed in specie la vendita di giornali a domicilio possano « assumere aspetti sgradevoli e turbativi della tranquillità pubblica, e perfezionare in situazioni particolari, persino un tentativo organizzato di sondaggio delle opinioni, oltreché di implicita intimidazione » (10).

Sicché tale modalità « lungi dal costituire espressione della libertà di manifestazione del proprio pensiero (art.21 Cost.) si traduce in palese violazione del diritto stesso... attraverso una forma, sia pur indiretta, di indagine sulla propria opinione — implicitamente imposta dalla richiesta di adesione — e quindi sostanzialmente in una forma di pressione concitata sui cittadini » (11).

---

(10) Pret. di Modena, 29 maggio 1954, *Foro it.*,1955, II, 139.

(11) Cass. pen., sez. III, 28 giugno 1958, Zini, in *Giust. pen.*, 1959, II, 252, per raccolta di firme a favore di una petizione per la pace (contro il patto N.A.T.O.). Con censura per il Tribunale di Arezzo che affermò essere i contrasti e le discussioni propri dei regimi democratici: Cass. pen., sez. III, 27 marzo 1958, Pierazzoli, in *Giust. pen.*, 1958, II, 890. Si veda infine: Cass. pen., sez. III, 22 ottobre 1954, Benassi, in *Giur. compl. Cass.* pen., 1954, VI, 434.

L'esempio pare confermare i primi rilievi sugli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza in esame.

L'attenzione del giudice è appuntata sulla esistenza di una eventuale tutela di diritto soggettivo in capo al destinatario dell'ordine; l'assenza di tale tutela è considerata indice di « libertà » nella determinazione dei contenuti del potere di ordinanza, indice di « libertà » della pubblica autorità.

L'argomentazione giurisprudenziale perviene così a rovesciare il tradizionale e preferibile modo di intendere i rapporti fra autorità e libertà dei cittadini secondo il quale è a quest'ultimi consentito tutto ciò che non è vietato.

L'affermazione consente altresì di eludere ogni problema relativo alla efficacia derogatoria delle ordinanze di necessità e urgenza di ogni disposizione di legge a tutela di diritti soggettivi, poiché si è fuori della sfera di protezione degli stessi.

Si sottrae così l'azione autoritativa della pubblica amministrazione al principio di tipicità degli atti amministrativi provvedimentali ed al principio di legalità.

In verità la stessa idea dell'abuso del diritto riesce ad un tempo a nascondere più di una rivelazione in ordine al modo di operare nell'ordinamento della norma attributiva del potere di ordinanza ed a celare molte obiezioni all'ipotesi ricostruttiva così più adombrata che spiegata. È necessario procedere per gradi cercando di riportare alla luce ciò che, anche in questo caso, con formula sintetica, e forse un tempo efficace, si è voluto indicare con la locuzioni « abuso del diritto ».

La disamina della giurisprudenza dell'ottocento ci aveva consentito (12) di acquisire all'analisi la considerazione che con la locuzione « abuso del diritto » non si vuole tanto indicare ciò che la norma a tutela del diritto di proprietà, o di altro diritto, intenda non riconoscere come proprietà, o diritto, ma piuttosto che i comportamenti normalmente considerati esercizio del di-

(12) Si veda il capitolo II.

ritto in base alla disposizione che lo definisce vengono, nel rapporto con altre sfere giuridiche, considerati dall'ordinamento « illeciti ».

Queste sfere giuridiche possono in via d'esempio individuarsi in altri diritti, pubblici o privati, che in via assoluta ricevono sicuramente una tutela giuridica equivalente a quella accordata ad ogni diritto soggettivo.

Un eventuale conflitto fra diritti impone all'ordinamento la sua risoluzione.

Il concetto di « abuso » pare proprio indicare la scelta di sfavore (tutela relativa) operata dall'ordinamento verso uno del due diritti in conflitto.

Volendo ritornare all'oggetto specifico della trattazione qui prescelta si può ritenere che: sia ciò che non viene ricompreso nella definizione che la disposizione offre del diritto soggettivo, sia ciò che viene considerato « abuso del diritto », può considerarsi comportamento umano privo della tutela giuridica che l'ordinamento accorda a quel diritto soggettivo.

La differenza fra le due ipotesi si coglie tuttavia non appena si rivisiti il percorso interpretativo attraverso il quale si perviene alla conclusione che un dato comportamento è « non tutelato » dall'ordinamento giuridico.

Si era già in parte acquisito all'analisi che in un caso è la stessa norma definitoria del diritto che fornisce la immediata individuazione di ciò che pertiene, o non pertiene, ad un dato diritto soggettivo; nell'altro (abuso) ciò che è « non tutelato » può essere definito tale solo in norme diverse da quelle che definiscono il diritto soggettivo, poiché solo altre disposizioni consentono, in via esplicita o implicita, di ritenere (in relazione ad altra tutela e in ragione delle diverse posizioni soggettive a confronto) un dato esercizio del diritto come abuso (13).

---

(13) SALVATORE ROMANO, voce *Abuso del diritto (dir. attuale)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 168, ove si parla di altera-

Il concetto di « abuso » diviene necessariamente l'affermazione di una relazione con tutte le altre posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento che la definizione di un diritto soggettivo, in sé e per sé, normalmente non riesce a contenere.

Tale relazione non può che essere contenuta in norme giuridiche, non importa ora se siano esse disposizioni di legge espresse, o implicitamente poste perché rintracciabili attraverso un processo interpretativo.

È sufficiente aver precisato che a fianco della norma definitoria del diritto (tutela assoluta), si pongono norme relazionali (tutela relativa del diritto) mutevole in ragione delle diverse posizioni soggettive a confronto.

Se ciò è vero l'idea dell'abuso del diritto pare confermare che il contenuto del potere di ordinanza, pur non trovando un momento definitorio nella disposizione attributiva del potere stesso, ricerca inevitabilmente un proprio momento di definizione normativa in norme giuridiche di relazione che dirimono i conflitti fra diritti soggettivi e quelli che intercorrono fra questi ed i poteri dell'amministrazione.

Pare tuttavia che il giudizio di sfavore verso determinati comportamenti umani non sia sufficiente per fondare il potere autoritativo della pubblica amministrazione volto ad una loro repressione.

È necessario infatti che vi sia un riconoscimento da parte dell'ordinamento che un determinato interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione sia soddisfatto con preferenza rispetto ad altri interessi giuridici che a questi si trovino nel caso concreto contrapposti.

Su quest'ultimo punto si avrà modo di tornare diffusamente, ora preme rilevare che la esistenza di un potere in capo alla pubblica amministrazione si possa identificare in base ad alme-

---

zione del fattore causale, o della funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia (privata).

no due elementi: la presenza di norme di delimitazione dei diritti dei cittadini (o anche di altri soggetti pubblici diversi); la presenza di norme che attribuiscono alla pubblica amministrazione il potere di far rispettare tali delimitazioni.

Se ciò è vero anche l'analisi della tesi « dell'abuso del diritto », di più recente memoria, invita alla conclusione secondo la quale la disposizione attributiva del potere di ordinanza non è di per sé esaustiva della definizione del rapporto autorità-libertà proprio perché non riesce a nascondere la intermediazione normativa di definizione del rapporto stesso.

Da quanto asserito ne consegue che il comportamento, che taluno ha definito « abuso », non può essere tale per una scelta riconducibile alla sfera di autonomia dell'amministrazione pubblica, cioè l'indicazione dell'« abuso » non è demandata alle determinazioni insindacabili degli organi dell'amministrazione, poiché queste opzioni si trovano già poste in norme sovraordinate e soggiacciono così alle delimitazioni dettate da tutte le norme che sciolgono la relazione di conflitto fra posizioni che vengono tutelate dall'ordinamento come diritto soggettivo.

Questo è quanto si può affermare sulla scorta dell'analisi teorica in ordine alle motivazioni utilizzate dalla giurisprudenza della seconda metà del secolo per consentire un esercizio del potere di ordinanza sui diritti a rilevanza costituzionale.

Sul piano storico si può ricordare che, a differenza di tale periodo verso la fine dell'ottocento, lo schema di rappresentazione del modo di operare del potere di ordinanza offerto con ricorso all'idea stessa di un « abuso » del proprio diritto venne utilizzato per le sole ipotesi di « abuso » del diritto di proprietà e del diritto di iniziativa economica privata.

La locuzione stava ad indicare sinteticamente il fenomeno di interazione soggettiva fra sfere giuridiche egualmente tutelate cui si è fatto cenno, con conseguente intervento dell'autorità che, in presenza di un « pericolo per l'incolumità pubblica », doveva essere conforme al giudizio di valore offerto dall'ordi-

namento giuridico in quel determinato periodo storico a favore dell'uno, o dell'altro, interesse nel caso concreto in conflitto.

L'estensione di tale argomentare operato dalla giurisprudenza degli anni cinquanta-sessanta ad altri campi dell'ordinamento giuridico (i diritti di libertà) muta i termini del rapporto diritto soggettivo-potere pubblico, cioè la relazione con gli interessi che quest'ultimo ha voluto tutelare, astraendo a principio ciò che in verità si presentava come soluzione fra posizioni soggettive determinate.

L'operazione non pare aver tenuto in debito conto del rapporto che necessariamente viene ad instaurarsi fra norma attributiva del potere di ordinanza e le norme di delimitazione dei diritti dei privati, le quali ultime sono poste dall'ordinamento in ragione di ogni epoca storica e diversamente per ogni relazione fra gli stessi.

Forse l'estensione si è resa possibile grazie ad una interpretazione sempre meno approfondita, sempre più indifferenziata, del modo di operare della norma attributiva del potere di ordinanza.

Con l'idea « dell'abuso del diritto » come limite indefinito di ogni diritto soggettivo, si è sicuramente facilitato una ricostruzione eguale dei limiti ai diritti dei cittadini di fronte al potere della pubblica amministrazione soprattutto di fronte a situazioni di « pericolo per l'incolumità pubblica ».

Pare più conforme al portato storico dell'istituto, nonché all'analisi teorica qui condotta, ritenere che l'ordinamento offra una maggiore sensibilità verso determinati diritti o interessi, piuttosto che verso altri, ammettendo solo per taluni di essi ampie limitazioni a favore di interessi pubblici ritenuti preminenti (14).

---

(14) Si veda C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, 6-8, il quale distingue fra concezioni « funzionali » e « individuali » del diritto soggettivo, la prima propria dell'art. 41, la seconda meglio si attaglierebbe all'art. 21 Cost.

Nelle sentenze che si sono esaminate affiora invece l'idea di un potere di ordinanza che interagisce con l'ordinamento in modo indifferenziato, il cui contenuto ammissibile è regolato solo dal grado di impellenza e gravità del pericolo pubblico, senza riferimento alcuno alle scelte dell'ordinamento poste nelle norme che di volta in volta regolano il grado di pregnanza, non tanto dell'interesse pubblico in sé e per sé considerato, quanto piuttosto dell'interesse pubblico in relazione agli altri interessi che al primo si contrappongono.

Differenze di interessi e della loro rilevanza giuridica ai quali non possono non seguire differenze di valore che sono scelte accolte, o poste, dall'ordinamento giuridico.

3. *Argomenti (segue): non ogni esercizio di diritti costituzionalmente garantiti è tutelato dalla Costituzione; l'esercizio di un diritto sia pur costituzionalmente tutelato non può ledere altrui diritti egualmente tutelati. Critica.*

La critica ora avanzata all'argomentazione che fonda l'ammissibilità di contenuti del potere di ordinanza a delimitazione dei « non diritti » (« abuso ») pare mantenere una propria validità anche per altre motivazioni addotte in giurisprudenza sempre per casi di esercizio del potere di ordinanza in relazione a diritti di libertà.

L'argomento logico non pare molto diverso, muta radicalmente la sua esposizione, sia per i dati nuovi di cui si appropria, sia per il lessico in gran parte ammodernato.

Si recuperano opinioni care alla dottrina di inizio secolo (15) nelle quali si esprimevano forti perplessità in ordine a « divieti assoluti » di svolgere una data attività economica, per-

---

(15) E. Bonaudi, *I provvedimenti*, cit., (1907), 204; F. Cammeo, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1905, 258, e nota 4.

ché considerati una vera e propria negazione del diritto e non una sua semplice regolamentazione.

Il varco al potere di ordinanza non è in questo caso fornito direttamente con riferimento ad una qualificazione di sfavore (abuso, illecito, ecc.) di comportamenti d'esercizio del diritto.

L'affermazione è presentata come risultato della dimostrazione e non come presupposto dell'argomentare, ma è un'illusione fugace che scompare in poche righe rivelando in breve il proprio vero contenuto.

L'idea che pare accomunare tutte le decisioni dell'epoca, in gran parte della terza sezione della Corte di Cassazione (16), è quella che non ogni esercizio di un diritto costituzionalmente garantito è esso stesso, per ciò solo, tutelato dalla Costituzione.

L'argomento a rincalzo accede ad un distinguo: "vuoi perché il diritto tutelato in Costituzione trova altro diritto che nella stessa è salvaguardato" (tesi che si denomina dell'equo contemperamento, o equivalenza), "vuoi perché la Costituzione non ha inteso garantire ogni esercizio del diritto da essa riconosciuto" (tesi che si denomina della necessaria limitatezza della tutela) (17).

L'elemento di novità rispetto alle ipotesi precedenti è altresì offerto dalla presenza di una Costituzione a struttura rigida.

Non potendosi negare la presenza di norme costituzionali a tutela del diritti che sono coinvolti dal potere di ordinanza, si tenta di procedere ad un loro depotenziamento.

L'operazione logica ha l'intento oggettivo di pervenire a

---

(16) Cass. pen., sez. III, 5 aprile 1952, Tanzi, in *Giust. pen.*, 1952, II, 913; 8 luglio 1951, Zanirato, *ivi*, 323; 19 ottobre 1950, Simsig, *ivi*, 1951, II, 329; 5 maggio 1951, Zoli, in *Foro it.* 1951, II, 121; 25 gennaio 1951, Durvilli, in *Giust. pen.*, 1951, II, 465.

(17) Si veda Corte costituzionale, 19 giugno 1958, n. 36, nonché le annotazioni critiche di V. Crisafulli e C. Esposito esposte in *Giust. cost.*, 1958, 486.

legittimare alcuni contenuti del potere di ordinanza, qualsiasi contenuto « strettamente utile all'impellente tutela degli interessi pubblici ».

Sia la tesi dell'equo contemperamento (il mio diritto termina ove inizia quello altrui), sia quella della necessaria limitatezza della tutela (il diritto è comunque limite) esprimono, ove li si intenda in senso proprio e non generico, un lato negativo ed uno positivo che non pare riescano tuttavia a fondare un potere di ordinanza capace di attribuire alla pubblica amministrazione la « libertà » di autodeterminare i contenuti del potere stesso con limitazione di diritti a rilevanza costituzionale.

La tesi dell'equo contemperamento ha il merito di far affiorare all'analisi la presenza di un conflitto fra diritti costituzionali.

Il risvolto negativo al quale si faceva cenno vuole indicare in via puramente generale che il riconoscimento di un diritto soggettivo da parte dell'ordinamento è sì una tutela, ma è anche una definizione di limite della difesa accordata dall'ordinamento, vuoi considerando la definizione del diritto soggettivo in sé e per sé, vuoi per la presenza di altre eguali posizioni soggettive.

L'affermazione pare incontestabile, ma non riesce a far comprendere se un dato e concreto contenuto del potere di ordinanza coincida con siffatto limite; ancor più, non riesce da tale limite a fondare i contenuti del potere.

Fuori da norme di diritto positivo non è possibile fondare alcuna relazione teorica di continuità fra limiti posti ad una determinata posizione soggettiva e contenuti attribuiti ai poteri della pubblica amministrazione.

Si è già avuto modo di precisare che la semplice negazione nell'uno (diritto) non valga affermazione nell'altro (potere pubblico).

Il risvolto positivo pare invece voler indicare che il diritto (obiettivo) è sicuramente mediazione ed equo contemperamen-

to, ma da ciò non consegue che il diritto (soggettivo) sia sempre attribuzione di una eguale tutela giuridica, né può significare che le posizioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento siano poste in un ordine geometrico perfetto, nel quale è possibile affermare che ove termina la tutela giuridica dell'una abbia inizio quella altrui (potere della pubblica amministrazione, o altri diritti soggettivi).

Forse, escludendo la sfera del giuridicamente irrilevante, si può al più ritenere che questo sia il risultato al quale debba pervenire qualsiasi ordinamento che voglia dirsi unitario, o più semplicemente fondato su un principio di intrinseca non « contraddittorietà ».

Risultato interpretativo e non dato definitorio preesistente.

Un conflitto occasionato fra posizioni giuridiche tutelate in norme generali ed astratte importa, in prima approssimazione, una sovrapposizione fra sfere giuridiche tutelate dall'ordinamento. Se questo è il dato normativo di partenza, dallo stesso deve avere inizio l'argomentare.

L'interprete di fronte a tale conflitto di interessi si adopererà in varia guisa, fruendo di tutte le tecniche interpretative conosciute per dissolvere l'antitesi.

Vero è che soluzioni diverse saranno reputate idonee in differenti epoche storiche, diverse soluzioni forse anche in una stessa epoca, ma tutte non potranno non esprimere una scelta di prevalenza di una posizione giuridica sull'altra, rivelando i diversi giudizi di valore che in un dato periodo sono imperanti nell'ordinamento, in quell'ordinamento.

L'idea secondo la quale « il mio diritto (soggettivo) termina ove ha inizio quello altrui », si rivela dunque come un'eccessiva sintesi, incapace di rappresentare il reale modo di porsi dei rapporti giuridici fra i soggetti di un ordinamento.

Cattiva rappresentazione alla quale consegue nel caso di specie una errata ricostruzione del modo di operare della disposizione attributiva del potere di ordinanza.

Rappresentazione cui segue l'idea, già criticata, secondo la quale è sufficiente enunciare un limite (al diritto soggettivo) per considerare ammesso il corrispondente contenuto del potere dell'autorità.

Ritornare sull'esempio fornito dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione può essere utile per una maggiore intelligenza di quanto si è voluto asserire.

La collisione fra il diritto di manifestare il proprio pensiero, o di stampa, e diritto alla « privacy » (o diritto a non esprimere il proprio pensiero ove richiesti di una firma per una petizione al Parlamento) può essere risolto, sia qualificando come « abuso talune modalità di esercizio del diritto di stampa », sia ritenendo, al contrario, pienamente legittimo un uso del diritto stesso anche a scapito di ... una suonata di campanello in più, o pazientando di fronte ad una domanda alla quale il destinatario possa rispondere, o non rispondere, senza perciò divenire soggetto passivo di uno dei reati previsti nella parte speciale del codice penale.

Occorre una scelta che non può non essere rinvenuta in norme di diritto positivo, ovvero nelle interpretazioni che delle stesse sono consentite da un determinato ordinamento.

Nel caso delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza la ricerca dovrà avvenire, senza inesplicate coperture lessicali (18), fra i precetti posti dall'ordinamento generale in via esplicita (leggi ed atti ad essa equiparati), o implicita (interpretazioni), risolvendo ciò che appare un « conflitto », o una « lacuna », nelle disposizioni a tutela degli interessi giuridicamente rilevanti.

Quanto proposto si pone come critica allo schema interpretativo seguito dalle sentenze della Corte di Cassazione qui ricordate, nelle quali l'argomentare appare tronco poiché il ragionamento induce, ma non perviene ad una conclusione.

---

(18) A favore delle critiche indicate in testo: P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 114.

Sia l'idea dell'equo contemperamento, sia quello della limitatezza della tutela, sia ancor prima quella « dell'abuso del diritto », aprono (inducono) ai limiti che l'ordinamento pone alle posizioni soggettive da esso stesso riconosciute.

A tal punto però il ragionamento rimane sospeso e non si sente più il bisogno di comprendere quali percorsi, quali conclusioni (quali diversi limiti), l'ordinamento offra per ogni tipologia di interessi giuridicamente rilevanti.

Una volta capito che un limite sussiste occorre comprendere quale contenuto esso assuma nei vari casi, o quanto meno attraverso quale procedimento l'ordinamento giunge a porlo.

Diversamente parrebbe di veder enunciato un proposito che non viene in realtà perseguito.

Un risultato è tuttavia subito raggiunto: la sola proposizione dei limiti (« abuso », limitatezza della tutela, ecc.) già individua una scelta ricostruttiva che, malgrado gli intenti più o meno esplicitati, vale oggettivamente ad escludere ogni interpretazione del potere di ordinanza che ritenga all'amministrazione la scelta dei contenuti del potere indipendentemente dalle indicazioni di valore espresse dall'ordinamento legislativo.

4. *Le S.U. della Cassazione (n. 2068 del 1958) e la possibilità per il potere di ordinanza di inventare nuovi limiti ai diritti. La vecchia tesi della « salus rei pubblicae » e la critica desumibile dalla necessità come fonte del diritto (rinvio).*

La prima sentenza della Corte costituzionale del 2 luglio 1956, n. 8 citata, nel pervenire alla dichiarazione di infondatezza della questione proposta sull'art. 2 del R. d. n. 773 del 1931, avvertì che la formulazione dell'articolo avrebbe potuto dare adito « ad arbitrarie applicazioni », ove si fossero affermate interpretazioni diverse da quella prescelta dalla stessa Corte.

« Ma in tal caso — soggiungeva la Corte costituzionale —

l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale ».

Nel quinquennio immediatamente successivo la preoccupazione a suo tempo espressa avrebbe trovato piena conferma in eventi importanti nella storia del potere di ordinanza che, solo per comodità di sintesi, vengono qui richiamati attraverso le due sentenze che hanno assurto a maggior notorietà.

Le « interpretazioni diverse » sopraggiungono direttamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a due anni di distanza da quello che può forse definirsi "l'ammonimento", o più semplicemente l'enunciazione di una riserva al dispositivo di rigetto della questione di costituzionalità della Corte costituzionale n. 8 del 1956.

Bisogna attendere la sentenza del 27 maggio 1961, n. 26, cit, della Corte costituzionale per ottenere la censura ormai da tempo auspicata dell'articolo 2 da ultimo citato, con l'ormai noto dispositivo di accoglimento della questione di costituzionalità « nei sensi e nei limiti indicati in motivazione. ».

La decisione dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2 del R. d. n.773 del 1931, cit., ma soprattutto è negazione delle interpretazioni nel frattempo avanzate in « qualche pronuncia giurisprudenziale » (19) .

Diviene così importante una breve analisi di quella sentenza che, a buon conto, può considerarsi ad un tempo l'interpretazione più ardita, ma più chiara, di tutta la giurisprudenza che precede.

In tale sentenza non è possibile ritrovare quelle contraddizioni fra motivazione e dispositivo sinora riscontrate, né quella reticenza a concludere la ricostruzione ermeneutica intorno al potere di ordinanza che si è poc'anzi riscontrata.

La tesi di un potere di ordinanza « libero » di autodetermi-

---

(19) Sono parole della Corte costituzionale nella sentenza 27 maggio 1961, n. 26, cit.

nare qualsivoglia contenuto autoritativo, anche a limitazione di diritti costituzionalmente garantiti, è assunta sin dall'inizio come ipotesi ricostruttiva preferenziale del modo di operare del potere di ordinanza nel nostro ordinamento giuridico.

Si prescinderà qui da alcune facili critiche che in verità provano troppo e non colgono nel segno; si cercherà piuttosto di individuare quello che ad una attenta disamina si ritiene essere il vero punto nodale dell'argomentazione a suo tempo proposta.

Questo è sicuramente il momento di maggior forza teorico e ad un tempo di caduta (per l'intervento della Corte costituzionale n. 26 del 1961, cit.) del costrutto più volte avanzato in ordine al contenuto « libero » del potere di ordinanza.

Il 16 giugno 1958, le sezioni unite della Corte di Cassazione depositano la sentenza n. 2068 (20) con la quale hanno deciso che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia in ordine al sequestro di stampati disposto dalla pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 2 del R. d., n. 773 del 1931 citato.

La disposizione (art. 2 cit.), affermano le sezioni unite, « attribuisce al prefetto il potere eccezionale, nelle circostanze di urgenza o di grave necessità, e per la superiore (21) esigenza della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, di disporre temporaneamente di qualsiasi diritto dei cittadini, degradandolo ad interesse legittimo (c.d. diritto affievolito) e quindi di comprimere anche il diritto alla libertà di stampa. » (22)

---

(20) Se ne veda il testo in *Foro it.*, 1958, I, 1092, con commento di S. De Fina, *Libertà affievolita.*., cit. La sentenza della Cassazione conferma App. Roma, 14 luglio 1959, in *Foro it.* 1959, I, 1754. Contrari alle interpretazioni delle sentenze che precedono: Cass. pen., sez. III, 27 maggio 1955, Tombesi, in *Giust. pen.*, 1955, II, 970; con diversa motivazione, ma pur sempre contraria: Trib. Milano, 9 dicembre 1960, Pizzigoni, in *Foro it.*, 1960, II, 20.

(21) Il corsivo è nostro.

(22) Corte Cass., Sez. un., 16 giugno 1958, n. 2068, cit.

L'esistenza di un potere di ordinanza di sequestro di stampati non è solo decisa negando la giurisdizione del giudice ordinario ed affermando quella del giudice amministrativo, ma pare ampiamente motivata con convinzione. Le Sezioni Unite, liberatesi agevolmente dei problemi generali di costituzionalità posti dagli art. 76 e 77 Cost. e dalle riserve di legge, rivolgono subito l'attenzione al caso di specie per verificare la compatibilità dell'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931, che ha consentito il sequestro disposto dalla pubblica amministrazione, con l'articolo 21 della Costituzione.

Il comma III dell'art. 21 cit, consente il sequestro di stampati soltanto « per atto motivato dell'autorità giudiziaria », o nei casi di assoluta urgenza « da parte di ufficiali di polizia giudiziaria », salvo convalida dell'autorità giudiziaria stessa, nelle ipotesi di « delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi », o nelle ipotesi di « violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili ».

Il raffronto con il chiaro dettato costituzionale è operato dalle sezioni unite in base a due argomentazioni di rilievo che non appaiono del tutto persuasive ed esaustive (23), ma che negli intenti avrebbero voluto superare le obiezioni che si erano prospettate contro il sequestro di stampati deciso con potere di ordinanza.

La prima argomentazione ritiene che le ipotesi di ammissibilità di sequestro di stampati enunciate dalle vigenti leggi sulla stampa (24), non avendo contemplato le situazioni di « urgenza » o di « grave necessità pubblica », non impediscono alla disposizione (di *legge*), attributiva del potere di ordinanza, di accogliere nella propria sfera di efficacia tutte le ipotesi impreve-

---

(23) Non è toccato il problema della imputazione soggettiva attiva, che la Costituzione consente al più agli ufficiali di polizia giudiziaria.

(24) D. lg., 14 gennaio 1944, n. 14 e D. lg., 31 maggio 1946 n. 561; l. 8 febbraio 1948, n. 47 che consentono il sequestro di pubblicazioni, solo in

dibili ed impreviste di necessità di tutela di interessi pubblici attraverso un sequestro di stampati.

Il *numerus clausus* (tassatività) delle ipotesi indicate dalla legge sulla stampa permarrebbe dunque solo per le situazioni non d'eccezione (grave pericolo pubblico, necessità e urgenza).

Le Sezioni Unite possono concludere che l'ordinanza che dispone il sequestro di stampati è « conforme ai principî dell'ordinamento giuridico », poiché — e questa è la seconda argomentazione di rilievo- « la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica costituisce *un'esigenza preminente* (25), che può consentire perfino di derogare alle leggi vigenti ».

Le due argomentazioni non sono indipendenti, sicuramente si richiamano, ma entrambe esprimono qualcosa di proprio che non è presente in entrambe.

Coordinando le due argomentazioni si può pervenire alla conclusione che la norma attributiva del potere di ordinanza esplica un'efficacia derogatoria, non solo delle disposizioni di legge che puntualmente definiscono i casi in cui si possa procedere ad un sequestro di stampati, ma altresì degli stessi giudizi di valore che tali disposizioni di legge esprimono (26).

Giudizi di valore che le leggi sulla stampa definiscono ritenendo ammissibile la compressione della libertà di stampa solo a fronte di taluni interessi pubblici considerati più meritevoli di tutela di altri interessi (privati o pubblici) che ai primi si contrappongono.

---

forza di sentenza irrevocabile dell'autorità giudiziaria, o in casi di oscenità, di offesa alla pubblica decenza, ovvero in caso di stampa clandestina o non riconosciuta, di violazione della legge sul riposo festivo.

(25) Il corsivo è nostro.

(26) Il giudizio di valore definito dai casi in cui è consentito il sequestro di stampati: « delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi », o nelle ipotesi di « violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili ».

Nella sentenza delle sezioni unite della Cassazione la conformità ai principî è intesa in senso assoluto ed « a priori » (27): l'interesse pubblico per la tutela dell'ordine e della sicurezza è ritenuto « un'esigenza preminente », non verificabile di volta in volta in base agli interessi che in concreto ad esso si sono contrapposti.

I principî dell'ordinamento giuridico a loro volta non sono pensati come norme che esprimono giudizi di valore in ordine al maggior favore che si è voluto accordare a determinati interessi piuttosto che ad altri.

La Corte di Cassazione parrebbe voler favorire la individuazione di un unico principio: la prevalenza dell'interesse pubblico (ordine sicurezza pubblica) su qualsivoglia altro interesse che ad esso si contrapponga. La conformità ai principî non è più pensata come verifica caso per caso del contenuto delle singole ordinanze ai giudizi di valore espressi dall'ordinamento così come aveva pensato la Corte costituzionale nella sua sentenza n. 8 del 1956 citata (28).

Il principio è presentato come utile per fondare un potere della pubblica amministrazione che, in situazioni di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, consente di subordinare

---

(27) Si vedano le pagine critiche in ordine alla esperienza della giurisprudenza della Suprema Corte degli Stati Uniti d'America di A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Roma, Bulzoni, 1974, pag. 254 e s. e nt. 222.

(28) In verità il passo della sentenza della Cassazione civile, sez. un., 16 giugno 1958, n. 2068, cit., non è così univoco: « Non è, poi, da parlare di violazione dell'art. 21 Costituzione. I provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti del cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta « in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente ». Tuttavia il dispositivo dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

qualsivoglia diritto del cittadino agli interessi pubblici « in pericolo » (29).

L'interesse pubblico diviene per definizione limite assoluto (e non in relazione ai diversi interessi pubblici coinvolti) del diritto soggettivo senza specificazione alcuna (di proprietà, di iniziativa economica, di pensiero, ecc.) con conseguente affievolimento di qualsiasi diritto soggettivo tutte le volte che si faccia uso del potere di ordinanza a tutela di interessi che possano trovare qualificazione pubblica.

Il principio pare porsi esso stesso come unica norma attributiva del potere di ordinanza e le disposizioni di legge (art. 2 del R. d. n. 773 del 1931, cit., ecc.) divengono in tal guisa ridondanti, cioè non farebbero che ribadire quanto è già più autorevolmente posto dall'ordinamento nel suo complesso (*primum vivere*).

Dell'esistenza di un simile principio si offre solo un'apodittica affermazione.

L'ambiguità è tanta, ma non si può negare che è utile per affrettare la conclusione della tesi patrocinata dalla Cassazione, elidendo in poche righe i profili di maggior difficoltà interpretativa.

Con il richiamo al principio « *primum vivere* » si vuole consentire la legittimazione di ogni limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti utile a sostenere la difesa dell'*interesse pubblico*; al contempo con il riferimento alle disposizioni di legge attributive del potere di ordinanza (art. 2 cit., ecc.) si tenterebbe di mantenere possibile il riferimento al « carattere amministrativo » delle ordinanze che di esso sono esercizio.

Ad un riscontro analitico il costrutto non pare uscire in-

(29) La tesi qui esposta può essere confusa con quella dell'abuso del diritto, ma il costrutto ci pare in verità diverso. In un caso si cerca di recuperare al contenuto del potere di ordinanza i limiti (in qualità di abuso) posti ai diritti dei cittadini, nell'altro si ritiene esistente un potere fondato su un principio generale capace di per sé di creare siffatti limiti.

denne dalle critiche già presenti in un dibattito che sul punto è piuttosto risalente nel tempo.

Ciò che maggiormente urta con il riscontro teorico è la definizione del raffronto del conflitto di interessi fra potere pubblico e potere privato come se le circostanze fossero giunte al punto di legittimare l'intervento del potere costituente, ovvero, più pacatamente, la enunciazione della presenza di un unico « interesse pubblico » (in sé superiore), dimenticando che l'ordinamento giuridico ne conosce più di uno e che inoltre per ognuno di essi offre la definizione dei confini entro i quali gli stessi siano da considerarsi meritevoli di tutela.

A ciò si aggiunga che le più importanti articolazioni degli istituti di diritto pubblico « di necessità » (stato di assedio, decreto legge anteriore alla disciplina del 1926, ecc.) sono già stati analizzati sotto la denominazione, a quel tempo molto nota, della « *salus rei publicae suprema le esto* ».

Si avrà modo di ripercorrere i passi principali del dibattito svoltosi anni or sono al fine di recuperare utili argomenti per dissolvere ogni dubbio sulla convenienza di impostazioni giurisprudenziali eguali a quelle prescelte dalle Corte di Cassazione con la sentenza da ultimo indicata (30).

Il risultato dell'analisi consentirà di far luce sulle possibilità teoriche e sulle conseguenze inevitabili di ogni scelta che tenti di fondare nell'ordinamento un potere della pubblica amministrazione che è capace di inventare, sia pure in situazioni di necessità e urgenza ed in via puntuale e concreta, limiti ai diritti dei privati non già presenti in norme dell'ordinamento.

Ora pare sufficiente aver chiarito che ogni qualvolta si tenti di legittimare un contenuto del potere di ordinanza non già previsto dall'ordinamento ci si trova di fronte ad una alternativa.

---

(30) Fra i tanti richiama la « *salus rei publicae...* » per il potere di ordinanza di necessità e urgenza: F. D'ALESSIO, *Commento alla legge comunale e provinciale*, Torino, Utet, 1936, 41 e s., sp. 43, nonché 99-100.

Riconoscere che in realtà si è di fronte ad una eccezionale ridefinizione dei diritti, o dei poteri, pubblici e privati, da parte di un atto al quale è normalmente vietata tale efficacia per la presenza del principio di legalità (atti amministrativi).

Al contrario ammettere che la formulazione di un principio generale insito nel sistema, o l'idea di un « abuso dell'esercizio di un diritto », nascondono, a ben vedere, una intermediazione di atti, o fatti, con forza di legge, o ad essa equiparati, che aprono al potere amministrativo lo spazio giuridico necessario per una tutela degli interessi pubblici posti in pericolo in un caso concreto.

Secondo quest'ultima alternativa ne deriva che, se questo spazio non viene aperto alla pubblica amministrazione, l'interesse definito pubblico potrebbe anche non riuscire a trovar tutela in via autoritativa, o quanto meno non potrebbe validamente essere soddisfatto attraverso il potere di ordinanza di necessità e urgenza, inteso per tale quello che è stato previsto dal nostro ordinamento in leggi ordinarie.

La prima soluzione che pare accolta dalla Cassazione del 1958 è stata quella che ha obbligato la Corte costituzionale a mutare il dispositivo di accertamento della questione di costituzionalità sull'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931 t.u.l.p.s., passando da una sentenza interpretativa di rigetto ad una decisione che si è denominata interpretativa, o secondo altri parziale, di accoglimento.

Capitolo VI

IL LIMITE DEI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. *Il limite dei principî dell'ordinamento giuridico al potere di ordinanza come limite di esistenza autonomo rispetto a quello imposto dalle riserve di legge.*

La difficoltà di trovare una esauriente spiegazione ai limiti che attengono al contenuto del potere di ordinanza non può dirsi conclusa con l'interpretazione dei vincoli costituzionali imposti dalle riserve di legge assolute e relative. Quest'ultime sono soddisfatte per ciò che attiene agli elementi di esistenza del potere laddove il soggetto attivo, l'oggetto (o prestazione imposta) ed il soggetto passivo siano individuati in legge.

Non sempre tuttavia tale indicazione è sufficiente a comprendere ogni limite (di esistenza) al potere di ordinanza della pubblica amministrazione. La considerazione risulta comprensibile con particolare evidenza ove si debba soffermare l'analisi su ipotesi di prestazioni di « facere » imposte dalla pubblica amministrazione, le quali sicuramente trovano in legge (1) la norma che consente alla stessa di richiedere prestazioni conformi alla propria « arte, professione o mestiere », ma che non paiono in ciò esaurire tutte le istanze di « legalità sostanziale » poste dal potere di ordinanza di necessità e urgenza.

Meno evidente può apparire invece la considerazione sopra esposta ove il potere di ordinanza intervenga sul diritto di

---

(1) Si veda l'articolo 258 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, t. u. delle leggi sanitarie.

proprietà imponendo ai destinatari di lasciare in disponibilità della pubblica amministrazione beni mobili, o immobili.

La previsione legislativa dell'art. 7 L. 22 marzo 1865, n. 2248 All. E, (in combinato disposto con il più recente art. 42 c. III Cost.) appare infatti sufficiente a soddisfare ogni limite di esistenza del potere di ordinanza.

Sul piano teorico la distinzione può essere colta ponendo mente al diverso significato che esiste fra la semplice necessità di previsione in legge della prestazione imposta e la vera e propria indicazione dei beni giuridici contrapposti (interessi pubblici, ovvero interessi privati) con relativo giudizio di valore di prevalenza, o soccombenza, dell'uno sull'altro.

Più in generale è possibile affermare che vi sono imposizioni che per il loro contenuto determinato dal legislatore non possono, nella loro definizione astratta, consentire l'individuazione a priori delle posizioni soggettive sacrificate e degli interessi pubblici fatti valere nei casi concreti dalla pubblica amministrazione. Dalla previsione astratta — per ritornare all'esempio — di disponibilità alla pubblica amministrazione di ogni prestazione conforme alle proprie capacità personali (condizione, arte, o professione, nell'art. 258 cit.) non si riuscirà mai ad evincere quali posizioni soggettive potranno essere di volta in volta sacrificate e di converso quali interessi la pubblica amministrazione potrà esaudire con l'ordine (2).

Al contrario ogni ordine che imponga la semplice disponibilità verso la pubblica amministrazione di beni in proprietà di soggetti terzi, salvo indennizzo, nulla esprime di diverso dal concetto di "monetizzazione" della proprietà privata sancita in

---

(2) Vi è differenza fra imporre prestazioni di due ore, ovvero di otto, o sedici, al giorno, non solo sul piano materiale, ma anche su quello giuridico: nel secondo caso (otto ore) viene in gioco anche la tutela costituzionale della libertà di scelta delle proprie attività lavorative, ovvero della libertà di iniziativa economica privata; nel terzo il diritto alla salute, alla famiglia, alla predeterminazione in legge dei limiti massimi della durata giornaliera di lavoro.

via generale e astratta all'art. 7 della legge del 1865, cit. e dall'art. 42 Cost.

In quest'ultimo caso parlare di necessità di previsione legislativa della prestazione imposta (riserva di legge) e di recezione da parte del potere di ordinanza del giudizio di valore fra beni giuridici contrapposti espresso dall'ordinamento, è perfettamente identico, poiché la stessa previsione astratta ritiene già nella propria definizione qualsiasi interesse pubblico come prevalente sul diritto di proprietà.

È possibile ipotizzare dunque ché tale caratteristica venga a riproporsi ogni qualvolta un ordine della pubblica amministrazione ricalchi una definizione astratta dalla quale siano desumibili i tre elementi essenziali di definizione del contenuto del potere: i due beni giuridici contrapposti ed i limiti del giudizio di valore di prevalenza dell'uno sull'altro (3).

Tuttavia sul punto l'analisi deve essere condotta con precisione poiché a volte l'ordinanza comprime più di un bene giuridico, a favore di più di un interesse pubblico, e di ciò può ritrovarsi, nella previsione legislativa della prestazione, solo una parziale identificazione degli interessi, pubblici e privati, con relativo giudizio di prevalenza.

Diverso è infatti requisire alloggi non occupati, o occupati; poiché nel primo caso è quasi da escludere ogni rilevanza diversa dalla semplice soccombenza del diritto di proprietà, ove nella seconda ipotesi la presenza di inquilini, o di occupanti *si-*

---

(3) In altre parole vi deve essere nell'ordinanza il riproporsi del giudizio di prevalenza espresso dall'ordinamento fra beni giuridici contrapposti. Nel caso di disposizione della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione l'interesse a favore del quale questa emana l'ordine può essere qualsiasi che assuma rilevanza pubblica. La considerazione è utile per spiegare l'assenza nella norma di legge attributiva del potere di disporre la proprietà privata di ogni riferimento specifico a qualche particolare interesse pubblico. Tale assenza è scelta dell'ordinamento che vale subordinazione della proprietà privata a qualsiasi interesse riconosciuto come pubblico.

ne titulo, nell'immobile da requisire, pone già un conflitto fra gli interessi pubblici, o privati, che questi rappresentano, ed in ipotesi l'interesse pubblico a ricoverare i « senza tetto ».

In quest'ultimo caso la previsione astratta dell'art. 7 della legge n. 2248 All E del 1865, abol. cont. amm., cit., ed altre consimili, non consentono di racchiudere in sé ogni giudizio di prevalenza fra i beni giuridici espressi in quel caso dall'ordinanza.

Il discorso sin qui svolto evidenzia che non si può considerare la previsione in legge della prestazione imposta come capace di per sé di esaudire ogni esigenza di « legalità sostanziale », poiché, come é ormai chiaro, emerge sullo sfondo la relazione fra beni giuridici che non sempre la prestazione imposta consente di identificare in astratto (cioè anteriormente al puntualizzarsi del potere nel caso concreto) così come avviene dichiarando il diritto di proprietà disponibile ad ogni pubblico interesse.

Questo diverso modo di atteggiarsi del potere di ordinanza, a seconda che il contenuto prescelto dalla pubblica amministrazione incida su diritti dei privati già individuati nella definizione astratta del legislatore come subordinati all'interesse pubblico fatto valere in quel caso concreto, ovvero al contrario imponga puramente e semplicemente prestazioni conformi alla tipologia astratta prevista in legge, senza che da quest'ultima sia possibile individuare *ex ante* le posizioni soggettive sacrificate, né gli interessi pubblici affidati alle cure del pubblico potere, ci pare essenziale per approfondire il discorso intorno alla « legalità sostanziale » del potere di ordinanza.

Sul piano storico la giurisprudenza pare aver già da tempo rilevato la differenza, anche se per casi e con dispositivi di non facile interpretazione e che non sempre hanno consentito alla dottrina di pervenire a sintesi teoriche di immediata fruibilità.

In particolare il riferimento ai principî dell'ordinamento giuridico, come limite insuperabile dalla efficacia derogatoria

della disposizione attributiva del potere di ordinanza, non ha trovato esplicazione diversa dalla sua enunciazione di limite, valido per ogni ipotesi di potere di ordinanza.

Oggi pare invece possibile pensare che i principî dell'ordinamento assolvano, per i contenuti di esistenza del potere, ad una funzione di limite ulteriore rispetto a quella svolta dalle riserve relative di legge. Funzione, per cosi dire, di seconda istanza nella selezione dei contenuti ammissibili del potere di ordinanza, per le ipotesi in cui la previsione legislativa astratta di « prestazione imposta » non consenta di individuare *a priori* le posizioni soggettive che verranno sacrificate dal contenuto in concreto prescelto dalla pubblica amministrazione, né gli interessi pubblici che la stessa vorrà tutelare con l'atto amministrativo.

2. *Le prime enunciazioni ed i contestuali silenzi della dottrina intorno al limite dei principî.*

Le prime trattazioni successive alle leggi di unificazione del 1865, che incidentalmente, o con maggior pertinenza, si occupano della disciplina giuridica del potere amministrativo di necessità e urgenza, esprimono già una caratteristica che solo in parte può dirsi superata nella dottrina più recente.

L'indicazione dei principî dell'ordinamento giuridico come limite della potestà derogatoria attribuita alla pubblica amministrazione dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza pare enunciato dagli autori senza soverchie preoccupazioni, come portato, non solo indiscusso, ma in sé idoneo a esprimere un concetto preciso cui far sicuro riferimento, senza quegli adattamenti e precisazioni normalmente necessari nelle applicazioni ad istituti particolari fra i quali si annoverava il potere di ordinanza.

Pare in altri termini riproporsi un paradosso, secondo il quale le trattazioni di più ampio respiro teorico sui principî del-

l'ordinamento giuridico, giungono ad auspicare indagini di settore volte alla concreta individuazione e precisazione di ciò che solo per profili generali è stato loro possibile definire.

Nel « particulare » è frequente trovare recepito senz'altro l'enunciato « principi dell'ordinamento giuridico », quale implicita accettazione dei contributi ... « di cui altri si sono dovuti più propriamente occupare ».

In verità l'apparente sterile rinvio è rotto da una non casuale esemplificazione offerta normalmente dagli autori delle trattazioni di settore che meglio verrebbe definita coma vera e propria ricognizione giurisprudenziale.

Esempi dunque quanto mai preziosi, poiché forniscono quell'appiglio essenziale ad ogni tentativo di ricostruzione del significato effettivo del concetto da altri più genericamente contornato (4).

A tale profilo se ne aggiunge un altro che può dirsi definitivamente superato solo con gli autori del primo dopoguerra, che vede a fianco di apodittici enunciati sull'esistenza del limite dei principî, inspiegabili silenzi da parte di molti autori in scritti frequentemente coevi ai primi.

Affermazioni e silenzi dunque ancora nei primi vent'anni di questo secolo si affiancano e susseguono nel tempo, senza cenni di esplicazione, critica, o semplice smentita espressa di quella che dovrebbe intendersi come tesi opposta.

Non è chiaro infatti se negli autori che serbano il silenzio sui limiti dei principî dell'ordinamento sussista un vero e proprio convincimento sulla erroneità di tale limite per il potere di ordinanza, o non piuttosto la semplice intenzione di evitare enunciati che non hanno ancor trovato in sede teorica conveniente definizione.

La prima enunciazione a soli dieci anni dalle leggi di uni-

---

(4) Esemplificazioni, tuttavia, che non sempre seguono immediatamente all'enunciazione del limite dei principi.

ficazione è riscontrabile in uno studio monografico sul sindaco, nelle pagine dedicate ai limiti del potere regolamentare in materia di igiene pubblica ed al potere di questi di « vegliare acciocché si adempiano tutte queste necessarie cautele » (5). In sé dunque l'affermazione non è direttamente riferibile al potere di ordinanza, ma lo stesso autore nelle pagine immediatamente successive (6) ritiene il potere di ordinanza partecipe di gran parte delle questioni poco prima esaminate per il potere regolamentare del comune.

Il contesto dal quale è tratta la frase pare confermare il concetto dei principî come idea di sintesi casistica.

« Ben inteso però, che non si potrebbe (con l'esercizio del potere sindacale: n.d.r.) andare agli estremi con un sistema non più di vigilanza ma di angherie; poiché se è sacra l'igiene pubblica e deve cercarsi ogni via per mantenerla incolume, sacro è pure il diritto di proprietà, (a) danno del quale si può facilmente procedere qualora si esagerino le facoltà date dalla legge al sindaco; come pure è sacro il diritto del libero commercio, che di leggieri può essere violato, se l'autorità municipale pretende di ingerirsi soverchiamente. » (7).

Si consenta di sottolineare come l'autore, per individuare un limite al contenuto del potere dell'autorità, dichiari i diritti dei privati « sacri » al pari degli interessi pubblici ad essi contrapposti, con un chiaro ed evidente giudizio di equivalenza fra norme che tutelano gli interessi in conflitto.

Sul piano concettuale tale giudizio vale negazione di ogni prevalenza a priori dell'interesse pubblico su ogni diritto dei privati.

L'esemplificazione che segue è volta appunto a sottolineare la presenza di limiti all'interesse pubblico a favore del quale è attribuito il potere d'autorità.

---

(5) V. CONTI, *Il sindaco nel diritto amministrativo italiano*, Napoli, G. Marghieri Editore, 1875, 286-87.

(6) *Ibid.*, 295.

(7) *Ibid.*, 286.

« Così non si potrà per ragioni speciose impedire la vendita di più qualità di carne in un medesimo negozio, pretendere una chiave del macello, impedire lo smercio di carni macellate fuori del Comune, benché si possa assoggettarne l'introduzione e lo smercio ad una visita della Commissione municipale, acciocché se ne constati la salubrità; obbligare i macellai ad avere nel macello una determinata quantità di carne, e *fare altre simili disposizioni evidentemente contrarie ai principî fondamentali del nostro diritto pubblico* ».

« Quanto al pane ed altri commestibili ad alle bevande.... anche qui non si deve correre agli estremi. Potrà a mo' d'esempio imporsi ai fornai l'obbligo di essere in tutto il giorno provvisti di pane ... ma non potrà fissarsi di quale quantità di grano debba comporsi il pane; non potrà del pari stabilirsi l'applicazione di un bollo nel pane nell'interesse della pubblica igiene onde garantirne la bontà... non si può né si deve assoggettare la vendita di commestibili all'obbligo del permesso dell'autorità comunale, o sottoporre tutti i rivenditori di commestibili e di bevande ad una speciale ispezione prima di cominciarne lo smercio; *un tale vincolo ammesso per la vendita di carni, riuscirebbe eccessivo per tutti gli altri generi...* Queste massime sono stabilite da decisioni del Ministero dell'interno e da pareri del Consiglio di Stato. E basti di ciò. » (8).

Si perdoni l'eccesso, ma il passo consente di riassumere in poco più di mezza pagina i rilievi che si erano prima anticipati. « La contrarietà ai principî fondamentali del nostro diritto pubblico » è locuzione di sintesi di una casistica che attiene ai limiti di contenuto dei poteri dell'autorità, esempi che l'autore sente comunque il bisogno di riportare come unico fondamento, come unica esplicazione del limite del principî (« E basti di ciò »).

Nello stesso anno una miscellanea intitolata al diritto co-

---

(8) *Ibid.*, 286-287; i caratteri corsivi sono nostri.

munale (9), ma per gran parte dedicata alle ordinanze contingibili ed urgenti del sindaco, si profonde in una ricca casistica, senza mai tuttavia cennare ai « principî fondamentali dell'ordinamento ». Casistica che, si noti, tratta in maggioranza dalle sentenze delle Corti di Cassazione del tempo, abilitate a conoscere, non diversamente da oggi, dei diritti dei cittadini lesi da atti della pubblica autorità.

Tutti gli « esempi » già citati dal precedente autore sono qui riportati e ad essi si aggiungono ulteriori ampi riferimenti raccolti ed ordinati per problematiche principali.

Appaiono sintesi intermedie di una attività di riordino della, già a quel tempo, copiosa ed eterogenea produzione giurisprudenziale (e dei pareri del Consiglio di Stato), che non perviene tuttavia mai a pretese definitorie unitarie, volte cioè a evidenziare un unico referimento essenziale delle diverse ipotesi di limite al contenuto del potere di ordinanza.

A più di dieci anni di distanza l'episodio pare riproporsi con lievi modificazioni.

La sintesi è questa volta offerta da un autore (10) che, pur non menzionando direttamente i « principî fondamentali dell'ordinamento », esprime come limite al contenuto del potere di ordinanza quello « di non violare la legge ».

L'affermazione, che così posta è in sé generica, assume un significato che appare più perspicuo ove l'autore ritiene che il « sindaco, pria di emettere qualsiasi divieto, è necessario ed indispensabile che porti un accurato studio sulle leggi che vi abbiano attinenza, allo scopo di accertarsi che non sia vietato, perché in tal caso correrebbe rischio di vederlo dichiarato inattendibile. » (11).

---

(9) R. DRAGO, *Questioni di diritto comunale*, Genova, 1875, 117 e s.

(10) A. MARASCA, *Le azioni del privato contro gli atti urgenti municipali*, *Riv. giurispr. di Trani*, fasc. I-II dell' anno X, 1885, e I-II dell'anno XI, 1886, pag. 15 e 37 dell'estratto.

(11) *Ibid.*, pag. 15 dell'estratto.

Al potere di ordinanza, non é consentito, in altri termini, « proibire azioni che la legge permette » ed in tali casi « appartiene ai tribunali ordinari rilevarlo », giacché a questi appartiene il potere di « negare qualunque effetto giuridico a quelle ordinanze che avessero oltrepassati i limiti prefissi dalla legge in offesa del diritti civili e politici dei privati cittadini. » (12) Il divieto di violare la legge è posto in diretta relazione con la competenza del giudice ordinario, dunque con la difesa dei diritti soggettivi che si pretendano lesi dall'atto della autorità.

Vizio radicale dell'atto amministrativo, che oggi si definirebbe inesistente, in violazione di norme di relazione, o ancora per taluna giurisprudenza della Cassazione emesso in carenza di potere; limite, infine, che sicuramente attiene al contenuto dell'atto autoritativo.

Lo scritto è lodevolmente citato, un anno più tardi, da altro autore che non diversamente da molti serba tuttavia sul punto un rigoroso silenzio; l'autore evita ogni enunciato in qualche modo riferibile al concetto di sintesi dei « principî fondamentali dell'ordinamento » (13).

Nel 1893 si ha la prima chiara enunciazione dei principî dell'ordinamento come limite del potere di ordinanza contingibile ed urgente, anche se ancora, forse prudentemente, affiancato da altre locuzioni e specificazioni che vorrebbero meglio esplicitarlo.

---

(12) A. MARASCA, *Le azioni del privato...*, cit., 1886, pag. 37, ove il passo è tratto da Cassazione Roma, 6 luglio 1882, in *Manuale Astengo*, 1883, 45.

(13) CARULLO ASSUERO, *I provvedimenti contingibili ed urgenti del Sindaco*, in *La Legge*, 1887, II, 606 e s. La citazione di Marasca è a nota 15 col. 609. Di due anni più tardi sono gli scritti di C. ASTENGO, *Guida amministrativa, ossia commento della legge comunale e provinciale* (T. U. 10 febbraio 1889, n. 5921) e del regolamento per l'esecuzione, Tipogr. L. Cecchini, Roma, 1889, 973 e s.; SORO-DELITALA, *Le attribuzioni del Sindaco come ufficiale di governo*, in *Il Filangeri*, 1889, I, 400, e s.; entrambi gli autori seguono la linea del silenzio.

Dopo aver detto che in materia tanto « variabile » non può indicarsi una norma assoluta, ma l'azione del sindaco deve essere regolata da un criterio rigoroso e ponderato, enuncia i due caratteri della contingiblilità e della urgenza che deve possedere il fatto per legittimare l'azione del sindaco e soggiunge che vi è altra norma da tener presente.

« Il Sindaco non può, coi suoi provvedimenti adottare misure non consentite dalle leggi generali e dai principî che informano la legislazione e le istituzioni dello Stato, o che riguardano o governano interessi pubblici di un ordine più alto e più generale. » (14) .

Questa affermazione è di rilievo poiché oltre a costituire la prima enunciazione del limite dei principî delinea già chiaramente un altro aspetto di grande importanza che, come vedremo, è strettamente connesso al primo.

L'autore dichiara in tutta serenità la presenza di interessi pubblici, diversi da quelli a protezione dei quali il sindaco ha emanato l'ordinanza, che assumendo nell'ordinamento un « ordine più alto e più generale », si ergono a limite insuperabile per i contenuti del potere stesso.

Sotto altro profilo l'enunciazione esplicita del limite dei principî, che viene ripetuta nella riedizione del 1899 (15), pare porsi da un lato come spiegazione di ciò che si vuole espungere dal potere di ordinanza ove si afferma che: « gli atti di imperio del Sindaco non possono uscire dall'orbita assegnata al potere amministrativo »; d'altro canto l'enunciazione stessa dei principî pare offerta come sintesi di quell'esemplificazione, in verità casistica, cui si è fatto cenno.

L'esempio immediatamente successivo alla frase citata è infatti una nota ipotesi casistica che ritiene l'illegalità dell'ordi-

---

(14) T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale positivo*, Mantova, 1893, 56.

(15) T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova, 1899, 148- 149.

nanza del sindaco con la quale si vuole impedire l'ingresso nel comune delle persone provenienti « da luoghi colpiti da malattie diffusive » (16).

Infine compare la frase che, alcuni anni prima, fu utilizzata come sintesi di altre esemplificazioni: il sindaco in sede di poteri di ordinanza « non può vietare ciò che dalla legge è espressamente permesso » (17).

I principî e le scelte esplicite del legislatore sono affiancati come limiti dei contenuti ammissibili per il potere di ordinanza nel nostro ordinamento, anche se forse, senza una chiara percezione della differente natura e dei diversi effetti che derivano dall'una piuttosto che dall'altra ipotesi di limite.

Che il potere di ordinanza non possa uscire dall'orbita assegnata al potere amministrativo può ritenersi già in epoca anteriore al 1893 *jus receptum*, ma mai si era sentito il bisogno così stringente di procedere ad una sua recisa enunciazione.

Enunciazione la quale, non appena si tenti di dare ad essa congruo svolgimento, rifluisce nella duplice direzione della esemplificazione (casistica) in ordine ai contenuti ammissibili del potere, ovvero della enunciazione del limite dei « principî » quale limite insuperabile dal potere di ordinanza.

Natura amministrativa del potere di ordinanza, presenza di contenuti che in via assoluta (limiti di esistenza) non possono essere assunti dall'atto, principî fondamentali dell'ordinamento come locuzione di sintesi di tali limiti, sono tutti presentati come tre elementi inscindibili di un unico concetto, in cui l'uno corre all'altro per ritrovarvi fondamento, precisazione, e più genericamente, conforto esplicativo.

---

(16) T. CARNEVALI, *Trattato*, ed. 1893, 55-56; per il caso se ne veda la vicenda in E. BONAUDI, *Dei provvedimenti*, cit., 1907, 239-240.

(17) T. CARNEVALI, *op. ult. cit.*, 56-57. È frase che già si ritrova in A. MARASCA, *Le azioni*, 1886, pag. 37.

La conclusione diviene agevole ed immediata: i principî assumono la funzione di garanzia della permanenza del potere di ordinanza nell'« orbita assegnata al potere amministrativo ».

Tale assetto definitorio di fine secolo (1893) costituisce conclusione che ritroviamo quasi letteralmente a molti anni di distanza nel dispositivo-motivazione della ormai nota sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 (18).

Scompare nuovamente ogni riferimento ai « principî » in autori che scrivono anch'essi sul finire del secolo (19), in un altalenarsi di affermazioni e silenzi cui, neppure l'autorità del Cammeo pare riuscire a porre rimedio (20).

Molti infatti sono gli autori che per lo più in trattazioni

---

(18) Si riporta il brano della sentenza della Corte cost. n. 26 del 1961, cit., per comodità del lettore: « Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti (d'ordinanza di necessità e urgenza: n.d.r.) finché si mantengano nei limiti dei principî dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato all'attività degli organi legislativi (,) né a quella di altri organi costituzionali dello Stato... i provvedimenti ex art 2, ove non contrastino con i principî dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi ». « Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto del principî dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile...un'applicazione della norma, tale da violare i diritti del cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. ».

(19) G. Saredo, *La nuova legge sulla Amministrazione comunale e provinciale commentata con la dottrina, la legislazione comparata e la giurisprudenza*, vol.III, Torino, Utet, 1895 pag. 388 e s.; L. Frezzini, voce Sindaco del *Digesto italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1895-1902, 480 e s.

(20) F. Cammeo, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte II, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1905, pag. 288 ove si enunciano i « principî generali della nostra legislazione » come limite al potere sindacale cóntingibile ed urgente. Ma vedasi, alle pagine 258-259, la precisazione del concetto principî con riferimento ai regolamenti comunali praeter legem, che incontrano per l'autore lo stesso limite del potere di ordinanza.

istituzionali, dovendo parlare del potere di ordinanza, nulla dicono in via esplicita del limite del principî (21).

Nei primi vent'anni del secolo sono il citato scritto del Cammeo e le due edizioni del Bonaudi (22) sui provvedimenti di urgenza del sindaco a consentire di trasmettere l'enunciato del limite del principî dell'ordinamento giuridico alla dottrina della prima metà del novecento, epoca in cui si ridesta in Italia un forte interesse, anche fra gli studiosi di diritto pubblico, intorno ai « principî generali del diritto ».

Per il Cammeo le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti ed i regolamenti abilitati a disporre « *praeter legem* » non possono discostarsi dai principî generali della nostra legislazione. Non possono mai in altri termini: « ... sopprimere il diritto di proprietà o la libertà commerciale pur potendo regolarlo »; « non conformarsi al principio di eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, con esenzioni indebite »; « ... imporre per la

---

(21) U. Forti, *Sulle attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo*, in nota a: Cassazione Roma, 18 marzo 1904, in Giur. ital., 1905, I, 1, 15, che nulla dice sui principî al pari di: S. Marchi, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Primo trattato completo*, cit., a cura di V. E. Orlando, cit., vol. II, parte I, Milano, 1907-1932, pag. 382 e s.; V. Brondi, *Appunti delle lezioni di diritto amministrativo*, a cura di U. M. Tavella e P. Castelli, Torino, 1909-1910, 505 e s.; V. Brondi, *Appunti...*, cit., II ed., 1911-12, 438 e s.; U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, in *Primo trattato*, cit., a cura di V. E. Orlando, cit., vol. II, parte II, Milano, 1915, pag. 190 e s. Ancora, ma ci pare inconferente per l'essenzialità della trattazione: V. E. Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, II ed., 1892, pag. 208; ed. IV, 1910, pag. 218. Sono tutti autori che trattano, salvo il Forti, del potere di ordinanza del sindaco in via generale. Ad essi si contrappone il solo Bonaudi (cit. in nota che segue) insieme al già citato Cammeo. Il Bonaudi è l'unico che tratti del potere di ordinanza sindacale in sede monografica.

(22) E. Bonaudi, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, F.lli Bocca, I ed., 1907, pag.270-273; la seconda edizione (riveduta ed ampliata) è del 1920, ed *ivi* si vedano le pagine corrispondenti: 287-290; F. Cammeo, *Sanità pubblica*, cit., (1905), 286.

vigilanza igienica l'obbligo di pagare tributi, che assumano carattere di imposta » (23).

Il rispetto dei « principî generali della nostra legislazione » è per il Bonaudi limite difficile a definirsi, fors'anche con semplici indicazioni generiche, che mai potrebbero tener conto della infinita varietà dei casi cui la pubblica amministrazione è chiamata a provvedere.

« È tutt'al più possibile procedere con criteri negativi, escludendo a priori la legittimità di quei provvedimenti che contraddicono manifestamente ai principî statutari ed alle norme generali di diritto od anche soltanto allo spirito della disposizione di legge in forza del quale il Sindaco è investito dei poteri discrezionali. » (24).

Il potere di ordinanza deve in sintesi — ciò che può essere considerato ad un tempo l'inizio e la conclusione dell'argomentare dell'autore — mantenersi nei limiti assegnati dalla nostra legislazione al potere discrezionale dell'autorità amministrativa e tale limite parrebbe osservato dalla conformità ai principî delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti (25).

Il passo rivela, al pari degli altri che abbiamo presentato, un concetto che, seppur ancora contornato da ambiguità ed imprecisioni, vuole esprimere la presenza nell'ordinamento di limiti tali da impedire al potere di ordinanza di assumere qualsivoglia contenuto necessario e correlato alle urgenti necessità del momento che pongono in pericolo l'incolumità pubblica.

Non ogni via è dunque consentita alla pubblica amministrazione neppure in situazione di estrema necessità, ma solo

---

(23) F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, cit., pag. 258-259.

(24) E. BONAUDI, *Dei provvedimenti*, cit., 1907, 270; nella II ed. del 1920, 288. Il corsivo è dell'autore.

(25) *Ibidem*.

quelle che, rispettando i principî dell'ordinamento, si mantengono nell'ambito attribuito al « potere amministrativo » (26) .

3. *Il pensiero della dottrina sui « principî generali dell'ordinamento ». Analisi e metodologie per una loro individuazione. La definizione dei principî dell'ordinamento come modo di pensare il diritto obiettivo. L'unità dell'ordinamento come limite pubblicistico alla pluralità del diritto obiettivo: necessità di una finzione o realtà.*

La prima metà del novecento offre i più completi tentativi di ricostruzione logico-dogmatica del concetto dei principî generali del diritto. Le analisi in argomento già in epoca anteriore venivano affiancate normalmente a quelle sulla interpretazione della legge, sulle sue lacune, nonché sul ruolo, sui poteri, sui rapporti fra legislatore, giudici e giuristi, o, come più semplicemente oggi si denomina, la « dottrina ».

Accolta la legge come fonte generale del diritto positivo, l'argomentare della dottrina della seconda metà dell'ottocento intorno ai principî pare ripartire da ipotesi residuali, a volte unicamente presupposte per logica (la impossibilità per il legislatore di prevedere tutto), per poi risalire attraverso l'analogia al cuore della interpretazione delle disposizioni di legge (la *ratio legis*), sino, per alcuni, alla completa convinzione che ogni

---

(26) Negli anni trenta in Italia il limite del principî al potere di ordinanza è ormai recepito dalla quasi totalità della dottrina; per tutti si vedano: N. PAPALDO, *I provvedimenti prefettizi d'urgenza*, in *Rinnovamento amministrativo*, 1937, poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, 656; a pag. 650 ammette che i provvedimenti in questione possano essere « *contra legem* », ma mai « *contra ordinem juris* » (pag. 656). Del pari M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 261 ove parla di atti che « in nessun modo fuoriescono... dai principî sistematici dell' ordinamento positivo. »

disposizione di legge non potesse esistere in concreto senza una loro interpretazione (27).

Tesi intorno alle lacune della legge e teorie dell'interpretazione sono il campo preferenziale per ogni tentativo volto a riequilibrare i rapporti di forza fra legislatore, giudici, giuristi, dopo l'accettazione del primato della legge nella gerarchia delle fonti.

Questa la radice storica (28) che da tempo contrapponeva i sostenitori del diritto naturale a quelli del diritto positivamente posto (29), la creatività, o la semplice interpretazione del diritto

(27) Per una verifica della vicenda storica si confrontino gli scritti di G. GORLA, *citati nelle premesse allo scritto: G. GORLA F. ROSSELLI, Per la storia del potere dei giudici in Italia fra secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello statuto albertino: alcune tracce*, in *Foro it.*, 1986, V, 93 e s.; F. ROSSELLI, *Giudici e limiti del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988. Per una diversa impostazione del problema: P. PERLINGERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'articolo 12 disp. prel. del cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 998 e s., spec. 1001.

(28) Si veda sul punto, oltre agli scritti citati alla nota che precede, soprattutto: N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, *Memorie dell'istituto giuridico*, II serie, XXXVI, 1938, 48 e s.; G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. al cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, 112, poi in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 443; T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione (1945)*, poi in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 41 e s.

(29) Per la dottrina che identifica i principî con il diritto naturale si vedano: G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921, 33 e s.; G. BRUNETTI, *Le fonti e le funzioni del dubbio nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 1 e s.; C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. Giur.*, 1923, 137 e s.; contro si veda già: V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1879-1880, 24 e s., poi in *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto positivo*, pt. I, Roma, A.R.E., 1 e s.; G. PACCHIONI, *I principî generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1924, 113 e s.; D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, poi rist. anastatica in *Scritti di Diritto Pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1966; V. MICELI, *I principî generali del diritto. A proposito di*

da parte del giudice, l'unità e la completezza dell'ordinamento rispetto alle tesi opposte.

Abbandonata ogni attenzione per il diritto naturale, la dottrina degli ultimi anni della codificazione pare trovare sufficienti stimoli nelle problematiche della « completezza » e della « creatività », per tentare una ricostruzione teorico-dogmatica dei principî pel tramite della teoria dell'interpretazione.

L'idea dell'unità sistematica dell'ordinamento giuridico offre nuova forza (30) alla dottrina che vede nei principî, non solo più un freno alle innovazioni legislative, ma altresì la possibilità di introdurre con norme principio espresse, nuovi valori all'intero ordinamento giuridico preesistente (31).

---

una recente pubblicazione [il riferimento è allo scritto di G. Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto,*] in *Riv. Dir. Civ.*, (Milano), 1923, 23 e s.; A. CECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge,* in *Arch. Giur.*, 1923, 15 e s.; E. CROSA, *Osservazioni sui principî generali come fonte di diritto pubblico,* Torino, 1926, 19-22; T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato, Arch. Giur.*, 1925, poi in Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano, Giuffrè, 1952, 209 e s.; Per altri riferimenti si veda: N. BOBBIO, *L'analogia,* cit., pag. 71 e nota 9-16; nonché pag. 66 e s., e spec. nota 2 e pag. 69 per l'analisi dei precedenti storici e degli influssi della dottrina tedesca. Dello stesso autore si veda altresì la voce: I principî generali del diritto, del *Noviss. Digesto it.*, vol. XIII, 1966, 889-892.

(30) Ma l'idea non era nuova, il rapporto analogia sistema è della prima metà del settecento, così ci segnala: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* in *Trattato Cicu-Messineo,* Milano, Giuffrè, 1980, 383 e s.

(31) L'idea si fa strada con la distinzione fra principî espressi e principî inespressi, nonché attraverso il riconoscimento della natura normativa dei principî; per tutti si veda: V. CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa,* in *Jus,* 1940, 193 e s., articolo perché stimolato dal proposito del Ministro guardasigilli Dino Grandi di completare l'opera della codificazione con la solenne enunciazione dei principî dell'ordinamento giuridico dello Stato fascista. In tale quadro storico si inserisce lo scritto di poco successivo: Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 42 e s., 157 e s., 230 e

I principî come valori supremi dell'intero ordinamento giuridico si pongono nella teoria dell'interpretazione della legge come momento di continuità con le scelte di valore del legislatore (si pensi al processo di astrazione generalizzante a partire da disposizioni particolari), ma al tempo stesso si contrappongono come limite della legge, proprio perché di essi si parla, ad essi si fa ricorso, « ove la legge non si esprima » (*lacuna legis*).

Continuità e rapporto di reciproca esclusione (alternatività: ove dispone la legge non dispone il principio; ove disciplina questi non c'è disposizione di legge), insieme al concetto di unità sistematica, si pongono come gli elementi minimi comuni ad un dibattito intorno ai principî dell'ordinamento giuridico che, giunto sino ad oggi, ha visto esprimere interpretazioni, analisi, definizioni e critiche di cui sarebbe qui impossibile riferire anche solo per brevi cenni (32).

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana muta in

---

s., ed anche quello di poco anteriore: *I principî costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, Cedam, 1940, 663 e s.

(32) Più recenti sono gli scritti di S. BARTOLE, *voce Principî generali del diritto*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1986, 494 e s., con *ivi* ampi riferimenti; F. SORRENTINO, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e società*, 1987, 181 e s.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti*, cit., 229 e s.; M. JORI, *I principî nel diritto italiano*, in *Soc. del Dir.*, 1983, 7 e s.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulle leggi in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, Utet, 1982, 226- 232; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna — Roma, Zanichelli - Foro italiano, 1974, 281-285; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato* a cura di Cicu e Messineo, 382, cit, ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Si distingue la recente posizione di G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 173, ove si identificano i principî dell'ordinamento italiano con quelli della comunità internazionale. Da ultimo G. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle « Preleggi »*, II ed., Torino, Giappichelli, 1989, 89 e s.

parte l'asse interpretativo che si era venuto formando intorno ai principî dell'ordinamento giuridico.

Sinteticamente si può dire che assumono maggior peso gli aspetti che il diritto pubblico aveva già fatto emergere in tempi precedenti, con contestuale affievolimento delle problematiche più proprie dei cultori del diritto privato (33).

Sul piano più prettamente normativo si assiste alla recezione in norme costituzionali scritte di principî fondamentali dell'ordinamento giuridico.

La novità si esplica in una duplice direzione: si trasformano in norme scritte generali e astratte principî inespressi e de-

---

(33) Di recente vi è stato un ritorno di interesse negli studi della dottrina di diritto privato sui principî dell'ordinamento giuridico, sull'importanza del rapporto fra disposizioni di legge ordinaria e valori costituzionali, con maggior attenzione per le argomentazioni che prima erano state di esclusivo dominio della dottrina di diritto pubblico. Per tutti si confrontino gli scritti di: P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emergenza e giustizia civile*, relazione presentata al *IV Convegno nazionale del Centro Dauno di studi giuridici*, « *L'uscita dall'emergenza: un diverso modo di essere della democrazia* » (Pugnochiuso di Vieste, 19-22 settembre 1985), poi in *Legalità e giustizia*, 1985, 1008 e s.; A. TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978, 2059 e s.; P. RESCIGNO, *Introduzione al Trattato di diritto privato*, a cura dello stesso, Torino, Utet, 1982; A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, da ult. cit., vol. XXI, 1987, 47 e s. L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1984, 337 e s. In taluni vi è un notevole influsso degli scritti di R. DWORKIN sulle cui tesi si veda *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, tr. it., (F. Oriana), *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna, Il Mulino, 1982; contro le tesi del quale si vedano gli scritti di: G. R. CARRÒ, *Riflessioni su Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, vol. X, Bologna, Il Mulino, 1980 e H. L. HART, *Tra utilità e diritti*, in *Sociologia del diritto*, VI, 1979, 1 e s. Sul pensiero di R. Dworkin, si veda altresì S. BARTOLE, *Intorno a « Taking rights seriously » di Ronald Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica, cit.*, vol. X. Bologna, Il Mulino, 1980.

sumibili solo per via di astrazione generalizzante dalle disposizioni legislative, ovvero immanenti l'istituzione; si recepiscono in disposizioni costituzionali i principî espressi in legge ordinaria, con conseguente novazione della fonte di diritto obiettivo (34).

La recezione costituzionale non elimina la « categoria » dei principî di rango legislativo (ordinario).

Al contrario, e questo è un ulteriore aspetto di novità dell'ordinamento repubblicano, la potestà legislativa c. d. primaria delle regioni a statuto speciale è stata da leggi costituzionali sottoposta al limite dei principî dell'ordinamento giuridico, con conseguente vizio di legittimità costituzionale, e relativo sindacato della Corte, delle leggi regionali in conflitto con essi (35).

Infine, e questo appare l'aspetto più trascurato nelle trattazioni in argomento, si ha una presenza di norme costituzionali (non necessariamente principio) a tutela di diritti soggettivi ed

---

(34) Per la distinzione fra principî espressi o inespressi (o impliciti), nonchè sulla natura normativa degli stessi, oltre agli scritti citati in nota che precede, si vedano dello stesso V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della costituzione*, 1948; *Le norme programmatiche della costituzione*, 1952; *Sui rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 delle leggi di p.s.*, 1950; *L'art. 21 della costituzione e l'equivoco delle norme programmatiche*, 1952; Costituzione e protezione sociale, 1950; *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella costituzione*, 1951; *Principî costituzionali in tema di autonomie locali e art. 93 del T.U. sulla finanza locale*, 1952; oggi tutti gli scritti si possono leggere in: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, rispettivamente alle pag. 27 e s., 51 e s., 87 e s., 99 e s., 115 e s., 145 e s., 207 e s., per la tesi che distingue i principî immanenti l'istituzione dall'astrazione generalizzante (analogia *juris*) SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1940, 278, 327; ID., *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 240 e s., 306 e s.

(35) Art. 4 dello Statuto Regione Friuli Venezia Giulia; art. 3 Statuto Regione Sardegna; art. 4 Statuto Regione Trentino Alto Adige; art. 2 Statuto Regione Valle D'Aosta.

interessi pubblici che non trovano nel caso di conflitto di interessi soluzione normativa espressa.

La necessità di dover pervenire ad una soluzione del conflitto riapre spazio ad un procedimento analitico che molto ha del ricorso ai principî come modo di individuare norme non « espressamente » poste (scritte).

La presenza di una Costituzione rigida al vertice della gerarchia delle fonti non elimina (36) la problematica dei principî dell'ordinamento giuridico, anzi pare restituirle nuova forza accentuando il concetto dei principî come « valori » di un ordinamento e quello di limite alla autonomia degli ordinamenti giuridici non statali.

Per altro verso vengono confermate le vecchie problematiche della dottrina civilistica sui poteri creativi, o più semplicemente di lata interpretazione, nella enucleazione di norme giuridiche in presenza di lacune legislative.

Residua, a fianco della problematica relativa ai principî espressi (ed ora di rango costituzionale), quella di più vecchia data relativa ai principî inespressi, con conseguente interrogarsi in ordine alle modalità di una loro individuazione.

Non si vuole ora prendere posizione sulla natura creativa, ovvero semplicemente interpretativa, dei poteri che la legge attribuisce ai giudici contemplando i principî dell'ordinamento come *regula juris*.

Il problema non pare aver ancora ricevuto un accordo risolutivo in dottrina (37).

---

(36) Anzi apre, con la recezione in norme costituzionali di taluni principî, tutta la problematica della interpretazione denominata « adeguatrice » ai dettati costituzionali delle disposizioni di grado inferiore nella gerarchia delle fonti; su ciò da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, cit., 77, ove si ritiene che l'interprete deve considerare il contenuto delle regole legislative pensandole a sistema nel quale entrano le disposizioni costituzionali in posizione dominante.

(37) A favore della creatività si vedano gli autori che avvicinano l'interpretazione dell'art. 12 disp. prel. del codice civile italiano all'art. 1 del co-

L'alternativa permane netta: o ritenere il riferimento ai principî una clausola che autorizzi il giudice a stabilire la disciplina del rapporto per il caso concreto, riconoscendo, sia pure in modo residuale, la giurisprudenza come fonte del diritto; ovvero, pur ammettendo il largo margine di discrezionalità nella ricerca e dichiarazione del diritto obiettivo che ai giudici è attribuita con il ricorso ai principî, considerare estraneo al nostro ordinamento ogni potere di autorizzazione in tal senso.

Non si può nascondere tuttavia che la seconda soluzione, oltre ad apparire meglio confacente alle tradizioni culturali del nostro ordinamento e, ciò che più conta, degli operatori giuridici che ne fanno parte, apre inoltre ad un più stretto legame

---

dice civile svizzero: G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. al cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, 112, poi in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 443 e s. sp. 473; F. FERRARA, *I principî generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, Arti Grafiche Pacini Mariotti, 1941, poi in *Scritti giuridici*, 1954, 130; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1955, 79, ove si riconosce che nei principî vi è un apprezzamento politico degli interessi in gioco che l'ordinamento ha voluto demandare al giudice (nell'esercizio dei poteri giurisdizionali), ma si confronti quanto enunciato dall'autore nella successiva pag. 83; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Recueil Sirey, 1954, 240, ove si parla di potere quasi legislativo. Ritiene, infine, che sussista una sostanziale analogia fra art. 3 disp. prel del cod. civ. italiano (del 1865) e art. 1 del codice civ. svizzero, il BRUGI, *L'analogia di diritto e il giudice legislatore*, in *Dir. commerciale*, 1916, 261; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile, Delle leggi in generale*, Torino, Giappichelli, 1933, 146-147 ove parla, per il caso dei principî, di potere creativo della giurisprudenza (intendendo per tale la dottrina ed i giudici) e non del giudice singolarmente inteso. Contro la possibilità di pervenire alla creazione di un diritto obiettivo nuovo nel caso di lacuna legis si vedano gli scritti (ed *ivi* riferimenti a dottrina anteriore) di V. CRISAFULLI citati alle note che precedono, in particolare: *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1941, 177 e s.; nonché: M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 53-55. Il problema in testo è evidenziato con precisione da M. JORI, *I principî*, cit., 19 e s., che analizza i limiti delle diverse impostazioni secondo gli schemi della

con i valori della legalità (*rectius*: della legge), imponendo al giudice di svolgere comunque la ricerca del diritto obiettivo a partire da quanto espresso nelle disposizioni scritte anche nel caso in cui si debba enucleare ciò che la legge, in verità, non dice.

Fra gli estremi, come sempre, si pongono le ipotesi intermedie, di cui alcune sono più volte ad evidenziare la natura etero-integrativa dell'ordinamento svolta dai principî senza con ciò riconoscere ad essi un carattere di fonte del diritto, o senza pervenire a disconoscere all'opera giurisprudenziale la qualità dichiarativa, o ancora seppur integrativa sempre raccordata all'intero sistema posto dal legislatore (38).

Le sfumature tuttavia ci paiono non convenientemente riferibili ove si pretenda scinderle dalle concezioni che gli autori hanno del diritto, o per meglio dire dell'ordinamento nell'epoca storica in cui essi scrivono.

Il modo di intendere i principî ed i poteri della giurispru-

---

cultura « giuspositivista legalista », « giusnaturalista » e « giuspositivista non legalista ».

(38) E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1955, 857-858, ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 52 e s.; BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, Giuffrè, 1961, 17 dell'estr.; ID., *Autonomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, 70 e s.;, 73 in nota; A. TOZZI, *I principî generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, 749-765; A; TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1261-1273; G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-52, 167; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile, Delle leggi in generale*, Torino, Giappichelli, 1933, 146-147; T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 115, poi in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, spec. 476 ove dice che l'interpretazione non è dichiarazione: « ma "vale come se" e vale come se in funzione appunto di quella tecnica interpretativa che mira ad assicurare una necessaria continuità e che costituisce poi, alla fine, un elemento della struttura costituzionale di ogni ordinamento ». Per M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., 88, 89 e nota 19, l'analogia è integrazione e non interpretazione.

denza sono in verità diverse concezioni, quindi diversi limiti, del diritto obiettivo.

Di queste ci pare assumano particolare rilevanza, per la trattazione qui prescelta, le opinioni anche recenti, che vedono nei principî dell'ordinamento giuridico « uno strumento normativo che abilita gli organi giudiziari ad operare in vista dell'unità, ad attivare un processo di integrazione dell'ordinamento giuridico attorno ai principî » stessi (39).

L'articolo 5 della Costituzione offre a tale concetto dei principî il fondamento normativo della massima fonte dell'ordinamento (« La Repubblica, una e indivisibile, ») in un rapporto di immediata antinomia con il pluralismo degli ordinamenti giuridici (« riconosce e promuove le autonomie locali adegua i principî ed i metodi della sua legislazione alle esigenze della autonomia »).

Il punto è di interesse ed occorre esplicitarlo (40), ciò consentirà altresì di riassumere i risultati cui si è sinora pervenuti.

Nonostante le incertezze che permangono in dottrina e giurisprudenza i principî non solo esistono, ma, quanto meno nel mondo giuridico, hanno efficacia cogente: cioè sono norme giuridiche vere e proprie.

I principî prima di una loro singola recezione in disposizioni di legge sono, come categoria generale, il limite della legge, pur non costituendo mai (impliciti o espliciti) — intesi ora come singole norme di diritto positivo - un limite per il legislatore.

Ogni scelta legislativa espressa, colmando la *lacuna legis*,

---

(39) G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, cit., 230, ma vedasi anche 77 e 81.

(40) A ciò è dedicato lo scritto di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 67 e s., 7 e s., ove distingue fra unicità e indivisibilità.

impedisce il dispiegarsi di ogni argomentare intorno ai principî dell'ordinamento giuridico. La recezione dei principî, di molti di essi, in Costituzione (rigida), trasforma ogni enunciato in un limite per il legislatore, ma al contempo non elimina mai totalmente il limite dei principî come *jus non scriptum*, come momento di risoluzione di conflitti fra interessi tutelati in norme di pari grado e non risolto dalla legge (lacuna). Conflitto che si vuole risolto a favore dell'unità dell'ordinamento giuridico, unità nella complessità, condizione minima di esistenza nel massimo di complessità possibile (pluralità).

Se le norme sono risoluzione di un conflitto di interessi, giuridicamente rilevanti, la norma principio è risoluzione ultima del conflitto fra norme, o meglio, fra gli interessi che queste rappresentano (41).

Unità minima necessaria a garantire l'esistenza di una (data) istituzione, di un insieme di norme che si vuole ordinato a sistema, proprio per consentirgli di essere « uno ».

Preconcetto necessario (42), o al contrario unico modo di esistere di un ordinamento giuridico (43), paiono alternative di rappresentazione dei principî, che proprio in quanto non risolte, sintetizzano bene la tensione sempre presente fra diritto im-

---

(41) Il conflitto di cui si parla in testo appare riconducibile alle ipotesi, maggiormente studiate, in cui uno stesso fatto è regolato da una pluralità di norme giuridiche con differente disciplina dello stesso. Qui il conflitto è più propriamente fra beni giuridici di cui la legge non ha offerto una scelta di relazione preferenziale (perciò la *lacuna legis*), pur tuttavia la legge stessa ha attribuito a tali interessi, in sé e per sé considerati, una rilevanza giuridica di pari grado.

(42) È affermazione che, alternativamente a quella che segue, si ritrova in molti autori delle cui diverse opinioni non qui è possibile riferire. Di recente a favore dell'idea di un preconcetto necessario: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 77, 81, 230.

(43) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Tip. Ed. Mariotti, 1917 (ma 1918), 38 e s.; (II ed., Firenze, Sansoni, 1946; rist. II ed., Firenze, Sansoni, 1962).

posto e diritto effettivo, o più precisamente fra conformità (alla *Grundnorm*) ed effettività del diritto.

Due modi di leggere i principî che valgono due modi di argomentare e concepire il diritto obiettivo. Due modi che tuttavia non spostano alcuni elementi essenziali del concetto dei principî.

Tale essenza pare individuata nell'enunciazione di un giudizio di valore che giunge sino al massimo vertice del sistema, ma idoneo all'occorrenza a palesarsi in ogni gradino della gerarchia delle fonti, per esprimere nel gradino più basso, o al vertice, norme non scritte, o interpretazioni preferenziali di disposizioni (già) scritte (44), per l'unità, per l'esistenza del sistema.

Unità che non è un a priori (45), ma ogni qualvolta ricercata, ridefinita, ritrovata su nuove basi, su nuovi contenuti, su nuove tensioni, su nuovi interessi (valori) (46).

Unità, in altre parole, sempre ristabilita (*ex post*); unità che vale dunque sintesi degli interessi (complessità) e « continuità » (47) nel processo di innovazione del diritto obiettivo. Unità che non è uniformità.

Questa ci pare l'essenza che un sistema fondato sulla legge mantiene come funzione attuale del ruolo dei principî nel diritto pubblico.

---

(44) Si veda il concetto di lacune precisato alle note che precedono.

(45) Tratta i principî come norme positive « effettive » e non come antecedenti storici di istituti vigenti: E. CROSA, *Osservazioni sui principî generali come fonte del diritto pubblico*, Torino, Bocca, 1926, 21. Si veda inoltre T. ASCARELLI, citato alla nota che segue. Per i principî come *posterius*: G. MARZANO, *L'interpretazione*, cit., 47.

(46) T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, 1945, poi in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 71 e nota 119, ove dice che la completezza dell'ordinamento è il fine dell'interpretazione, non la premessa.

(47) Per T. ASCARELLI, *L'idea di codice*, 77, il concetto di « continuità » pare legato all'aspetto dichiarativo dell'interpretazione (reputata creativa).

Un ordinamento sempre più indirizzato a riconoscere come giuridicamente rilevanti interessi di nuovo segno (48) a fianco di quelli di più antica e consolidata tradizione, pone in modo non eludibile il problema della risoluzione dei conflitti (eventuali) fra posizioni soggettive egualmente tutelate dalla legge (o in base ad essa) secondo linee di valori d'unità dell'ordinamento, attribuendo ai principî una funzione, più che mai attuale, più che mai necessaria.

L'aver indicato (49) la possibilità che a partire da singole norme si possa pervenire alla enucleazione di principî diversi, con conseguenze talvolta opposte sul piano della risoluzione del caso *sub judice*, se da un lato pone in crisi il rigore del procedimento induttivo, dall'altro rivela le scelte di valore che comunque si annidano in ogni argomento interpretativo che si avvalga del ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico.

4. *I principî dell'ordinamento come limite delle autonomie. Le leggi delle regioni a statuto speciale: dottrina e sentenze della Corte costituzionale.*

La potestà legislativa esclusiva delle cinque (50) regioni a statuto speciale è sottoposta ai limiti generali di legittimità del rispetto delle norme costituzionali e dei principî dell'ordinamento generale dello Stato. Due limiti particolari sono quello degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti internazionali e

---

(48) G. ALPA, *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile,* in *Politica del diritto,* 1986, 607 e s.

(49) È affermazione ricorrente, la si può trovare già in: G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto,* in *Arch. giur.,* 1921, poi in *Studi sul diritto,* vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 275.

(50) Legislazione esclusiva, o piena, non ci si sofferma sui problemi di denominazione che appaiono oggi ampiamente superati: li si veda in M. MAZZIOTTI, *Studi sulla potestà legislativa delle regioni,* Milano, Giuffrè, 1961, 62-63.

quello posto dalle norme fondamentali delle riforme economiche e sociali. Di merito è considerato quello degli interessi nazionali (51).

L'analisi d'insieme dei limiti indicati, nonché la necessità di trovare un fondamento giuridico al limite dei principî dell'ordinamento anche per la regione Sicilia il cui statuto non ne fa esplicita menzione, ha portato quasi subito la dottrina a inquadrare il potere legislativo regionale nel più ampio concetto di autonomia cui sicuramente accedono anche i poteri normativi degli enti territoriali minori (52).

Il richiamo all'art. 5 della Costituzione è immediato: « La

---

(51) C. MORTATI, *L'interesse nazionale come limite della legislazione regionale esclusiva*, in *Studi in onore di E. Crosa*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, 1279, e s.; lo scritto lo si può già ritrovare in *I limiti della legge regionale*, relazione al *III Convivium di studi giuridici sulla regione*, Cagliari-Sassari, 1-6 aprile 1959, Milano, Giuffrè, 1962, 58 e s.

(52) Taluni hanno tratto argomento testuale dall'art.1 dello Statuto della Regione Sicilia: « La Sicilia...è costituita regione autonoma, entro l'unità politica dello Stato Italiano, sulla base del principî democratici che regolano la vita della nazione »; così: L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, Cedam, 1958, 137, con *ivi* a nt. 28-29 rif. di dottrina; C. MORTATI, *I limiti della legge regionale*, cit., a pag. 30 ove fonda sugli articoli 5, 115, 118. della Costituzione il limite dei principî anche per la regione Sicilia; lo scritto si può trovare anche in *Jus*, 1959, 451, e s., e in *Dir. pubbl. della Regione*, 1959,1 e s.: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le regioni in Italia nel 1954*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, Jovene, 1954, 222; P. VIRGA, *La regione*, Milano, Giuffrè, 1949, 72 e nt.14 ove cita l'on.Persico dai lavori preparatori allo Statuto Sicilia; S. DE FINA, *Autonomia legislativa della Regione siciliana*, Milano, Giuffrè, 1957,208, e s., che sottopone la legislazione regionale siciliana ai principî dedotti da norme costituzionali, ma non a quelli desunti da leggi ordinarie. Contro il limite dei principî per la regione Sicilia; G. LA BARBERA, *Lineamenti di diritto pubblico della regione Sicilia*, I ed., Milano, Giuffrè, 1958, 160; poi II ed., 1965, 21, che recupera il concetto di unità con lo stato italiano da art. 1 St. Sic., *ivi*, II ed., 1965,217; G. DE GENNARO, *La competenza esclusiva della regione Sicilia in rapporto alla legislazione dello Stato*, in *Nuova Rass.*, 1951, 341.

Repubblica una e indivisibile riconosce e promuove le autonomie locali ». L'unità ed indivisibilità è letta dunque come « il limite » delle autonomie accolte nell'ordinamento italiano; « il limite », anche per la teoria, del concetto di autonomia.

Sul piano di più stretta tecnica giuridica la proposizione poteva trovare congrua attuazione in quei « principî » che già un tempo avevano offerto notevoli servigi ad ogni intento interpretativo sistematico, o più semplicemente di osservanza del principio di non « contraddittorietà » nell'interpretazione delle legge, che necessariamente impongono il raffronto costante di ogni disposizione con l'insieme delle norme vigenti, sì da pervenire (o postulare) un concetto di unità dell'ordinamento giuridico.

I principî dunque paiono offrire in materia il concetto necessario a concretare l'idea di quel minimo di rigidità (unità) nella flessibilità (autonomia), quel minimo di identità nella diversità.

Normale diviene parlare dei principî dell'ordinamento come limite generale dell'autonomia legislativa delle regioni italiane (53), limite posto a garanzia e presidio dell'unità dell'ordinamento giuridico (54). I principî dell'ordinamento giuridico dello

---

(53) I principii fondamentali delle leggi dello Stato di cui all'articolo 117, comma I, della Costituzione sono infatti più specifici e comprensivi di quelli dell'ordinamento giuridico, sicchè ben possono ritenersi limite generale della legislazione primaria (regioni a statuto speciale) e concorrente (regioni a statuto ordinario).

(54) Oltre agli autori citati in nota che precede si vedano: G. ABBAMONTE, *Sulla delimitazione della competenza legislativa dello Stato e delle regioni*, *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 46-48, ove parla di coerenza delle singole parti con il tutto, coerenza che non è uguaglianza; E. GIZZI, *L'ordinamento regionale: osservazioni intorno al limite dei principî fondamentali stabliliti dalle leggi dello Stato*, (comunicazione al) *III Convivium di Studi giuridici sulla regione*, poi in *Riv. amm.*, 1959, 236; V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, relazione al *III Convivium di Studi giuridici sulla regione*, cit., 1959, poi in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 268-270 ove dimostra la non es-

Stato sono i principî di ogni ordinamento regionale, in ciò non è ammessa diversità; in ciò è ritrovata l'unità dell'ordinamento giuridico italiano.

Situata la linea di delimitazione della potestà legislativa regionale nei principî dell'ordinamento giuridico, il sindacato della Corte costituzionale diviene il momento di diritto positivo privilegiato per una loro individuazione.

La Corte ha forse deluso quanti si aspettavano dal suo intervento una giurisprudenza in qualche modo capace di fornire una utile base casistica per tentare una elencazione stabile, anche se non esaustiva, dei principî dell'ordinamento giuridico.

L'enumerazione infatti, se si fa salva la materia civile e penale, non riesce ad annoverare più di tre ipotesi di rilievo, di cui due sole di esse paiono assumere una portata generale.

La prima in ordine di notorietà, è quella « del giusto procedimento » (55), nel quale sono contenuti due statuizioni nor-

---

senzialità della supremazia della legge statale per l'unità dell'ordinamento; sottolinea invece la distinzione fra unità e uniformità, o unicità, E. SAILIS, *Autonomia regionale e disciplina dei rapporti privati*, Padova, Cedam, 1960, 152 e s.; da dimostrazione della distinzione: C. LAVAGNA, *Sulle leggi regionali recettizie*, in *Giur. cost.*, 1959, 655-656. S. BARTOLE, intervento al *Convegno di studi giuridici* su *Il ruolo delle autonomie speciali nell'ordinamento regionale italiano con particolare riguardo alla potestà legislativa primaria*, (Saint-Pierre, 12-14 maggio 1978), in *Atti*, Padova, Cedam, 1979, 32 e s.; R. BALDUZZI, *La giurisprudenza della Corte sul limite dei principi: « fuga dai principi » e principio di coordinamento*, in *Atti del Convegno Corte costituzionale e Regioni*, (Genova, 14-16 maggio 1987), Napoli, E. S. I., 1988, 175 e s.; G. VERARDO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di limite delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica*, in *Atti del Convegno Corte costituzionale*, cit., 363 e s.; M. SICLARI, *Brevi note sulla recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema norme fondamentali delle riforme economico-sociali*, *ivi*, 357 e s.

(55) La sentenza primigenia è la n. 13 del 1962 (*Su bellezza naturale e di notevole importanza turistica dell'intero territorio della Valle D'Aosta*), segue la n. 93 del 1966, la n. 23 del 1978 con un interessante cenno alla impossibilità di una sanatoria incondizionata degli atti amministrativi da parte

malmente confuse tra loro, ma che in verità mantengono una loro autonomia.

Si nega anzitutto la possibilità delle regioni di emanare leggi provvedimento che abbiano ad oggetto la limitazione di *diritti soggettivi.*

Si impone invece per l'attività regionale che ciò avvenga attraverso l'emanazione di provvedimenti amministrativi in applicazione di previsioni di leggi generali e astratte, di interessi pubblici da perseguire e di beni (o tipologie, o diritti) da limitare, o acquisire, o vincolare, nell'interesse dei primi.

Il giusto procedimento invece implica che l'esercizio del potere, astrattamente definito in legge, e concretato in provvedimenti, avvenga, dopo aver esperito i necessari accertamenti, con il concorso di eventuali altri organi pubblici, nonché con ammissione dei soggetti interessati ad esporre le ragioni a tutela di propri interessi privati, o di interessi pubblici (56) .

Il principio di « irretroattività » delle leggi regionali è riscontrabile in molte sentenze della Corte costituzionale con distinguo che paiono superare lo schermo dottrinale delle « leggi

---

delle leggi regionali, così il giusto procedimento è affiancato dal principio di irretroattività; infine la 212 del 1972 (*legge istitutiva delle riserve di caccia*) che sanziona la inapplicabilità del principio del giusto procedimento a fronte di attività non tutelata come diritto soggettivo: (la caccia); quasi tutte sui limiti alla attività edilizia.

(56) Si deve rilevare che la *ratio decidendi* è, almeno in alcuni casi, circoscritta alla impossibilità per il legislatore regionale di emanare leggi provvedimento. In dottrina sul « giusto procedimento » si vedano: V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e « giusto procedimento »*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 130; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P. A.*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 e s.; recenti: F. TEDESCHINI, voce: *Procedimento amministrativo*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, 898 e s.; G. ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principî costituzionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 47 e s.; G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985.

interpretative » (57), ancorando piuttosto la sanzione di illegittimità costituzionale all'impossibilità per la legge regionale di incidere su diritti o posizioni « quesiti in forza di leggi statali », al momento della entrata in vigore (58).

La terza ipotesi ci pare di minor risonanza: l'esercizio di

---

(57) La Corte in taluni casi ha negato che le leggi sottoposte al suo esame siano state ad efficacia retroattiva, così: Corte cost., n. 44/1957 (in tema di disposizioni di favore fiscale per atti soggetti a registrazione); n. 68/1961 (conferimento di farmacie dopo un quinquennio di gestione provvisoria). Per ipotesi in cui si è riscontrata l'efficacia retroattiva della legge e l'illegittimità costituzionale delle disposizioni stesse si veda Corte cost., n. 23/1978, cit. Ritiengono invece possibile l'efficacia retroattiva delle leggi regionali Corte cost., n. 19/1989 (*Regione Sicilia, pubblico impiego inquadramento del personale*) e la precedente Corte cost., ord. n. 713/1988. In dottrina si vedano: F. MIGLIARESE, *Un nuovo profilo problematico in tema di irretroattività della legge regionale*, in *Le Regioni*, 1982, 975; S. FOIS, *Irretroattività, astrattezza e limiti della legge regionale: osservazioni critiche*, in *Studi in Memoria di C. Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972, 1225 e s.; GROTTANELLI DÈ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1970; M. CAMMELLI, *Sanatoria e retroattività impropria in una legge di riforma al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1976, 533 e s.; A. AMORTH, *Leggi interpretative e di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 62 e s.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile - Delle leggi in generale* - Torino, Giappichelli, 1933, 233 e s.; C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, II ed., in 4 voll., Torino, Utet, 1884-1889; V. SIMONCELLI, *Sui limiti della legge nel tempo*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, vol. I, Milano, Hoepli, 1905, 355 e s. Recente in materia di leggi interpretative: R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio) fra parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, 1343 e s.

(58) Così Corte cost., n. 116/1957 (*Su legge di modifica dei termini di decadenza per l'opposizione a tributi*); n. 123/1957 (*Su affrancazione dei canoni enfiteutici a modifica di norme del cod. civ.*); n. 9/1982 (*Relativamente a legge che conferisce effetto ai piani di fabbricazione per il periodo anteriore alla entrata in vigore della legge stessa*); n. 13/1980 (*Su concessione edilizia in sanatoria*) ove si raccorda direttamente la retroattività al principio di « unità dell'ordinamento giuridico dello Stato ».

attività manuali (contrariamente a quelle intellettuali) non può essere condizionato alla iscrizione in albi, o registri, funzionalmente rivolti alla limitazione della libera concorrenza (59).

Accantonate infine le sentenze che si limitano a negare a singole norme, o gruppi di esse, la qualificazione di principi dell'ordinamento giuridico (60), il momento di maggior interesse ci è offerto dalla casistica della Corte costituzionale sulla possibilità per il legislatore regionale di incidere, con la potestà legislativa esclusiva, nei rapporti di diritto privato, derogando la legislazione statale posta dal codice civile e dalle leggi speciali.

Le soluzioni avanzate dalla dottrina, che si è occupata del problema in via principale (61), non paiono aver trovato ampio

---

In tutte le sentenze le leggi regionali sono in deroga a leggi statali, ma come si vedrà in seguito il principio non è di ggenerale validità.

(59) Così Corte cost. n. 6/1956 (Su ipotesi di imprese artigiane); n. 13/1961 (*Guide alpine in Valle d'Aosta, iscrizione in ruolo regionale da parte di residenti nella regione almeno da tre anni*) l'iscrizione è qui ritenuta legittima solo in quanto sostitutiva dell'autorizzazione del questore, non estesa alla Valle d'Aosta. Altri casi parrebbero piuttosto riconducibili alla violazione dell'articolo 51 Cost. per la parte relativa alla ineleggibilità e incompatibilità per l'accesso alle cariche elettive (Corte cost. n. 189/1971; n. 108/1969; n. 26/1965; n. 105/1957).

(60) Si confrontino: Corte cost. n. 50/1982; n. 45/1978; n. 21/1978; n. 28/1964; n. 68/1961; n. 7/1958.

(61) A favore della possibilità di interventi nei rapporti privati: E. SAILIS, *Autonomia regionale...*, cit., 164-165, 174 ove si ritiene i principî un limite generale della legislazione regionale indipendentemente dai rapporti di diritto pubblico, o di diritto privato, su cui incide; a pag. 167 esplicita il limite ulteriore della funzione (attribuita alla regione) comunque volta a conseguire i fini pubblicistici affidati alla sue cure; D. DI GIUSEPPE, *Sulla capacità normativa delle regioni in diritto privato, Atti del III Convivium di studi giuridici sulla regione,* (Cagliari-Sassari, 1-6 aprile 1959), Milano, Giuffrè, 1962, 461, 463 e s., anch'egli parla di limiti desunti dagli interessi pubblici affidati alle cure dell'ente regione: pag. 466, 468, 471, ma vedasi pag. 478 ove ritiene la sua tesi incapace di consentire la menomazione degli istituti del codice civile; critica le soluzioni empiriche della Corte: V. CRISAFULLI, *Le regioni davanti*

riscontro nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale è stata piuttosto improntata ad un atteggiamento che sinteticamente può dirsi di chiusura sul piano enunciativo (motivazione), di « prudente » apertura su quello dispositivo.

L'ammissibilità di interventi della legislazione regionale (esclusiva) nei rapporti privati è infatti conclusione di una certa frequenza casistica, ma pur sempre presentata in via d'eccezione, dopo aver ribadito la normale incompetenza del legislatore regionale in materia di rapporti privati.

Così è avvenuto quando la Corte costituzionale ha ammesso il legislatore regionale a statuire sul « *quantum* dei canoni agrari » (62), in ragione di « particolari circostanze locali » tali da

---

alla Corte costituzionale, in *La Regione e il governo locale*, Ed. Comunità, 1965, 84; sempre a favore: C. AUSIELLO, *I poteri normativi delle regioni e la disciplina del rapporti privati*, in *Dir. Pubb. della Regione*, 1952, 3 e s.; P. VIRGA, *La regione*, Milano Giuffrè, 1949, 54; G. MIELE, *La Regione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, II, 316; M. S. GIANNINI, *Leggi regionali e regolamenti di autonomia*, in *Giur. Compl. Cass.*, 1952, 937 ove si rileva quanto già nel regolamenti comunali si possono trovare interi momenti di disciplina dei rapporti privatistici seppur a carattere integrativo, per la Regione (in materia di legislazione esclusiva) a carattere sostitutivo. A sé è il problema della deroga del codice civile; contro: P. BODDA, *Sulla potestà normativa delle regioni secondo la nuova Costituzione*, in *Nuova Rass.*, 1948, 616; C. AUSIELLO, *Studi sull'ordinamento regionale*, Milano, 1954, 97, intangibili anche le norme suppletive e dispositive; a favore della deroga: G. LA BARBERA, *Lineamenti...*, cit., 1965, 260-261 ed *ivi* riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Per un quadro d'insieme della vicenda: C. MORTATI, *Sulla competenza delle regioni in materia di rapporti privati*, in *Dir. Pubb. Reg.*, 1955, 271, e s.; nonché gli autori alle note *infra*.

(62) Corte cost. n. 7/1956 (*che ammette una competenza normale entro i margini stabiliti dall'art. 1635-1636 del cod. civ.; al di là del quale è possibile andare solo in via di eccezione come in testo*); ID., n. 109/1957; n. 35/1957; n. 36/1957. La sentenza n. 123/1957 (*Su affrancazione dei canoni enfiteutici*) nega la legittimità di deroghe alla legislazione statale con norme che incidono in via permanente sul diritto di proprietà, travolgendo diritti quesiti (*divieto di irretroattività*). Parrebbero inserirsi in questo filone: la sen-

giustificare deroghe « temporanee » alla legislazione statale.

In tali casi la deroga alla legislazione statale è intesa con tono restrittivo: parrebbe ammessa solo in via temporanea e come semplice adattamento alle particolari situazioni locali di una medesima *ratio legis* (63).

Altre volte la Corte costituzionale è parsa ispirata ad una maggiore apertura verso l'autonomia regionale.

Le condizioni di un simile atteggiamento di favore paiono essere ritrovate nella necessità di tutela di un interesse pubblico che l'ordinamento ha attribuito all'ente regione, nonché nel congiunto carattere « non imperativo » della norma statale che la regione vuole derogare (64).

Pare in tale ipotesi scomparire ogni aggancio alla *ratio legis* della disposizione di legge statale oggetto di deroga ad opera della legislazione regionale, ma i responsi non sono di facile e sicura sintesi.

Eguale notazione di cautela va posta per il concetto di interesse pubblico utilizzato normalmente dalla Corte costituzionale come condizione per l'ammissibilità di leggi regionali che disciplinano rapporti privati (65).

---

tenza n. 246 e 247 del 1976 e che ritengono la normale competenza statale in materia di prezzi.

(63) In ciò si può dire che la *ratio legis* statale è in gran parte confermata dalla deroga.

(64) Oltre alla sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 1956 cit. (per la parte relativa agli art. 1635-1636 del cod. civ.), si veda Corte cost. n. 7/1958 (*Su recesso ad nutum in rapporti di lavoro subordinato*) che ritiene legittima la legge regionale che pone una disciplina di recesso, per sole ipotesi tipiche, per i dipendenti delle esattorie in Sicilia; il caso è in materia di legislazione concorrente in deroga all'art. 2118 cod. civ., che la Corte rileva essere stato derogato da tempo in sede di contrattazione collettiva che già aveva stabilito il principio di tipicità del recesso.

(65) Corte cost., n. 59/1960 (*Turno di riposo dei negozi alimentari imposto anche ai grandi magazzini con pluralità di prodotti merceologici*) qui la Corte ammette la deroga confermando la presenza di un interesse

Il concetto è direttamente analizzato da un'autorevole dottrina (66) che avanza la distinzione di due differenti nozioni di interesse pubblico, una sola delle quali legittimerebbe l'intervento del legislatore regionale.

È interesse pubblico quello che dispone in ordine alla tutela dei rapporti fra privati offrendo, o negando, la protezione dello Stato agli atti di autonomia privata attraverso i propri organi giudiziari. Tale tutela verrebbe accordata — sempre secondo l'autore — ove gli atti di autonomia privata servano a realizzare i bisogni sociali per i quali l'ordinamento è costituito.

Pare di comprendere che in tal senso si avrebbe sempre la soddisfazione di un interesse pubblico ogni qualvolta lo Stato tuteli un interesse privato: nell'essere l'interesse privato « meritevole di tutela secondo l'ordinamento » si esaurisce la ragione dell'intervento dello Stato alla sua protezione.

Diverso, sempre secondo l'autore, sarebbe l'interesse pub-

---

pubblico alla tutela dei piccoli esercenti, adombrando altresì la necessità di un bilanciamento di interessi fra quello del consumatore (a giovare di punti vendita con pluralità di tipi merceologici) e quello dell'imprenditore (a effettuare scelte organizzative meglio rispondenti alle esigenze della propria azienda; la *ratio* pare comunque quella di evitare una concorrenza dannosa per i piccoli esercenti; cfr. la n. 76/1972 su stesso caso e conforme. Ancora Corte cost. n 6/1958 (*Su contratti agrari e ripartizione del prodotti in mezzadria*) ove asserisce che anche il regolamento di rapporti privati può in certi casi involgere interessi pubblici come la situazione economica generale, l'incremento della produzione agricola e la pace sociale nelle campagne.

(66) C. MORTATI, *Sulla competenza delle regioni in materia di rapporti privati*, in *Dir. Pubbl. Reg.*, 1955, 273-274; poi in Sulla potestà delle regioni di emanare norme di diritto privato, in Giur. Cost., 1956, 984, 987, 989, 991; ancora: *I limiti della legge regionale, Atti del III Convivium di studi giuridici sulla regione*, cit., 52, 53, 54, e s. La distinzione sul piano teorico riferita all'ordinamento generale e all'ordinamento particolare della pubblica amministrazione può trovarsi in A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 95.

blico che trova realizzazione attraverso « adempimenti » normalmente volti alla soddisfazione di interessi privati.

L'autore, scendendo nel particolare, pare riferirsi ai casi in cui la pubblica amministrazione possa, ad esempio, avere essa stessa un interesse alla esecuzione di un contratto fra privati, ovvero a determinate modalità di adempimento delle obbligazioni sorte da atti fra privati.

La presenza di tale interesse della pubblica amministrazione è in modo inequivoco rivelata dalla presenza di un dovere pubblico (a seguito di un ordine) che impone di eseguire comunque l'obbligazione di diritto privato, con conseguente applicazione di sanzioni amministrative o penali (art. 650 del cod. pen.) nel caso di sua inottemperanza.

Non diversamente è configurato l'interesse (pubblico) dell'amministrazione acciocché determinati rapporti fra privati sorgano per volontà imperativa della pubblica amministrazione al di fuori di ogni accordo preesistente fra privati, ovvero che accordi già conclusi proseguano con preclusione di ogni diritto di recesso, risoluzione, o quant'altro è rimesso dal codice civile alla volontà delle parti del contratto.

Dopo aver presentato la distinzione l'autore si appresta a concludere che solo per le ultime ipotesi di interessi pubblici (e non per la prima) è ammessa una deroga da parte della legislazione regionale ai precetti posti con legge statale (67).

Fuori da tali distinzioni si ritiene possibile un intervento regionale in materia di diritto privato nei soli casi di rinvio espresso del legislatore statale alla potestà legislativa regionale, ovvero perché l'intervento del legislatore regionale avviene in settori non coperti da riserva di legge, ovvero, seppur inclusi

---

(67) Per un caso recente di ordinanza prefettizia che proroga il termine di una proposta irrevocabile offerta da un ente assicurativo agli inquilini avente ad oggetto la vendita di beni immobili, si veda: T.A.R. Lazio, sez. I ter, 11 gennaio 1989, n.1, in *Foro amm.*, 1989, 3120.

nella stessa, queste siano ipotesi di riserva legislativa compatibili con la legge regionale (68).

Altri (69) soggiunge, come aspetto particolare del ragionamento, che l'ammissibilità di interventi legislativi regionali è possibile ove rivolta a creare un nuovo equilibrio dei rapporti giuridici privati turbati da eventi eccezionali.

Lo spunto è di interesse, ma non è di facile ed immediata utilizzazione: l'affermazione infatti ci pare che indichi due diversi profili, anche se molto spesso nel caso concreto di non facile individuazione.

L'equilibrio del rapporto giuridico privato può essere ritrovato attraverso una deroga della legislazione statale limitata ad una nuova conformazione della disciplina normativa, a favore di situazioni storico ambientali d'eccezione, pur tuttavia mantenendo la stessa *ratio* della legge statale.

La deroga in tal caso avrebbe proprio lo scopo di rendere vigente la stessa *ratio legis* della legislazione statale, la cui disciplina è stata sconvolta dal sopravvenire di eventi imprevedibili: deroga dunque di tutta conservazione degli equilibri espressi dalla singola disposizione di legge statale.

La presenza di situazioni locali d'eccezione può invece aprire a disequilibri dei rapporti sociali di rilevante interesse pubblico che impongono una rivalutazione delle scelte di me-

---

(68) Un esempio, fornito da Mortati, è considerare il riferimento alla legge di cui all'articolo 1339 (clausole e prezzi di beni e servizi, imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto) del cod. civ., come valida legittimazione dell'intervento legislativo regionale. L'idea è che anche il rinvio operato dal codice civile a leggi speciali, anche non amministrative, vale negazione della esigenza dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico in ordine alla specifica normazione di dettaglio; su ciò: C. MORTATI, *Sulla potestà*, cit., 991.

(69) P. GASPARRI, *Sulla competenza legislativa delle regioni in materia di contratti agrari*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, 81-82. Così anche: G. MUSACCHIA, *I rapporti fra i privati e la potestà legislativa regionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 111-112; che aggiunge come alternativa alla legittimazione delle deroghe regionali la presenza di interessi pubblici superiori da tutelare.

diazione effettuate dal legislatore statale con singole disposizioni.

L'apparire (o secondo un lessico comune: « la messa in pericolo ») di un interesse pubblico specifico impone una rivalutazione dell'equilibrio che era stato trovato dal legislatore statale come mediazione di soli interessi privati, richiedendo di conferire maggior peso all'una piuttosto che all'altra parte del rapporto privato, ovvero limitandole, o sostenendole entrambe.

« Deroga » dunque della legislazione statale con superamento della stessa *ratio legis* posta dalla *singola* disposizione del codice civile. Tale superamento tuttavia apre ad una ricognizione dei giudizi di valore espressi in tutte le norme dell'ordinamento in ordine agli interessi giuridicamente rilevanti e proprio perciò conchiude le scelte delle autonomie pubbliche (e private) nelle più ampie maglie del limite « dei principî dell'ordinamento giuridico ».

Ogni ulteriore precisazione richiederebbe una approfondita disamina e rimeditazione dell'intera materia (70), qui è parso sufficiente evidenziare taluni aspetti che dottrina e giurisprudenza hanno da tempo offerto all'analisi della potestà legislativa esclusiva delle regioni a statuto speciale.

I risultati, seppur parziali, ai quali si è giunti sono infatti di rilievo per l'oggetto principale della trattazione: la Corte costituzionale ha considerato legittimo, in situazioni d'eccezione e a rilevanza locale, un intervento in deroga della disciplina dei rapporti giuridici privati operato dal potere legislativo regionale (primario o esclusivo) seppur solo con carattere temporaneo.

Le analogie con i limiti normalmente imposti al potere di

---

(70) In ordine alla proprietà privata si vedano di recente: P. RESCIGNO, voce *Proprietà*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 254 e s.; L. PALADIN, *Il diritto e la funzione della proprietà fondiaria nell'Italia di oggi: le premesse costituzionali*, in *Quadrimestre*, 1988, 9 e s.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986.

ordinanza sono crescenti ed il concetto di principî dell'ordinamento giuridico pare assumere una sua precisazione e specificazione ove accolto come limite ai poteri attribuiti dall'ordinamento alle autonomie pubbliche. Si comincia a definire in particolare la portata dell'efficacia derogatoria ed i rapporti che intercorrono fra questa e i principî dell'ordinamento giuridico.

In situazioni locali d'eccezione la legislazione regionale (esclusiva) è abilitata a porre norme che regolano rapporti privati sempre che sussista la necessità di tutelare un interesse pubblico, un qualsiasi interesse pubblico di quelli attribuiti alle cure della pubblica amministrazione.

La situazione locale d'eccezione non è nulla di diverso dalla necessità di pervenire ad una nuova mediazione di interessi che, normalmente offerta da una disposizione del codice civile con particolare riferimento agli interessi privati, riesce eccezionalmente "ineffettiva" alla bisogna.

La assenza di effettività di una norma statale e la presenza di un interesse pubblico specifico aprono al legislatore regionale la possibilità di porre disposizioni proprie, volte a ristabilire l'unità dell'ordinamento giuridico, o più semplicemente entro l'ordinamento giuridico.

In particolari condizioni dunque è possibile per il legislatore regionale (nella sua facoltà primaria, o esclusiva) disciplinare diversamente i rapporti fra privati, ma con il limite insuperabile dei principî dell'ordinamento giuridico, che nel caso di specie significa che non sono nella disponibilità del legislatore regionale quei giudizi di valore, fra interessi contrapposti, che l'ordinamento generale ha stabilito a garanzia della sua unità (71).

---

(71) Specifico sul giudizio di valore come prevalenza fra interessi contrapposti: V. CRISAFULLI, *La legislazione siciliana concorrente: limite finalistico e limite dei principî*, in *Giur. cost.*, 1958, 375-377, ove si fa riferimento alla giurisprudenza in ordine all'imponibile di mano d'opera, ed al recesso *ad nutum* su cui vedasi dello stesso autore: *Appunti preliminari sul diritto*

Indisponibilità dunque a costituire nuovi diritti, nuovi poteri, nuove capacità (72), i quali non possono in qualche modo non trovar fondamento nel sistema dell'ordinamento giuridico, o perché da leggi statali espressamente previsti, o perché soluzione inespressa e necessaria di un conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado e non risolto dal diritto scritto.

Fondamento giuridico dei principî in tal modo intesi è sempre, al termine di ogni argomentare, l'art. 5 della Costituzione repubblicana.

Unità dell'ordinamento che normalmente è colta come limite di coesione dell'ente pubblico locale verso il potere legislativo statale (73), ma che indirettamente si è visto ritenere come « limite di ordine pubblico » (74) di ogni autonomia privata.

---

al lavoro nella costituzione, in *Riv. giur. lav.*, 1951, poi in *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 145 e s.

(72) A. ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione nello « Stato delle autonomie »*, in *Le Regioni*, 1981, 667 e s.; i limiti indicati nello scritto sono per la potestà legislativa delle regioni a statuto ordinario.

(73) C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 69 e s.

(74) Art. 31 delle disp. prel. al cod. civ.; art. 1354, comma III, art. 1339, art. 1419, comma II, art. 1429, comma II, del cod. civ. In dottrina si segnala P.RESCIGNO, *Introduzione*, al *Trattato di diritto privato*, diretto da di P. Rescigno, Torino, Utet, 1982 ove dice: "il principio dell'ordine pubblico si presenta idoneo al controllo delle manifestazioni della autonomia negoziale che vengano ad urtare contro i principî costituzionali; perché, anzi, il modo tradizionale di intenderlo del privatista, sembra destinato ad arricchirsi, poiché nel costruire l'ordine pubblico dovrà muovere dalla considerazione di un ordine che parte dai valori costituzionali..." pag. 48. Sull'ordine pubblico in generale nel diritto privato per tutti: P. MENGOZZI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. I, Torino, Utet, 1982, 334 e s.; R. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, del *Trattato di diritto privato*, cit., diretto da P. Rescigno, vol. X, Torino Utet, 1982, 273 e s. ove si richiama la dottrina che intende l'ordine pubblico con « i principî fondamentali »; ancora, a pag. 277, ove l'autore contrappone

Il limite dei principî diviene in tal senso negazione di ogni delibazione delle 'autonomie' che possa favorire risoluzioni di conflitti fra posizioni soggettive dell'ordinamento, per così dire, "centrifughe" rispetto alla compatibilità di ognuna di esse con la totalità degli interessi presenti e riconosciuti dall'ordinamento: che vale quanto dire con la complessità degli interessi che vi fanno parte.

I principî, dunque, come metodo di risoluzione dei conflitti; i principî come direttiva preferenziale di interpretazione e enucleazione di norme dal sistema, a favore ed in consonanza di valori, anche innovativi rispetto alla singole disposizioni scritte, ma comunque presenti nell'ordinamento (75).

Diviene così agevole comprendere come questa funzione dei principî, particolarmente evidente nei periodi di crisi della legge, o anche nei casi di introduzione nell'ordinamento di riforme legislative fortemente innovative, si esprima altresì, forse con minore intensità ma con maggiore continuità, in tutte le ipotesi di presenza nell'ordinamento di momenti di autonomia (nell'unità).

Non è forse un caso che la dottrina di fine inizio secolo indicasse i principî dell'ordinamento come limite dei regolamenti comunali in materia sanitaria che tanto incidono nei c.d. rapporti privati (76) e che l'apparizione del concetto dei princi-

---

« l'ordine pubblico » alle « norme imperative », poiché i primi sono « principî capaci di sfidare il tempo », le seconde « capricci momentanei del legislatore » (l'esigenza politica del momento); ancora a pag. 273 e s., riferimenti alle esigenze solidaristiche. Infine, fra gli altri, E. ROPPO, *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977, 125 e s., 158 e s.

(75) Si pensi alla funzione interpretativa svolta dalle norme programmatiche, sul punto: V. CRISAFULLI, *La Costituzione nelle sue norme di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 48 e s., 70-72, spec. 73, 75-76; ancora 13- 18.

(76) Si vedano gli autori citati al par.2 di questo capitolo, in particolare il Cammeo; per un avvicinamento delle leggi regionali ai regolamenti: GIOCOLI NACCI, *Leggi statali e leggi regionali*, in *Giur. compl. Cass.. civ.*, 1953, V bim, 235; M.S. GIANNINI, *Leggi regionali e regolamenti di autonomia*, in

pî nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* in Francia sia contestuale al riconoscimento nell'ordinamento di un potere regolamentare autonomo (77).

Infine non può rimanere senza significato la circostanza che uno dei campi preferenziali di applicazione dei principî, sia in Italia che in Francia, sia stato la limitazione dei poteri di polizia amministrativa in relazione alle libertà del commercio e dell'industria (78), in epoche storiche in cui la legislazione in materia non si era evoluta ai livelli di dettaglio dei giorni odierni.

5. *I principî come limite delle autonomie (segue): il potere di ordinanza. Ambito di rilevanza: gli enunciati inespressi (o espressi per relationem) della norma di legge attributiva del potere di ordinanza. Inderogabilità dei principî perché definiscono il contenuto di esistenza del potere. I principî di rango legislativo che regolano l'esercizio del potere di ordinanza e la sentenza n. 100 del 1987 della Corte costituzionale.*

La tradizionale distinzione fra principî dell'ordinamento di rango costituzionale e principî desunti dalla legislazione ordinaria, pur non essendo di importanza trascurabile nel caso delle leggi regionali, assume tuttavia un particolare rilievo nel caso delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

Se per la potestà legislativa delle regioni a statuto speciale il limite dei principî è enunciato in norme di legge costituziona-

---

Giur. compl. Cass. civ., 1952, 937; più recente in tal senso: A. ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione*, cit.

(77) G. MORANGE, *Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit*, in *Revue de droit publit*, 1977, 766 e s.

(78) M. LETOURNEUR, *Le "principes généraux du droit" dans la giurisprudence du Conseil d'Etat*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1951, 20 e s.; per l'Italia si veda la dottrina citata al par. 2 di questo capitolo.

le (gli statuti), per il potere di ordinanza la prima indicazione scritta a rilevanza normativa (posteriore all'ordinamento repubblicano) è rintracciabile con il valore di semplice « raccomandazione » per il legislatore nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 1956, al contrario con gli effetti tipici delle sentenze di accoglimento nella motivazione-dispositivo della successiva sentenza della Corte n. 26 del 1961.

« È comunque da ritenere — scrive la Corte costituzionale nella seconda delle due sentenze citate — che l'illegittimità dell'art. 2 (R. d. n .773 del 1931, t.u.l.p.s.) sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principî dell'ordinamento giuridico ».

Non è il caso di approfondire eccessivamente l'analisi per comprendere che il limite dei principî è letto dalla Corte in norme di legge non costituzionali (79), in conformità alla tradizione storica dell'istituto che ritrova tale limite in via interpretativa già anteriormente alla entrata in vigore della nostra Costituzione a struttura rigida.

L'atto sottoposto al limite in esame è in un caso la legge regionale, nell'altro un atto amministrativo e, secondo l'opinione preferibile, non normativo.

Per il solo caso delle leggi regionali la violazione del limite dei principî dell'ordinamento si risolve sempre in una ipotesi di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 Costituzione: in tal caso ogni contrasto con i principî è necessariamente un conflitto con una norma di carattere costituzionale (gli statuti), sicché, sotto il profilo del *valore* normativo, appare superata

(79) A voler essere precisi il fondamento non costituzionale del limite dei principî al potere di ordinanza è la naturale correlazione dell'enunciata assenza della forza di legge nelle ordinanze amministrative di necessità e urgenza; la presenza del limite dei principî pare riuscire ad evitare il conflitto della norma attributiva del potere di ordinanza con gli art. 76 e 77 della Costituzione e la violazione degli articoli della stessa che impongono le riserve di legge.

ogni distinzione fra principî di livello costituzionale e principî desunti dalle norme di legge ordinaria.

In entrambi i casi i principî dell'ordinamento, costituzionalizzati, o no, sono limite del relativo potere.

Nel solo caso delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza la norma attributiva del potere è legge ordinaria (dello Stato) al pari delle disposizioni dalle quali si vogliono tratti i principî dell'ordinamento non accolti in Costituzione.

Il contrario è per le regioni a statuto speciale dove la legge costituzionale attribuendo a tali enti la potestà legislativa esclusiva pone contestualmente il limite esplicito dei principî dell'ordinamento.

La differenza non è di poco conto: per le regioni la potestà legislativa (esclusiva), con capacità di deroga indifferenziata nella materia attribuita, è conchiusa (80) con l'espressa enunciazione dei limite dei principî dell'ordinamento (ad eccezione dello statuto della regione Sicilia).

Per il potere di ordinanza è stata la stessa struttura della disposizione attributiva del potere di ordinanza a fornire implicitamente la delimitazione « principî dell'ordinamento giuridico ».

Con maggior precisione si può dire che è il silenzio di tale disposizione di legge, in ordine agli enunciati che attengono al contenuto di esistenza del potere, che impedisce al potere stesso di superare le definizioni dei diritti e dei poteri che sono offerti in legge ordinaria (81) .

---

(80) In ciò si ritrova la distinzione fra capacità attribuita al legislatore regionale con la potestà legislativa esclusiva e la capacità attribuita al legislatore nazionale.

(81) Proprio perché la norma attributiva nulla esprime sul contenuto di esistenza del potere dell'amministrazione essa non può contribuire a ridefinire diritti e poteri attribuiti dall'ordinamento con atti aventi forza di legge, obbligando così a ricorrere ai principî al fine di superare il conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado (e non risolti in modo espresso dal legi-

La soluzione ultima può per taluni profili non discostarsi molto nei due casi, ma la diversa costruzione può tuttavia essere utile a spiegare talune differenze di rilievo in ordine ai limiti dell'efficacia derogatoria, molto ampia per ciò che attiene agli elementi di esercizio del potere, al contrario per quanto si riferisce agli elementi di esistenza.

In tal senso è forse possibile pervenire alla spiegazione, anche sul piano della gerarchia delle fonti, di una massima molto nota nella storia giuridica del potere di ordinanza: « gli atti amministrativi, che sono estrinsecazione di tale potere, non trovano mai limiti assoluti di forma, o vincoli che attengono alle procedure, dovendo queste delimitazioni piegarsi alle necessità dell'urgenza imposte dal caso all'agire autoritativo della pubblica amministrazione » (82).

In una parola, tali limiti sono « derogati » proprio per la presenza di enunciati nella disposizione attributiva del potere di ordinanza che attengono all'esercizio del potere pubblico.

Questa è la caratteristica del potere di ordinanza: *la necessità* per l'amministrazione pubblica di dover quanto meno superare i normali vincoli posti all'esercizio del potere autoritativo; tale requisito è infatti condizione essenziale per il legittimo esercizio del potere di ordinanza, poiché la possibilità di far uso di poteri tipici esclude un valido esercizio del potere di ordinanza.

---

slatore), ricorso ai principî che vale, come vedremo, definizione per relationem del contenuto del potere di ordinanza.

(82) Per tutti si vedano di recente: T.A.R. Abruzzo, 5 maggio 1986, n. 165, in *Riv. giur. agr. it.*, 1987, 567, che afferma l'assenza di ogni disposizione che imponga il contraddittorio prima dell'emanazione di un ordinanza di chiusura di uno stabilimento industriale insalubre; più correttamente lega l'assenza di procedimentalizzazione alle ragioni dell'urgenza: T.A.R. Basilicata, 22 giugno 1984, n. 79, in *T.A.R.*, 1984, I, 2867; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 4 giugno 1980, n. 615, in *T.A.R.*, 1980, I, 3066; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in *T.A.R.*, 1980, I, 3046; Trib. Sup. Acque Pubbl., 20 marzo 1980, n. 4, in *Cons. di Stato*, 1980, II, 463. Per riferimenti sulla forma si veda nota n. 159 al capitolo VII.

Tanto basta per ritenere che il limite dei principî dell'ordinamento non possa configurarsi in modo identico nel caso della potestà legislativa esclusiva delle regioni e nei confronti del potere di ordinanza, poiché sono gli enunciati espressi, o non espressi, da quest'ultima a dare la misura del rapporto con i principî dell'ordinamento giuridico e, in una parola, del "limite" da questi rappresentato.

È ben noto che i principî dell'ordinamento giuridico non sono un limite per il legislatore statale; con maggior precisione può dirsi che l'enunciazione espressa di contenuti difformi dai principî vale, concorrendone le condizioni, norma speciale, ovvero negazione dell'esistenza di quel principio per l'intero ordinamento giuridico (83).

Nel primo caso (singola deroga *ex lege* ai principî generali) un principio posto dalla norma speciale c'è, ma non si estende, o se si preferisce non contribuisce a formare, l'ordinamento generale nei suoi principî; nel secondo l'enunciazione legislativa vale negazione dell'esistenza di quel principio come generale, proprio perché trova smentita in alcune disposizioni di legge.

Da ciò l'affermazione di sintesi secondo cui i principî non costituiscono mai limite per gli enunciati espressi dal legislatore statale. Il potere di ordinanza è configurato dalla norma attributiva (legge statale) secondo la tecnica della enunciazione diretta di soli taluni elementi del potere: la competenza, il fine di interesse pubblico, i presupposti di necessità e urgenza. Nulla è detto dalla norma attributiva di potere di ordinanza, in ordine agli elementi di esistenza che attengono al suo contenuto; reciprocamente: posizione di supremazia della pubblica amministrazione, diritto soggettivo inciso (in via generale e astratta).

---

(83) Per dottrina sulla distinzione fra enunciati espressi e inespressi si vedano i paragrafi che precedono.

In tal guisa la interazione dei principî dell'ordinamento giuridico non può dirsi omogenea nei due settori di diritto obiettivo: la relazione con la norma attributiva del potere di ordinanza non è eguale a quella che intercorre con la potestà di legislazione esclusiva delle regioni a statuto speciale.

Le norme costituzionali (statuti) prevedono i principî dell'ordinamento giuridico come limite generale della potestà legislativa esclusiva. Non così avviene nei confronti del potere di ordinanza ove il concetto comunemente in uso dei principî dell'ordinamento giuridico assume, come limite al potere della pubblica amministrazione, un'accezione più ristretta.

In particolare le sentenze della Corte costituzionale che hanno consentito la enucleazione del limite del « giusto procedimento » per il legislatore regionale (84) e segnatamente le

(84) I riferimenti al principio del giusto procedimento sono indicati al paragrafo che precede. Quanto al « principio di irretroattività degli atti amministrativi » occorre ricordare che questo è desunto dall'articolo 11 delle disposizioni sulla legge in generale, che, in quanto norma legislativa ben potrebbe essere derogata dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza: tutto sta nel verificare se il requisito dell'urgenza sia enunciato capace di esprimere consimile efficacia. Si veda in giurisprudenza la recente sentenza della Corte cost., 24 gennaio 1989, n. 19, che riconosce non vincolante per il legislatore regionale (siciliano) il principio di irretroattività delle leggi sancito all'art. 11 delle disp. prel. al cod. civ., ove il carattere specifico dell'atto legislativo non possa esimersi dal formulare norme ad efficacia retroattiva, come nel caso di inquadramento di pubblici dipendenti a seguito di recezione di un contratto collettivo di lavoro relativo ad un triennio già decorso. Sul punto si veda anche Corte cost., (ord.), 23 giugno 1988, n. 713, che ritiene manifestatamente infondata la questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 117 Cost., della legge regionale della Toscana che dispone la riduzione dei contributi dovuti alle aziende esercenti autoservizi di linea in concessione regionale anche per gli anni anteriori a quelli dell'entrata in vigore della legge. Non sarebbe consentito invece al legislatore regionale disporre in deroga ad una legge statale con efficacia retroattiva poichè violerebbe il principio di unità dell'ordinamento, così parrebbero: Corte cost. 9 marzo 1978, n. 23 e 27 aprile 1982, n. 91.

elaborazioni in punto della dottrina non riescono a costituire eguale (85) ragione di limite per il potere di ordinanza.

Gli enunciati che regolano il corretto esercizio del potere della pubblica amministrazione in situazioni di necessità e urgenza, « derogano », ove necessario, tutte le disposizioni di legge con eguale oggetto, nonché i principî che da essa si possono enucleare (86). Ciò si suole intendere quando si dice che a fronte del potere di ordinanza il vizio di legittimità dell'atto amministrativo di « violazione di legge » è del tutto inusuale (87), ove al contrario il vizio di « eccesso di potere » raggiunge la sua

---

(85) Parte della *ratio decidendi* delle sentenze in esame non costituisce un problema per il potere di ordinanza, così per esempio il divieto per il legislatore regionale di emanare "leggi provvedimento"; in punto si veda il paragrafo che precede.

(86) Non invece le norme da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere: se si considera queste norme principî dell'ordinamento amministrativo occorre riconoscere che mai le stesse sono state derogate dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza, nemmeno in situazioni di estrema urgenza. Il contrario invece è avvenuto per le norme che sanciscono il « giusto procedimento ». G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1984, 222-224, che distingue fra principî di valore costituzionale e di valore ordinario ricomprendendo fra questi ultimi le regole che attengono al procedimento amministrativo.

(87) È di norma il requisito della « urgenza » che regola l'esercizio del potere. Si dice inusuale proprio perché è teoricamente possibile ipotizzare una urgenza che tolleri (faccia salve) in casi concreti, singole disposizioni, o principî procedimentali. Anche in tali ipotesi, tuttavia, è quanto meno dubbio che non si tratti di « eccesso di potere ». Vero è, e ciò basta a quanto vuol affermarsi in testo, che il « giusto procedimento » cede alle esigenze dell'« urgenza », dunque non è mai limite assoluto per il potere di ordinanza. Sul punto, anche della graduazione legislativa dell'urgenza con una certa qual procedimentalizzazione dell'esercizio del potere in situazioni di necessità e urgenza, si vedano le nostre osservazioni: *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza*, in *Foro it.*, 1988, I, 3538.

massima latitudine (88). Il legislatore statale ha voluto un potere flessibile alle contingenti necessità del momento, regolato quasi unicamente dal criterio di una ragionevole correlazione fra presupposti, contenuto in concreto prescelto dalla pubblica amministrazione (mezzi), nonché fini di interesse pubblico voluti perseguire.

Ciò che invece il legislatore statale non esprime con la norma attributiva del potere di ordinanza, non perviene a costituire una nuova norma a favore della pubblica amministrazione, rimettendosi a ciò che è offerto dal diritto obiettivo « ordinario ».

Nessun nuovo diritto, nessuna nuova posizione di supremazia della pubblica amministrazione, può essere inventata in sede di potere di ordinanza. Di questo 'spaccato' del diritto obiettivo i principî costituiscono l'espressione di sintesi cui la Corte costituzionale e prima ancora la dottrina, hanno voluto fare riferimento come idoneo momento di composizione dei conflitti fra tutte le posizioni soggettive (diritti e poteri), pubbliche o private, riconosciute dal nostro ordinamento.

La norma attributiva del potere di ordinanza non consente di derogare ai principî dell'ordinamento, proprio per ciò che essa non esprime, proprio perciò che essa vuole recepito da altro.

In tal senso appare ormai chiaro che l'aspetto che consente di lasciare margini di incertezza nelle vicende giuridiche che scaturiscono dal potere di ordinanza non deve essere ricercato direttamente nella ritenuta definizione incompleta della norma attributiva del potere di ordinanza, ma piuttosto nella stessa definizione, o funzione, che è riconosciuta ai principî nel nostro

(88) L'affermazione non può essere svilita dalla considerazione che sussiste la giurisdizione di merito in materia di ordinanze contingibili ed urgenti, poiché la situazione non è diversa per tutte le altre ordinanze di necessità e urgenza emanate da organi dell'amministrazione statale in cui non è attribuita una giurisdizione di merito.

ordinamento. Silenzio della norma attributiva del potere di ordinanza che vale dunque definizione del contenuto del potere, negli elementi che definiscono la sua esistenza, « *per relationem* » ai principî dell'ordinamento.

Il ragionamento ci pare confermato da una recente sentenza della Corte costituzionale, seppur come presupposto logico della decisione.

L'oggetto del giudizio costituzionale (89) è l'articolo 4 del decreto legge 27 febbraio 1982, n. 57 così come convertito in l. 29 aprile 1982, n.187. La norma dispone che « *gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati si considerano legittimi, anche se difformi dalle norme in vigore, incluse quelle che regolano la competenza o disciplinano le procedure, purché diretti a realizzare l'attività di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la collettività o a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici* ».

La questione è posta in ordine all'articolo 42, comma II, 24, comma II e 113 comma I, della Costituzione. I provvedimenti ai quali si fa riferimento sono sicuramente quelli emanati dal Commissario straordinario nel periodo immediatamente successivo al terremoto verificatosi nella Calabria e Basilicata nel 1982.

La Corte costituzionale conclude la sua quarta (90) statuizione sul potere di ordinanza seguendo ciò che è ormai divenuto un cliché per le sentenze in materia: si « dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale » dell'art. 4 del d. l. n. 57 del 1982 citato.

---

(89) Corte cost., 3 aprile, 1987, n. 100, in *Foro it.* 1987, I, 1671 si vedano i commenti di A. PIZZORUSSO e nostri. Si confronti altresì le successive sentenze della Corte costituzionale 28 maggio 1987, n. 201 e 30 dicembre 1987, n. 617 e le nostre osservazioni *La tutela dell'ambiente*, cit., specialmente 3543 e s.

(90) Che si aggiunge alle precedenti sentenze della Corte costituzionale n. 8/1956, n. 26/1961, n. 4/1977.

La legittimità *ex lege* imposta dall'articolo 4 da ultimo citato, non importa, secondo la Corte, violazione dei principî costituzionali relativi alla tutela della proprietà privata e al sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi poiché, secondo l'interpretazione corrente del giudice ordinario ed amministrativo, tale legittimità *ex lege* non perviene a sanare i vizi degli atti che importino violazione dei precetti costituzionali a tutela della proprietà privata (art. 42 cost.), né comprende i vizi di incompetenza talmente gravi da risolversi in un difetto di attribuzione (incompetenza assoluta).

La tutela giurisdizionale su tali atti è, nelle parole della Corte, « comunque assicurata relativamente agli elementi fondamentali dell'atto della pubblica amministrazione, in quanto il giudice amministrativo dovrà accertare: a) la sussistenza dell'attribuzione del potere di emettere i provvedimenti adottati; b) l'effettiva reale coincidenza tra lo scopo tipico dell'atto (91) e il suo concreto contenuto; c) il rispetto della proprietà privata secondo il disposto il disposto dell'art. 42, 2° comma, cost.; d) l'insussistenza di un contrasto con i profili essenziali dei principali istituti giuridici » (il congruo indennizzo, l'impossibilità di imposizioni non temporanee, ecc.).

Neppure la previsione di legittimità *ex lege* degli atti consente al potere di ordinanza di disporre della « tutela civilistica prevista in via generale dall'ordinamento »; ciò equivale a dire che il potere di ordinanza non autorizza a spostare l'assetto degli equilibri fra pubblici poteri e diritti dei privati posto dall'ordinamento generale.

Né, ma è un ragionamento ulteriore rispetto al principale qui condotto, ammette di travalicare nell'arbitrio, che vale a ri-

---

(91) La Corte per scopo tipico vuole evidentemente intendere il fine di interesse pubblico indicato dalla legge di sanatoria all'art. 4 cit.: « concernente l'opera di soccorso nei confronti delle persone rimaste senza tetto ».

cordare all'interprete quanto il vizio di eccesso di potere si ponga come nucleo resistente invalicabile per ogni esercizio, sia pur libero, dei poteri dell'autorità (92). La scelta del legislatore statale di porre gli enunciati che regolano (diversamente) l'esercizio del potere, al pari del silenzio serbato in punto 'posizione di supremazia della pubblica amministrazione-diritti soggettivi che alla prima si contrappongono', è del tutto conforme al modo normale di veder operare i principî dell'ordinamento giuridico.

Questi trovano applicazione ove il legislatore non abbia disposto (lacuna), in tal senso sono « il limite » della legge, ma ben inteso non costituiscono mai un limite per le disposizioni espresse del legislatore.

L'esercizio del potere è regolato dagli enunciati espressi direttamente nella norma attributiva del potere di ordinanza; i requisiti di esistenza che attengono al rapporto autorità-libertà sono invece dettati o dalle norme di legge che definiscono il contenuto dei poteri « nominati », o attraverso il rinvio al concetto di principî dell'ordinamento giuridico (93).

---

(92) Per un commento più ampio su tale sentenza si consenta di rinviare al lavoro: L'articolo 113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 e s. Se si sofferma l'attenzione sulla circostanza che il vizio di eccesso di potere opera normalmente come regola di giudizio che partecipa di tutte le caratteristiche dello *jus non scriptum* si perviene con facilità alla constatazione che il potere di ordinanza è (si vedano *infra* le conclusioni sul principio di legalità) in gran parte contornato, o se si preferisce, retto da tali norme. Da ciò è possibile pervenire alla conclusione che il potere di ordinanza è la sintesi delle norme che comunque regolano qualsiasi potere autoritativo della pubblica amministrazione, anche in assenza di ogni vincolo di legge

(93) Questa distinzione non sussiste nel caso della legislazione regionale esclusiva.

6. *Norme costituzionali non principî dell'ordinamento e norme principio non costituzionali. Conflitti fra interessi tutelati in norme di pari grado: inutilità del principio di gerarchia, specialità o competenza e successione delle leggi nel tempo. Precetti costituzionali e principî dell'ordinamento: differenze e interrelazioni.*

Il potere di ordinanza non può esprimere contenuti che si pongono in contrasto con norme costituzionali, né con i principî dell'ordinamento giuridico. L'affermazione richiede che si proceda preliminarmente alla confutazione di alcuni radicati convincimenti che forse in epoche meno recenti, o ancor oggi per altri settori dell'ordinamento giuridico, hanno rappresentato, o rappresentano, valide ricostruzioni delle vicende giuridiche che attengono ai « principî *generali* dell'ordinamento » e alla disciplina dei poteri dell'autorità, ma che si presentano come veri e propri pregiudizi ove utilizzati nell'analisi del potere di ordinanza.

I principî dell'ordinamento giuridico assumono sicuramente diverse accezioni a seconda dei settori dell'ordinamento e del tempo storico cui si vuole fare riferimento, senza con ciò porre in crisi la categoria unitaria dei principî stessi (94).

I limiti derivanti dalle disposizioni costituzionali e dai principî dell'ordinamento giuridico per il potere di ordinanza non coincidono, ma sussistono fra loro delle indubbie interrelazioni.

Con l'entrata in vigore nel nostro ordinamento della Costituzione repubblicana molte delle norme che prima potevano riposare sui principî dell'ordinamento (espressi o inespressi) sono state riassorbite in enunciati espressi della Costituzione, con

(94) V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 13-14; da ultimo si confronti S. BARTOLE, voce: *Principî generali del diritto*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, 494 e s.; F. SORRENTINO, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e Società*, 1987, 181 e s.

conseguente novazione della fonte giuridica di riferimento (95).

Oggi si possono dunque ritrovare disposizioni costituzionali che sono principî, a fianco di altre che principî non sono, ancora, infine, norme principio non costituzionali. Costituzionali, o no, i principî possono essere espressi, o implicitamente posti. Questi ultimi si ritiene che debbano essere individuati attraverso un processo logico di astrazione dal particolare al generale, a partire cioè dalle disposizioni di legge espressamente poste; tale processo logico è da taluni indicano con il nome di *analogia juris.*

La costruzione, può offrire indubbi servigi nel campo delle norme di diritto privato ove, in assenza di una regolamentazione autonoma delle parti interessate e di una disciplina *ex lege*, si sia rivelato inutile il ricorso alla *analogia legis.*

Nel caso in cui sia presente una disposizione di legge che consente ad un atto della pubblica amministrazione di statuire in deroga alle disposizioni vigenti (96) non è agevole invece comprendere a quale livello di astrazione ci si debba arrestare per individuare il principio come limite al potere di ordinanza. È ben noto come si possano enucleare principî prescindendo vieppiù dalle singole disposizioni di legge espressamente poste, sino a raggiungere la sommità del sistema.

In tal guisa a seconda del livello di astrazione si potrà giungere a rilevare principî verso i quali sono in contrasto determinati contenuti in concreto prescelti dalla pubblica amministrazione, ovvero risalendo ancora nel procedimento induttivo,

---

(95) Ritiene che la distinzione di efficacia fra i principî non scritti e scritti stia appunto nella eventuale novazione da parte di legge costituzionale: V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *Riv. degli infortuni e malattie professionali*, 1950, n. 1, poi in: *La Costituzione e le sue disposizioni...*, cit., 132.

(96) Egualmente ci pare si possa dire per gli atti di autonomia privata nel loro rapporto con le norme imperative ove si voglia costruire quest'ultime come principî.

gli stessi contenuti possono risultare conformi ad essi (97).

La costruzione così proposta è del tutto insufficiente ad individuare in concreto il limite dei principî, ma soprattutto non pare dar congrua rappresentazione di quelle scelte di valore che necessariamente reca con sé il concetto dei principî dell'ordinamento giuridico.

Il secondo preconcetto attiene alla cultura che nei tempi più recenti ha assunto la denominazione di « garantismo », ma meglio individuata, già nelle carte costituzionali dell'ottocento, dalla contrapposizione dei diritti di libertà ai poteri della pubblica autorità.

In verità è ormai noto che le disposizioni costituzionali in tema di libertà « hanno efficacia *erga omnes*: esse cioè tutelano i singoli tanto contro le pubbliche autorità quanto contro gli altri privati. » (98).

La tutela di un diritto dei privati non può più essere concepita solo come difesa nei confronti del pubblico potere, ma altresì come difesa nei confronti dei poteri (*rectius*: diritti), di altri soggetti privati e pubblici, o per meglio dire degli interessi che ad essi fanno capo.

Il mutamento di prospettiva può essere utile per comprendere i casi sempre più frequenti di intervento del potere d'ordinanza a favore di alcuni interessi di contrapposto ad altri, interessi entrambi che la legge ordinaria e costituzionale tutelano come diritti soggettivi.

In tal guisa opinando si può forse riuscire a intendere taluni modi di operare dei principî dell'ordinamento giuridico come limite al potere di ordinanza di necessità e urgenza.

Il fenomeno appare meglio ricostruito infatti ove si pensi

---

(97) Lo rileva anche se non con riferimento al potere di ordinanza: M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit., 24.

(98) A. PACE, *Corte costituzionale e « altri » giudici: un diverso garantismo?*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, 233.

allo spazio di operatività lasciato ai principî nel caso di conflitto fra interessi che, tutelati in norme giuridiche di pari grado, non abbiano ricevuto soluzione espressa in norme di legge (od atti equiparati).

Non si tratta propriamente di un conflitto fra enunciati astratti di norme, quanto piuttosto fra gli interessi che in concreto coinvolge di volta in volta il potere di ordinanza e che ricevono tutela in norme pari ordinate. Il problema peculiare rispetto al normale modo di intendere i rapporti fra disposizioni dell'ordinamento nasce proprio da questo fronteggiarsi, irrisolto dallo *jus scriptum*, di interessi tutelati dalla legge.

I normali criteri di risoluzione dei conflitti fra disposizioni scritte appaiono del tutto inutili alla bisogna.

A parte il principio di gerarchia, inapplicabile nei rapporti fra fonti di pari grado, risulta impossibile anche solo pensare al principio di successione delle leggi nel tempo, nonché a quello di specialità o competenza.

Le norme di pari grado di cui si tratta non hanno lo stesso oggetto (diritto di sciopero-iniziativa economica privata; diritto alla salute-libertà di circolazione e soggiorno; diritto all'informazione-diritto alla privacy; ecc.), ma tutelano in via generale ed astratta diritti e poteri, senza espressa relazione alcuna tra loro.

Il conflitto vi è proprio in quanto manca una norma scritta che ponga in relazione i beni giuridici contrapposti; ritrovatala nei principî il conflitto ne è dissolto.

A rigore, dunque, non si è, come nei casi di applicazione del principio di competenza, gerarchia e successione delle leggi nel tempo, in presenza di due norme che regolano in modo difforme uno stesso oggetto (99). La presenza di una *lacuna le-*

---

(99) La specialità deve essere valutata in base ai soli enunciati che attengono alla conformazione delle posizioni soggettive rilevanti per l'ordinamento generale. I casi e i tempi a cui si riferisce l'art. 14 disp. prel. cod. civ, ove non contribuiscano a definire l'esistenza di poteri, o diritti, sono derogati dalla norma di legge attributiva di poteri di ordinanza, la quale esprimendo il

gis sta proprio ad indicare l'assenza di una determinazione espressa da parte di una disposizione scritta che ponga in relazione le posizioni soggettive, definendone i relativi confini.

Il contento del potere di ordinanza è la scelta della pubblica amministrazione a favore dell'uno, o dell'altro interesse, che si contendono nel caso concreto l'intervento pubblicistico.

La pubblica amministrazione si conformerà ai limiti imposti dall'ordinamento al potere di ordinanza ove mantenga la propria scelta entro il giudizio di prevalenza, fra posizioni soggettive in quel caso contrapposte, espresso dall'ordinamento generale nel suo complesso.

Il fenomeno giuridico indicato non è una novità, come si avrà modo di rilevare fra poco, né per il nostro ordinamento, né per altri normalmente considerati lontani dalla nostra cultura giuridica.

Alcune peculiarità sono tuttavia offerte dalla presenza della disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza e dalla natura di atto amministrativo del provvedimento di necessità e urgenza.

Particolare rigore richiede infatti l'analisi che consentirà di evidenziare, o negare, l'esistenza di un conflitto fra interessi tutelati da norme di pari grado.

Essenziale è individuare con precisione quali rapporti l'ordinamento intende tutelare con il diritto di proprietà, con il diritto di circolazione e soggiorno, con l'iniziativa economica privata; tali enunciati, infatti, non è raro che prevedano contestualmente alla definizione del diritto alcuni limiti coessenziali, sì da delimitare l'effettiva portata normativa di un eventuale conflitto. Individuazione della reale tutela giuridica sostanziale nelle definizioni che di questa offrono le disposizioni costitu-

---

generico presupposto di « necessità e urgenza » depura le altre disposizioni per ciò che attengono ai casi (rottura di argini, epidemie, ecc.) ed ai tempi (dal 15 settembre al 15 ottobre, ecc.).

zionali, ma soprattutto nella conformazione che ne è data dal legislatore ordinario.

La norma di legge attributiva di poteri di ordinanza « non deroga » le disposizioni costituzionali non meno di quanto non possa modificare le conformazioni dei diritti e dei poteri che la legge ordinaria offre ai soggetti del proprio ordinamento.

« Non deroga » perché in ordine al contenuto del potere la disposizione di legge attributiva dello stesso non stabilisce alcunché, sicché in punto appare del tutto inoperante il principio di competenza (o, secondo altri, di specialità).

In ciò il limite dei precetti costituzionali ed il limite dei principî dell'ordinamento giuridico si distinguono, si confondono e si richiamano al tempo stesso.

Si distinguono poiché la disposizione attributiva del potere di ordinanza non è in grado, di per sé, di superare la conformazione dei diritti e dei poteri offerta dal legislatore ordinario.

Si confondono poiché l'interpretazione delle disposizioni costituzionali e di quelle ordinarie, è un *continuum* inscindibile per gli atti non legislativi, fra i quali non possono non annoverarsi le ordinanze di necessità e urgenza che sono atti amministrativi.

Si richiamano, perché il coinvolgimento di disposizioni costituzionali apre per propria parte ai criteri di risoluzione delle antinomie normalmente in uso per gli enunciati della massima fonte dell'ordinamento, fra i quali non ultimi si sono annoverati i principî *inespressi* perché momento di risoluzione dei conflitti fra interessi tutelati in disposizioni di pari grado nell'ordine della gerarchia delle fonti (100).

---

(100) La dottrina ha da tempo rilevato distinzioni che, entro la più ampia categoria dell'unicità formale della fonte costituzionale, sono volte a individuare un rapporto di non parità « sostanziale » fra norme costituzionali. Gli esempi sono noti: a partire dai limiti alle leggi di revisione costituzionale rintracciabili in norme diverse dall'articolo 139 cost., alla distinzione fra potere costituente e costituito, al concetto di costituzione materiale, a quello del principio di effettività, sino al principio di non "contraddittorietà" nella sua versione più immediata, od in quella, che per i giuristi ha una sua autonoma

Si richiamano infine perché nella nostra cultura giuridica la risoluzione dei conflitti a mezzo dei principî *inespressi* avviene normalmente attraverso il richiamo delle disposizioni scritte della Costituzione a temperamento, o a sostegno, di una delle due posizioni a confronto.

7. *I principî come risoluzione del conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado. La continuità dei valori dell'ordinamento in tempi normali ed eccezionali.*

Da tempo non solo nella cultura giuridica si è rilevata la presenza di ciò che genericamente viene ancor oggi indicato come « crisi della legge », evidenziandone i pericoli, le fenomenologie e le principali cause che l'hanno determinata e successivamente alimentata.

Più di recente si assiste ad un progredire delle ricerche giuridiche in ordine al fenomeno indicato con analisi specifiche e di settore che forse meglio riescono ad evidenziare anche ciò che nel fenomeno si contrappone alla semplice « degenerazione », ciò che in altri termini entro l'ordinamento si pone, o può porsi, come argine della crisi.

Ciò che un tempo pareva semplice « disordine » di un legislatore incapace di raziocinio sistematico, viene di recente letto come riconoscimento di interessi particolari nuovi senza riferimento d'insieme: dei rapporti tra loro e di quelli con gli interessi di più consolidata tradizione giuridica (101).

---

configurazione, del principio di unità sistematica di un corpo normativo. Fra questi il ricorso ai principî inespressi (che anch'esso partecipa del concetto di unità sistematica, ma riferito all'intero ordinamento) pare distinguersi poiché più di altri, non enuncia un criterio, ma una logica ricostruttiva di un determinato ordinamento. Per tutti da ultimo si veda: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema.*, cit., 77.

(101) Di interesse sono gli Atti del Convegno nazionale *Potere poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, (Roma, Accademia dei Licei, 20-22 marzo 1985), Padova, Cedam, 1986.

Il « disordine legislativo » è visto come assenza di valori unificanti, come incapacità del legislatore ordinario di contrapporsi alle diverse istanze che pervengono sotto la spinta di molteplici bisogni sociali contemperandoli secondo una gerarchia di valori generalmente accolta; valori riconosciuti come prioritari in un determinato contesto sociale; valori dunque che debbono essere *effettivi*.

Il richiamo ai valori espressi nella Costituzione repubblicana (102) è visto proprio come referente normativo utile a consentire la ricerca di più « salde coesioni sociali e istituzionali » (103).

---

(102) Sui valori nel diritto obiettivo, per tutti da ultimo: M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, 56 e s. « Alle norme costituzionali si assegna un significato specifico autonomo che consiste nel riconoscimento di valori, di un sistema di valori e di un sistema culturale, che legittima la costituzione come organizzazione di un determinato sistema di governo » *op. ult. cit.*, 57. Per autori meno recenti: E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge e al diritto*, cit., 236; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungrecht*, Munchen-Leipzig, 1928, tr. it. (F. Fiore e J. Luther), *Costituzione e diritto costituzionale*, a cura di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1988.

(103) N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadrimestre*, 1984, 230; P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emergenza civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, ove si può leggere: « manca una conformità nella produzione legislativa al disegno del costituente e si va avanti a zig-zag, tra flussi e riflussi legati al contingente se non al movimento di piazza o di palazzo, in una società "frammentaria, lacerata, disorganica" senza l'energia storica di ristabilire "l'unità dei rapporti sociali" », pag. 1166; A. DE VITA, *I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese (vicende e incognite di un processo in atto)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, Giuffrè, 1985, 1171, 1210, e *passim*; P. RESCIGNO, *Introduzione al Trattato di diritto privato*, a sua cura, Torino, Utet, 1982, 48; individua nell'art. 2 e 41 cpv., Cost., disposizioni che consentono una penetrazione dei valori essenziali del sistema nelle norme di diritto privato: A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, cit., a cura di P. Rescigno, vol. XXI, 1987, 60 e s.; considera le norme programmati-

La questione di costituzionalità non è solo più verifica della conformità alle disposizioni costituzionali delle singole scelte del legislatore (104), ma soprattutto è confronto con le altre leggi ordinarie per la eliminazione di « irragionevoli » determinazioni (ragionevolezza del sistema legislativo ordinario), nonché verifica di tali scelte legislative con i « valori » che complessivamente l'ordinamento costituzionale esprime quale parametro utile alla risoluzione dei conflitti non espressamente sciolti da una disposizione scritta (105).

---

che espressione di valori nuovi: V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., spec. 48; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit., 21; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 76. La frase citata in testo è presa da A. DE VITA, *I valori...*, cit.,1171.

(104) L'osservanza dell'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87 appare dunque sempre più assolvimento formale di una regola di procedura soprattutto nel casi in cui l'indicazione delle disposizioni della Costituzione, o delle leggi costituzionali, che si assumono violate avvenga con la tecnica del combinato disposto di una pluralità di articoli della Costituzione, ovvero con sola indicazione dell'articolo 3, comma II, Cost. che vale a dare fondamento testuale al principio di ragionevolezza. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. 226 e s.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1973, poi in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, 637 e s.; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976,; M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Milano, Ed. Comunità, 1977, 39-40; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3*, comma II, della Costituzione, Padova, Cedam, 1984; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova Cedam, 1987, 320, 459, 562, ma spec. 610; G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 69, 323 e s., 527; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale dell'Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, 1987, 555 e s. ed *ivi* (nota 95) riferimenti ulteriori; G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, Padova, Cedam, 1987, 67 e s., ed *ivi*, (nota 14) riferimenti.

(105) M. COSTANTINO, *La proprietà nel sistema dei diritti reali e della legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in *L'influenza dei valori costituzionali...*, cit., a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, pag.22; M. BUQUICCHIO, *La funzione sociale della cooperazione alla luce dei principi costituzio-*

Combinati disposti di una pluralità di norme costituzionali e articolo 3, comma II, come principio di ragionevolezza, appaiono ormai un normale modo di proporre e risolvere le questioni di costituzionalità.

La norma come interpretazione si allontana vieppiù dalla

---

nali, ivi, 248 e s., ove si ricollega l'art. 45 Cost. all'art. 2 Cost.; A. GAMBARO e R. PARDOLESI, *L'influenza del valori costituzionali sul diritto civile, ivi*, 10 e s.; analizzano i conflitti che scaturiscono dal confronto con l'iniziativa economica privata: A. DI MAIO, *Libertà di iniziativa economica e valori costituzionali, ivi*, 272 276 (diritto di sciopero), 277 (cassa integrazione); M.G. GAROFALO e S. SCIARRA, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto del lavoro, ivi*, 348 e s. per una comparazione con le esperienze di Francia, Germania (R. F. T.), Stati Uniti e Italia; S. MAZZAMUTO, *Costituzione economica libertà d'impresa ed ausili finanziari, ivi*, 67, ove ritiene che i diritti fondamentali sono parametro di legittimità costituzionale delle misure d'ausilio. Altro settore di particolare interesse è quello sui trattamenti sanitari obbligatori: S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1982, 127 e s.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari* (a proposito dei testimoni di Geova), in *Scritti in onore di E. Tosato*, cit. 75 e s.; A. CLARIZIA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dizionario di diritto sanitario*, a cura di M. S. Giannini e G. De Cesare, Varese, 1984, 561 e s.; DI VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, (atti del Convegno di studi tenutosi a Roma il 1 dicembre 1982), Napoli, Jovene, 1983, 13 e s.; P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa, ivi*, 55 e s.; nonché si vedano l'introduzione e le conclusioni di P. RESCIGNO, *ivi*, pag. 5 e s. 181 e s. Ancora in materia di libertà di pensiero e di informazione: A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1988, 66 e s., per esperienze di stati Uniti, Gran Bretagna, Repubblica federale tedesca, Francia e Svizzera, 26 e s.; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 5 e s.; A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee* (con particolare riferimento a Francia, R. F. T., U. S. A.), in *Politica del diritto*, 1986, 579 e s.; L. MEZZETTI, *Stato di catastrofe e libertà di stampa nella repubblica federale di Germania*, in *Diritto e Società*, 1987,43 e s.; E. ROPPO, *I diritti della personalità fra rilevanza costituzionale*

disposizione scritta poiché chiamata a proporsi come sintesi ultima dei conflitti fra gli interessi cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica, con ciò avvicinandosi, senza tuttavia confondersi, alle esperienze proprie della cultura giuridica di altri paesi ordinati secondo il sistema di *common law* (106).

Diviene così normale nel nostro linguaggio giuridico sentire parlare di conflitti fra diritti soggettivi, di necessità di ricorso ai principî dell'ordinamento come valori e della necessità pel tramite di essi di mantenere l'unità del sistema.

L'assenza di una disposizione scritta impone che una norma sia ritrovata nel sistema attraverso il ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico non perché una norma deve comunque esistere al fine di consentire al giudice di rispondere alle parti, ma per consentire al sistema di essere uno.

Assenza di norma generale e astratta significa impossibilità di individuare *ex ante*, in base ad una norma scritta, il diritto obiettivo. L'assenza indicata significa rivalutare l'importanza dell'autorità del « precedente » e dei processi logici, necessariamente *ex post*, che consentono di individuare e risolvere il caso sottoposto al giudice.

Tale rivalutazione non assurge nel nostro ordinamento a vincolo per i casi che seguono, né è consentito farvi ricorso co-

---

e tutela civile (esperienze degli Stati Uniti, Germania Federale e Francia), in *Legalità e Giustizia*, 1984, 72 e s., spec. 82.

(106) Oltre a ciò che rappresenta ormai un classico in materia: A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione, L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974; si vedano: G.C. HAZARD jr., *The position of the Supreme Court in the contemporary costitutional sistem of the Unites States*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. Lombardi, Rimini, Maggioli, 1985, 161 e s.; nonché i lavori citati alla nota che precede di: E. Roppo; I. Mezzetti; A. Di Mao; M. G. Garofalo e S. Sciarra; S. Mazzamuto; A. De Vita; A. Baldassarre; R. D'Alessio; ancora si veda G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1984, 220 e s.; ed in tutti ulteriori riferimenti. Per rapporti fra legge e giurisdizione: R. MANGABEIRA UNGER, *Knowledge and Politics*, trad. it., *Conoscenza e politica*, Bologna, 1983, spec. 127 e s.

me modo normale di enucleare il diritto obiettivo, ma è consentito solo e unicamente perché una disposizione scritta (la legge) non esprime la soluzione ritenuta per l'ordinamento valida in via generale ed astratta.

Diritti ed obblighi, poteri e doveri, sia pubblici, sia privati, sono definibili anche nel nostro ordinamento attraverso un procedimento logico-casistico (*ex post*) ricorrendo ai principî dell'ordinamento.

Il ritrovato teorico non è nuovo (107), particolare è la rilevanza che anche oggi, come in tutti i periodi storici di « crisi della legalità », assume sia per le proporzioni quantitative (investe ogni settore dell'ordinamento giuridico), sia come scelta di valore (l'unità dell'ordinamento).

Alla capacità di un ordinamento di disciplinare i rapporti giuridici in via generale e astratta subentra la necessità di determinarli in via puntuale e concreta (108).

L'assenza di una disposizione generale e astratta sicura-

---

(107) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. I, Milano, Soc. ed. libr., 1900, 166, ove dice: « non è necessario che i diritti di libertà vengano dichiarati espressamente; essi possono sorgere da tutto il contesto della legislazione, dai principî fondamentali su cui poggia lo Stato moderno. ». Ma si veda anche dello stesso autore *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, (1899), poi pubbl. in *Scritti minori*, vol. I, (*Diritto costituzionale*), Milano, Giuffrè, 1950, 104: « Ed invero: ogni potere discrezionale (a non parlare di quelli che vengono assunti in linea di eccezione e per causa di urgenti necessità) ha la sua origine in una norma di diritto obiettivo, sia questa data dalla legge scritta, sia dalla consuetudine, sia da quelli che, seguendo la terminologia in uso, si possono chiamare principî generali del diritto. ».

(108) Rilevano da ultimi che sussiste la possibilità di una determinazione *ex post* della norma: L. PALADIN, *La proprietà nel sistema*, cit., 23-24; A. DE VITA, *I valori costituzionali*, cit., 1172, 1221; G. BERTI, *Diritto e Stato riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 379, ove si precisa che il rapporti fra individuo e società non è definito una volta per tutte e ciò accade sia per i rapporti fra privati sia per quelli tra pubblico e privato.

mente amplia la discrezionalità del giudice nella individuazione della norma e rivaluta il ruolo del giurista nella elaborazione ed interpretazione del diritto obiettivo (109).

L'apparire dello *jus non scriptum* come principî dell'ordinamento giuridico non può dunque dirsi fatto peculiare del potere di ordinanza, questi lo trova come limite normale perché potere previsto proprio per le situazioni di necessità, perché opera proprio ove la legge non esprime una norma di relazione fra le posizioni giuridiche in conflitto (poteri tipici).

Non importa ora in questa sede individuare i criteri che presiedono alla risoluzione dei conflitti ogni qualvolta evidenziati (110), importa piuttosto rilevare che l'ordinamento attraverso i principî abbia la possibilità di esprimere un giudizio di valore (preminenza) che fornisce al giudice la premessa maggiore del sillogismo, consentendo la verifica della compatibilità dei contenuti di esistenza del potere di ordinanza con il diritto obiettivo.

Le incertezze che attengono alla individuazione dei principî dell'ordinamento come limite al potere di ordinanza sono le incertezze che hanno radici lontane (111) e si ritrovano in ogni

---

(109) Di recente sottolineano il ritorno di importanza del ruolo del giurista: P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emergenza*, cit., 1171; ID., *L'interpretazione della legge*, cit., 1008; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 88; G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., 378.

(110) Per tutti in dottrina si vedano in ordine ai criteri: A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 110 es.; A. CERRI, *Il principio come fattore di orientamento interpretativo privilegiato: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1827 e s.; A. DE VITA, *I valori costituzionali*, cit., 1195-1196, 1222. Rileva che manca sin'ora una organica ricerca sulla gerarchia dei valori costituzionali in Italia, ma la ritiene una « *felix culpa* » consentendo una maggiore elasticità: L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione. Le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 12; *ivi*, in tutti gli autori, riferimenti anteriori.

(111) Di cui può dirsi che mai, ovvero sempre, ha trovato convincente soluzione; ciò che conta forse non è tanto la eliminazione di ogni di-

settore del diritto obiettivo per la soluzione dei conflitti non risolti espressamente dalla legge.

L'analisi in punto è in nulla mutata dalla presenza della norma attributiva dei potere di ordinanza. La diversità del modo di operare dei poteri dell'autorità è data dall'affacciarsi di un conflitto fra beni giuridici contrapposti che in base alla legge scritta, ai suoi singoli enunciati espressi, appaiono di pari grado. È il fronteggiarsi di tali beni che ne impone una rilettura, non più generale e astratta, ma relazionale e concreta ed in funzione dell'unità dell'ordinamento (112).

Se i principî sono la risposta dell'ordinamento, di tutto l'ordinamento (sia esso costituito dal diritto pubblico o dal diritto privato) alla "crisi della legge", pare conseguente pensare che i valori normativi siano gli stessi (unici) per ogni settore del diritto obiettivo e che sussista una « continuità » dei valori fra momenti normali (legge) e momenti di crisi (principî).

Il potere di ordinanza non offre in punto eccezione alcuna.

La norma attributiva del potere di ordinanza a seconda del grado di "necessità" apre ai contenuti previsti dalla legge per i

---

screzionalità nel processo di interpretazione, quanto piuttosto degli elementi che in maggior misura ne caratterizzano le diverse soluzioni, fra i quali non ultimo è l'attribuzione ad un giudice o alla pubblica amministrazione dell'ultima parola. Per un'analisi storica: N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino,1938, 7 e s.

(112) G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, cit., 76-77; 80-81; 88-89; 229-230; parla di ridefinizione del diritto in relazione a tutti gli interessi tutelati dall'ordinamento: S. PATTI, *Valori costituzionali e tutela dell'ambiente*, in *L'influenza del valori costituzionali*, cit., 94; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo...*, cit., 131; P. PERLINGERI, *L'interpretazione della legge come sistematica...*, cit., in *Rass. Dir. Civ.*, 1985, 1008-1010, sp. 1008; G. FERRARA, *La teoria della costituzione in Carl Schmitt come critica alla liberaldemocrazia*, in *Politica del diritto*, 1986, 463 ove ricorda come in Schmitt c'è un obiettivo da garantire: « esorcizzare il pericolo della dissoluzione politica dell'unità politica ».

singoli poteri dell'autorità, aprendo ne consente la scelta, aprendo ad essi si subordina, ovvero immette direttamente ad un confronto con i principî dell'ordinamento per il caso in cui manchi la norma scritta di relazione.

Il ricorso ai principî si pone dunque come necessaria conclusione di ogni discorso sulla legalità, sul ruolo della legge, o di ciò che l'ordinamento impone si debba osservare in sua assenza, nel suo non prevedere.

Aprire alla legge significa accettare la subordinazione non solo ad essa, ma altresì ad ogni norma che si pensi come sua continuazione, come suo completamento, come sua « *interpretatio* ».

Il limite del potere di ordinanza indicato nei principî è la disciplina giuridica tollerata dal nostro ordinamento scritto in assenza di una previsione espressa di legge in ordine ai rapporti fra tutti i soggetti dell'ordinamento generale. Ordinamento generale che ben può dirsi a buon conto comprensivo della legge e dei principî (113).

Unicità dell'ordinamento giuridico comunque espresso in norme scritte, o non scritte: « continuità » (114), dei valori del-

---

(113) Per il concetto di ordinamento generale si veda A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit.

(114) Il concetto di continuità è preso da T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., pag. 77, nonché pag. 71 a nt. 119, ove afferma che la completezza dell'ordinamento è il fine e non la premessa dell'interpretazione; per il concetto dei principî come ricomposizione dell'ordinamento a unità si vedano anche gli autori citati alle note che precedono, in particolare da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, op. loc. cit. alla nota che precede. Per la tesi che i concetti di *intra* o *praeter legem*, se vogliono indicare la possibilità per le ordinanze amministrative di trovar fondamento nei principî come norme non scritte, mantengono tali atti entro i limiti dell'ordinamento giuridico, si veda: SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., 104.

l'ordinamento che vale a mantenerne l'identità nel processo di innovazione del diritto obiettivo (115).

8. *I principî dell'ordinamento giuridico ed il vizio di eccesso di potere: giudizio di « valore » e giudizio di « utilità ». Il ricorso per Cassazione per violazione di legge e l'attività di nomofilachia. Il rapporto fra il controllo della Corte costituzionale e quello degli altri giudici sui valori dell'ordinamento.*

I principî dell'ordinamento giuridico forniscono al giudice ordinario la possibilità di esercitare un sindacato sulla scelta

(115) G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, cit., 76, rileva che un tempo l'ordinamento giuridico, le sue disposizioni erano tendenzialmente ordinate a sistema, sicché le nome implicite non erano create dall'interprete, ma egli scopriva solamente la struttura reale dell'ordinamento. Oggi invece è l'interprete che crea un ordine di valori (pag. 77), « che non risulta di per sé dall'ordinamento ». Pare tuttavia che l'ordinamento esprima delle gerarchie di valori ed esprima altresì la necessità della ricerca e ricomposizione della sua unità. Il volgere all'unità le singole disposizioni diviene dunque norma implicita di ognuna di esse. Vero che l'interprete risolve un problema, dunque determina, se si vuole crea, la soluzione del conflitti, ma non può farlo con la libertà che è propria del legislatore, immettendo *ex nihilo* valori estranei all'ordinamento. Pare piuttosto che la scelta dell'interprete sia creativa in quanto selettiva delle diverse possibilità di sintesi del molteplice, della sua riduzione ad unità. La ricomposizione dell'ordinamento non ha dunque « a priori » una soluzione possibile, ma più; l'interprete sceglie l'opzione preferenziale che meglio crede si attagli ai valori ultimi presenti nell'ordinamento e capaci di mantenerne l'unità. Tale norma così enucleata è norma dell'ordinamento, è « *ex post* » l'unica ricomposizione dell'ordinamento stesso per quel caso concreto. Non si è sicuri tuttavia di aver ben inteso l'opinione dell'autore, cenni di diverso segno rispetto a quello citato parrebbero enunciati alle pagine: 98 e s., 229 e s., 289 e s.

I principî come unità sistematica sono il massimo di « creatività » consentita nel nostro ordinamento di *civil law*. L'idea parte dal principio di non contraddittorietà e di completezza, la lacuna va colmata, non in qualsivoglia direzione, ma solo al fine di consentire la convivenza, la compresenza del

operata dall'amministrazione in ordine all'esistenza in quel caso concreto del potere d'autorità.

Alcuni problemi tuttavia possono sorgere per le forti analogie che il « bilanciamento » fra interessi giuridici contrapposti così attribuito al giudice ordinario può avere con il potere del giudice amministrativo di sindacare l'esercizio del potere stesso con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere.

La differenza non unica, ma che si ritiene decisiva, può essere ritrovata nella diversa disciplina giuridica che consegue nell'una e nell'altra delle ipotesi considerate: l'una di valore, l'altra d'utilità.

L'ordinamento generale che definisce diritti e obblighi, poteri e doveri, sia pubblici, sia privati, nel prestare o negare la propria forza giuridica opera una selezione degli interessi sociali per ricomporli ad unità: perciò forza ordinante, ordinamento.

L'unità è ricercata attraverso una scelta di valori fra beni giuridici contrapposti, scelta idonea a far cessare lo stato di « necessità e urgenza » che l'ordinamento vuole modificato.

---

tutto. Nei sistemi di *civil law* oltre al feticismo della norma scritta c'è il feticismo di una norma che comunque va ritrovata. Sicché, o si rompe la tradizione ammettendo lo *stare decisis* e la creatività del giudice, oppure si parla di *analogia legis* e poi *juris*, nonché di consuetudine cui si dovrebbe ricorrere prima di quest'ultima.

L'*analogia juris* è utile perché concetto ambiguo, poiché può venire identificata (a ragione, o a torto) con i principî dell'ordinamento giuridico. I principî a loro volta sono elementi essenziali di identità nel mutamento, dunque di unità. Sul piano logico l'equivoco è utile a legare la differenza della enucleazione *ex post* con la cultura della norma *ex ante*.

Fuori dalle ambiguità pare corretto pensare, per il caso delle ordinanze di necessità e urgenza, ai principî dell'ordinamento come individuazione dei valori utili alla soluzione dei conflitti non risolti dalla legge. Valori che vanno ricercati ed enucleati interpretando i testi legislativi ordinari e costituzionali al fine di offrire di essi una sintesi capace di consentire la loro permanenza, la loro appartenenza ad un unico ordinamento.

La scelta, ove il legislatore non abbia previsto un potere capace di dar soluzione del conflitto, è conchiusa dai principî dell'ordinamento giuridico e sindacata dal giudice ordinario, individuando così ciò che l'ordinamento considera preminente fra i beni giudici in quel caso contrapposti.

La scelta di un utile esercizio è demandata alla pubblica amministrazione e sindacata sotto il profilo della legittimità dal giudice amministrativo per quanto attiene alle ponderazioni dell'interesse, considerato preminente secondo i principî avanti al giudice ordinario, con gli altri interessi valutati in quest'ultima sede di minor pregio, ma non per questo inesistenti avanti al giudice amministrativo.

Questi ultimi costituiscono infatti beni giuridici che l'ordinamento generale ha considerato di minor valore per affermare l'esistenza del potere di ordinanza in favore del bene valutato come preminente; che vale quanto dire che l'ordinamento ha negato a tali beni la consistenza di diritti soggettivi nei confronti del potere della pubblica amministrazione.

Al contempo tuttavia la presenza di tali beni costituisce il limite all'esercizio del potere, cioè quelle ponderazioni ulteriori che la pubblica amministrazione deve necessariamente svolgere affinché la protezione del bene valutato come preminente non vada oltre i limiti di un esercizio legittimo del potere; che vale quanto dire che tali beni assumono nell'ordinamento la consistenza di interessi legittimi e sono il limite (legittimità) del giudizio di utilità della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere.

In entrambi i casi si ha una ponderazione degli interessi contrapposti, la differenza emerge dalla qualificazione giuridica che l'ordinamento ha voluto attribuire ai singoli interessi e desumibile, al termine della operazione interpretativa, nella definizione del potere come: esistente-inesistente, legittimo-illegittimo.

In un caso il bene considerato preminente trova protezio-

ne nel diritto soggettivo, ovvero nel potere della pubblica amministrazione.

Nella seconda ipotesi il bene prima considerato di minor valore può ergersi a limite del potere di ordinanza, non più come sua negazione di esistenza, ma come limite al suo legittimo esercizio.

Le conseguenze giuridiche che ne derivano sul piano sostanziale e processuale sono note e valgono a caratterizzare autonomamente i due limiti al potere della pubblica amministrazione, cioè alle diverse qualificazioni giuridiche che l'ordinamento vuole accordare a determinati beni (diritti soggettivi o interessi legittimi) con conseguente diversa rilevanza giuridica dello stesso bene a seconda del confronto con gli altri valutati di minore, o maggior, pregio.

Se così stanno le cose non è solo più una differenza quantitativa a poter definire nel caso concreto la composizione fra beni giuridici contrapposti, ma emerge una differenza qualitativa offerta appunto dalla distinzione diritti ed interessi legittimi (116).

È scelta di valore dell'ordinamento considerare un bene semplice limite di esercizio, ovvero negazione di un potere in capo alla pubblica amministrazione, è scelta di valore normativa di diritto obiettivo, dimenticarlo significa per il nostro ordinamento perdere tutto il patrimonio culturale che ha da tempo

---

(116) Anche quando il giudice amministrativo pare voler risolvere la questione sul piano della legittimità del provvedimento è perché ha già ritenuto esistente il potere della amministrazione. Come è noto infatti la questione di giurisdizione è rilevabile d'ufficio, dunque è pur sempre nel potere del giudice amministrativo ritenere l'inesistenza dell'atto e provvedere dichiarando il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario. In punto: Cons. di Stato, sez. VI, 2 ottobre 1985, n. 520, in *Foro it.*, 1985, III, 465, che annulla la sentenza dal T.A.R. Lazio, sez. III, 14 giugno 1982, n.621, in *Foro it.*, 1982, III, 111, che dichiarava il proprio difetto di giurisdizione. Nella sentenza del Consiglio di Stato indicata si individua chiaramente il processo logico e quello decisionale sopra richiamato.

sotteso le dichiarazioni dei diritti dell'uomo nelle carte costituzionali, elidere in un sol colpo tutti gli sforzi che hanno accompagnato nel nostro ordinamento le elaborazioni delle teorie intorno ai diritti soggettivi e che hanno avuto particolare attenzione e momento di verifica con i diritti di libertà.

Sinché esiterà nel nostro ordinamento l'articolo 2 della l. 22 marzo 1865, n. 2248, All. E, abolitrice del contenzioso amministrativo, queste appaiono le conseguenze giuridiche inevitabili di ogni divagare intorno ai poteri della pubblica amministrazione, che hanno sul piano giurisdizionale il diverso referente del giudice ordinario o amministrativo, e sul piano sostanziale l'elaborazione della distinzione diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Non è dunque conseguenza teorica inevitabile di ogni ordinamento, è la conseguenza dell'attuale nostro ordinamento giuridico.

Sotto altro profilo si può dire che l'assenza nella norma attributiva del potere di ordinanza di ogni definizione del contenuto del potere impedisce ogni correlazione *predefinita* fra contenuto e fine di interesse pubblico che normalmente sussiste per ogni potere pubblico autoritativo.

Il giudizio di prevalenza fra interessi pubblici in conflitto individua i contenuti del potere di ordinanza che, per quel caso concreto, sono ritenuti compatibili con il nostro ordinamento giuridico. Una corretta correlazione fra contenuto in concreto prescelto dalla pubblica amministrazione ed il fine di interesse pubblico dichiarato nell'ordinanza vale ad escludere la presenza del vizio di eccesso di potere.

Nelle due ipotesi sono diversi gli elementi dell'atto a cui si vuole fare riferimento: in un caso è la verifica della compatibilità fra contenuto prescelto dalla pubblica amministrazione (la scelta di prevalenza fra beni giuridici contrapposti) e quello che l'ordinamento considera ammissibile secondo i principî; nella seconda ipotesi è piuttosto questione di corretta correlazione

fra contenuto e fine dichiarato nell'atto (da cui le c.d. figure sintomatiche), o al più di compatibilità tra fine in concreto e definizione generale e astratta (seppur generica) che del fine offre la norma attributiva del potere di ordinanza (c.d. sviamento) (117).

---

(117) Si è convinti della unitarietà del vizio di eccesso di potere (per tutti: E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Studi in onore di E. Crosa*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1960, 463), ma l'individuazione delle figure sintomatiche sono una terminologia comunemente in uso per distinguere le ipotesi di accertamento diretto e indiretto del vizio di eccesso di potere.

Lega la ridefinizione del vizio di eccesso di potere all'analisi dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione: F. LEVI, *L'attività conoscitiva cit.*, 275 e s, 293 e s., 541 e s., e *passim*. Di recente sul vizio di eccesso di potere si vedano gli scritti di: G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, relazione svolta all'incontro italo-austriaco su *La giustizia amministrativa* in *Italia e Austria*, Perugia 23-24 aprile 1987, pubblicato poi in *Foro amm.*, 1987, II, 3165 e s.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere: origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877 - 1892)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 68 e s.; T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquatenario del Consiglio di Stato*, Roma, Ist. pol. Zecca dello Stato, vol. II, 1981, 605 e s.; A. AZZENA, *Sindacato sui c.d. sintomi dell' eccesso di potere ed ampliamento delle competenze del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, vol II., 27 e s.; ID., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976. Fra gli scritti meno recenti si vedano: E CANNADA BARTOLI, *Aspetti dell'errore di fatto nel sistema dei vizi dell'atto amministrativo e disapplicazione giudiziaria*, in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 435; ID., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 184 e s., 189; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, (1957), cit., 293 e s., 300, 313 e s., 314, 316; N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere « amministrativo » secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato studi in occasione del Centenario*, vol. II, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1932, 438 e s.; P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, 124 e s.; M. D'AMELIO A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, del *Noviss. Digesto it.*, vol. VI, 1960, 344 e s.; M. D'AMELIO, voce *Eccesso di potere del Nuovo Digesto It.*, vol. V, 1938, 257 e s.; SANTI ROMANO e M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali*

Al giudice dei diritti spetta la dichiarazione dei principî dell'ordinamento giuridico al fine di verificare se il potere della pubblica amministrazione in quel caso esista; al giudice degli interessi legittimi la verifica della corretta utilizzazione del *mezzo* così individuato in ragione del fine di interesse pubblico indicato direttamente, o indirettamente, dalla norma attributiva del potere.

Il vizio di eccesso di potere non consente un sindacato del giudice amministrativo sul contenuto dell'atto in sé e per sé considerato, qualsiasi contenuto correttamente correlato con il fine di interesse pubblico e la situzione di necessità e urgenza è per tale giudice esente dal vizio di legittimità. La valutazione del giudice amministrativo in ordine al contenuto dell'atto, proprio perché riguarda il vizio di eccesso di potere, è sempre un giudizio di utilità rispetto al fine di interesse pubblico.

I principî dell'ordinamento consentono invece di introdurre un giudizio di valore sul contenuto prescelto dalla pubblica amministrazione indipendentemente da una sua corretta funzionalità al fine pubblico.

Al giudice ordinario, con i principî dell'ordinamento, è data la possibilità di negare che ogni contenuto del potere di ordinanza è validamente ammesso dall'ordinamento sol perché utile a perseguire il fine indicato dalla norma attributiva del potere stesso (118).

---

della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929, I, 181 e s., sp. 182-184; F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere,* in *Giur. it.*, 1912, 107 e s.115; ID., *A proposito di circolari e istruzioni,* in *Giur. it.*, 1920, 5 e s. Nonché gli ulteriori riferimenti posti *infra* ai capitoli V,VII e VIII.

(118) L'idea che la necessità possa selezionare un unico « mezzo » al fine di interesse pubblico, indicato per un dato organo dall'ordinamento, è di G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato,* in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 433-434, 455 che propone l'idea dell'obbligo giuridico di adoperarsi per uno scopo indifferibile come criterio di individuazione dei poteri pubblici non

In tale quadro la generale riconosciuta ammissibilità del ricorso per Cassazione per « violazione o falsa applicazione di norme di diritto » (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.) appare la logica conclusione anche per le norme di *jus* non *scriptum* poste dai principî dell'ordinamento giuridico (119).

La funzione di ricomposizione ad unità dell'ordinamento giuridico svolta nel suo profilo obiettivo dai principî dell'ordinamento, trova nella Corte di Cassazione l'imputazione soggettiva dell'attività di « assicurare la uniforme interpretazione della legge » e « l'unità del diritto oggettivo nazionale » (art. 65 R.d. 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordin. giud.).

Fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva, la Corte di Cassazione nella qualità di organo di ultimo grado della giurisdizione ordinaria in ordine alla esatta interpretazione del diritto, nonché con le proprie sezioni unite nei confronti di tutte le giurisdizioni nella qualità di organo che ha l'ultima parola in ordine al riparto fra le stesse, assurge soprattutto nei rapporti con il giudice amministrativo, a tutore dei diritti soggettivi, ovvero del potere della pubblica autorità, verificando la conformità ai principî dell'ordinamento per quanto attiene alla concreta (non astratta) esistenza di essi.

Se è vero che i momenti di conflitto fra posizioni soggettive egualmente tutelate e non risolte dalla legge sono sempre più frequenti nell'ordinamento, ne consegue che assumono gra-

---

previsti dalla legge. La tesi vuole essere valida alternativa dell'idea della necessità come fonte del diritto di SANTI ROMANO (*Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 251 e s.). La teoria tuttavia ci pare male riportata alla ipotesi del potere di ordinanza di cui in testo. La necessità di cui parlano Miele e Romano non è quella che funge da presupposto per il potere amministrativo di ordinanza.

(119) Ritiene già ammissibile il ricorso per Cassazione per violazione, o falsa applicazione, di norme di diritto anche nel caso dei principî G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1933, 156.

datamente maggiore rilevanza le definizioni relazionali (120) e *ex post* dei diritti soggettivi, nel rapporto, nel conflitto, con altri.

Da ciò l'ulteriore conseguenza di un ruolo sempre crescente della giurisprudenza al quale si è assistito in questi ultimi anni in ogni settore del diritto, perché la stessa è stata chiamata ad esprimere il diritto in assenza di precise scelte del legislatore, ma ancor più per l'incapacità di questi di offrire scelte preferenziali in funzione dell'unità dell'ordinamento giuridico.

Il sistema dunque senza accogliere il ruolo vincolante del precedente offre con la Corte di Cassazione una certa unitarietà e continuità fra i valori (principî) che hanno deciso dei singoli casi (121).

Vi è piuttosto da rilevare che nel nostro ordinamento l'articolo 134 della Costituzione attribuisce alla sola Corte costituzionale il giudizio sulla « legittimità costituzionale delle leggi o degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni ».

Normalmente i valori costituzionali trovano attuazione attraverso almeno tre organi dello Stato: con il legislatore, con i giudici e con la Corte costituzionale, ai quali si dovrebbero aggiungere tutti gli altri soggetti cui l'ordinamento riconosce una autonomia giuridica.

Da tempo si è posto in luce che ad ognuno di tali organi dello Stato residua una sfera di determinazione dei rapporti giuridici non tangibile dagli altri.

---

(120) Un diritto soggettivo può dirsi limitato dalla sua stessa definizione, alternativamente può dirsi limitato dal suo essere rapportato con altri (diritti o poteri pubblici). Nel primo caso il limite è intrinseco alla sua stessa definizione e può dirsi limite assoluto del diritto (soggettivo), in quanto non correlato ad altro che alla fonte che lo istituisce. Nel secondo caso il limite è estrinseco e può dirsi relativo, in quanto mutevole in ragione degli altri diritti o poteri a cui è di volta in volta rapportato. Sotto altro profilo entrambi possono dirsi dipendenti dall'intero ordinamento e le sue evoluzioni, o involuzioni.

(121) G. ZAGREBELSKY, *Il sistema* ...cit., 88-89; S. SATTA, voce *Corte di Cassazione*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 797 e s.

Nel rapporto fra legislatore e giudici ordinari, o speciali, la Costituzione ha previsto una riserva di giurisdizione (122), in particolare nel rapporto fra legislatore e Corte costituzionale quest'ultima ha da tempo riconosciuto una sfera di discrezionalità legislativa non sindacabile dalla stessa (123).

I principî dell'ordinamento giuridico partecipano sicuramente dei valori che nella gerarchia delle fonti appartengono al

---

(122) Trattano in varia guisa della riserva di giurisdizione: SANTI ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, ora in *Scritti Minori*, Milano, Giuffrè, 1950, 189 e s.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, 1249-1250; L. MONTESANO, *La funzione giurisdizionale nella repubblica italiana*, in Temi, 1967, 246 e s.; F. SATTA, *Diritto processuale civile*, VII ed., 1967, 7 e s.; ID., *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*, in *Quad. dir. proc. civ.*, n.1, 1969, 3 e s.; E.T. LIEBMANN, *Diritto e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 82 e s.; ne accenna come riserva di sentenza: A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1967, 258; ripresa poi da G. SILVESTRI, *voce Poteri dello Stato*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1970, 702, che fonda la riserva di giurisdizione sull'articolo 102, 103 e 134 della Costituzione; parla di principio di competenza: F. MODUGNO, *voce Poteri (divisione dei) del Noviss. Digesto it.*, vol. III, s.d., 487; sui problemi sollevati dalle leggi interpretative da ultimo: R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o bisticcio) fra parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, 1343 ed *ivi* ulteriori riferimenti e la segnalazione di alcune ordinanze dei giudici di merito che hanno rimesso alla Corte costituzionale interessanti questioni sulla legittimità delle leggi interpretative.

(123) A. PIZZORUSSO, *L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1987-88*, in *Foro it.*, 1988, V, 405; ID., *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986,795; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, II ed., 1988, 158 e s.; ID., *voce Processo costituzionale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, 563 e s.; L. PECORARO, *La Corte e il parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, Cedam, 1987, in tutti gli autori citati si trovano riferimenti alle non poche sentenze della Corte costituzionale.

gradino della legge costituzionale, non meno di quelli che si situano al solo livello degli atti aventi forza di legge ordinaria.

A tale distinzione non può tuttavia essere ricondotta la diversa giurisdizione dei giudici ordinari e speciali rispetto a quella attribuita alla Corte costituzionale.

L'assenza di valori costituzionali impedisce ogni possibilità per la Corte costituzionale di accedere ad un sindacato giurisdizionale in ordine alla determinazione dei principî dell'ordinamento, ma non può dirsi altrettanto per la Corte di Cassazione nel caso in cui i valori costituzionali contribuiscano a definire i principî stessi. Questa infatti, salvo i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appare per quanto sin'ora detto giudice insopprimibile, perché giudice dei diritti soggettivi e dell'esistenza dei poteri dell'amministrazione d'autorità.

I dubbi possono invece sorgere proprio in ordine ad una cooperazione, nella determinazione dei principî dell'ordinamento, da parte della Corte costituzionale.

Non è più questione di sindacabilità delle scelte operate in sede di ordinanze amministrative di necessità e urgenza, poiché è ormai chiaro che l'oggetto della verifica di costituzionalità sono le norme di *jus non scriptum* poste dai principî che sicuramente hanno « forza di legge » (124), ma che certamente non possono dirsi « atti » nel senso comunemente in uso di disposizioni scritte.

Una tale interpretazione di rigore dell'articolo 134, comma I, della Costituzione vale ad escludere ogni intervento della Corte sulla conformità ai dettati costituzionali delle interpretazioni giurisprudenziali che hanno individuato, per i singoli casi, i principî dell'ordinamento.

Senza voler qui ripercorre le tappe di un dibattito che ha

---

(124) Oltre alla monografia di C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, si veda il dibattito che ha preceduto e seguito le due prime sentenze della Corte costituzionale sull'art. 2 t.u.l.p.s. del 1931 riportato al capitolo che precede.

avuto i momenti più accesi negli anni immediatamente successivi all'inizio di attività della Corte costituzionale (125), si può oggi considerare *jus receptum* la possibilità per la Corte stessa di sanzionare, perché illegittime costituzionalmente, solo talune interpretazioni fra quelle desumibili da un determinato testo di legge (126).

Rotto il rigore del concetto di « atti » di cui all'articolo 134 della Costituzione, esteso il suo significato dalle disposizioni in

---

(125) L. MONTESANO, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1958, 524; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351; con postilla di F. C.(arnelutti); a cui replica T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 14, a cui segue la ulteriore replica di. F. Carnelutti, *ivi*, 22; C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 550; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l'attività maieutica*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 177; ID., *La corte costituzionale e le modificazioni tacite della costituzione*, in *Scritti per A. Scialoja*, vol. IV, Bologna, 1953, 315 e s.; V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 927; M. CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pag. 14-23 dell'estr.; E. MAZZIOTTI, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1960, 1100; N. JAGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 77; A. M. SANDULLI, *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963, 461 e s.; A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 345; P. CALAMANDREI, *Potere giudiziario e suprema Corte costituzionale*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, 215; M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902; recente sul punto e per una sintesi: G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, (1988), cit., 279 e s., 292 e s.; ID., *voce Processo costituzionale*, cit., 46 e s.

(126) Sono le sentenze interpretative di accoglimento. Altri le definisce parziali di accoglimento, proprio per sottolinearne il rapporto con la disposizione scritta.

senso stretto alle norme (cioè: interpretazioni) desumibili da un determinato testo di legge, o da una pluralità di essi (combinati disposti), non pare eccessivo considerare ammissibile un sindacato della Corte costituzionale anche in ordine ai principî dell'ordinamento giuridico, che delle disposizioni scritte sono le norme (interpretazioni) rivolte all'unità dell'ordinamento secondo i valori in una data epoca preminenti.

Un eventuale sindacato della Corte costituzionale in ordine ai principî dell'ordinamento giuridico non significa tuttavia che la Corte assurga al ruolo di giudice di "ultima istanza" per ogni controversia in punto; non significa in altri termini che il sindacato giurisdizionale della Corte in ordine ai principî possa sempre imporsi su quello esercitato dalla Corte di Cassazione (*rectius*: giudice ordinario).

Nel nostro ordinamento infatti « non pare possa invocarsi alcuna norma costituzionale per fondare la pretesa della Corte (costituzionale) di indicare essa stessa e per tutti il modo di rendere concreti i valori costituzionali dell'ordinamento, né tanto meno il modo di ricostruire interpretativamente il sistema legislativo » (127).

Correttamente si è ritenuto che il sistema costituzionale del riparto delle competenze attribuisca ai giudici il potere di esplicitare le norme che sono presenti nell'ordinamento, siano esse norme scritte o non scritte, al legislatore di innovarlo immettendo norme nuove, valori nuovi in esso non espressamente presenti, o non necessariamente utili a mantenere l'ordinamento nella sua unità (128).

---

(127) G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, Il Mulino, 1982, 109; si vedano *ivi* anche gli interventi di F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, 19 e s.; V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 159.

(128) A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 6, ove afferma

Il ruolo della Corte costituzionale è correttamente compreso solo ove si consideri che l'attuazione legislativa dei valori costituzionali può estrinsecarsi in diversi modi, cioè secondo diverse scelte di politica legislativa che sono per la giurisdizione della Corte costituzionale *indifferenti.*

Al di fuori di tale indifferenza sorge, per gli atti legislativi, il sindacato di legittimità costituzionale attribuito alla Corte dall'articolo 134 Costituzione.

In assenza di norma scritta il ricorso ai principî colma la *lacuna legis* attribuendo ai giudici ordinari (o speciali nel caso di giurisdizione esclusiva) la competenza ad indicare la ricostruzione ad unità dell'ordinamento giuridico fra le molte possibili e compatibili con il dettato costituzionale.

Alla Corte costituzionale invece è attribuito il potere di sanzionare quelle interpretazioni che fuoriescano dall'ambito della compatibilità costituzionale di cui essa è garante.

Pare dunque che l'assenza di una norma di legge scritta conceda al giudice, ove ricorra ai principî dell'ordinamento giuridico, parte di quella sfera, normalmente riservata alla discrezionalità del legislatore, che consente una pluralità di scelte nella attuazione dei valori costituzionali, sfera insindacabile dalla giurisdizione di legittimità della Corte costituzionale, sia essa

---

che sussiste uno spazio per un'attività legislativa *praeter costituzionem* normalmente più ampio di quella consentita ai regolamenti *praeter legem.* G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale...*, cit., 109. Si cita qui il passo da cui si è tratta ispirazione per il testo: « la soluzione che mi pare obbligata alla luce del principî costituzionali di competenza: se la norma è presente nel « sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarlo; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervenendo invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore. ». Tale pensiero è già presente in *La giustizia costituzionale*, cit., 161. La preoccupazione di salvaguardare le scelte discrezionali del legislatore si trova anche in altro scritto dello stesso autore: *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. Lombardi, C.I.S.R., Maggioli, Rimini, 1985, 489 e s.

estrinsecata in una legge, sia essa esercitata nell'enunciazione dei principî dell'ordinamento giuridico.

Quanto detto non pone in discussione la differenza, non eliminabile, che corre fra scelte operate direttamente dal legislatore e scelte operate in sede di principî dell'ordinamento: al primo è riservata dall'ordinamento la libertà di scrivere norme capaci, in via generale e astratta, di imporre valori nuovi rispetto a quelli imperanti in un dato periodo storico (129); ai principî è consentito solo di esprimere norme, in via particolare e concreta, in funzione dell'unità dell'ordinamento, ove il legislatore, abbia sul punto, volontariamente o involontariamente, taciuto.

---

(129) Il limite per il legislatore è dato dall'efficacia come condizione della validità di una disposizione che trova la sua validità unicamente nella conformità alla norma superiore: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deutiche, Wien, 1960, tr. it., G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 241 e s.; validità e realtà sono due termini che si contrappongono, ma trovano nel concetto di condizione di validità (efficacia) un punto di incontro.

Capitolo VII

I LIMITI ALL'ESERCIZIO DEL POTERE DI ORDINANZA

1. *Gli enunciati espressi dalla norma attributiva del potere di ordinanza. Forza di legge ed efficacia derogatoria dei normali limiti d'esercizio dei poteri dell'autorità. Gli enunciati minimi delle norme attributive sull'esercizio del potere di ordinanza (necessità e urgenza, competenza, fine di interesse pubblico) e i limiti dettati dalla riserva di legge relativa.*

Nei capitoli che precedono si è trattato delle interrelazioni tra la disposizione attributiva del potere di ordinanza e le altre norme che compongono l'ordinamento giuridico con particolare riferimento agli enunciati che determinano l'esistenza dei poteri della pubblica amministrazione affermando, o al contrario negando, la presenza di posizioni di diritto soggettivo, o di potere giuridico, che al potere di ordinanza si contrappongono.

L'analisi ha rivelato che la mancanza nella norma attributiva del potere di ordinanza di enunciati espressi in ordine al rapporto « autorità-libertà » impone la recezione per il potere di ordinanza di ciò che è stato posto (*rectius*: espresso) dall'ordinamento giuridico in ordine ai rapporti fra i diritti soggettivi, ovvero alle relazioni fra questi ed i poteri autoritativi dell'amministrazione.

Si è già avuto modo di rilevare che la nozione di ordinamento giuridico deve in questa sede essere intesa nel suo significato più ampio, cioè comprensiva sia della accezione che comunemente è riconosciuta nella definizione di « legge » e più genericamente attribuita alla categoria generale dello *jus scrip-*

tum (1), sia di quanto è stato ormai da tempo recepito nella accezione di *jus non scriptum*, con specifico riferimento in quest'ultimo caso ai principî dell'ordinamento giuridico.

Tale indagine critica intorno ai principî dell'ordinamento giuridico ha consentito di concludere che il potere di ordinanza trova definito dalla norma attributiva del potere stesso il proprio contenuto di esistenza solo attraverso il contributo di altri precetti posti dall'ordinamento, ad essi dunque rinviando, cioè definisce il contenuto stesso *per relationem* (2).

La stessa ragione consente di pervenire a conclusioni di segno esattamente opposto per gli enunciati che nella norma attributiva del potere di ordinanza si possono normalmente ritrovare come espressamente indicati.

Nella relazione fra la disposizione attributiva del potere di ordinanza e le altre norme di legge che regolano i poteri autoritativi « tipici » attribuiti alla pubblica amministrazione, gli enunciati espressi direttamente da tale norma esplicano un'efficacia derogatoria che è normale nel rapporto di competenza o specialità.

In tal guisa gli enunciati espressamente posti dalla disposizione che attribuisce il potere di ordinanza divengono la disciplina esclusiva dell'esercizio del potere stesso, proprio perché

---

(1) Cioè con riferimento alla recezione di quanto è definito nei poteri tipici che la legge ha attribuito all'amministrazione, ma altresì per la conformazione dei diritti e dei poteri che la legge ha attribuito ad altri soggetti dell'ordinamento giuridico, conformazione che contribuisce (con il criterio interpretativo dei principî dell'ordinamento giuridico) a risolvere le lacune (*rectius*: conflitti fra posizioni soggettive ugualmente tutelate) non risolte espressamente dalla legge.

(2) In ciò e per ciò dunque la norma attributiva del potere di ordinanza non deroga l'ordinamento giuridico, proprio perché in punto di esistenza giuridica del potere nulla esprime. Per tale via si può pervenire alla conclusione che il potere di ordinanza non riesce a innovare la normale disciplina offerta dall'ordinamento giuridico per i singoli rapporti fra le diverse posizioni soggettive che in esso vi trovano riconoscimento.

con essi è espressa in via normale (3) la disciplina d'esercizio del potere in esame.

Eguale risultato è ottenuto dagli enunciati espressi direttamente dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza nel rapporto con i principî dell'ordinamento giuridico attraverso regole che sono tuttavia peculiari al rapporto fra tali norme di diversa natura giuridica: gli enunciati espressi direttamente dalla norma attributiva del potere di ordinanza impediscono l'individuazione di una *lacuna legis* (4) e conseguentemente la possibilità di ricorrere ai principî dell'ordinamento giuridico come strumento interpretativo-integrativo della disciplina giuridica del potere stesso (5).

---

(3) L'affermazione è da considerare come ipotesi limite, anche se tutt'affatto eccezionale. Il rapporto fra gli enunciati espressi dalle norme attributive di potere di ordinanza e quelli posti a disciplina dei poteri « tipici » può infatti non essere di totale esclusione della disciplina del potere « tipico »; ciò può avvenire poiché l'efficacia derogatoria è rapportata sempre al grado dell'urgenza, sicché in taluni casi l'urgenza può essere tale da tollerare utilmente almeno alcuni degli enunciati posti per il potere « tipico ». La norma attributiva del potere di ordinanza è in tale ipotesi comunque utile per permettere un esercizio del potere dell'autorità diverso (quanto basta) a soddisfare gli interessi pubblici (fini) attribuiti alle cure della pubblica amministrazione, poiché la disciplina del potere « tipico » era, così come disegnata dal legislatore, inutile alla bisogna; in altre parole eccessivamente restrittiva degli spazi di azione dell'autorità. Su ciò tuttavia si avrà modo di ritornare.

(4) Il punto di limite è dato come vedremo dall'operare del vizio di eccesso di potere per chi ritenga che tale vizio scaturisca da norme principio. L'affermazione in testo permane comunque valida poiché gli enunciati espressi dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza (in deroga a quelle che attribuiscono poteri « tipici ») consentono di ricorrere al principio per ciò che essi non esprimono direttamente: cioè proprio le norme principio che definiscono il vizio di eccesso di potere.

(5) Si sarebbe tentati di dire che gli enunciati espressi dalla norma attributiva del potere di ordinanza possono derogare i principî dell'ordinamento, ma tale affermazione non risponderebbe ad una esatta ricostruzione della vicenda giuridica in esame anche se sicuramente non offre risultati

In entrambi i casi la disciplina giuridica dell'esercizio del potere di ordinanza è individuata anzitutto dagli enunciati che direttamente esprime la disposizione attributiva del potere di ordinanza, in ragione dell'urgenza richiesta all'agire della pubblica amministrazione, o più precisamente in ragione dell'impossibilità di fruire dei normali mezzi (*rectius*: poteri) offerti dalla legge all'azione della pubblica amministrazione ed in presenza di un *pericolo* attuale per un bene giuridico che l'ordinamento vuole tutelato.

Il rapporto derogatorio qui indicato è dunque normale applicazione di uno dei principi (6) che regolano i rapporti fra norme appartenenti allo stesso grado della gerarchia delle fonti (principio di competenza, o secondo altri, di specialità) proprio perché tali enunciati, che disciplinano l'esercizio del potere di ordinanza, sono contenuti in una norma di legge, o più precisamente e genericamente in un *atto con forza di legge* (7).

I contenuti espressi dalla norma attributiva del potere di ordinanza trovano con la forza di legge la capacità di aprire al-

---

molto dissimili da quelli che seguono all'inquadramento che appare preferibile. Il fenomeno trova sufficiente spiegazione nella considerazione secondo la quale ove la legge dice (si esprime) è senz'altro questa la disciplina giuridica che si deve applicare; solo in sua assenza (*silentio*) è infatti possibile far ricorso allo strumento interpretativo dei principî dell'ordinamento giuridico (art. 12 delle disp. prel. al cod. civ.).

(6) L'altro, come è noto, è il principio di successione delle leggi nel tempo.

(7) Sul punto G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost e amm.)*, del *Novissimo dig. it.*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 92-93 parrebbe ritenere che l'effetto derogatorio scaturisca « in concreto » dall'ordinanza, anche se riconosce che le disposizioni attributive di tale potere abilitino l'autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme. Critico invece F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza...*, cit., 978: « E non appare esatto che caratteristica precipua delle ordinanze *extra ordinem* sarebbe che il contenuto di cui constano verrebbe di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza ».

la (necessità di) azione della pubblica amministrazione gli spazi giuridici necessari al conseguimento dei fini attribuiti alla sua cura.

Ad una norma di legge è sostituita altra per i casi in cui i mezzi ordinari (poteri « tipici ») siano inutili alla bisogna e il pericolo sia tale da impedire interventi con percorsi più articolati, che solo una maggiore disponibilità di tempo consentirebbe di perseguire utilmente.

La legge prevede a favore della pubblica amministrazione un potere con più ampi margini di azione rispetto a quelli indicati dalla stessa in via ordinaria: questa è infatti la « ragione », anche se non unica (8), della norma attributiva del potere di ordinanza.

Quanto detto appare pregiudiziale ad ogni analisi sulla struttura della norma attributiva del potere di ordinanza con specifico riferimento a quegli aspetti della disposizione che attengono all'esercizio del potere stesso.

Sono ormai diverse le disposizioni di legge che attribuiscono agli organi della pubblica amministrazione il potere di ordinanza di necessità e urgenza, ma è normale ritrovare in esse alcuni enunciati minimi che attengono all'esercizio del potere, enunciati comuni a tutte queste norme e che del potere in esame costituiscono il paradigma.

Individuazione dell'organo competente, enunciazione del presupposto di necessità e urgenza (o in via mediata con riferimento all'atto: « contingibile ed urgente ») e determinazione (anche qui non sempre in via diretta) del fine di interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire, sono gli elementi

---

(8) Non unica perché, come si è visto, un'altra ragione della norma attributiva del potere d'ordinanza sta nella possibilità, attraverso l'integrazione dei principî dell'ordinamento giuridico, di sciogliere i conflitti fra posizioni giuridiche ugualmente tutelate dalla legge, ma dalla stessa non risolti espressamente.

minimi che in una disposizione attributiva del potere di ordinanza non possono mancare (9).

Elementi che si pongono dunque come requisiti minimi di ogni esercizio del potere di ordinanza, sottoponendo il potere stesso alla disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza e conseguentemente, come vedremo, al principio di legalità, che nel nostro ordinamento è considerato precetto imprescindibile per ogni attribuzione di poteri pubblici all'amministrazione.

Nei paragrafi che seguono ci si occuperà diffusamente del modo di operare di tali enunciati per la definizione dei vizi di legittimità della ordinanza amministrativa di necessità e urgenza.

Qui appare opportuno anticipare che dei tre enunciati espressi, due (presupposti e fine) valgono a definire il corretto contenuto d'esercizio del potere e contribuiscono a individuare il vizio di eccesso di potere di cui l'atto possa eventualmente essere affetto; il terzo è l'enunciato di base per l'individuazione della competenza dell'organo legittimato a emanare l'ordinanza e conseguentemente del vizio di incompetenza dell'organo che ha emanato l'atto.

Questi scarni enunciati hanno la peculiarità di accondiscendere alle esigenze dell'autorità pubblica in situazioni di necessità e urgenza, anzi proprio tale essenzialità rende possibile la soddisfazione degli interessi che l'ordinamento ha attribuito alle cure della pubblica amministrazione attraverso spazi di azione a più ampie maglie di quelle normalmente previste per i poteri della pubblica autorità.

---

(9) Ciò non significa affermare che la norma attributiva del potere di ordinanza debba letteralmente e con pluralità di vocaboli differenti indicare separatamente ogni singolo enunciato, ben potendo taluni di essi scaturire da una stessa definizione letterale. Il caso più frequente, come si vedrà, è quello del binomio necessità e urgenza, utile a definire oltre al presupposto d'esercizio del potere anche il fine di interesse pubblico, influendo altresì sulla definizione della competenza.

Enunciati sull'esercizio del potere che tuttavia si è visto (10) al tempo stesso utili a soddisfare le norme costituzionali che prevedono nei confronti dei poteri della pubblica amministrazione riserve di legge relative.

Queste sicuramente impongono che siano quanto meno predeterminati « parametri idonei » a consentire la verifica del corretto esercizio del potere attribuito dalla legge alla pubblica amministrazione.

Si è detto che la Corte costituzionale e l'analisi della dottrina (11) hanno ormai chiarito che i « parametri idonei » possono essere stabiliti dal legislatore sia con determinazione generale e astratta delle modalità di esercizio del potere (norme sul procedimento), sia attraverso la semplice (12) indicazione del fine e, ove necessario, di altri elementi utili a consentire in concreto il sindacato di legittimità dell'atto (13).

Questi sono enunciati minimi della disciplina sostanziale dei poteri della pubblica amministrazione che la Costituzione

---

(10) L'analisi è stata compiuta nei capitoli che precedono.

(11) Si veda l'analisi esposta nel capitolo dedicato alle riserve di legge ed *ivi* le conclusioni della dottrina e le sentenze della Corte costituzionale, n. 301/1983; n. 201/1975; n. 127/1963; n. 39/1963. Recentemente sul punto: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, cit., (1984), 56 che ritiene satisfattiva della riserva di legge relativa alternativamente sia l'indicazione di direttive, sia la determinazione del fine di interesse pubblico.

(12) Sempre che, ma questo è riscontro ulteriore, nell'uno e nell'altro caso tali norme consentano una effettiva sindacabilità giurisdizionale sull'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione. Possono infatti sussistere definizioni così generiche da vanificare il sindacato giurisdizionale di legittimità sia nel caso di violazione di legge, sia nel caso di eccesso di potere.

(13) In particolare: Corte cost., n. 103/1957, in materia di prezzi imposti dal C.I.P., in relazione all'art. 41 cost. Sul punto di recente: *La determinazione autoritativa dei prezzi*, a cura di S. CASSESE, *Rimini*, Maggioli, 1989, ed *ivi* riferimenti; in particolare si vedano le pagine (30 e s.) di V. BARNATO, *L'organizzazione del C.I.P. e le procedure di determinazione autoritativa dei prezzi*, dedicate all'analisi della giurisprudenza amministrativa.

vuole per il nostro ordinamento anteriormente ed indipendentemente dall'eventualità di un sindacato giurisdizionale.

Appare tuttavia esatto ritenere che avanti al giudice amministrativo la disciplina sostanziale sia strumento essenziale di giustizia sull'atto (14) e dei rapporti che da questo scaturiscono, non diversamente da quanto accade per ogni altro settore del diritto obiettivo.

Tali affermazioni, si è detto, hanno trovato particolare attenzione e conferma in una recente sentenza della Corte costituzionale proprio con riferimento alla disposizione di legge che prevede la sanatoria dei vizi di legittimità delle ordinanze di necessità e urgenza emanate in occasione del terremoto della Calabria e della Basilicata del 1980 (15), con distinzione fra ciò che si ritiene tutelato dalla Costituzione con l'articolo 113 e ciò che ricade invece sotto le garanzia della riserva di legge relativa.

La garanzia del sindacato sull'esercizio del potere di ordinanza è assicurato soprattutto dall'operare della norma (di *jus non scriptum*) da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere, anche in assenza di ogni preventiva determinazione del contenuto (anche solo procedimentale) che l'esercizio del potere di ordinanza potrà assumere di volta in volta.

---

(14) Con soddisfazione (indiretta) dunque anche del precetto posto dall'art. 113 della Costituzione. Ma l'assenza di tali « parametri idonei » è tuttavia propriamente solo una violazione degli articoli della Costituzione che sanciscono riserve relative di legge. Sulla differenza di campo nella applicazione dei due enunciati costituzionali si consenta di rinviare al nostro scritto: *Il contenuto dell'art. 113 costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 518 e s., spec. 546 e s.

(15) Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100, in *Foro it.*, 1987, I, 1671 con nota di A. Pizzorusso e nostra; la sentenza è poi stata pubblicata in *Le Regioni*, 1987, 1130, ed *ivi* di P. Pinna, *Lo stato di emergenza e la giurisdizione.*

2. *La nozione di necessità e urgenza. Cenni di diritto penale e civile. Rilevanza giuridica della nozione nel caso di esercizio del potere di ordinanza di necessità e urgenza: situazione storico temporale d'eccezione, o inutilità dei mezzi ordinari al fine. La seconda ipotesi elimina ogni soluzione di continuità fra possibilità di esercizio di poteri a contenuto predeterminato e necessità di esercizio del potere di ordinanza. Integrazione del concetto con il pericolo attuale per gli interessi pubblici attribuiti alle cure dell'amministrazione ed enucleazione di un potere innominato in capo alla pubblica amministrazione.*

Il potere di ordinanza in esame è conosciuto principalmente per il binomio che si ritiene contraddistingua i casi in cui l'ordinamento consente il suo esercizio ad alcuni organi della pubblica amministrazione.

« Necessità ed urgenza », ovvero mediatamente come caratteristica dell'atto, « contingibili ed urgenti », o « contingibili ed emergenti », sono ad un tempo la definizione dei presupposti di esercizio del potere di ordinanza e la sua più specifica denominazione.

Tale importanza attribuita ai presupposti rispetto ad altri elementi che definiscono il potere di ordinanza può essere ritenuta conforme alla attenzione che ad esso ha riservato la dottrina, ma ancor prima alla incidenza che tale elemento dell'atto ha rivestito in sede di sindacato giurisdizionale.

Non sempre tuttavia si è colto che tale premazia è in realtà la semplice conseguenza, come vedremo, degli effetti molto diffusi che gli enunciati in esame svolgono in sede sostanziale, nella loro interrelazione con le altre norme attributive di poteri alla pubblica amministrazione e precisamente nel loro rapporto con tutti gli elementi che caratterizzano l'atto amministrativo.

L'analisi in punto pare riportare alla luce le non poche zone d'ombra che sempre hanno circondato il modo di operare

del potere di ordinanza nel nostro ordinamento, contribuendo forse a spiegare molte delle apparenti contraddizioni che è frequente ritrovare nelle interpretazioni giurisprudenziali del potere in esame.

Preliminarmente è tuttavia necessario soffermarsi a comprendere i concetti di necessità e urgenza, o di contingibile ed urgente, che introducono la specificità del potere di ordinanza connotandolo in modo affatto peculiare rispetto agli altri poteri autoritativi della pubblica amministrazione.

È frequente ritrovare negli autori analogie più o meno confessate con altri settori dell'ordinamento in cui il legislatore ha disciplinato le situazioni di necessità.

I riferimenti alle elaborazioni che dottrina e giurisprudenza hanno offerto nel tempo delle ipotesi contemplate dall'articolo 54 del codice penale e dall'articolo 2045 del codice civile sono sicuramente utili ove si intenda individuare nell'analisi elementi di continuità con il potere di ordinanza, ma non possono al contempo non rimarcare ciò che è diverso, ciò che lo distingue.

Alcuni cenni alla necessità nel diritto civile e penale varranno a segnalare quello che solo in parte può dirsi eguale, analogo, o consimile, alla necessità del potere di ordinanza.

In entrambi gli articoli indicati (16) compare il termine ne-

---

(16) Per comodità si riporta il testo dell'articolo 54 del cod. pen. e dell'articolo 2045 del cod. civ.: « Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. » (comma I). « Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. » (comma II).

« La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma in tal caso del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo » (comma III, art. 54 cod. pen.) « Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo

cessità a fianco di altri elementi che valgono ad individuare le situazioni di necessità che per le ipotesi di reato e di responsabilità civile comportano rispettivamente l'applicazione dell'esimente, ovvero la ripartizione equitativa del danno.

Ciò significa che lo stato di necessità previsto nell'uno e nell'altro settore del diritto obiettivo produce gli effetti stabiliti dagli articoli citati solo ove sussistano anche tutti gli ulteriori elementi di specificazione (inevitabilità, personalità, non volontaria causazione, ecc.), con la conseguenza che solo alcune delle risoluzioni del soggetto agente in stato di necessità impediscono l'applicazione delle norme previste dalla parte speciale del codice penale, ovvero degli articoli 2043 e 2047 e s. del codice civile.

La nozione di stato di necessità accolta dagli articoli in esame non è dunque per nulla esaustiva delle situazioni di necessità in cui si possono trovare i soggetti dell'ordinamento. Per cogliere l'esatta portata della rilevanza giuridica dello stato di necessità nel diritto penale e civile occorre, sia pur brevemente, soffermarsi sui concetti di inevitabilità, personalità, volontaria causazione, proporzionalità.

L'inevitabilità è requisito che si riferisce all'azione del soggetto in stato di necessità e che causa la lesione (reato, danno) del diritto del soggetto destinatario dell'agire necessitato.

È opportuno comprendere tuttavia se l'inevitabilità debba essere intesa in senso assoluto (impossibilità di qualsiasi altra condotta alternativa), ovvero solo relativamente ed in tal caso entro quali limiti.

Appare evidente che non gioverà del favore legislativo chi potendo trarsi in salvo non commettendo un reato, o un danno, abbia scelto l'azione lesiva del diritto altrui.

---

attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è da lui volontariamente causato, né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta una indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice. » (art. 2045 cod. civ.).

Precisato tuttavia che l'alternativa non si pone fra una azione consentita dal diritto ed una azione non consentita, occorre comprendere se gli articoli in esame trovino applicazione anche nel caso in cui l'azione sia evitabile, ma commettendone altra egualmente considerata reato, o illecito civile.

In entrambi i settori del diritto la prevalente dottrina ha inteso l'evitabilità in una accezione ampia, restringendo così l'ambito di operatività dello stato di necessità come esimente (17).

La soluzione ritenuta preferibile è quella che « nell'ambito dello stato di necessità è comunque scriminata la sola condotta che non è sostituibile da alcuna altra meno dannosa per il terzo innocente » (18).

L'interpretazione restrittiva dell'ambito di operatività dell'esimente è giustificata dalla sussistenza di una reazione contro un terzo innocente invece che contro l'aggressore, come nel caso della legittima difesa.

La necessità è infatti elemento oggettivo comune della difesa legittima e dello stato di necessità: necessità di difendere un diritto proprio, o altrui, nel primo caso; necessità di salvare sé, od altri, dal pericolo attuale di un danno grave alla persona nella seconda ipotesi.

L'inevitabilità compare invece nella sola ipotesi dello stato di necessità circoscrivendo la sfera di azione dell'articolo 54 cod. pen. e 2045 del cod. civ. (19).

In tal senso è possibile ritenere che la necessità accolta dal codice civile e dal codice penale è concetto comprensivo di una coazione del volere del soggetto agente, ma non tale da escludere alternative fra condotte tutte dannose, o previste dalla legge come reato.

---

(17) R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, Utet, 1968, 655, e s.; C. F. GROSSO, voce *Necessità (dir. pen.)*, dell'*Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 866 e s.

(18) C. F. GROSSO, *op. cit.*, 883.

(19) Così R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità*, cit., 656; C. F. GROSSO, *Necessità*, cit., 883.

L'inevitabilità come ulteriore limite fa operare il beneficio legislativo dello stato di necessità solo verso quelle condotte che, pur avendo avuto alternative possibili, sono state valutate dall'ordinamento come meno dannose per il terzo innocente (20).

Il requisito della personalità ha invece lo scopo di circoscrivere la rilevanza giuridica dei beni in pericolo e si discute in dottrina se per danno alla persona si debba intendere solo il danno alla vita e all'integrità fisica (21), ovvero debba ricomprendersi anche il danno morale, l'inviolabilità sessuale, del pudore e dell'onore (22).

Un punto appare acquisito all'analisi: risultano esclusi dai benefici delle previsioni normative citate i beni patrimoniali (23), sicché la loro messa in pericolo non vale a giustificare comportamenti a loro tutela ed in lesione dei diritti del terzo incolpevole.

Per il terzo requisito della volontaria causazione è da alcuni ritenuto sufficiente che il pericolo sia stato determinato con un'azione cosciente e volontaria (24), altri invece ritengono necessaria la rappresentazione dell'eventualità del pericolo (25),

---

(20) R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 656, parla di azioni « tali da cagionare un danno sensibilmente inferiore ».

(21) Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, Giuffrè, 1980, 243; ma si confronti C. F. GROSSO, *Necessità*, cit., 885.

(22) G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1949, 334; A. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1970, 75 e s.

(23) C. F. GROSSO, *Necessità ..., cit.*, 884 suggerisce de *jure condendo* l'inclusione nell'esimente di cui all'art. 54 del cod. pen. dei beni patrimoniali.

(24) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol II, IV ed., Torino, Utet, 1961, 410; M. BREGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, Cedam, 1963, 53, che qualifica tale volontarietà come colpa; contro R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità* cit., 655-656, che richiede la semplice volontarietà dell'evento-pericolo.

(25) F. ANTOLISEI, *Manuale* cit., 244; R. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*

ed infine altri ancora ritengono sufficiente che il pericolo sia conseguenza prevedibile della condotta anche in assenza di rappresentazione (26).

Il diritto civile e il diritto penale parrebbero da un lato prendere atto di una ragion fattasi, del risultato di un conflitto fra posizioni soggettive entrambe meritevoli di tutela da parte del diritto positivo, ma al contempo non verificandosi la reazione dell'agente verso un soggetto offensore non può questi giovare del più ampio favore legislativo previsto per la legittima difesa (articoli 52 cod. pen., 2044 cod. civ.).

La composizione degli interessi prevista per lo stato di necessità non può non tenere in debito conto la posizione del terzo del tutto estraneo (27) alla situazione di pericolo verificatasi in capo al soggetto agente.

In tale assetto ricostruttivo il requisito della proporzionalità fra beni giuridici (quello afferente alla persona dell'agente e quello appartenente al terzo estraneo) e quindi della condotta dell'agente in stato di necessità, è offerto come miglior criterio per un bilanciamento degli interessi in campo, una volta che il legislatore debba prendere atto di una ragion fattasi con tutela del bene considerato di maggior valore.

Da quanto esposto è possibile sintetizzare che la necessità di cui trattano gli articoli 54 del cod. pen. e 2045 del cod. civ. è un fatto giuridico che si contrappone (*rectius*: fa eccezione) alle previsioni ordinarie di legge; ciò tuttavia non impedisce alla legge di prevedere la necessità e di modificare, in relazione ad essa, gli effetti giuridici che scaturiscono in via ordinaria da altre disposizioni di legge.

Tale accettazione dello stato di necessità pare tuttavia sin dall'origine menomare fortemente le normali capacità di scelta del legislatore: il rapporto fra legge e necessità diviene inevita-

---

(26) C. F. Grosso, *Necessità* cit., 888.

(27) Se invece questi fosse la causa del pericolo sarebbero applicabili le disposizioni sulla legittima difesa.

bilmente quello di un riconoscimento, seppur condizionato, della ragion fattasi.

Vi è altresì la consapevolezza che le ordinarie norme di legge appaiono del tutto insufficienti alla bisogna: il rapporto che normalmente intercorre fra singole disposizioni di legge e valori complessivi dell'ordinamento giuridico appare sconvolto dallo stato di necessità, imponendo una diversa disciplina degli interessi in gioco.

L'apposizione delle condizioni analizzate (evitabilità, personalità, non volontaria causazione, proporzionalità) per il conferimento del favore legislativo è la tecnica prescelta per la mediazione degli interessi in situazioni di necessità.

In tal guisa il legislatore cerca di condizionare comunque le scelte del soggetto in stato di necessità, gettando — per così dire — un ponte verso realtà dallo stesso normalmente avversate, evitando così il semplice riconoscimento della forza bruta, ovvero di lasciare le situazioni di necessità completamente al di fuori della legge (*rectius*: di ogni favore legislativo).

Lo stato di necessità nel diritto civile e penale si caratterizza dunque come presa d'atto e mediazione fra gli opposti interessi del soggetto necessitato e del terzo danneggiato, con esclusione di ogni intervento attivo e di conseguente modificazione, o consolidamento, dei rapporti di forza in atto (28).

Nel diritto amministrativo le accezioni della necessità ricevono una diversa gerarchia di priorità degli elementi che si è visto caratterizzare lo stato di necessità nel diritto civile e penale, ma soprattutto rivelano la presenza di aspetti tutt'affatto peculiari.

Si avrà modo di analizzare la radicale diversità che la nozione di necessità ha assunto nel diritto pubblico rispetto a quella imperante nel diritto civile e penale quando, anterior-

---

(28) Così S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., pag. 1384.

mente alla legge n. 100 del 1926, era necessario dar fondamento nel nostro ordinamento al decreto legge.

È utile qui anticipare che i tentativi di dar spiegazione al decreto legge prelegislativo attraverso le elaborazioni avanzate per lo stato di necessità nel diritto civile e penale sono state definitivamente abbandonati con la acquisita consapevolezza che fra i soggetti e fra le azioni da questi compiute in situazioni di necessità nell'uno (diritto costituzionale) e negli altri campi del diritto obiettivo (diritto civile e penale) non poteva sussistere analogia alcuna.

Anche se si continuava a riconoscere nella necessità alcuni elementi comuni a tutti i settori del diritto obiettivo, rimaneva il dato insuperabile che vedeva il cittadino (rectius: soggetto del diritto civile e penale) diverso dal governo in troppe cose essenziali.

Sinteticamente si può dire che anche, e si vorrebbe dire soprattutto, nel diritto pubblico si è riconosciuto nella necessità un concetto che rivela un contrasto con il diritto normale, cioè un'opposizione non sopita con gli ordinari strumenti di produzione giuridica normativa.

Il governo in situazioni di necessità è soggetto *attivo* e il suoi comportamenti non sono per il diritto obiettivo meri fatti giuridici cui riconoscere determinati effetti, ma veri e propri *atti* giuridici produttivi di vicende entro l'ordinamento.

In materia di ordinanze la dottrina ha sempre accolto della nozione di necessità l'accezione che la configura come situazione giuridica storico ambientale, cioè come presupposto per l'emanazione dell'atto. L'affermazione è sicuramente vera e va accolta, ma non esime dal considerare alcuni corollari che appaiono meglio rivelare la ragione giuridica del potere di ordinanza di necessità e urgenza.

Le norme attributive di poteri di ordinanza hanno anch'esse la funzione di ricondurre alla legge conflitti che sono ad essa estranei perché dalla medesima non espressamente sciolti.

Tuttavia analogamente al decreto legge prelegislativo (29) tale procedimento di sussunzione avviene attraverso un intervento attivo a mezzo di veri e propri atti giuridici dell'amministrazione, alla quale è demandato un potere di scelta discrezionale (nei limiti dei principî dell'ordinamento) a favore di alcuni degli interessi in conflitto, condizionando dunque *in itinere* la soluzione dello stato di necessità.

L'affermazione, considerata di generale validità, secondo la quale dove c'è legge non c'è necessità, dove c'è necessità non c'è legge (30), può essere convertita in altra molto in uso nella giurisprudenza in materia di poteri di ordinanza al fine di spiegare il rapporto che intercorre con i poteri ordinari che la legge prevede in capo alla amministrazione.

Il punto consentirà di far luce sulle accezioni della nozione di necessità e urgenza che sono accolte per il potere di ordinanza.

La giurisprudenza ritiene che dove sono utili i poteri « tipici » non c'è spazio per il potere di ordinanza, dove può operare il potere di ordinanza è perché non vi sono mezzi ordinari utili al raggiungimento dei fini di interesse pubblico.

L'asserzione non va intesa secondo l'ovvio significato che nel concetto (atipico) di necessità non debbono essere ricomprese quelle situazioni storico-ambientali di specie che sono presupposto per l'esercizio degli atti necessitati tipici (31). Il rapporto non può essere letto sulla base della semplice definizione della situazione presupposta, ma deve involgere il giudizio di utilità sul contenuto previsto dalla legge per i poteri nominati d'autorità e sugli altri strumenti di diritto privato che l'or-

---

(29) Le differenze, soprattutto sul piano dell'efficacia (forza di legge), sono notevoli; per le ulteriori distinzioni anche dal decreto legge prelegislativo si veda il capitolo che segue.

(30) Si veda per riferimenti il capitolo che segue.

(31) Si accoglie qui la distinzione di M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit.

dinamento attribuisce anche agli organi della pubblica amministrazione.

L'affermazione, che pone un rapporto di esclusione con il potere di ordinanza, va intesa nel senso che se una situazione di necessità può venire affrontata con atti ordinari (di diritto privato o di diritto pubblico, a presupposto necessitato o no) per tali casi l'esercizio del potere di ordinanza è posto fuori causa (illegittimità (32)).

La regola diviene così applicazione del generale principio della normale forza espansiva delle norme giuridiche, in forza del quale esse operano sino al punto in cui una norma speciale, o esse stesse, non ne delimitino la sfera di vigenza.

Il potere di ordinanza è dunque alternativa subordinata ai poteri ordinari e con maggior precisione si può dire che la giurisprudenza e la dottrina hanno sempre ritenuto tale conclusione come impossibilità di raggiungere il fine che la pubblica

---

(32) L'affermazione è rinvenibile come *ratio decidendi* di molte sentenze della magistratura amministrativa, è, in *obiter dictum*, ricorrente affermazione di quasi tutte le sentenze in argomento. Si vedano: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 agosto 1986, n. 129, in *Cons. Stato.*, 1986, I, 1367; T.A.R. Piemonte 18 maggio 1984, n. 141, in *T.A.R.*, 1984, I, 2051; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 16 maggio 1984, n. 510, in *T.A.R.*, 1984, I, 2405; T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, 20 giugno 1984, n. 1124, *ivi*, 2894; T.AR. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio 1982, n. 82, in *T.A.R.*, 1982, I, 1402; T.A.R. Sicilia, 2 giugno 1982, n. 483, in *Rass. giur. Enel*, 1982, 661; T.A.R. Lombardia 22 aprile 1982, n. 135, in *Confronti*, 1982, fasc. 3, 142; Cons. di Stato, sez. IV, 10 giugno 1981, n. 871, in *Foro amm.*, 1981, I, 2275; T.A.R. Campania, 6 giugno 1978, n. 593, in *Foro napoletano*, 1979, I, 313; Cons. di Stato 18 novembre 1977, n. 1041, in *Cons. Stato*, 1977, I, 1694; T.A.R. Lazio, sez. III, 15 luglio 1974, n. 13, in *Foro amm.*, 1974, I, 1, 896; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 10 luglio 1970, n. 449, in *Cons. Stato*, 1970, I, 1364; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 25 febbraio 1960, n. 155, in *Cons. Stato*, 1960, I, 306; Cons. di Stato, sez. V, 4 dicembre 1954, n. 1187, in *Giur. it.*, 1955, III, 100; Cons. di Stato, sez. IV, 20 ottobre 1953, n. 900, in *Foro amm.*, 1954, I, 1, 78; Cons. di Stato, sez. V, 2 febbraio 1952, n.

amministrazione si era proposta con i mezzi previsti in via normale dall'ordinamento (33).

La mancanza di danaro non può essere considerata di norma una situazione di necessità poiché non vale a fondare l'impossibilità di fruire dei mezzi ordinari per la tutela degli interessi pubblici (34).

Il concetto di necessità e urgenza come inidoneità dei mezzi ordinari a raggiungere il fine, è accolto generalmente senza alcun rilievo critico, ma le conseguenze che ne possono derivare non sono di secondaria importanza.

Se si intende la necessità e urgenza unicamente come impossibilità, o inidoneità, dei poteri ordinari a raggiungere il fine di interesse pubblico, significa creare un rapporto fra potere di

---

132, in *Cons. Stato*, 1952, I, 167; Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1955, Baldini, in *Giust. Pen.*, 1955, II, 505. Afferma sul punto la giurisdizione del giudice amministrativo Cass. civ., 17 febbraio 1983, n.1195, (ined.) ma in massima *Foro it.*, Mass., 1983.

(33) Oltre a quelle indicate alla nota che precede si vedano: Cons. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 82, in *Foro amm.*, 1981, I, 2275; T.A.R. Campania, 11 luglio 1979, n. 325, in *T.A.R.*, 1979, I, 2906; 6 giugno 1978, n. 593, cit alla nota che precede; T.A.R. Emilia Romagna, 9 ottobre 1974, n. 253, in *T.A.R.*, 1975, I, 313; 9 ottobre 1974, n. 128, in *Foro amm.*, 1974, I, 1228; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 giugno 1974, n. 1, in *Foro amm.*, 1974, I, 2767; Cons. di stato, sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1071, in *Cons. Stato*, 1969, I, 1688; sez. V, 22 ottobre 1968, n. 1281, in *Riv. giur. ed.*, 1968, I, 1475; sez. V, 1 luglio 1961, n. 318, in *Cons. Stato*, 1961, I, 1207; sez. V, 27 settembre 1960, n. 657, in *Cons. Stato*, 1960, I, 1521; sez. V, 26 novembre 1955, n. 1421, Cons. Stato, 1955, I, 1252.

(34) Si vedano: Cons. di Stato, sez.IV, 8 maggio 1986, n. 334, in *Foro it.*, 1986, III, 321, (nel caso *ivi* riferito tuttavia la mancanza di danaro in via temporanea aveva legittimato la convalida di sfratto del Comune che non pagava il canone per la locazione di un immobile in proprietà di terzi; l'insieme è stato considerato sufficiente a concretare il requisito dell'urgenza); Cons. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 871, in *Foro amm.*, 1981, I, 2275; Cons. di Stato, sez. IV, 3 marzo 1950, n. 124, in *Cons. Stato*, 1950, I, 67; sez. V, 18 giugno 1948, n. 363, in *Giur. Compl. Cass.*, 1948, III, 1011.

ordinanza e i poteri nominati della pubblica amministrazione che non consente alcuna soluzione di continuità (35).

Ove non sono idonei i poteri a contenuto predeterminato soccorrerebbe comunque il potere a contenuto indeterminato, con conseguente vanificazione del principio di rigida nominatività e tipicità (36) che involge tutti i poteri autoritativi della pubblica amministrazione (37).

Ciò che le norme di definizione degli atti amministrativi hanno escluso, la norma attributiva del potere di ordinanza solo per questo motivo consentirebbe (38).

Non ci pare tuttavia che la norma attributiva del potere di ordinanza sia mai giunta nel nostro ordinamento a legittimare in capo alla pubblica amministrazione un potere autoritativo atipico con eguale libertà a quella consentita ai privati dall'articolo 1322 del codice civile (39).

Perché la pubblica amministrazione possa accedere ad un

---

(35) Parrebbe favorevole F. BARTOLOMEI, *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, cit., 139.

(36) Per tutti (oltre agli autori che nella prima metà del secolo si sono occupati della causa degli atti amministrativi (su cui si veda *infra* il paragrafo che segue) si vedano da ultimo sulla tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi: M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 308; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 304, spec. nota 1; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II ed., 1988, 677, 678; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, Cedam, 1983, 308; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 616.

(37) Qui l'analogia potrebbe essere colta con quanto disposto dall'articolo 1322, comma II, del codice civile; su cui si veda la nota *infra*.

(38) Qui l'analogia corre con il I comma dell'art. 1322 del cod. civ.; su cui si veda la nota *infra*.

(39) « Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge » (comma I dell'art. 1322, cod. civ.); « Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. » (comma II).

potere innominato (40), seppur così come definito con i limiti imposti dai principî dell'ordinamento, occorre, per il diritto amministrativo, che sussista una ragione aggiuntiva a quella della inutilità dei poteri tipici.

Si richiede pacificamente infatti che sussista anche un pericolo (41) per l'interesse che secondo l'ordinamento è ritenuto più meritevole di tutela rispetto ad altro che la pubblica amministrazione ha deciso di sacrificare per favorire il primo.

In tal senso si deve riconoscere che necessità non significa solo inutilità di poteri ordinari al fine propostosi, ma altresì pericolo per l'interesse che si evidenzia come pubblico (42).

Ci pare applicazione di quanto esposto quella giurisprudenza che pone in particolare evidenza l'accezione di necessità

---

(40) Cioè con contenuto indeterminato senza limiti assoluti d'esercizio, ma solo correlati alla situazione presupposta e al fine di interesse pubblico cui si vuol offrire tutela.

(41) In alcune sentenze dei giudici di merito si è cercata una definizione del pericolo con forti accenti di analogia con il diritto penale. Pericolo significa probabile (grado elevato di possibilità) evenienza che, secondo il normale determinismo causale, la situazione di fatto produca eventi dannosi. Ma se il danno temuto è elevato si tempera il requisito della probabilità in un rapporto inversamente proporzionale: in taluni casi si è richiesto anche un semplice sospetto, o un fondato timore. Si confrontino: T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 4 giugno 1980, n. 615, in *T.A.R.*, 1980, I, 3066; T.A.R. Lombardia, 23 febbraio 1977, n. 28, in *Foro it.*,1977, I, 847; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3832, cit.

(42) Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 agosto 1986, n. 129, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1367; T.A.R. Abruzzo, 5 maggio 1986, n. 165, in *Riv. giur. agr. it.*, 1987, 567; T.A.R. Lazio, sez. II, 18 marzo 1985, n. 603, in *Foro amm.*, 1985, 1437; T. A. R. Lombardia, sez. Brescia, 15 luglio 1980, n. 236, in *T.A.R.*, 1980, I, 3113; T. A. R. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio 1982, n. 81, in Id., 1982, I, 1402; T.A.R. Veneto, 26 marzo 1975, n. 75, in Id., 1975, I, 910; T. A. R. Lombardia, 23 febbraio 1977, n. 28, in *Foro amm.* 1977, I, 847; Cass. Civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3832, in *Foro it.* 1976, I, 1025. Per materia penale Pret. di Sestri Ponente, 22 febbraio 1986, imp. Cornale, in *Foro it.*, 1987, II, 742.

di più frequente uso nel linguaggio comune, che esclude ciò che non è considerato « essenziale » al soddisfacimento del bisogno (43).

Il pericolo deve inoltre essere attuale (urgenza), cioè non può essere differita la soddisfazione della tutela dell'interesse pubblico senza correre il rischio di intervenire quando il danno, in tutto o in parte, si è già verificato (44).

L'urgenza è in altri termini l'esposizione attuale al pericolo di danno dell'interesse ritenuto meritevole di tutela, con conse-

---

(43) Non sussiste la necessità ove il bene alla vita sia ottenibile con altri mezzi diversi dal potere di ordinanza, seppur con maggior disagio per il soggetto destinatario della tutela, o per la pubblica amministrazione: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 29 ottobre 1976, n. 281, in *Foro amm.*, 1977, I142. Sussiste invece la necessità ove sia impossibile svolgere altrimenti un servizio pubblico, ma senza poter includere una valutazione di migliore o peggiore qualità di esso: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 luglio 1979, n. 92, in *Cons. Stato,* 1979, I, 1194; T.A.R. Campania, 18 giugno 1974, n. 75, in *T.A.R.* 1975, I, 2389; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 25 febbraio 1960, n. 155, in *Cons. Stato,* 1960, I, 336; Cons. di Stato, sez. V, 17 novembre 1956, n. 1008, in *Cons. Stato,* 1956, I, 367.

(44) È quanto ci pare ritenga la giurisprudenza quando asserisce che l'urgenza è « indifferibilità di soddisfazione di un bisogno pubblico », o « imminenza di un pericolo che non consente indugio »; così (ma lo affermano quasi tutte le sentenze anche solo in obiter dictum): T.A.R. Campania, sez. III, 11 settembre 1986, n. 126, in *Foro it.*, 1987, III, 297; T.A.R. Sicilia, sez. II, Catania, 25 maggio 1987, n. 420, in *T.A.R.*, 1987, I, 3189; T.A.R., Lombardia, sez. Brescia, 30 luglio 1984, n. 680, in *T.A.R.*, 1984, I, 3073; T.A.R. Emilia Romagna, 8 giugno 1984, n. 242, in *T.A.R.*, 1984, I, 2667; T.A.R., 23 marzo 1984, n. 100, in *T.A.R.*, 1984, I, 1681; T.A.R., Campania, sez. Salerno, 2 novembre 1983, n. 523, in *T.A.R.*, 1983, I, 317; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 15 luglio 1980, n. 236, in *T.A.R.*, 1980, I, 3113; T.A.R. Campania, 11 luglio 1979, n. 325, in Id., 1979, I, 2906; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 luglio 1979, n. 92, in *Foro Amm.*, 1977, I, 142; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833, in *Foro it.*, 1976, I, 1025; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 18 marzo 1981, n. 329, in *T.A.R.*, 1981, I, 1625. Per meno recenti: Cass. Pen., sez. II, 30 aprile 1957, Gianduzzo, in *Giust. pen.*, 1957, II, 516.

guente impellenza di un intervento pubblico a sua difesa (45).

Inutilità dei poteri amministrativi a contenuto determinato (46) attribuiti all'amministrazione per la tutela degli interessi pubblici (47), i quali sono sottoposti ad un pericolo di danno attuale, è ciò che appare essenziale (48) per definire la situazio-

---

(45) Un dato rivelatore dell'urgenza è stato rinvenuto nel contenuto stesso dell'ordine il quale deve poter essere subito portato ad effetto, o per ottemperanza spontanea dei destinatari o per esecuzione d'ufficio: Cons. di Stato, sez. V, 4 aprile 1975, n.426, in *Cons. Stato*, 1975, I, 444; 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. Amm.*, 1979, III, 60; T. A. R. Lombardia, sez. Brescia, 6 luglio 1979, n. 279, in *T.A.R.*, 1979, I, 2634.

(46) Siano essi poteri autoritativi a contenuto predeterminato (« tipici »), ovvero per taluna giurisprudenza anche atti di diritto privato (contratti, ecc.).lo afferma con chiarezza già: Cons. di Stato, Ad. pl., 9 luglio 1951, n. 6, in *Cons. Stato*, 1951, I, 780, spec. 782; a cui si contrappongono: Cons. di Stato, Ad. pl., 30 ottobre 1961, n. 20, in *Cons. Stato*, 1961, I, 1532; Cons. di Stato, sez. V, 7 aprile 1962, n. 290, in *Cons. di Stato*, 1962, I, 702.

(47) È sempre stato considerato illegittimo l'esercizio del potere di ordinanza a tutela di interessi patrimoniali del comune: Cons. di Stato, sez. IV, 8 maggio 1986, n. 334, in *Foro it.*, 1986, III, 321; T.A.R. Piemonte, sez. II, 1 settembre 1984, n. 240, in Id., 1985, III, 262, con nota di ricghiami; T.A.R. Basilicata, 20 aprile 1984, n. 54, in *T.A.R.*, 1984, I, 2355. Per casi di affermazione da parte del giudice ordinario: Cass. civ., 23 aprile 1987, n. 3966 (ined.) ma segnalata in *Mass. del Foro it.*, 1987; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 1953, n. 747, in *Giust. civ.*, 1953, 1055.

(48) Ulteriori articolazioni possono poi essere rivelate dalle ipotesi casistiche. Si ha impossibilità di un utile esercizio dei poteri a contenuto predeterminato anche quando ci si trovi di fronte ad una pluralità di violazioni (della disciplina in materia urbanistica) che pur essendo tutte correlate ad una pluralità di rimedi utili per ognuna di esse si realizzi uno stato di immanente pericolo per la incolumità pubblica derivante dal cumulo di violazioni: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 29 ottobre 1971, n. 420, in *Foro amm.* 1971, I, 2, 1179; T.A.R. Lazio, sede Latina, 14 marzo 1980, n. 60, in *Foro it.*, 1981, III, 470. Un mezzo ordinario non utilizzabile in un dato momento può divenire tuttavia possibile successivamente, facendo venir meno così la situazione di necessità e urgenza: Cons. di stato, sez. IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro*

ne di necessità e urgenza richiesta dalle norme attributive del potere di ordinanza per la sua legittimità.

Anche nel potere di ordinanza si esprime la regola della proporzionalità nel senso che la pubblica amministrazione deve scegliere il contenuto di esercizio del potere che sappia realizzare il minor sacrificio possibile degli interessi (beni giuridici) del destinatario verso il quale si esplicano effetti sfavorevoli, con il vantaggio strettamente necessario al soggetto verso il quale si vuole che si realizzino effetti favorevoli.

Come vedremo il riscontro di legittimità in punto è attuato nei confronti del potere di ordinanza attraverso il vizio di eccesso di potere con normale riferimento al rapporto di congruità fra presupposto e fine di interesse pubblico in ragione del contenuto d'esercizio prescelto dalla pubblica amministrazione.

Oltre la definizione di necessità e urgenza che ci è parsa essenziale si sono sviluppate opinioni ulteriori alle quali di rado ha aderito la giurisprudenza, ma che normalmente hanno ricevuto il solo plauso formale di non pochi *obiter dicta*, i quali tuttavia hanno alimentato l'idea di nuove e ulteriori « caratteristiche essenziali » del potere di ordinanza.

Le ordinanze in esame sono infatti di frequente associate all'imprevedibilità, all'eccezionalità e alla straordinarietà della situazione presupposto del potere.

Se con tale terminologia si vuole fare riferimento in via intuitiva ad un campo di azione delle ordinanze si può in via di larga approssimazione acconsentire, poiché è sicuramente vero che il legislatore ha voluto con il potere in esame far fronte ad

---

amm., 1977, I, 1397; 5 luglio 1967, n. 254, in *Cons. Stato*, 1967, I, 1071; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 giugno 1952, n. 82, in Dir. Pubbl. della Reg. Sic., 1952, 106; Cons. di Stato, sez. V, 22 ottobre 1949, n. 892, in *Foro amm.*, 1950, I, 2, 108; sez. V, 29 settembre 1949, n. 818, in ID., 1950, I, 2, 74; sez. V, 15 aprile 1957, n. 132, in ID., 1947, 1, 2, 152.

ipotesi non previste, quindi anche « eccezionali, imprevedibili (49), straordinarie ».

Se correttamente intesi tuttavia tali vocaboli non aggiungono nulla (50) a quanto è più propriamente precisato con il rapporto di esclusione fra poteri a contenuto predeterminato e potere di ordinanza di cui si è riferito.

Imprevista, eccezionale e straordinaria è la situazione che la legge non riesce a soddisfare con l'attribuzione alla pubblica amministrazione di poteri a contenuto predeterminato.

Sotto altro profilo il « prevedibile non previsto » è ritenuto da taluna giurisprudenza (51) (in palese disaccordo con altra (52)) una prova della negligenza della pubblica amministra-

---

(49) L'imprevedibilità è già molto di più della non previsione (imprevisto): molti casi concreti di poteri di ordinanza sono divenuti poi poteri tipici a presupposto necessitato (su ciò M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit.,) inoltre vi è differenza fra l'impossibilità di previsione, perché il fatto non è noto (imprevedibile), e la non previsione (imprevisto) perché si ritiene poco frequente la possibilità che un dato fatto si verifichi. Ci pare che sia sufficiente l'imprevisto e non si richieda anche l'imprevedibilità.

(50) Non è un caso infatti che le terminologie indicate siano affiancate nelle sentenze dall'affermazione di una impossibilità di mezzi ordinari al fine; a ben guardare si può ritenere quest'ultima la ratio decidendi delle decisioni stesse; si confrontino per tutti: Cass. Civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833, cit., e T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio 1982, n. 82, in *T.A.R.*, 1982, I, 1402.

(51) Trib. Sup. Acque pubbliche, 20 marzo 1980, n. 4, in *Cons. Stato*, 1980, II, 463; Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n. 136, in *Foro it.*, 1982, III, 236; sez. IV, 10 novembre 1981, n. 871, in *Foro amm.*, 1981, I, 2275 (che ritiene esclusa la situazione presupposta perché volontariamente causata dalla p. a.); T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in *T.A.R.*, 1980, I, 3046; T.A.R. Veneto, 30 novembre 1977, n. 1041, in ID., 1978, I, 179.

(52) Dichiarano che la negligenza della pubblica amministrazione, ovvero la preesistenza del pericolo, non valgono di per sé ad escludere l'urgenza: T.A.R. Lombardia sez. Brescia, 14 marzo 1989, n. 246, in *T.A.R.*, 1989, I, 1745; Cons. di Stato, sez. V, 27 ottobre 1986, n. 568, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1548; T.A.R., Abruzzo, 5 maggio 1986, in *Riv. giur. agr.*, 1987, 567; T.A.R.

zione, con conseguente esclusione della legittimità dell'esercizio del potere per la ritenuta mancanza di necessità e urgenza.

In tutti i casi il rimprovero del giudice è di aver lasciato per anni la situazione immutata, senza aver nemmeno tentato di dar soluzione al problema con i mezzi che l'ordinamento ha previsto in via ordinaria.

Se la formulazione della censura ha indubbi pregi per l'intento di moralizzazione e razionalizzazione della azione amministrativa, pare tuttavia offuscare la *ratio* delle decisioni del giudice amministrativo.

In quasi tutti i casi questi ha riscontrato che la situazione protrattasi per anni non aveva avuto, al tempo dell'emanazione dell'ordinanza, mutamenti di rilievo con conseguente prova dell'assenza di ogni ragione d'urgenza (53).

In sé e per sé il requisito della « volontaria causazione », che la giurisprudenza indicata vorrebbe in *obiter dictum* traslare dal diritto civile e penale, appare del tutto incongruo per l'esercizio del potere di ordinanza della pubblica amministrazione: il diritto amministrativo conosce la continuità della funzione esercitata dall'organo, ma non l'identità della persona fisica che

---

Veneto, 9 giugno 1984, n. 221, in *T.A.R.*, 1984, I, 2624; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 18 ottobre 1978, n. 174, in *T.A.R.*, 1979, I, 3847; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 giugno 1978, n. 155, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1289; Cass. Civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833, in *Foro it.* 1976, I, 1024; Cass. Civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3832, in *Giust. civ.*, 1976, I, 239; Cons. di Stato, sez. V, 4 aprile 1975, n. 426, in *Cons. Stato*, 1975, I, 444; T.A.R. Piemonte, 12 febbraio 1975, n. 42, in *Foro amm.*, 1975, 1, 2, 224; Cons. di Stato, sez.V, 19 giugno 1973, n. 576, in *Foro amm.*,1973, I, 2, 590; sez. V, 16 luglio 1960, n. 520, in *Cons. Stato*, 1960, I, 890; sez. IV, 24 giugno 1941, Callari c. Min. della Guerra, in *Foro it.*,1942, III, 47.

(53) Trib. Sup. Acque pubbliche, 20 marzo 1980, n.4, cit.; Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n. 136, cit.; sez. IV, 10 novembre 1981, n. 871, cit.; nonché: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 8 luglio 1982, n. 33, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1044. Ma la si confronti con la giurisprudenza indicata alla nota che precede.

lo riveste, né la negligenza è sempre imputabile allo stesso organo titolare del potere di ordinanza ben potendo la competenza in situazione ordinaria spettare ad altro organo, o ad altra amministrazione pubblica.

L'organo infine non agisce a tutela propria, ma per interessi che normalmente appartengono a persone destinatarie della funzione esercitata e perciò molto spesso estranee alla pubblica amministrazione, sicché parrebbe davvero singolare che questi subiscano ulteriormente l'inattività della funzione pubblica.

3. *Fine di interesse pubblico, vizio di eccesso di potere e sindacato di legittimità del potere di ordinanza. L'indicazione dei motivi di sicurezza, sanità e ordine pubblico, come delimitazione delle categorie di interessi da perseguire. La procedimentalizzazione di talune ipotesi particolari di norme attributive del potere di ordinanza.*

Il fine di interesse pubblico è il secondo elemento che vale a definire la legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza.

Un tempo si è ritenuto che i poteri autoritativi della pubblica amministrazione fossero *accordati* dall'ordinamento perché un determinato interesse pubblico venisse soddisfatto.

Le due affermazioni non si equivalgono poiché nella seconda affiora l'assonanza con la « ragione giuridica » dell'attribuzione del potere da parte di un ordinamento, sì da consentire di ritenere l'interesse pubblico la « causa » stessa dell'atto amministrativo, intesa quest'ultima come definizione di un elemento del provvedimento che, al pari dell'omonimo requisito dei contratti di diritto privato, ne determina la invalidità per falsità, mancanza, o illiceità (54).

---

(54) Sul punto si veda il dibattito svoltosi in dottrina sin dai primi anni del secolo (ma qualche contributo è precedente), di cui si ricorda i lavori principali: F. CAMMEO, *Il licenziamento per fine periodo di prova degli impiegatio comunali stabili*, in *Giur. it.*, 1912, III, 373; ID., *I vizi di errore*,

La specificazione nel diritto amministrativo della invalidità degli atti giuridici nella definizione di illegittimità (annullabilità) del provvedimento ha forse reso regressiva l'impostazione indicata, sicché si è continuato a parlare più semplicemente di *sviamento di potere* come non conformità dell'interesse voluto perseguire dall'amministrazione con quello che l'ordinamento ha posto per quel tipo di provvedimento.

La definizione come è noto vale ad escludere che si perseguano interessi pubblici diversi da quelli indicati per l'esercizio di quel determinato potere e più in genere che si faccia uso di provvedimenti per la tutela di interessi che pubblici non sono (55).

---

dolo, violenza, negli atti amministrativi, in *Giur. it.*, 1913, III, 113, 118-119; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 154; G. PACINOTTI, *Saggio di studi sui negozi giuridici di diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1903, 31 dell'estr.; P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministratuivi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, vol. II, Padova, 399 e s.; U. FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1932, III, 290; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1947, XXII, 368.

Significativo è che lo scritto di N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, Ist. poligr. dello Stato, 1932, 439, pur dichiarando più volte di non voler avanzare pretese definitorie, o dogmatiche, nell'analisi delle decisioni del Consiglio di Stato introduca e classifichi il proprio materiale giurisprudenziale secondo la tripartizione della « falsità, mancanza, o illiceità della causa », dimostrando così che al tempo questa doveva ritenersi definizione dogmatica di pacifica accettazione. Per un riesame della teorie intorno al concetto di causa: L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 147 e s.

(55) Quest'ultima affermazione ha trovato specificazione per il potere in esame come impossibilità di perseguire gli interessi patrimoniali dell'ente

Il rapporto con la definizione dei presupposti d'esercizio del potere allarga la sfera delle illegittimità delle ordinanze di necessità e urgenza a tutti i casi conosciuti nel nostro ordinamento sotto il nome di vizio di eccesso di potere.

Più precisamente si ritiene normalmente che il titolare del potere di ordinanza debba procedere ad una esatta conoscenza della situazione di necessità e urgenza e provveda alla definizione dell'interesse che in concreto intende tutelare indicandolo fra quelli che la norma attributiva del potere di ordinanza riconosce come legittima finalità per quel potere di ordinanza di cui è titolare, infine che l'organo stesso individui il contenuto concreto del potere che si ponga come congrua relazione fra il presupposto concreto e il fine di interesse pubblico voluto perseguire.

Il concetto riassume con essenzialità la consueta rilevanza del vizio di legittimità che insieme alla competenza costituisce tradizionalmente la gran parte delle ipotesi di invalidità del potere in esame.

Appare tuttavia necessario precisare alcuni aspetti del modo di operare del vizio di eccesso di potere che sono peculiari alla analisi qui condotta.

Si è detto che il rapporto con i principî dell'ordinamento giuridico definisce il limite di esistenza del potere e si precisa perché questi sono deputati a definire tutti i possibili momenti di supremazia dell'amministrazione. Le norme che definiscono il vizio di eccesso di potere invece svolgono la funzione di selezione ulteriore fra tali possibilità, cioè individuano la legittima relazione di congruenza fra contenuto, presupposti di esercizio e fine che l'amministrazione pubblica intende perseguire.

La legittimità individua il rapporto consentito dal diritto positivo fra l'interesse amministrativo e gli altri interessi giuridi-

---

di cui è organo il titolare del potere di ordinanza, per i cui riferementi si vedano le note che precedono. (nt. 47 e 34).

ci che l'ordinamento generale in sede di definizione dell'esistenza del potere ha considerato di minor valore, perché nel rapporto con l'interesse considerato preminente ha negato loro la consistenza di diritto soggettivo.

A questi interessi si è da tempo attribuita la qualificazione di "legittimi" proprio per individuare in via generica e indistinta tutte quelle posizioni soggettive che non sono in una posizione di parità (né di alternatività in concreto: dove c'è diritto soggettivo non c'è potere amministrativo) con il potere pubblico, ma che tuttavia indicano la contestuale presenza di un interesse (secondario) alla legittimità dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

La ponderazione di interessi offerta dai principî dell'ordinamento giuridico, se può negare la presenza del potere dell'ammmnistrazione ed affermare l'esistenza di un diritto soggettivo, o viceversa, necessariamente definisce una relazione fra beni che esprime un rapporto di parità fra i soggetti dell'ordinamento.

L'interesse amministrativo non ritenuto di valore prevalente in sede di analisi sull'esistenza del potere della pubblica amministrazione torna ad assumere rilevanza giuridica con l'esercizio del potere stesso.

L'esercizio del potere amministrativo coinvolge infatti oltre all'interesse prevalente, che normalmente è fine dell'atto, anche altri interessi pubblici secondari, o privati, che possono ricevere un beneficio, o al contrario un detrimento, dall'azione pubblica.

Dunque la considerazione di interessi pubblici, o privati, che incontra l'esercizio del potere svolge una duplice funzione definitoria del potere dell'amministrazione.

In sede di definizione dell'esistenza del potere pubblico tali interessi sono stati giudicati di minor valore e per questo hanno segnato la negazione di un rapporto di parità con l'amministrazione pubblica, ma al contempo ad essi nella qualità di interessi legittimi è riservato dall'ordinamento l'ulteriore funzio-

ne di « pungolo » al corretto esercizio del potere e perciò in tale sede è corretto affermare che questi interessi si ergono a limite dell'azione d'autorità.

I due momenti di relazione fra beni giuridici non possono dunque subire confusione alcuna senza pervenire a negare che nel nostro ordinamento diritto soggettivo ed interesse legittimo rimangono posizioni soggettive differenziate: ogni diritto obiettivo è mediazione fra interessi, ma non per questo ad esso è negata la possibilità di attribuire qualificazioni cui conseguono differenti vicende giuridiche.

Il secondo aspetto, che appare peculiare al vizio di eccesso di potere nei confronti delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza, si ritrova nella necessaria alternativa che si instaura fra il potere in esame e i poteri a contenuto determinato attribuiti dalla legge all'amministrazione.

Normalmente si vede operare il vizio di eccesso di potere come censura a quell'operato dell'amministrazione che abbia fatto uso di un potere per fini non previsti per quel provvedimento, ma per altri.

Con le ordinanze di necessità e urgenza la regola muta in parte, perché è illegittimo l'esercizio del potere di ordinanza tutte le volte che un potere a contenuto predeterminato sia sufficiente alla bisogna.

La precisazione è necessaria poiché le definizioni offerte dalle norme attributive del potere di ordinanza sono ad ampio spettro e ricomprendono così anche gli interessi pubblici specifici che sono posti come fine dei singoli poteri a contenuto determinato.

In tal senso diverrebbe inefficace ogni tentativo di intravedere lo sviamento di potere tutte le volte che si faccia uso di ordinanze di necessità e urgenza pur in presenza di un utile esercizio di poteri a contenuto determinato.

La regola indicata si distingue in parte da quella cui si è fatto cenno e che vuole per il potere di ordinanza un rapporto

di proporzionalità, o congruità, fra gravità della situazione di necessità e urgenza, limiti imposti al destinatario dell'ordine per farvi fronte e necessità di questi ultimi per soddisfare gli interessi che l'amministrazione ha scelto di tutelare.

Ove è sufficiente un potere « tipico » non è più necessario procedere alla verifica di tale correlazione proprio perché diviene di per sé "incongruo" il ricorso ad altri poteri, non escluso fra questi il potere innominato di necessità e urgenza.

Verificata la inutilità dell'esercizio di poteri a contenuto determinato (limite negativo) si apre invece l'analisi della « congruità » o « logicità » dell'ordine impartito dal titolare del potere di ordinanza (limite positivo).

La corretta correlazione è imposta alla pubblica amministrazione anzitutto attraverso una specificazione precisa delle circostanze che l'agente considera di necessità e urgenza, con la conseguenza di veder censurato immediatamente ogni tentativo di generica motivazione volta ad eludere la verifica in parola, poiché é facile individuare in tali casi un vizio di eccesso di potere per difetto o insufficiente motivazione (56).

---

(56) La necessità di pervenire ad una adeguata motivazione, pur non essendo mai stata scritta in norma alcuna, era desunta dai principî che ancora tuttora la impongono ogni qualvolta si faccia uso di un potere discrezionale e sfavorevole per il destinatario. Vero è che la sentenze n. 26 del 1961 della Corte Costituzionale ha con il dispositivo di accoglimento parziale posto espressamente tale requisito, ma in conformità alla tradizione il difetto, o l'insufficiente motivazione, è ricondotto ancor oggi al vizio di eccesso di potere: T.A.R. Campania, sez. II, 11 settembre 1986, n. 140, in *Foro amm.*, 1987, 1210; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 11 ottobre 1985, n. 155, in *Cons. Stato*, 1985, I, 1265; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio 1982, n. 82, in *T.A.R.*, 1982, I, 1402; Trib. Sup. Acque pubbl., 19 gennaio 1981, n. 4, in *Cons. Stato*, 1981, II, 58; Cons. di Stato, sez. V, 20 aprile 1979, n. 197, in id. 1979, I, 558; 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. amm.*, 1979, III, 60; sez.IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro it.*, 1980, III, 190; T.A.R. Veneto, 15 maggio 1975, n. 108, in *T.A.R.* 1975, I, 2271; T.A.R. Campania, 18 giugno 1975, n. 75, in *T.A.R.*, 1975, I, 2389; T.A.R. Piemonte, 12 febbraio 1975, n. 42, in *Foro amm.*, 1975, I, 1, 2, 224; Cass. Pen., sez. III, 2 febbraio 1967, Capra, in *Giust.*

Una volta che si sia pervenuti ad imporre una corretta identificazione (57) delle circostanze che si pongono come presupposto di esercizio del potere, la pubblica amministrazione è tenuta a scegliere un contenuto d'esercizio idoneo, ma al contempo strettamente necessario, a soddisfare l'interesse pubblico cui si vuole offrire tutela (58).

Il vizio di eccesso di potere al di là di tali specificità si esprime in tutta la ben nota latitudine che è venuta esprimendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima e dei tribunali amministrativi regionali poi, i quali hanno da tempo offerto un sindacato di legittimità sull'azione autoritativa della pubblica amministrazione che trova ben poco sostegno in norme scritte, siano esse leggi, o regolamenti.

In ciò si ritrova, come vedremo, la caratteristica peculiare

---

pen., 1968, II, 828; Cons. di Stato, sez. V, 26 settembre 1964, n. 1132, in *Cons. Stato*, 1964, I, 1507; 7 aprile, 1962, n. 290, *ivi*, 1962, I, 702; 17 novembre 1956, n. 1008, *ivi*, 1956, I, 367.

(57) Anche attraverso il rinvio a relazioni o accertamenti tecnici, talvolta necessario presupposto dell'emanazione dell'ordinanza, da ultimo: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 25 maggio 1987, n. 420, in *T.A.R.*, 1987, I, 3189; T.A.R. Toscana, 29 settembre 1984, n. 1149, in *T.A.R.*, 1984, I, 3409; T.A.R., Abruzzo, sez. Pescara, 7 giugno 1984, n. 204, in *T.A.R.*, 1984, I, 2787; T.A.R. Piemonte, 28 gennaio 1983, n. 93, in *T.A.R.*, 1983, I, 878.

(58) Ciò è affermato in varia guisa dalla giurisprudenza sia in ordine alla corretta correlazione fra presupposti e contenuto, sia in ordine al rapporto fra quest'ultimo e il fine di interesse pubblico: Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 1986, n. 206, in *Foro amm.*, 1986, 746; T.A.R. Sicilia, sez. II, 27 agosto 1986, n. 216, in *Foro amm.*, 1987, 780; Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 1981, n. 19, in *Cons. Stato*, 1981, I, 48; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 18 marzo 1981, n. 328, in *T.A.R.*, 1981, I, 1625; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in Id., 1980, I, 3046; T.A.R. Lombardia, 23 febbraio 1977, n. 28, in *Foro amm.*, 1977, I, 847; T.A.R. Lombardia 16 luglio 1975, n. 191, in *T.A.R.*, 1975, I, 3069; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 30 ottobre 1964, n. 473, in *Cons. Stato*, 1964, I, 1843; Cons. di Stato, sez. V, 2 febbraio 1952, n. 132, in *Cons. Stato*, 1952, I, 167; sez. IV, 3 marzo 1950, n. 124, *ivi*, 1950, 67.

della compatibilità del potere di ordinanza con il principio di legalità.

Si tornerà diffusamente sul problema, ora pare sufficiente rilevare che alcune norme attributive del potere di ordinanza dettano enunciati che sono indicati come motivi di esercizio del potere: è normale infatti vedere identificato il potere di ordinanza con la tutela dei « motivi di sanità, sicurezza pubblica ed ordine pubblico ».

La gran parte delle norme attributive del potere di ordinanza hanno espresso e tutt'ora indicano tale limite d'esercizio del potere che ha ricevuto con prevalenza interpretazioni che sono valse a caratterizzare, insieme al limite di materia, ipotesi particolari di potere di ordinanza di necessità e urgenza.

Gli elementi di maggior importanza di tali interpretazioni paiono tuttavia aver lasciato in ombra un aspetto che si ritiene di interesse.

I motivi di sanità, sicurezza pubblica, e simili, delimitano sicuramente le categorie di interessi per i quali è ritenuto legittimo un esercizio del potere nel nostro ordinamento, ma proprio per ciò non può ritenersi teoricamente impossibile che il potere in esame possa spaziare al di là dei limiti che una determinata norma di legge ha imposto; in altre parole è possibile ipotizzare un potere di ordinanza senza alcuna predelimitazione espressa di motivi (59).

La situazione di necessità e urgenza vale infatti di per sé a indicare il pericolo per determinati beni giuridici (motivo implicito), sicché appare conseguente che il fine dell'amministrazione si identifichi nella tutela di alcuni degli interessi in conflitto che vengono accolti come pubblici, poiché risoluzione utile a far cessare la situazione di pericolo.

Il fine di interesse pubblico che la norma attributiva del

---

(59) Così M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., (1950), 105 e 106; L. GALATERIA, *I provvedimenti*, cit., 81.

potere di ordinanza deve porre all'esercizio del potere ben può dunque trarsi implicitamente dagli stessi enunciati che definiscono la situazione presupposta di necessità e urgenza.

Se ciò è vero appare facile concludere che ogni indicazione espressa di motivi sia da considerare delimitazione legislativa di specie delle categorie di interessi che valgono a definire legittimo un esercizio del potere di ordinanza: sono la delimitazione *ex ante* delle categorie di interessi che il potere in esame deve perseguire.

Al di là del responso teorico ci pare che il diritto positivo offra un esempio di potere di ordinanza di necessità e urgenza senza delimitazione alcuna di motivi.

Tale configurazione ha, come vedremo, una sua ragione giuridica precisa ove si ritenga che l'articolo 19 del r. d. 3 marzo 1934, n.383, t.u. delle leggi comunali e provinciali, attribuisca un potere di ordinanza in materia di organizzazione della pubblica amministrazione ed ancor più un potere residuale ad ogni altro potere di ordinanza più specifico.

Tale potere attribuito al prefetto può essere definito perciò a carattere generale, perché consente all'amministrazione un esercizio del potere di ordinanza al di fuori di qualsiasi predeterminazione di materia, o di motivo.

L'affermazione vale implicitamente graduazione delle norme attributive del potere di ordinanza ed al contempo riesce forse a dar ragione delle diverse norme di legge attributive del potere di ordinanza, superando così apparenti ridondanze che parrebbero attribuire ad un organo (es. prefetto) sempre lo stesso potere d'ordinanza (art. 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit.; artt. 19 e 20 del r. d. n. 383 del 1934, cit.).

L'esempio è parso utile per eliminare un preconcetto che ha radicato talvolta l'erroneo convincimento che la norma di legge attributiva del potere di ordinanza debba determinare necessariamente anche i limiti di materia, o di motivo, per con-

sentire il riscontro di legittimità sull'esercizio del potere medesimo (60).

Una certa qual graduazione fra i poteri attribuiti alla pubblica amministrazione in situazioni di emergenza era un tempo rilevata solo in ordine al rapporto fra atti necessitati e potere di ordinanza, oggi pare invece esprimersi in sede legislativa anche fra singole norme attributive del potere in esame, con riferimento al riparto di competenza fra gli organi titolari del potere d'ordinanza.

A differenza di quanto si riferiva in ordine al rapporto con l'articolo 19 del r. d., n.383 del 1934, in una ipotesi recente appare, oltre alla graduazione, anche una certa qual « procedimentalizzazione » del potere di ordinanza, in ragione della gravità dell'urgenza.

L'ipotesi è d'eccezione e forse più dettata dalla preoccupazione di superare eventuali censure di illegittimità costituzionale per violazione delle competenze regionali che insistono nella ampia competenza che la legge ha attribuito di recente al Ministro per l'ambiente, o più semplicemente perché prescrive una funzione maieutica del Ministro stesso nei confronti dei poteri locali, che non sempre dimostrano il necessario apprezzamento per i valori che da alcuni anni il nostro ordinamento riconosce a ciò che è stato indicato con locuzione sintetica « diritto ad un ambiente salubre ».

La scelta di diritto positivo parrebbe esprimere una direzione nuova rispetto alla tradizione del potere di ordinanza che ha sempre visto disciplinato il proprio contenuto d'esercizio in deroga ad ogni norma sul procedimento che risultasse di impaccio alle ragioni dell'urgenza con conseguente normale applicazione delle sole norme che definiscono il vizio di eccesso di potere.

---

(60) Così parrebbe ad una lettura letterale: Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 4, cit.; ma si veda in contrario per un caso di delimitazione dell'esercizio del potere alla sola risoluzione della situazione presupposto (di pericolo): Corte cost., 3 aprile 1987, n. 100, cit.

L'articolo 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59 attribuisce, in situazione di grave pericolo di danno ambientale, al Ministro per l'ambiente di concerto con i ministri eventualmente competenti, « ove non si possa altrimenti provvedere » ed « al di fuori dei casi di cui al comma III dell'articolo 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349 », il poter di emanare ordinanze « contingibili ed urgenti » con effetto limitato ad un periodo di tempo non superiore a sei mesi.

L'articolo 8, comma III, da ultimo citato prevede un potere in capo al Ministro per l'ambiente di adottare con ordinanze cautelari le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, anche a carattere inibitorio di opere, di lavori, o di attività antropiche, dandone preventiva comunicazione alle amministrazioni competenti, « in caso di mancata attuazione o di inosservanza, da parte delle regioni, delle province, dei comuni, di disposizioni di legge relative alla tutela dell'ambiente e qualora possa derivare un grave danno ecologico, previa diffida ad adempiere entro un congruo termine da indicare nella diffida stessa ».

Se « la mancata attuazione o l'inosservanza è imputabile ad un ufficio periferico dello Stato, il Ministro dell'ambiente informa il Ministro competente da cui l'ufficio dipende, il quale assume le misure necessarie per assicurare l'adempimento. Se permane la necessità l'ordinanza (cautelare) è adottata dal Ministro competente di concerto con il Ministro dell'ambiente ».

La locuzione « fuori dai casi di cui al comma III dell'art. 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349 », che introduce l'art. 8 della l. n. 56 del 1987 cit., parrebbe relegare il potere del Ministro per l'ambiente al termine dell'infruttuoso esperimento delle procedure ivi previste verso gli enti locali, o uffici periferici dello Stato.

Difficile è infatti ipotizzare che in materia di tutela ambientale non sussistano competenze ordinarie, o straordinarie (poteri di ordinanza), degli organi degli uni, o degli altri uffici dell'amministrazione ed è altresì possibile affermare che ogni

necessità e urgenza, particolarmente in materia ambientale, può essere vista come risultato di inadempienze a competenze e poteri che se tempestivamente esercitati dagli organi e uffici pubblici dell'amministrazione locale, o periferica dello Stato, avrebbero scongiurato il pericolo di un danno grave all'ambiente.

La formulazione indicata potrebbe porre non pochi problemi al nuovo potere attribuito al Ministro per l'ambiente se ciò che appare non fosse in verità, a più attenta lettura, una ridondanza.

Il richiamo all'articolo 8, comma III, l. n. 349 del 1986, cit., istitutiva del ministero dell'ambiente, da parte dell'articolo 8 della l. n. 59 del 1987, cit., sul funzionamento del ministero stesso, a ben vedere più che fondare una preclusione all'emanazione di « ordinanze contingibili ed urgenti » da parte del Ministro per l'ambiente di concerto con quello eventualmente competente, pare risolversi in una graduazione della situazione di necessità e urgenza del pericolo di danno ambientale già enunciata con la locuzione posta nello stesso articolo 8, l. n. 59 del 1987, ove si consente l'emanazione di tali ordinanze solo ove « non si possa altrimenti provvedere ».

I poteri e le competenze degli organi degli enti locali ovvero degli uffici periferici dello Stato, precedentemente non esercitati, o non esercitati nemmeno su stimolo del Ministro per l'ambiente, valgono di per sé ad impedire l'esercizio del potere di ordinanza del Ministro stesso solo ove il pericolo di danno ambientale non sia così imminente da non tollerare indugi, sempreché l'ordinamento abbia attribuito agli organi locali poteri idonei allo scopo ed in ragione della rilevanza degli interessi ai quali si vuole offrire tutela.

La precisazione è importante ove si vogliano evitare « rimpalli » di competenza in situazioni in cui l'urgenza preme e il pericolo di danno ambientale è « grave », è utile inoltre a ricondurre il potere del Ministro per l'ambiente entro l'alveo della

disciplina che è ormai tradizionale per il potere di ordinanza di necessità e urgenza.

Quanto indicato come impossibilità di un esercizio del potere di ordinanza in presenza di poteri « tipici » è in realtà specificazione di un più ampio orientamento che consente l'esercizio del potere in esame solo ove « non si possa altrimenti provvedere », che normalmente è stato ritenuto comprensivo dei soli poteri a contenuto predeterminato.

Nel caso di specie la scelta legislativa esprime una novità poiché comprende fra i mezzi utili a impedire un legittimo esercizio del potere del Ministro per l'ambiente anche il potere di ordinanza che è stato attribuito ad organi locali dell'amministrazione pubblica territoriale.

La preferenza per gli organi delle autonomie locali è scelta legislativa che rovescia il tradizionale rapporto fra organi titolari del potere di ordinanza nel nostro ordinamento se si pensa che ancora sul finire degli anni settanta si riteneva che nel nostro ordinamento le ordinanze di ablazione del diritto di proprietà fossero attribuite al sindaco solo in via surrogatoria, cioè ove l'urgenza fosse tale da impedire un tempestivo intervento del prefetto (61).

---

(61) Si noti che ciò avveniva ovviamente proprio per i casi in cui la situazione di necessità era circoscritta ad un ambito di interesse comunale. L'interpretazione era tratta dall'articolo 71 e s. della l. 25 giugno 1865, n. 2359, sul punto si vedano: oltre ad alcuni sporadici interventi del giudice civile (Cass. Civ., sez. un., 5 dicembre 1977, n. 5260, in *Foro it.*, 1978, I, 371; Cass. Civ., sez. un., 19 maggio 1982, n. 3082, id, 1982, I, 2861) le sentenze del giudice amministrativo: Cons. di Stato, sez. IV, 1 dicembre 1981, n. 947, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 128; Ad. pl., 11 novembre 1980, n. 47, in *Foro it.*, 1981, III, 2229; sez. IV, 7 febbraio 1978, n. 72, in *Foro amm.*, I, 2, 50; sez. V, 18 gennaio 1977, n. 21, in *Foro amm.*, 1977, I, 44; sez. V, 24 giugno 1976 n. 983, in ID., 1976, I, 1572. Contro può ritenersi la giurisprudenza che attribuisce al sindaco come capo del comune la competenza ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti: Cons. di Stato, sez. IV, 6 dicembre 1985, n. 605, in *Foro it.*, 1985, III, 461 (in materia sanitaria); Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo

L'interpretazione che si è riferita pare dunque limitare la procedimentalizzazione del potere di ordinanza del Ministro per l'ambiente a quanto appare strettamente necessario alla salvaguardia dei poteri delle autonomie locali (62) fra i quali non si può più non annoverare, come si avrà modo di precisare, il potere di ordinanza « contingibile ed urgente », con priorità di quest'ultimo tutte le volte che le ragioni dell'urgenza lo consentano ed al contrario con immediata legittimazione del Ministro per l'ambiente ogni qualvolta ciò non sia possibile, ovvero sia

---

1982, n. 136, in *Foro it.*, 1982, III, 236 con nota di R. FERRARA; senza negare la competenza prefettizia avvalla nel *decisum* l'intevento del Sindaco per assenza di un provvedimento del primo: T.A.R. Lazio, sez. Latina, 14 marzo 1980, n. 60, in *Foro it.*, 1981, III, 470; sempre in tal senso ma meno recenti: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 18 ottobre 1979, n. 174, in *Foro it.*, 1981, III, 371; Cons. di Stato, sez. IV, 1 luglio 1977, n. 643, in ID., 1978, III, 173, con *ivi* un commento favorevole alla competenza del sindaco come capo del comune: A. ROMANO, *Requisizione tra sindaci prefetti e giudici amministrativi*, Cons. di stato, sez. V, 21 dicembre 1957, n. 1198, in *Cons. Stato*, 1957, I, 1642; sez. V, 6 aprile 1956, n. 224, in *Cons. Stato*, 1956, I, 440; sez. V, 17 novembre 1956, n. 1008; sez. V, 9 maggio 1956, n.403, in *Cons. Stato*, 1956, I, 771.

(62) Per una analisi della legislazione anteriore alla istituzione del ministero dell'ambiente: E. CASETTA, *La tutela del paesaggio nei rapporti tra Stato, regioni ed autonomie locali*, in *Le regioni*, 1984, 1194. Per i recenti problemi posti dalla legge 8 luglio 1986, n. 349: D. BORGONOVO RE, L'ambiente tra stato e collettività locali: una questione tutta da risolvere, in *Riv. giur. amb.*, 1987, 347 e s.; A. GUSTAPANE, *Alcune considerazioni sulla recente istituzione del ministero dell'ambiente*, in *Sanità pubbl.*, 1987, 143, spec. 158; V. COCOZZA, *Il ministero dell'abiente fra esigenze di riorganizzazione dei dicvasteri e poteri delle regioni*, in *Le regioni*, 1987, 906 e s.; L. BERTOLINI, *Le ordinanze contingibili ed urgenti in materia ambientale a livello centrale e periferico*, in *Riv. giur. pol. loc.*, 1988, 839; G. TURCO LIVERI, *Le competenze dello stato, delle regioni, e dei comuni per la tutela dei beni ambientali, ivi*, 1988, 253; M. FRANCO, *La tutela ambientale. Il quadro delle competenze regionali dopo la l. 8 luglio 1986, n. 349. Questioni di Costituzionalità*, in *Quad. regionali*, 1988, 103. P. D'AMELIO, voce *Ambiente* (tutela del dir. amm.), dell'*Enciclopedia Treccani*, vol. II, Roma, 1988.

risultato inutile ogni diffida e si persista negli indugi a provvedere.

Questa pare altresì l'interpretazione accolta con recente sentenza dalla Corte costituzionale (63) favorendo così in ordine alla procedimentalizzazione una interpretazione il più possibile conforme alla tradizione del potere di ordinanza che ha sempre visto la peculiarità del potere in esame nella possibilità di svincolarsi da ogni vincolo di forma, o procedura.

La scelta legislativa operata nei confronti dei poteri « cautelari » del Ministro per l'ambiente nón pare aver modificato molto il normale modo di operare della norma attributiva del potere di ordinanza; tale potere infatti ritorna pienamente libero da vincoli procedimentali non appena l'urgenza sia tale da rendere pericoloso, per l'oggetto di tutela, ogni indugio nel provvedere.

In tal guisa opinando appare evidente che gli aspetti di procedimentalizzazione indicati involgono più propriamente problemi che attengono al riparto delle competenze fra organi degli enti locali e organi dell'amministrazione dello Stato, senza con ciò negare gli aspetti di graduazione dell'urgenza che in materia si erano visti utilizzati solo in casi particolari e per scopi esattamente opposti (il sindaco solo dopo o nell'impossibilità del prefetto).

Il potere di ordinanza del Ministro per l'ambiente non può

---

(63) Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, in *Foro it.*, 1988, I, 3538, la quale risolve espressamente il rigetto della questione di costituzionalità proposta dalla Provincia autonoma di Bolzano proprio sul concetto di « residualità »: « È un potere residuale attribuito allo Stato quando non si possa altrimenti provvedere. I provvedimenti relativi possono anche essere emessi dagli enti autonomi nell'ambito del potere loro conferito (n.d.r.: il riferimento al potere di ordinanza contingibile ed urgente pare inequivoco), sicché l'intervento dello Stato sopperisce solo alla loro inerzia e all'inadempimento dei doveri loro incombenti. » ... « La residualità del potere, la specie della situazione da tutelarefanno sì che non risulti lesa l'autonomia dell'ente regionale ».

dunque porre in forse la regola generale cui si era pervenuti, secondo la quale il potere in esame ha sempre trovato la regolamentazione del contenuto d'esercizio del potere in ragione di pochi enunciati legislativi che possono essere indicati, oltre alla competenza, anche nella sola situazione presupposta di necessità e urgenza, che implicitamente pone le basi per la individuazione dei presupposti e del fine di interesse pubblico da perseguire, lasciando così alle norme che definiscono il vizio di eccesso di potere ogni ulteriore precisazione di quanto è ritenuto legittimo esercizio del potere di ordinanza (64).

4. *Le singole disposizioni attributive di poteri di ordinanza: vecchie definizioni e recenti formulazioni. Le norme attributive di poteri di ordinanza con delimitazioni di materia e di motivi, i rapporti con la competenza. Gli organi legittimati all'esercizio del potere di ordinanza e riparto di competenza: rilievi critici ed interpretazioni adeguatrici al dettato costituzionale.*

Nelle pagine che precedono si è cercato di sintetizzare i risultati che l'analisi ha offerto in ordine agli enunciati minimi che le riserve relative di legge impongono al legislatore perché sussista un legittimo esercizio dei poteri dell'autorità.

Il risultato può anche essere letto come sintesi teorica di una norma tipo idonea a soddisfare le esigenze di « legalità sostanziale » imposte nel nostro ordinamento ed attribuendo al contempo alla pubblica amministrazione un potere di ordinanza il più possibile duttile alle esigenze di « atipicità » del prov-

---

(64) In tal senso la recente sentenza della Corte costituzionale 3 aprile 1987, n. 100, cit., che solo per motivi di ragionevolezza respinge la questione di costituzionalità sulla legge che provvede a sanare parte delle norme che definiscono il vizio di eccesso di potere, su ciò si si consenta di rinviare allo scritto: *L'articolo 113 Costituzione*, cit., spec. par. 8.

vedimento amministrativo, perché utili a porre rimedio alle situazioni di necessità e urgenza.

Pare ora venuto il momento di soffermare l'analisi sulle scelte specifiche che il legislatore ordinario ha operato nell'attribuire il potere di ordinanza ai diversi organi della pubblica amministrazione.

Le scelte interpretative imposte dalle sentenze della Corte costituzionale n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961, che hanno riportato alla luce il fondamentale limite dei principî dell'ordinamento giuridico impedendo per l'avvenire ogni legittima riproposizione di aberranti delimitazioni dei diritti di libertà dei cittadini, permettono di rileggere il disposto dell'articolo 2 del r. d. 18 giugno 1931, n. 773, t. u. delle leggi di pubblica sicurezza, con maggiore serenità (65).

Per tale ragione può non essere paradossale considerare oggi la formulazione dell'articolo 2 cit. (66) fra quelle che testualmente si avvicinano maggiormente allo schema tipo della norma attributiva del potere di ordinanza, che è stato ritenuto idoneo a soddisfare gli enunciati minimi che le riserve di legge

---

(65) Non si vuole con ciò negare che consimili disposizioni siano sempre soggette a tensioni interpretative di gran lunga accentuate in periodi di non stabili equilibri sociali. Si è convinti però che se la statuizione della Corte costituzionale sarà un giorno disconosciuta dalle magistrature di merito si dovrà allora ritenere che, sia pur in via parziale, si starebbe assistendo ad un mutamento dell'ordine costituito per insanabile contrasto con le norme a sicura rilevanza costituzionale. In tali casi si deve riconoscere che non possa essere di soccorso nessuna *interpretatio abrogans*, o declaratoria di illegittimità costituzionale, dell'articolo 2, r. d. n. 773 del 1931, t.u.l.p.s., cit., o di analoghe disposizioni, che sono oggi normalmente interpretate in conformità alle citate sentenze della Corte costituzionale.

(66) Altra disposizione che può rappresentare ancor meglio la norma tipo indicata è l'art. 19 del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, ma solo ove di esso si fornisca una particolare interpretazione che si avrà modo di presentare al termine del presente capitolo.

impongono come limiti d'esercizio a tutti i poteri d'autorità (67).

« Il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica » (68).

Oltre alla individuazione della competenza e dei presupposti d'esercizio del potere di ordinanza è posto un riferimento ai motivi di interesse pubblico che valgono a delimitare i fini per cui è consentito una emanazione legittima del provvedimento; cioè in via mediata si individuano le categorie di interessi (beni giuridici) a tutela dei quali è consentito un legittimo esercizio del potere.

Nella disposizione dell'articolo 153 del r. d. 4 febbraio 1915, n. 148, t.u. delle leggi comunali e provinciali, oltre alla individuazione delle categorie di interessi offerta con l'indicazione dei motivi, è introdotta con rinvio ad altro articolo dello stesso testo unico una elencazione di materie.

La formulazione letterale ha tuttavia favorito nel tempo una lettura per molti aspetti indistinta dei due tipi di enunciati: motivi e materie infatti vennero normalmente utilizzati per individuare la rilevanza locale del potere di ordinanza del sindaco.

« Appartiene pure al sindaco di fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica sulle materie di cui al n. 9 dell'articolo 217 [« n. 9 i regolamenti di edilità e polizia locale »], nonché di igiene pubblica, e di fare eseguire gli ordini relativi, a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale in cui fossero incorsi ».

---

(67) Le questioni a suo tempo avanzate attenevano infatti alla possibilità di ritenere conforme all'ordinamento costituzionale alcune ordinanze che limitavano diritti di libertà tutelati dalla massima fonte dell'ordinamento giuridico. I limiti che si volevano riconosciuti al potere di ordinanza attenevano dunque alla giuridica esistenza del potere stesso, non al suo legittimo esercizio.

(68) Art. 2, comma I, del r. d. n. 773 del 1931, cit.

Nel successivo testo unico delle leggi comunali e provinciali del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, l'articolo 55 offre invece una dizione letterale in cui maggiormente è presente la separata enunciazione dei motivi d'esercizio del potere e la individuazione delle materie di intervento.

« Il podestà adotta i provvedimenti contingibili e urgenti in materia di edilità polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica, e fa eseguire gli ordini relativi a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale qualora il fatto costituisca reato ». « Ove il podestà non provveda, provvede il prefetto con propria ordinanza o con proprio commissario » (68-bis).

La radice storica (69) dei due articoli citati dichiarava pu-

---

(68-bis) Nelle more di stampa è entrata in vigore la l. 8 giugno 1990, n. 142, di riforma delle autonomie locali che all'articolo 38 ricalca con diverse definizioni la sepazione delle materie e dei motivi cui si faceva riferimento in testo: « Il sindaco adotta provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini ». Scompare come si può notare la tradizionale definizione specifica di motivo (sanità e sicurezza pubblica) e la delimitazione è invece mantenuta con la sola definizione delle materie analogamente all'art. 32 della l. n. 833 del 1978, cit., di riforma sanitaria.

(69) Art. 166 n. 5, della l. 7 ottobre 1848 dello Stato piemontese.

Si vedano altresì gli articoli 151 del r. d. 4 maggio 1898; 133 del r. d. 10 febbraio 1889, n. 5921: « Appartiene pure al sindaco di fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica sulle materie dell'articolo 167 n. 5 [« I regolamenti di edilità e polizia locale attribuiti dalla legge ai comuni »], nonché d'igiene pubblica, e di far eseguire gli ordini relativi a spese degli interessati senza pregiudizio dell'azione penale in cui fossero incorsi. » Il testo è uguale a quello dell'articolo della l. 30 dicembre 1888, n. 5865 e all'articolo 104 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. A; nonché all'articolo 101 della l. 30 ottobre 1859.

Infine la radice storica del potere di ordinanza contingibile ed urgente può essere ritrovata negli articoli 158-170 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato piemontese, di cui gli articoli 158-161 e 164 sono dedicati alla potestà regola-

ramente e semplicemente che « Appartiene pure al Sindaco generalmente di dare i provvedimenti contingibili, ed urgenti di sicurezza, ed igiene pubblica. »

L'essenzialità degli enunciati indicati da quest'ultima disposizione elimina ogni ulteriore determinazione di motivi e di ma-

---

mentare di polizia urbana e rurale del Comune (capo XI) e gli articoli 163, 165, 166 e 167 prevedono il potere di ordinanza del sindaco attraverso la tecnica della elencazione aperta.

- Art. 163 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato piemontese: « Il Sindaco potrà concedere licenze di vendemmie anticipate, quando circostanze speciali lo esigano » [in relazione all'art. 162 che attribuisce « al Consiglio delegato la facoltà di fissare, dove fosse ancor necessario, l'epoca della vendemmia nei terreni, che non siano chiusi ed appartenenti ad un solo proprietario ed anche a più, quando sono d'accordo; le sue determinazioni sono notificate al Pubblico con manifesto del Sindaco »].

- Art. 165 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato Piemontese: « Il Sindaco può con manifesti, rendendone conto all'Intendente,

1.° Assoggettare a cautele provvisorie il passaggio nei siti, ove siavi pericolo di rovina, l'ammucchiamento di materie accendibili, la circolazione delle bestie nocive, prescrivendone ove d'uopo la distruzione.

2.° Vietare che si depositino, o si facciano immondizie nei siti pubblici.

3°. Fissare il tempo per lo sgombro dei cessi, fossi e canali immondi.

4°. Assegnare provvisoriamente nuovi siti per le fiere, e mercati, quando quelli stabiliti divenissero inservibili.

5°. Stabilire i prezzi delle vetture di piazza, delle barche, e degli altri veicoli di servizio pubblico permanente interno.

6°. Far nuove pubblicazioni dei regolamenti, o delle singole loro disposizioni per meglio accertarne l'osservanza. »

- Art. 166 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato Piemontese:

« Appartiene pure al Sindaco

1°. Di prescrivere le cautele opportune, quando occorre la formazione di steccati, ponti, palchi, ed altri simili opere costrutte in siti pubblici, o per uso pubblico.

2°. Di ordinare la rimozione immediata degli oggetti collocati sui balconi, o finestre, che minacciano di cader nelle vie, o su le piazze pubbliche; l'apposizione dei lumi o ripari nei siti pubblici, in cui siansi lasciati materiali, o fatti degli scavi; l'apposizione di sostegni necessarii ad impedire imminenti

terie, ma tuttavia la competenza territoriale parve sufficiente a delimitare l'ambito di intervento del sindaco a tutela di interessi esclusivamente locali.

Ancora di recente (prima della riforma del 1990) si sono visti indifferentemente citati dalla pubblica amministrazione e dalla giurisprudenza, sia l'art. 153 del r. d. n.148 del 1915, cit, sia l'art. 55 del r. d. n.383 del 1934, cit., anche se con scelte preferenziali per l'articolo di più antica formulazione (70).

Ciò che è apparso, ed appare, importante è che i riferimenti alla sanità e alla sicurezza pubblica, ovvero alternativa-

---

rovine nei siti aperti al pubblico; lo sgombro delle case, ed edifizii abitati, quando vi sia pericolo imminente; la rimozione delle immondizie e ogni altro oggetto depositato in sito pubblico, od impediente passaggio in siti pubblici; la rimozione delle immondizie ed altre sostanze depositate in siti privati, quando mandino esalazioni fetide o danno, o incomodo al vicinato.

3°. Di far procedere al sequestro delle bevande, e dei commestibili alterati, o corrotti, esposti in pubblica vendita.

4°. Di dare le disposizioni occorrenti per l'estinzione degli incendii, e pel taglio nel caso di urgente pericolo degli oggetti valevoli a propagarli.

5°. E generalmente di dare i provvedimenti contingibili, ed urgenti di sicurezza, ed igiene pubblica. »

- Art. 167 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato Piemontese: « Il Sindaco può far eseguire gli ordini, di cui all'art. precedente, a spese degl'interessati, senza pregiudizio della azione penale in cui fossero incorsi.

« La nota di queste spese è resa esecutoria dall'Intendente sentito l'interessato, ed è rimessa all'Esattore che ne fa riscossione nelle forme e col privilegio dei regii tributi. »

- Art. 170 della l. 7 ottobre 1848 dello Stato Piemontese: « Ove i Sindaci si astengano, sebbene eccitati, dal fare i provvedimenti, e dal dare gli ordini necessarii, l'Intendente di Provincia vi supplisce, riferendone all'Intendente generale. ».

(70) Cioè per l'art. 153 del r. d. n.148 del 1915, ciò pareva ricondotto dalla giurisprudenza all'effetto di reviviscenza che il comma II, dell'articolo 10, del d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570, aveva prodotto in favore di alcune disposizioni del r. d. 4 febbraio 1915, n. 148 cit.; a favore in dottrina G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, 1965, pag.91, spec. nt. 5.

mente alla igiene, edilità e polizia locale, hanno individuato genericamente la rilevanza locale del potere di ordinanza (71) sopravvendo poi una tendenziale ma non sempre precisa, separazione della loro rilevanza giuridica, con indicazione dei tradizionali motivi di pericolo per l'incolumità pubblica, ovvero delle materie nelle quali era normalmente necessaria per gli organi locali offrire tale ragione di tutela (72).

La tendenza può trovare una sua ragione specifica nella

---

(71) Una tendenziale indistinzione dei limiti derivanti dagli enunciati di motivi, o di materia la si trova già nella giurisprudenza di fine ed inizio secolo; per tutti si vedano: Cassazione di Roma, 12 marzo 1920, Berizzi, in *Riv. Amm. del Regno*, 1921, 91, ove si statuisce che non è conforme a legge l'ordinanza che fissa i prezzi di vendita delle striglie, o di altro strumento di lavoro, consentito invece sui generi annonari o di prima necessità; per la inclusione della materia annonaria fra la materia di polizia locale si veda: Cons. di Stato, sez. V, 19 marzo 1920, Com. di Adria c. G.P.A. di Rovigo e Casellato, in *Riv. Amm. del Regno*, 1920, 272; sempre nella polizia locale è fatto rientrare l'ordine di non vendemmiare prima di una certa data, poiché vi è « necessità di tutelare in ogni miglior modo dai guasti e dai furti le proprietà dei singoli privati in generale e mediante mutua e reciproca vigilanzaÈ polizia rustica e urbana », Cassazione di Torino, 22 maggio 1867, Francesetti, in *Riv. Amm. del Regno*, 1867, 764. Più di recente si vedano: Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n. 136, in *Foro it.*, 1982, III, 236; T.A.R. Toscana, 16 dicembre 1981, n. 1050, in *T.A.R.*, 1982, I, 549; T.A.R., Lazio, sez. II, 14 luglio 1976, n. 506, in *T.A.R.*, 1976, I, 2676; T.A.R. Lombardia 16 luglio 1975, n. 191, in *T.A.R.*, 1975, I, 3069; T.A.R. Puglia 28 gennaio 1975, n. 3, in *T.A.R.*, 1975, 717: tutte ritengono che le materie di competenza del potere in esame sono per le ordinanze sindacali quelle che rientrano nei fini istituzionali del Comune. Nonché *infra* nota 80.

(72) Come vedremo una propria autonomia definitoria è assunta dall'enunciato di materia solo ove è inteso in relazione con quello che definisce la competenza. In taluni casi gli enunciati di materia sono stati indicati proprio come elementi distintivi dell'esercizio del potere di ordinanza rispetto a quanto definito dall'art. 2 del r. d. 16 giugno 1931, n. 773, t.u.l.p.s. (così: Corte costituzionale 12 gennaio 1977, n. 4, con osservazioni di A. Pizzorusso in *Foro it.*, 1977, I, 276), ma sul punto si veda si veda *infra* le note che seguono.

considerazione che l'enunciato dei motivi è forse quello che meglio definisce, seppur anch'esso in via mediata, le categorie di beni giuridici a tutela dei quali è consentito un legittimo esercizio del potere, ma il riferimento di materia oltre ad aver contribuito a tale funzione ha avuto molto probabilmente un ulteriore significato che nel tempo è scomparso dall'attenzione delle analisi in argomento.

L'articolo 153 del r. d. n.148 del 1915 mantiene la struttura lessicale dei suoi predecessori (73) attribuendo il potere di ordinanza contingibile ed urgente nelle stesse materie in cui il Comune ha da tempo una potestà regolamentare che con terminologia oggi nota si definirebbe « autorizzata » o « delegata » a stabilire una disciplina diversa da quella statale e che di recente alcuni preferiscono denominare « regolamenti integrativi di normazione statale » (74).

Al di la di ogni precisa considerazione sulla corretta efficacia giuridica che deve essere riconosciuta ai regolamenti in questione (75) appare certo che il legislatore nazionale ha da tempo attribuito ai regolamenti comunali e provinciali in mate-

---

(73) Si veda per i precedenti storici la nota anteriore a quella che precede.

(74) M. S. GIANNINI, voce *Regolamento (in generale)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, 1988, 604; altri preferiscono prescindere dalla denominazione di « delegati » o « autorizzati » perché incapace di porre in risalto i limiti che comunque incontrano i regolamenti in ordine alle possibilità del loro contenuto che mai può essere equiparato a quello della legge, unica fonte primaria, così: L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, 1988, 624 e 626.

(75) Su cui da ultimo L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 625 e 626 che anticipa alcune scelte operate dalla l. 23 agosto 1988, n. 400, Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, art. 17, lett. b) « l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale; » e c) « le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge ».

ria di polizia locale, edilità e di igiene una efficacia in deroga alla disciplina legislativa nazionale (autonomia) in ragione delle diverse esigenze locali (76), pur nell'osservanza dei limiti di principio imposti dalla legislazione statale nella materia, ovvero dei principî e criteri direttivi stabiliti dalla legge che autorizza il regolamento a statuire in deroga alla legislazione nazionale (77).

Il riferimento posto nelle norme attributive del potere di ordinanza contingibile ed urgente alle materie dei regolamenti di edilità, polizia locale e igiene « attribuiti dalla legge ai comuni » pare assumere così il significato di naturale riferimento ai

---

(76) Disciplina nazionale che mantiene la propria efficacia nelle ipotesi di consonanza delle ragioni locali con quelle nazionali, o più precisamente in assenza di ogni regolamento locale in materia. In ciò e per ciò è sempre possibile porre la questione ulteriore di legittimità del regolamento per violazione del principio di ragionevolezza (assenza di interessi locali tali da giustificare la deroga alla disciplina nazionale) di cui all'art. 3, comma II, 5 e 97, comma I, cost., avanti al giudice amministrativo o ordinario, essendo, come è noto, preclusa la stessa questione avanti al giudice di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello stato e delle regioni (art. 134, comma I, cost.).

(77) In punto il regolamento degli enti autonomi territoriali minori non pare sottostare a regole diverse da quelle che debbono essere osservate in sede di delegificazione. Si confronti il comma II dell'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400, su cui si vedano i recenti scritti di: G. DEMURU, *La legge sulla presidenza del consiglio. La delegificazione*, in *Foro it.*, 1989, V, 355 e s.; G. PALEOLOGO, *L'attività normativa del governo nella legge sulla presidenza del consiglio dei ministri*, *ivi*, 344 e s. Queste le conclusioni che appaiono preferibili per ritenere conformi al nuovo ordinamento costituzionale i regolamenti comunali e provinciali in materia di edilità, polizia locale ed igiene pubblica, con particolare riferimento alle riserve di legge relative che impongono sicuramente che le delimitazioni ai diritti soggettivi trovino conforto in scelte operate dal legislatore nazionale in via diretta o, in via integrativa, dai principî dell'ordinamento giuridico per i casi di *lacuna legis* sulla disciplina delle relazioni fra diritti soggettivi e fra questi ed i poteri, pubblici o privati. Quanto detto per il potere di ordinanza pare infatti, con i dovuti adattamenti, riproponibile anche per i regolamenti di autonomia.

settori che l'ordinamento generale ha voluto attribuiti a scelte proprie degli organi locali della pubblica amministrazione, affinché la cura degli interessi amministrativi sia possibile anche in ragione delle diverse esigenze locali (regolamenti), ovvero degli imminenti ed inconsueti pericoli per la pubblica incolumità (ordinanze) (78).

Nell'uno e nell'altro caso la deroga trova così la propria ragione giuridica nel più generale e moderno principio di ragionevolezza, ovvero più specificatamente nel più tradizionale principio di autonomia, o autarchia (79), che da tempo è riconosciuto a organi degli enti pubblici territoriali in esercizio di attività giuridica pubblica e che ha poi trovato fondamento nell'art. 5 della Costituzione.

Il riferimento alle materie può dunque essere stato inteso come delimitazione dell'efficacia giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti attraverso la individuazione mediata dell'ambito di intervento del potere pubblico, che normalmente in sede locale può richiedere una tutela differenziata.

Talvolta (80) si è utilizzata la materia per individuare gli interessi che in tali ambiti devono, o non devono, ricevere una protezione con carattere di priorità, verso i quali cioè l'ordinamento conferma la preferenza della propria tutela giuridica.

In tal modo tuttavia si è pervenuti ad attribuire al limite di

---

(78) In quest'ultimo caso (ordinanze) tuttavia il limite dei principî è più ristretto essendo quest'ultimi eguali a quelli imposti alla legislazione esclusiva delle regioni a statuto speciale.

(79) Di recente sul concetto di autonomia pubblica si veda A. ROMANO, voce *Autonomia pubblica*, del *Digesto IV (Discipline pubblicistiche)*, vol. II, Torino, Utet, 1988, 30 e s.

(80) Per tutti si veda: Cass. Civ., sez. un., 30 luglio 1980, n. 4883, in *Foro it.*, 1980, I, 2413, nella quale si ritiene che l'ordine di requisizione di un immobile per adibirlo a sede di scuola media non sia interesse (« istruzione ») che il sindaco può far valere con carattere di prevalenza sulla proprietà privata, poiché non rientra in nessuna delle materie contemplate dall'articolo 153 del r. d. n. 148 del 1915.

materia un significato polisenso, poiché in essa si confondono due diversi aspetti della disciplina del potere di ordinanza.

Se il riferimento alla materia vale individuazione degli interessi ai quali l'ordinamento vuole accordare una tutela prevalente lo si interpreta come specificazione del limite dei principî dell'ordinamento giuridico, che si è visto appartenere, come limite di esistenza, a qualsiasi norma attributiva del potere di ordinanza (81).

---

(81) L'uso del limite delle materie nel senso ambiguo sopra indicato lo si può ritrovare anche in recenti sentenze del giudice ordinario: Cass. Civ., sez. un., 30 luglio 1980, n. 4883, in *Foro it.*, 1980, I, 2413 con *ivi* nota di C. M. BARONE, per un caso di requisizione di locali in proprietà privata per adibirli a scuola media statale; Cass. Civ. sez. un. 23 marzo 1953, n. 747, in Foro Amm., 1953, II, 1, 96; per sentenze meno recenti: Cassazione di Roma, 12 marzo 1920, Berizzi, cit. alla nota 71 che precede; App. Torino, 5 marzo 1887, citato da C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, ossia *Commento alla legge comunale e provinciale*, Roma, Tip. Cecchini, 1889, 981, concernente l'ordine di distribuzione dell'acqua a scopo di irrigazione in alcuni giorni fissi emesso per la tutela di un interesse patrimoniale del comune (che era parte in causa civile con gli utenti dell'acqua). In tal senso parrebbe anche: Corte costituzionale 12 gennaio 1977, n. 4, in *Foro it.*, 1977, I, 276, con *ivi* osservazioni di A. PIZZORUSSO. Nella sentenza il limite di materia è stato indicato come elemento differenziale del potere di ordinanza rispetto a quanto definito dall'art. 2 del R. D. 16 giugno 1931, n.773, t.u.l.p.s., ma nell'economia della motivazione quanto asserito appare comprensibile solo ove si intenda la materia come specificazione del limite dei principî dell'ordinamento giuridico. Diversamente opinando si dovrebbe ritenere che la precedente sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 1961, n. 26, cit. abbia estromesso dall'ordinamento (*rectius*: annullato) l'intero articolo 2 cit., e non invece una interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale (sentenza interpretativa di accoglimento). Se ciò è vero l'asserita diversità testuale che varrebbe a sciogliere ogni problema di costituzionalità dell'art. 20 del r. d. 3 marzo 1934, n. 383 (ordinanza prefettizia contingibile ed urgente nel caso in cui il pericolo involga più comuni della provincia) non può che costituire affermazione di conferma della precedente statuizione della stessa Corte costituzionale 27 maggio 1961, n. 26, cit., che ha sancito per l'art. 2 r. d. 16 giugno 1931, n. 773, t.u.l.p.s., come per ogni altra disposizione in argomento, l'integrazione

Una seconda accezione, più tradizionale del limite delle materie, può rivelare un diverso significato meglio riconducibile ai limiti che sono ritenuti attinenti *all'esercizio* del potere amministrativo.

Pare corretto ritenere che nelle materie indicate dalle norme attributive di poteri di ordinanza sindacale l'ordinamento abbia voluto riconoscere nel Sindaco l'organo più idoneo a valutare la corretta composizione degli interessi che presenti nel territorio comunale si trovino in conflitto, con pregiudizio nel permanere di questo degli interessi pubblici locali ritenuti meritevoli di tutela.

La delimitazione di materie assume dunque rilevanza giuridica per la individuazione di un settore di intervento nel quale si evidenziano interessi pubblici che l'ordinamento ritiene prevalenti in base ad altre norme (di relazione) ma che sicuramente si vuole composti, in consonanza all'attribuzione di potestà regolamentare (d'autonomia), dagli organi dell'ente locale territoriale minore ed in particolare dall'organo di esso che assume la veste di capo della comunità locale di riferimento (82).

---

delle norme attributive del potere di ordinanza con i limiti derivanti dai principî dell'ordinamento giuridico.

(82) In dottrina il riconoscimento di ente esponenziale degli interessi della comunità di riferimento è normale per gli enti territoriali: da ultimo A. Di Giovine, *Note sui rapporti fra Regione ed Ente locali nell'ordinamento italiano*, in *Notiz. giur. region.*, fasc. 1, 1987, pag. 10, dell'estr., ove si rileva con precisione: « o, più realisticamente, del conflitto di interessi emergenti da tale collettività ». I dibattiti, mai sopiti nel passato e che oggi si debbono considerare superati, sulla qualità di ufficiale di governo del sindaco in sede di esercizio di poteri di ordinanza appaiono legate alla tradizionale appartenenza agli organi dello Stato del potere di delimitare i diritti soggettivi degli amministrati ed in particolare del diritto di proprietà. Non si deve dimenticare che, sino alla ai primi anni settanta di questo secolo, il potere di espropriazione della proprietà privata è stato riservato alla competenza di organi statali anche in sede locale (prefetto). Si vedano le sentenze della Corte costituzionale che hanno respinto le questioni di costituzionalità proposte sulle leggi che hanno attribuito al sindaco e al presidente della giunta regionale il pote-

L'indicazione di materia contribuisce così a delimitare la competenza dell'organo titolare del potere di ordinanza contingibile ed urgente rispetto ad altri organi titolari del potere di ordinanza (83).

La conseguenza più immediata è che l'esercizio del potere al di fuori delle materie indicate si risolve correttamente in una ipotesi di incompetenza (relativa) se in realtà la cura degli interessi non ricompresi nella materia, ma voluti tutelare con il provvedimento, è stata attribuita dall'ordinamento ad altri organi titolari del potere di ordinanza di necessità e urgenza (vedi prefetto, vedi ministro, ecc.).

Si parlerà piuttosto di difetto di attribuzioni, o di incompetenza assoluta, se la cura di questi interessi è riservata in via esclusiva ad alcuni organi dell'amministrazione con disposizioni inderogabili da parte della norma attributiva del potere di ordinanza, che vale quanto dire che nessun organo titolare del potere di ordinanza può divenire legittimo compositore degli interessi in questione (84).

Appare infine più corretto ricondurre alla violazione dei li-

---

re di esproprio a favore di interessi pubblici locali: Corte cost., 22 febbraio 1984, n. 42; 7 giugno 1984, n.158 e n. 157; 14 gennaio 1985, n.7; 2 aprile 1986, n. 81 e n. 82.

(83) Per tutte si vedano: T.A.R. Toscana 20 luglio 1987, n. 642, in *Foro it.*, 1988, III, 519; Cons. di Stato, sez. IV, 6 dicembre 1985, n. 605, in *Foro it.*, 1985, III, 461; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 giugno 1971, n. 155, in *Foro amm.*, 1978, I, 2029; Cass. civ., sez. un., 30 luglio 1980, n. 4883, in *Foro it.*, 1980, I, 2413

(84) Così potrebbe essere il caso delle competenze riservate dalle norme costituzionali a determinati organi amministrativi; si veda, per il caso delle autorizzazioni dei magistrati a partecipare alle commissioni di collaudo di opere pubbliche (che parrebbero non sottraibili al Consiglio Superiore della Magistratura ex artt. 104, comma I, 105, 107, I e II comma e 110 Cost.): T.A.R. Campania, sez. I, 9 aprile 1987, n. 175, in *Foro it.*, 1989, III, 117, con *ivi* le osservazioni di A. Pizzorusso ed il nostro commento *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, spec. 120-121.

miti di esistenza del potere (assenza di determinazione *ex lege* della prestazione imposta, contrasto con i principî dell'ordinamento giuridico) tutte quelle ordinanze che pretendano di assumere contenuti che la legge in via esplicita, o « implicita » (pel tramite dei principî dell'ordinamento giuridico), non abbia definito (85).

La giurisprudenza non pare aver sempre dimostrato piena consapevolezza della stretta interrelazione che sussiste fra la delimitazione di materia e la competenza dell'organo titolare del potere in esame per la scarsa utilizzazione di un uso dichiarato del limite dei principî dell'ordinamento giuridico e più in generale per l'eccessivo carico di significati cui la nozione di materia continua ad essere sottoposta (86).

---

(85) Fra queste debbono essere annoverate tutte quelle sentenze che ritengono che un determinato contenuto sia possibile solo ad opera del legislatore, l'affermazione infatti vale accertamento negativo dell'esistenza attuale nell'ordinamento di siffatto contenuto: Cass. civ., sez. un., 14 aprile 1975, n. 1406, in *Foro it.*, 1975, I, 2521; 9 luglio 1974, n. 2003, *ivi*, 2529; che conferma App. Milano, 12 maggio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2574; che a sua volta riforma Trib. Milano, 27 giugno 1968, Rizzo ed altri c. Mazza ed Amm. degli Interni, in Foro Padano, 1968, I, 917; Cass. civ., sez. un., 6 agosto 1975, n. 2986, in *Giur. it.*, 1876, I, 1, 932; Cass. civ;, sez. un., 6 luglio 1974, n. 1978, in *Foro it.*, 1974, I, 3041; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 1974, n. 3500, in *Giust. civ.*, 1975, I, 419. Diverso è il *decisum* di Cons di stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n. 136, in *Foro it.*, 1982, III, 236. Per sentenze meno recenti Cassazione Roma 14 settembre 1895, Pm c. Canessa, in *Riv. amm.*, 1895, 1035 Cass. pen., sez. III, 7 marzo 1953, Zegretti, in *Giust. pen.*, 1953, II, 688; Cons. di Stato sez. IV, 27 giugno 1952, n. 616, in *Giur. it.*, 1952, III, 183.

(86) Oltre alla giurisprudenza indicata alla nota che precede, per indicazioni meno recenti: Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 1934, Bontade c. Comune di Palermo, in *Foro it.*, 1935, III, 147, con *ivi* interessanti osservazioni di V. E ORLANDO, *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge com.e prov.*, ove l'autore ritiene che la materia di polizia locale sia « collegata con l'attività di determinati ufficii di polizia », *ivi*, 154; ritiene che rientri nella materia sanitaria l'ordine a ogni spaccio di carne macellata di essere sufficentemente provvisto di carne in alcuni, o tutti i giorni della settimana: Cassazio-

Rimane tuttavia indubitabile che il riferimento alle materie mantiene come significato preferenziale quello di pervenire a individuare l'ambito degli interessi (e non la loro prevalenza) a rilevanza locale, o nazionale, condividendo così per tale profilo una funzione che può essere (ed è stata) anche utilmente raggiunta con l'indicazione dei motivi, o con la delimitazione degli effetti delle ordinanze ad un dato territorio, o se si preferisce con l'individuazione della sfera di azione territoriale dell'organo attributario del potere stesso (87).

L'accezione che ricollega la materia alla determinazione di competenza può essere di aiuto anche per comprendere più in generale le ragioni che hanno a suo tempo confortato le scelte del legislatore nella individuazione degli organi cui attribuire il potere di ordinanza di necessità e urgenza.

La dottrina (88) ha da tempo chiarito che nella pubblica amministrazione sono presenti enti esponenziali degli interessi

---

ne del Regno, 8 maggio 1925, Sainato e 11 febbraio 1925, Italiano, entrambe in *Riv. Amm. del Regno*, 1925, 672; analogamente per divieto di esportazione di prodotti di prima necessità fuori dal comune: Cassazione, 26 maggio 1914, Grande, ID., 1914, 829; Cassazione di Roma, sez. civili, 27 luglio 1922, Mezzetti c. Angelozzi, in ID., 1922, 497; Cons. di Stato 19 marzo 1920, comune di Adria c. G.P.A. di Rovigo e c. Casellato, in ID., 1920, 272; rientra anche nella polizia locale il divieto di vendemmia prima di una certa data: Cassazione di Torino, 22 maggio 1867, Francesetti, in ID., 1867, 794; Corte di cassazione del Regno, 31 ottobre 1924, Ricci, in ID., 1925, 431, per un caso di ordinanza che impedisce lo smercio ai produttori prima di una certa ora del mattino per consentire l'acquisto di parte di esso (15%) al prezzo di lire 1,30 ad opera di incaricati municipali.

(87) In tale senso si è espresso l'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 di riforma sanitaria, ed implicitamente pone l'art. 2, del r. d. n. 733 del 1931, cit. delle leggi di p. s. rispetto alla competenza del ministro degli interni; ma su ciò *infra* in testo.

(88) Si vedano per tutti i recenti contributi di: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol.I, Milano, Giuffrè, 1988, 104 e s.; A. *Di Giovine, Note sui rapporti*, cit., 10; A. ROMANO, *La lotta agli inquinamenti: note di legislazione regionale*, in *Foro amm.*, 1975, II, 396 e s.

della comunità di riferimento conferendo ai rispettivi organi una competenza generale (89) per la cura di tali interessi. Questi enti si differenziano da tutti gli altri soggetti pubblici cui l'ordinamento ha riconosciuto specifiche attribuzioni di settore per la cura di interessi pubblici determinati.

Il prefetto è pur sempre il rappresentante del governo (di tutto il governo nazionale) nella provincia (90); il sindaco è il capo dell'amministrazione locale e, pur essendo un tempo discussa (91) la qualità nella quale veniva esercitato il potere di ordinanza, l'alternativa era rappresentata anche allora dalla qualità di ufficiale di governo.

Tali organi hanno, in ragione della esponenzialità degli enti di riferimento, capacità generale; cioè è normale per essi ritenersi tutori di tutti gli interessi a rilevanza pubblica della comunità di riferimento (92), senza che le leggi ordinarie su regioni, comuni e province, possano esaurientemente concludere

(89) Ed in particolare per le interpretazioni che delle disposizioni di legge sono state offerte alla luce dell'articolo 5 della Costituzione ("La Repubblica riconosce e promuove le autonomie locali; adegua i principî ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia").

(90) Art. 19, comma I, del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, t. u. delle leggi comunali e provinciali, così come modificato dalla l. 8 marzo 1949, n. 277 « Il prefetto rappresenta il potere esecutivo nella provincia »; la precedente formulazione recitava non molto diversamente: « Il prefetto è la più alta autorità dello Stato nella provincia. Egli è il rappresentate diretto del potere esecutivo. ».

(91) L'art. 38 della l. n. 142 del 1990 cit., di recente riforma dell'ordinamento locale, attribuisce il potere di ordinanza alla qualità di ufficiale di governo del sindaco. Il riferimento in testo invece è al dibattito che ha sempre occupato la dottrina con vivo interesse sino ai primi anni del secondo dopoguerra, come pregiudiziale per la risoluzione della questione sulla imputazione (al patrimonio del Comune o a quello dello Stato) della responsabilità civile per esercizio illegittimo o illecito del potere di ordinanza.

(92) Per il prefetto l'ente di riferimento è ovviamente lo Stato in persona del governo per gli interessi a rilevanza nazionale localizzati in una provincia.

nelle definizioni di materia da esse stabilite le attribuzioni che il nuovo ordinamento costituzionale (art. 5 in relazione agli articoli 128, VIII disp. trans. e fin. e 118, Cost.) ha ad essi riconosciuto.

L'analisi consente ora di procedere ad una rilettura dei rapporti fra le diverse norme attributive dei poteri di ordinanza e conseguentemente dei rapporti fra i diversi organi della pubblica amministrazione che sono titolari del potere stesso.

Il dato testuale delle disposizioni attributive del potere di ordinanza, si è detto, appare oggi del tutto insufficiente a consentire la presentazione di una corretta analisi dei rapporti fra gli organi che sono titolari del potere di ordinanza di necessità e urgenza; molte disposizioni hanno infatti trovato definizione in epoche storiche ormai lontane più per il diverso modo di concepire le autonomie locali che per il tempo trascorso in sé e per sé considerato.

Il dato istituzionale che ha caratterizzato i rapporti fra lo Stato e gli enti territoriali minori negli ultimi decenni, rimodellando profondamente l'organizzazione della pubblica amministrazione in Italia, non può non aver inciso, coinvolgendo in tale processo, il riparto di competenze fra i titolari del potere di ordinanza di necessità e urgenza.

L'articolo 32 della l. 23 dicembre 1978, n.833, di riforma sanitaria conferma al sindaco e al ministro (per la sanità) il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti rispettivamente con efficacia estesa all'intero territorio nazionale, o parte di esso comprendente più regioni.

È presente una novella invece nell'attribuzione al presidente della giunta regionale del potere di emanare ordinanze con efficacia estesa alla regione, o parte del suo territorio comprendente più comuni (93).

---

(93) Ancora l'articolo 6 della l. 13 marzo 1958, n. 296 confermava al prefetto il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti « per ragioni

Interessa rilevare, in sede di analisi della lettera delle norme attributive di poteri di ordinanza, che tutti questi organi possono emettere « ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria ».

Ciò che nell'articolo 55 del r. d. n. 383 del 1934 cit. veniva precisato come motivo (sanità o sicurezza pubblica) nella materia (edilità, polizia locale e igiene) è qui tutto ricompreso sotto la categoria della materia, con conferma di quanto si è venuti esponendo sulla tendenziale inconferenza della sola interpretazione letterale delle norme attributive di poteri d'ordinanza.

Gli organi locali dell'amministrazione pubblica titolari del potere di ordinanza, un tempo scelti quasi unicamente all'interno della amministrazione statale (94), vengono oggi individuati con preferenza, per la tutela degli interessi di esclusiva rilevanza locale, fra gli organi delle autonomie territoriali (95).

In via di principio pare ragionevole ritenere che il trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle regioni, con conseguente ampliamento delle competenze delle autonomie locali, abbia recato con sé la titolarità del potere di ordinanza nelle materie.

In capo agli organi centrali dell'amministrazione statale

---

di sanità pubblica » ai sensi dell'art. 20 del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, t.u. delle leggi comunali e provinciali.

(94) La competenza del sindaco, seppur non pacificamente, si cercava di confinarla nella qualità di ufficiale di governo; per tutti: T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. II, Milano, Soc. ed. Libraria, 1907, 383 e s.; FAGIOLARI e PRESUTTI, *Commento sistematico della legge comunale provinciale*, vol. II, Roma, Athenaeum, 1914, 133 e s.;

(95) Oltre al presidente della giunta regionale bisogna ricordare che è ormai pacifico che la competenza del sindaco di cui all'art. 32 cit. sia attribuita nella qualità di capo dell'amministrazione locale: Cons. di Stato, sez. IV, 6 dicembre 1985, n. 605, in *Foro it.*, 1985, III, 461 con nota di C. M. BARONE. Inoltre si veda la l'art. 12 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915.

(ministro per la sanità, ministro per gli affari interni, ministro per l'ambiente -« ma di concerto con i ministri eventualmente competenti »—, ministro per la protezione civile (96)) è mantenuta l'attribuzione del potere di ordinanza di necessità e urgenza per la tutela di interesse nazionali, nonché al prefetto la competenza in ambito locale ad emanare le stesse ordinanze per la tutela dell'ordine pubblico, perché la tipologia di tali interessi è da sempre riservata all'amministrazione dello Stato (97). In generale, con l'eccezione dell'ordine pubblico, si può dire che è la rilevanza nazionale degli interessi ai quali si vuole offrire tutela a legittimare gli organi dell'amministrazione statale ad emanare ordinanze di necessità e urgenza, siano poi essi fisicamente circoscritti ad una parte del loro territorio di

---

(96) Rispettivamente: articolo 32 della l. n. 833 del 1978, cit. di riforma sanitaria, articolo 2 e 214 del r. d. n. 773 del 1931, cit., t.u. leggi di pubblica sicurezza, articolo 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59, disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del ministero per l'ambiente, in relazione all'articolo 7 che lo precede e all'articolo 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del ministero stesso; articolo 1 del d. l. 12 novembre 1982, n. 829 e art. 1 del d. l. 18 settembre 1976, n. 648.

(97) Articolo 2 r. d. n. 773 del 1931, cit., t.u. leggi di pubblica sicurezza. Lo conferma l'ultimo comma dell'articolo 32 della l. n. 833 del 1978 di riforma sanitaria (« Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico »), che tuttavia non riserva agli organi dello Stato i poteri a tutela della sicurezza pubblica. Lo affermano in varia guisa: Cass. civ. sez. un., 30 luglio 1980, n. 4883, in *Foro it.*, 1980, I, 2413; Cons. di Stato, sez. IV, 1 dicembre 1981, n. 947, in *Riv. giur. dell'ed.*, 1982, 128; T.A.R. Veneto 22 gennaio 1981, n. 106, in *T.A.R.* 1982, I, 889. In molti casi però la negazione di un corretto esercizio del potere da parte di organi non statali per motivi di ordine pubblico è affermata per escludere il potere di requisizione della proprietà privata del sindaco in via diretta e non sussidiaria al prefetto, uscendo però in tal guisa dal campo di applicazione ed interpretazione dell'articolo 2 del T. U. del r. d. n. 773 del 1931, poichè in base a tale articolo e al 153 del r. d. n. 148 del 1915 si può solo dire che è ammesso, o negato, un potere di ordinanza per motivi di ordine pubblico.

competenza, o riguardino la totalità (98).

L'articolo 20 del r. d. n. 383 del 1934, cit., dopo l'entrata in vigore dell'articolo 32 della l. n.833 del 1978, cit., di riforma sanitaria, parrebbe relegato ad attribuire al prefetto un potere di ordinanza contingibile ed urgente per le sole materie di edilità e polizia locale (e se si preferisce con l'addenda:) « per motivi di sicurezza pubblica », nei casi « interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima », fermo restando il potere del prefetto, con propria ordinanza o a mezzo di commissario, di surroga del sindaco nei casi di inerzia di questo per la tutela di interessi circoscritti al solo territorio comunale (99).

Tale conclusione è tuttavia possibile solo accettando la sua palese divergenza con la evoluzione cui si faceva cenno, valida anche per questo caso con particolare riferimento alle materie della polizia locale e della edilità, nelle quali *tutte le funzioni amministrative a rilevanza locale* sono state trasferite alle regioni ed ai comuni, in conformità all'articolo 118 della Costituzione.

Una più attenta analisi dell'articolo 20 del r. d. n.383 del 1934, cit., può condurre ad una rilettura più attuale (100).

---

(98) Ciò pare conforme alle riserve di competenza che il d.p.r. 24 luglio 1977, n.616 ha mantenuto in capo agli organi dell'amministrazione statale nelle materie trasferite alle regioni, province e comuni.

(99) Articolo 55 r. d. n.383 del 1934, cit. richiamato dal comma I del successivo articolo 20. L'art. 32 della l. n. 833 del 1978 non prevede espressamente un potere surrogatorio del Presidente della giunta regionale nel caso di inerzia del sindaco.

(100) Cosi pare A. M. SANDULLI, *Manuale.*, cit., 1989, 77. Oltre a quanto verrà affermato in testo è opportuno rilevare che l'enunciato dell'articolo 20 del r. d. n. 383 del 1934, cit., appare già sufficientemente espresso dalla interpretazione congiunta dell'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit, e dell'articolo 153 del r. d. n. 148 del 1915, cit. In tal senso appare infatti la prassi amministrativa rilevabile pel tramite delle sentenze delle magistrature di merito che indicata soprattutto l'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit., e molto di rado l'articolo 20 del r. d. n. 383 del 1934, cit., non diversamente dall'articolo 19 che lo precede.

Letteralmente, si è detto, permarrebbe al prefetto il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti « in materia di *edilità e polizia locale* per motivi di sicurezza pubblica interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima ».

Ciò significa che le ordinanze in materia di edilità e polizia locale emanate per motivi sanitari sono già sottratte alla competenza del prefetto ed attribuite al presidente della giunta regionale, in conformità all'articolo 32, comma I, della l. n.833 del 1978, cit., di riforma sanitaria.

Più in generale (101) il d.p.r. 24 luglio 1977, n.616 e la legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale, 7 marzo 1986, n. 65, pur senza far menzione delle ordinanze contingibili ed urgenti di cui all'articolo 20 del r. d. n.383 del 1934, attribuiscono alla regione e al comune tutte le competenze in materia di polizia locale, affermando così il principio della titolarità in capo agli organi degli enti stessi di tutte le competenze amministrative in materia, conformemente al disposto dell'articolo 118 della Costituzione che annovera la polizia locale fra le materie di competenza degli enti territoriali minori.

Il primo infatti (art. 2) conferisce al prefetto la competenza ad emanare le ordinanze di necessità e urgenza « indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. L'art. 153, cit., attribuisce la competenza al sindaco per le ordinanze contingibili ed urgenti nelle materie di edilità polizia locale ed igiene, cui il successivo articolo 55 del r. d. n. 383 del 1934, cit, aggiunge « per i motivi di sanità o di sicurezza pubblica ».

(101) L'art. 2 del d.l. 14 gennaio 1972, n.1, stabilisce: « Restano ferme le attribuzioni degli organi statali attinenti alla pubblica sicurezza », comma I, « Sono trasferite alle regioni.le funzioni amministrative degli organi centrali e periferici dello Stato in materia di polizia locale urbana e rurale. ». Gli articoli 17 e s. del d.p.r. n. 616 del 1977, cit., nulla aggiungono di particolare, occupandosi di trasferire alle regioni le funzioni amministrative dello Stato relative alla materia polizia urbana e rurale cioè le « attività di polizia che si svolgono esclusivamente nell'ambito del territorio comunale e che non siano proprie delle competenti autorità statali » fatto salva l'elencazione di alcune competenze statali indicate nel r. d. n. 773 del 1931, cit., t. u. delle leggi di p. s. (art. 19).

L'edilità è ormai dal tempo del trasferimento alle regioni e ai comuni della materia urbanistica di esclusiva competenza di quest'ultimi, fatti salvi i poteri a tutela di interessi nazionali mantenuti in capo alla amministrazione statale.

I principî indicati paiono suggerire che le residue competenze in capo al prefetto previste dall'articolo 20 del r. d. n. 383 del 1934, cit, (sia proprie sia surrogatorie) dovrebbero essere attribuite in sede di riforma degli enti locali al presidente della giunta regionale, portando così a compimento un processo iniziato con l'articolo 32 della l. n. 833 del 1978, cit., di riforma sanitaria.

La conclusione pare tuttavia oggi ugualmente possibile (102) offrendo dell'articolo 20 cit., una interpretazione adeguatrice al dettato dell'articolo 118 della Costituzione (103) che attribuisce alla competenza propria dell'ente regione le funzioni amministrative nelle materie dell'« urbanistica » e della « polizia locale urbana e rurale ».

La competenza prefettizia di cui all'articolo 20 cit. verrebbe sostituita con quella del presidente della giunta regionale, ricomponendo così l'originaria unità del potere di ordinanza sovra-comunale temporaneamente interrotta dall'articolo 32 della legge di riforma sanitaria.

In tal guisa opinando, al prefetto rimarrebbe il potere di ordinanza di cui all'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit, a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica per le ipotesi di interessi locali attribuiti alla cura dell'amministrazione

---

(102) Ove non si ritenga che ciò sia già avvenuto con il d.p.r. n. 616 del 1977, articoli 17 e s. (così in parte A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1989, cit., 77, che vede la competenza in materia della giunta regionale).

(103) Cui si potrebbe aggiungere anche la conformità al principio di ragionevolezza tratto dalla Corte costituzionale dall'enunciato dell'art. 3, comma II, Cost., in relazione all'articolo 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, di riforma sanitaria, al d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616 e alla l. 7 marzo 1986, n. 65, legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale.

statale, nonché quello di cui all'articolo 19 del r. d. n. 383 del 1934, che ove si voglia ad esso assegnare un significato diverso da quello già indicato dall'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931 cit, può svolgere una propria funzione specifica in materia di organizzazione della pubblica amministrazione (104) su cui avremo modo, nel paragrafo che segue, di soffermare l'attenzione.

Qui appare importante anticipare che in tale ipotesi ricostruttiva il potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui all'articolo 19 cit. (105), dovrebbe per la gran parte dei casi venir esercitato dal commissario del governo (106), in conformità e nei limiti indicati dall'articolo 124 della Costituzione.

Volendo sintetizzare l'analisi condotta si può dire che il sindaco è l'organo monocratico che per interessi a rilevanza comunale assomma ogni competenza in ordine al potere di ordinanza di necessità e urgenza (art. 153 del r. d. n. 148 del 1915, cit), se si eccettua la tutela dell'ordine pubblico da sempre riservata agli organi statali (107).

La materia dell'ordine pubblico se correttamente intesa (108) è attribuita per ragioni locali al prefetto unitamente alla

---

(104) Anche in considerazione della revisione della lettera dell'articolo 19, cit., adottata con l. 8 marzo 1949, n. 277: « Vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e adotta in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio ».

(105) Tale interpretazione dell'art. 19 del r. d. n. 383 del 1934 non esclude affatto che ordinanze di necessità e urgenza con contenuti d'organizzazione possano essere emanate anche da altri organi titolari del potere in esame. Ma su ciò *infra*.

(106) L'affermazione fra virgolette è impropria, ma è utilizzata in ragione della prassi sulla nomina dei commissari di governo che è sinora quasi sempre stata associata alla carrica di prefetto nel capoluogo di regione.

(107) Così dispone l'articolo 32, ult. comma, l. n. 833 del 1978, cit.

(108) T.A.R. Lazio, sez. II, 18 marzo 1985, n. 603, in *Foro amm.*, 1985, 1437. Si è talvolta utilizzato il concetto di ordine pubblico col fine di escludere o consentire una competenza del sindaco in materia di requisizione: Cons. di Stato, sez I, 1 luglio 1977, n. 654, in *Foro it.*, 1878, III, 173;

sicurezza pubblica nel caso di interessi che l'ordinamento ha voluto mantenere alla cura dell'amministrazione statale (art. 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit. in relazione all'art. 55 del r. d. n. 383 del 1934, cit.).

Al prefetto e al commissario di governo permarrebbero inoltre, come vedremo, il potere di ordinanza di necessità e urgenza per il buon andamento dell'organizzazione delle funzioni e dei servizi erogati dalle amministrazioni periferiche dello Stato in coordinamento con quelle esercitate dalla Regione e dagli altri enti locali minori (art. 19, r. d. n. 383 del 1934, cit., art. 124 Cost.) e in via residuale il potere di ordinanza senza delimitazione alcuna di materie o di motivi.

La tutela delle ragioni sanitarie è inoltre in sede locale attribuita al presidente della giunta regionale per l'emanazione di ordinanze con effetti estesi all'intero territorio regionale, o a parte di esso comprendente più comuni (art. 32, comma III, della l. n. 833 del 1978, cit., l. 8 dicembre 1970, n. 996).

Allo stesso presidente della giunta regionale dovrebbe riconoscersi altresì la restante competenza ad emanare le ordinanze, con eguali effetti, nelle materie di edilità e polizia locale per motivi di sicurezza pubblica, nonché in via surrogatoria della competenza del sindaco nei casi di inerzia di quest'ultimo, con propria ordinanza, o a mezzo di commissario (articoli 118 e 3, comma II, Cost.; art. 20 r. d. n. 383 del 1934, cit.).

Sindaco e presidente della giunta regionale diverrebbero

T.A.R. Lombardia 30 luglio 1975, Spa Manifatture d'Adda c Berbenno, in Temi, 1976, 281; T.A.R. Veneto, 22 gennaio 1981, n. 106, in *T.A.R.*, 1982, I, 889. Per distinguo dal concetto di polizia locale: T.A.R. Veneto, 26 marzo 1975, n. 75, in *T.A.R.*, 1975, I, 910; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3832, in *Giust. civ.*, 1976, I, 329; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833, in *Foro it.*, 1976, I, 1024; Cass. civ., sez. un., 30 luglio 1980, n. 4883, in *Foro it.*, 1980, I, 2413. In verità in tal caso il problema come ci è parso di chiarire è mal posto, poiché in materia di requisizione il richiamo l'art. 2 t.u.l.p.s. è normalmente fuori causa.

in tal guisa gli unici titolari locali del potere di ordinanza tradizionalmente denominato "contingibile ed urgente" (edilità, igiene, polizia locale), rispettivamente per interessi delimitati al territorio di un comune, ovvero a più di un comune nella regione.

Sindaco, presidente della giunta regionale, prefetto (e commissario di governo) sono gli unici organi (locali) ai quali la legge attribuisce poteri di ordinanza di necessità e urgenza.

Fra gli organi centrali dell'amministrazione civile dello Stato ritroviamo il ministro per la sanità, il ministro per gli affari interni, il ministro per l'ambiente « ma di concerto con i ministri eventualmente competenti » ed il ministro per il coordinamento della protezione civile (109) (art. 32, l. n. 833 del 1978, cit.; art. 2 e 216, r. d. n. 773 del 1931, cit.; art. 8, l. n. 59 del 1987, cit., l. 8 dicembre 1970, n. 996).

Il riparto di competenza fra tali organi monocratici dell'amministrazione centrale dello stato avviene secondo la normale afferenza della cura di interessi che la legge ha attribuito ad ogni singolo ministero, con l'eccezione del ministro per l'ambiente che custodisce la titolarità del potere di ordinanza « di concerto » con i ministri eventualmente competenti », dilatando in tal guisa gli organi dell'amministrazione statale che divengono titolari, con il ministro per l'ambiente, del potere di ordinanza ed attribuendo allo stesso un potere di ordinanza che si potrebbe definire interdisciplinare, ma non generale (110) e residuale (preferenza per gli organi locali).

---

(109) Ovvero, secondo leggi d'eccezione un commissario di governo, così d.l. 18 settembre 1976, n. 648, art. 1 e d. l. 26 novembre 1980, n. 776, conv. in l. 22 dicembre 1980, n. 874, art. 1; indicano invece già il Ministro per la protezione civile il d. l. 12 novembre 1982, n. 829, art. 1 e il d.l. 18 novembre 1986, n. 760.

(110) Nel senso che la legge non perviene ad eleggere il Ministro per l'ambiente ad organo idoneo a rappresentare la totalità degli interessi che sono demandati alla amministrazione centrale dello Stato. Le leggi vigenti non consentono di ritrovare (fatto salvo l'art. 6 della l. n. 996 del 1970, cit., per il ministro della protezione civile) una disposizione analoga a quella dell'articolo 19 del r. d. n. 383 del 1934 che attribuisca ad un organo centrale

L'imposizione di un concerto con i ministri eventualmente competenti parrebbe al contempo esprimere la volontà di "sottoporre a tutela" il neo-nato ministro per l'ambiente, negando forse una propria autonoma capacità d'esercizio del potere di ordinanza, in grave dissonanza con la tradizione che ha sempre voluto le decisioni in materia esclusivamente riservate ad un organo monocratico.

5. *Il potere di ordinanza e l'organizzazione della pubblica amministrazione. La concentrazione in capo agli organi titolari del potere di ordinanza di tutti i poteri pubblici e la modificazione del normale riparto delle competenze. La possibilità di deroga ai normali moduli organizzativi della pubblica amministrazione. Il potere di ordinanza specifico in materia di coordinamento delle funzioni e dei servizi pubblici fra Stato e autonomie locali. La costituzione di persone giuridiche pubbliche e private.*

Il rapporto derogatorio instaurato dalla norma attributiva del potere di ordinanza non avviene in modo indifferenziato, ma rivela ordini di priorità fra gli elementi dell'atto.

L'inutilità dei mezzi ordinari in presenza di una situazione di pericolo attuale per determinati interessi pubblici potrebbe

---

dell'amministrazione dello Stato un potere di ordinanza generale. L'articolo 216 del r. d. n. 773 del 1931 (« Oltre quanto è disposto dall'art. 2, qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio nazionale il ministro per l'interno può emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica. »), reintepretato in conformità alle disposizioni costituzionali in materia di riserve di legge, (« anche in deroga alle leggi vigenti ») delimita comunque la competenza del Ministro per l'interno alla materia dell'ordine pubblico. Altre disposizioni appaiono fuori causa: l'art. 215 del r. d. n. 773 del 1931 è sospetto di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 13 della Costituzione, il successivo art. 217 parrebbe in contrasto con l'art. 78 della Costituzione.

far operare, con immediata preferenza, la sostituzione del presupposto di necessità e urgenza a quello troppo specifico dei poteri a contenuto predeterminato, ovvero la sostituzione dell'intero contenuto d'esercizio del potere pubblico che sarà così legato alle sole ragioni d'urgente necessità.

La deroga della competenza, con attrazione di tutti i poteri attribuiti dalla legge in via diretta o indiretta (principî) all'amministrazione pubblica, potrebbe così venire relegata ai soli casi di necessità che richiedono la concentrazione del potere innominato su alcuni organi monocratici degli enti pubblici (potere d'ordinanza).

Così opinando in tutti gli altri casi il potere *innominato* rimarrebbe diffuso presso ogni organo della pubblica amministrazione: il pericolo attuale per un determinato interesse pubblico consentirebbe a qualsiasi organo della pubblica amministrazione di agire con le deroghe indispensabili alla disciplina generale e astratta per offrire a tale interesse la tutela necessaria.

Gli autori di fine secolo avrebbero forse detto che tale ricostruzione "non ben si attaglia, né risulterebbe conveniente ad una acconcia e disciplinata gestione della cosa pubblica", volendo così, con apparente generica locuzione, fare espresso riferimento alle scelte che nel nostro ordinamento erano state da tempo delineate dalla legge ed accolte come interpretazione preferenziale dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tempo.

Pare importante ricordare che la deroga alla competenza, con la conseguente accentuata concentrazione del potere di ordinanza in capo a pochi organi dell'amministrazione, non si pone come scelta teorica inevitabile delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

È scelta del nostro ordinamento che ancor più distingue il potere d'ordinanza dell'amministrazione pubblica dalla autonomia privata riconosciuta all'articolo 1322 del codice civile.

La precisazione consente di analizzare ora senza pregiudi-

zi teorici la disciplina del riparto della competenza che il diritto positivo vigente stabilisce per il potere in esame.

Qualsiasi deroga consentita dalla norma attributiva del potere di ordinanza importa anzitutto l'attrazione a favore dell'organo che nella stessa è prescelto come titolare del potere d'ordinanza dei maggiori spazi d'azione attribuiti dalla legge alla pubblica amministrazione.

La prima deroga è dunque anzitutto della competenza con attrazione di ogni potere già attribuito a qualsiasi organo della pubblica amministrazione e conseguente sconvolgimento della normale distribuzione dei poteri pubblici che la legge, o il regolamento, definiscono fra gli organi dell'amministrazione pubblica.

Da tale assunto discendono i seguenti corollari ai quali si è già in parte fatto cenno nel corso della trattazione, ma che occorre ora riordinare e sintetizzare. Se il titolare del potere di ordinanza diviene attributario di quasi tutti i poteri a contenuto predeterminato che la legge ha attribuito agli organi della pubblica amministrazione ne consegue che il vizio di incompetenza relativa sussisterà quasi unicamente fra organi titolari del potere di ordinanza.

Sindaco, presidente della giunta regionale, ministro per la sanità hanno sicuramente in sede di esercizio del potere di ordinanza in materia di igiene tutte le posizioni di supremazia che la legge ha attribuito a qualsiasi organo della pubblica amministrazione e che si rivelano utili a soddisfare l'impellente necessità di tutela degli interessi pubblici in pericolo.

La deroga della norma attributiva del potere di ordinanza, potendo spingersi sino al limite posto dagli enunciati che definiscono il potere pubblico nei suoi aspetti di esistenza che attengono al contenuto di relazione fra posizioni soggettive che solo la legge può definire, scioglie anche ogni preesistente legame di materia di intervento del potere a contenuto predeterminato riconducendolo alla materia, o alle materie, definite dalla norma attributiva del potere di ordinanza.

La stessa incompetenza assoluta risulta perciò ridefinita dalla norma attributiva del potere di ordinanza (111).

Gli ulteriori casi, che debbono intendersi residuali della definizione di incompetenza, sono rintracciabili nelle ordinanze con contenuto regolamentare (112), ovvero ove sussista nell'ordinamento una definizione di competenza non derogabile (113) dalla norma attributiva del potere di ordinanza, con la specificazione di "assoluta" nell'ipotesi che l'organo amministrativo in verità competente sia titolare di funzioni estranee a quelle in cui è intervenuta l'ordinanza, ovvero relativa se il potere di cui si è pretesa l'attrazione fosse attribuito per lo stesso tipo di materie per cui è considerato legittimo l'esercizio del potere di ordinanza.

Si potrebbero ancora aggiungere tutte le ipotesi di incompetenza relativa per assenza di una urgenza tale da non consentire all'amministrazione l'esperimento dei poteri ordinari, in tal caso infatti organi competenti rimangono i titolari di quest'ultimi, ma come si è visto l'ipotesi è più propriamente da ri-

---

(111) Per il rapporto fra potere di ordinanza del sindaco e quello del prefetto nel caso di tutela dell'ordine pubblico è preferibile parlare di sviamento di potere.

(112) Le ipotesi di contenuti del potere di ordinanza che spetterebbe solo al legislatore stabilire sono, come si è già riferito, violazioni dei principî dell'ordinamento giuridico e non incompetenza assoluta.

(113) Un caso, seppur non condiviso dall'organo giudicante, ci pare sia quello dell'autorizzazione del presidente della giunta regionale-commissario straordinario del governo per le zone terremotate (l. 14 maggio 1981, n. 219, art. 84, comma III) ai giudici ordinari di partecipare alle commissioni di collaudo in sostituzione del potere di cui è competente il Consiglio Superiore della Magistratura per la ratio della norma di legge che pare trovare sostegno negli enunciati della Costituzione volti a garantire l'indipendenza e l'autogoverno dei magistrati; T.A.R Campania, sez. I, 9 aprile 1987, n.175, in *Foro it.*, 1989, III, 117, ed *ivi* il commento di A. Pizzorusso, nonchè sempre *ivi*, la nostra annotazione, *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, spec. 120-121.

condurre alla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza.

Fuori dalle ipotesi residuali l'incompetenza si evidenzia dunque solo fra organi titolari del potere di ordinanza normalmente come incompetenza territoriale relativa (sindaco, presidente della giunta regionale, ministro per la sanità; prefetto ministro per gli interni), ovvero per materia (ministro per l'ambiente, ministro per la sanità, ministro per gli affari interni), anche se in taluni casi (sindaco nei confronti del prefetto per « motivi » di turbamento dell'ordine pubblico) sarebbe stato preferibile parlare di sviamento di potere.

In tal guisa opinando pare evidente che la norma attributiva del potere di ordinanza perviene a definire suoi propri confini di competenza, che poco hanno in comune con quelli stabiliti per gli originari poteri a contenuto predeterminato.

Quando detto può essere utile per accogliere la tesi di chi (114) ha parlato di « scavalcamento trasversale e verticale del normale ordine delle competenze » attribuite alla pubblica amministrazione dall'ordinamento, fenomeno che può dirsi particolarmente evidente nell'amministrazione della ricostruzione e sviluppo delle zone terremotate (115), ma che come si è cercato di dimostrare è radice comune di ogni ordinanza di necessità e urgenza ed ancor prima del potere da cui tali atti scaturiscono.

Il fenomeno in esame lo si è presentato soprattutto con riferimento ai poteri che la pubblica amministrazione esercita nei confronti di soggetti ad essa estranei, ma non diversamente si deve ritenere che ciò possa avvenire anche con riferimento a poteri rivolti verso soggetti che appartengono all'amministrazione.

In linea di principio si può ritenere che gli organi cui so-

---

(114) Così S. AMOROSINO, *Il coordinamento*, cit., 30.

(115) Su cui oltre a S. AMOROSINO, *Il coordinamento*, cit., 30 e s.; si veda: D. RESTA, *Normazione d'urgenza e i poteri del commissario straordinario per il terremoto*, Padova, Cedam, 1983, 84 e s. ed *ivi* riferimenti.

no attribuiti poteri d'ordinanza debbono poter fruire in situazioni di necessità e urgenza di tutti gli uffici della propria e di altre amministrazioni pubbliche, nonché poter istituire propri nuovi uffici o organi (116), o diversamente redistribuire le competenze di quelli già esistenti (117), seppur sempre in via temporanea e fatti salvi i limiti derivanti da norme costituzionali.

Più in generale ed in sintesi si può dire che è lo stesso potere di organizzazione della pubblica amministrazione che diviene disponibile all'organo attributario di poteri d'ordinanza, a mezzo di atti generali, o provvedimenti.

Analiticamente occorre distinguere fra amministrazione statale ed enti pubblici che ad essa fanno capo, dalle amministrazioni locali ed enti pubblici che fanno capo alla regione, provincia e comune.

Il presidente della giunta regionale in sede di esercizio del potere di ordinanza, oltre a richiamare a sé i poteri normalmente attribuiti dalla legge ad organi del proprio apparato (118),

---

(116) Così M. S. GIANNINI, *Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, III, 577; nega invece la possibilità di istituire nuovi enti pubblici, non già previsti dalla legge, *ivi*, 576.

(117) Per un caso di attribuzioni in via temporanea di funzioni dirigenziali a dipendenti pubblici si veda: Cons. di Stato, sez. I, 19 febbraio 1982, n.731/81, in *Cons. Stato*, 1983, I, 189.

(118) La regione « esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle province, ai comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici » (art. 118, comma III, della Cost.).

I poteri di controllo sostitutivi attribuiti al prefetto e alla giunta provinciale amministrativa per le province e per i comuni sono deferiti al comitato regionale di controllo sugli atti degli enti locali (l. 10 febbraio 1953, n. 62, art. 59). Per l' articolo 19, comma V, del r. d. 3 marzo 1934, n.383: (il prefetto, oggi il Co.re.co., ex art. 59, comma IV, l. 10 febbraio 1953, n. 62) invia « appositi commissari presso le amministrazioni degli enti locali territoriali e istituzionali, per compiere in caso di ritardo o omissione da parte degli organi ordinari, previamente e tempestivamente invitati a provvedere, atti obbli-

può come strumento per l'esecuzione di altro ordine contingibile ed urgente, ovvero perché contenuto in sé e per sé satisfattivo dell'interesse pubblico che la norma attributiva del potere (art. 32, l. n. 833 del 1978) ha consegnato alla sua tutela (es. servizi sanitari interessanti il territorio di più comuni), provvedere alla riorganizzazione temporanea, parziale o generale, di settori dell'amministrazione regionale e degli enti locali non territoriali da essa dipendenti (119).

Lo stesso presidente può altresì « valersi degli uffici », anche dello Stato (120), o delegare agli organi di comuni e province singoli poteri a contenuto determinato, intervenendo così

---

gatori per legge ».

« La giunta regionale può sempre sostituirsi alle province, ai comuni e agli altri enti locali nell'esercizio delle funzioni delegate in caso di persistente inerzia o violazione delle leggi o delle direttive regionali » (art. 62, comma III, l. 10 febbraio 1953, n.62).

« In caso di persistente inattività degli organi regionali nell'esercizio delle materie delegate, qualora le attività relative alle materie delegate comportino adempimenti da svolgersi entro termini perentori previsti dalla legge *o risultanti dalla natura degli interventi* » « il commissario di governo » (ex art. 4, comma III, cit.)- « dispone il compimento degli atti relativi in sostituzione dell'amministrazione regionale. » (art. 2 della l. 22 luglio 1975, n.382 così richiamato dall'art. 4, comma III, del D.P.R., n. 616 del 1977, cit.).

Ma per la possibilità di sostituzione da parte dello Stato anche nelle materie proprie della regione si veda da ultimo: Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in materia di tutela del paesaggio.

(119) Art. 13 d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616 « Le funzioni amministrative relative alla materia "ordinamento degli enti amministrativi dipendenti dalla regione", concernono l'istituzione, i controlli, la fusione, la soppressione e l'estinzione di enti pubblici locali operanti nelle materie di cui al presente decreto. » « Le funzioni amministrative esercitate da organi centrali e periferici dello Stato nei confronti degli enti di cui al comma precedente sono trasferite alla regioni. »

(120) « Le regioni possono avvalersi, nell'esercizio delle funzioni amministrative proprie o delegate, degli uffici o organi tecnici anche consultivi dello Stato. » art. 107, d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616.

sul normale assetto delle competenze di ognuno di essi (121).

Analogamente il discorso può essere riproposto con il sindaco, per le ordinanze d'organizzazione, nelle materie di edilità, polizia locale e sanità, in sé e per sé considerate, ovvero come mezzo per l'esecuzione di altro ordine contingibile ed ur-

---

(121) L'enunciato (fatto salvo l'inciso su cui si veda la nota che precede) si pone come applicazione dell'articolo 118, comma III, della Costituzione, ma alcuni problemi possono sorgere in ordine al rapporto fra le competenze degli organi territoriali minori, per la presenza della VIII disp. trans. e fin. della Costituzione (« Fino a quando non si sia provveduto al riordinamento e alla distribuzione delle funzioni amministrative fra gli enti locali restano alla Province e ai Comuni le funzioni che esercitano attualmente e le altre di cui le Regioni deleghino loro l'esercizio »).

In materia sanitaria le competenze della provincia tuttavia sono quasi inesistenti (art. 33 d.p.r. n. 616 del 1977, cit.; art. 12 l. n. 833 del 1978) difficile quindi ipotizzare la necessità di loro sottrazione a favore del comune, essendo sufficiente in tal caso la deroga che la norma attributiva del potere di ordinanza consente in ordine al procedimento (si salta l'approvazione provinciale della localizzazione dei presidi e servizi sanitari e il parere sugli ambiti territoriali delle u.s.l. e dei servizi sociali). È altresì noto che sono ampie invece le competenze dei comuni (art. 12, l. n. 833 del 1978). Nell'uno e nell'altro caso ci pare tuttavia che il potere di ordinanza, che la stessa *legge nazionale* di ridefinizione delle competenze fra regioni, province e comuni nella materia sanitaria ha attribuito al presidente della giunta regionale (art. 32), consenta senz'altro interventi temporanei sull'organizzazione anche nei confronti delle competenze dei comuni e delle province, o richiamando a sé la loro competenza, o nominando un commissario *ad acta* che provveda in deroga alle normali competenze degli organi comunali e provinciali, per ipotesi di ordinanze con efficacia estesa al territorio di più comuni. Non ci pare invece possibile, sia pur temporaneamente, la soppressione di organi (sindaco e presidente, giunta, consiglio) degli enti territoriali minori, o ad una loro sostituzione con altri di nuova istituzione diversi dall'ipotesi del commissario *ad acta* sopra indicato, né pensare di modificare le loro circoscrizioni (art. 133 della Costituzione).

Il discorso può essere riproposto per le materia di polizia locale e edilità (*rectius*: urbanistica) nel caso si voglia accogliere la tesi qui patrocinata

gente con efficacia estesa al territorio del suo comune, o a parte di esso (122).

Al prefetto non possono non spettare gli stessi poteri d'organizzazione utili per l'emanazione di ordinanze di necessità e urgenza nella materia di pubblica sicurezza (123) (art. 2 r. d., n. 733 del 1931) verso uffici ed organi locali dell'amministrazione dello Stato, né può essere escluso che il prefetto possa « valersi » di uffici di regioni, province e comuni, o di altri enti locali, in conformità a quanto è stato da tempo considerato dalla Corte costituzionale normale modulo dell'organizzazione amministrativa pubblica locale (124).

---

del trasferimento della restante competenza di cui all'articolo 20 del r. d. n. 383 del 1934 al presidente della giunta regionale.

(122) Non pare contrario a quanto sin'ora esposto ritenere che anche il sindaco possa valersi di uffici appartenenti alla regione, alla provincia, all'amministrazione dello stato, contribuendo, ove necessario al pagamento delle spese sostenute da tali uffici per l'esecuzione della prestazione.

(123) Si veda altresì l'articolo 13 della l. 1 aprile 1981, n. 121 che conferma il prefetto come autorità provinciale di pubblica sicurezza (e vedasi anche il precedente art. 1 del r. d. n. 773 del 1931) attribuendogli la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia e la sovraintendenza per l'attuazione delle direttive emanate in materia (comma II).

(124) Per la possibilità dell'amministrazione statale di valersi di uffici regionali o di altri enti locali: Corte cost., 1 marzo 1972, n. 35, in *Giur. cost.*, 1972, 150 (il riferimento è a pag. 385); 5 marzo 1987, n. 74, in *Foro it.*, 1988, I, 1477 (il riferimento è a col. 1487); 28 maggio 1987, n. 201, in ID., 1988, I, 3538 (il riferimento si ricava solo attraverso il raffronto delle ordinanze del ministro per la protezione civile 8 aprile 1986, n. 718, in G.U. n. 83 del 1986 e quella del 28 aprile 1986, n. 727, in G.U. n. 102 del 1986 con la parte motiva -n. 8- e dispositiva -n. 9- della sentenza che si trova rispettivamente alle colonne 3550 e 3552) ed *ivi* il nostro scritto, *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive di poteri d'ordinanza*, spec. 3544.

Solo l'ultima delle sentenze citate è in materia di poteri d'ordinanza. La parte della sentenza n. 201 del 1987 cit., che ritiene non spetti « al ministro per la protezione civile disporre la notificazione alle prefetture competenti per territorio, da parte degli enti e delle imprese che effettuano il trasporto dei rifiuti tossici e nocivi, dell'autorizzazione rilasciata dalla regione, ai fini

Sindaco, presidente della giunta regionale e prefetto possono dunque per ogni settore di amministrazione di riferimento provvedere in deroga alle ordinarie competenze stabilite da leggi e regolamenti, diversamente disciplinando il riparto delle competenze dei propri organi o uffici, istituirne di nuovi, ovvero delegare singoli poteri a contenuto determinato a organi diversi da quelli originariamente competenti, o infine valersi di uffici appartenenti ad altre amministrazioni pubbliche, purché in tutti i casi ciò avvenga in via temporanea e sussistano ragioni tali da impedire un utile esercizio del potere dell'autorità in via diretta da parte dello stesso titolare del potere di ordinanza con esecuzione ad opera degli uffici che ad esso fanno capo.

---

del riscontro di idoneità, né disporre tale riscontro e le attività consequenziali, come previsto dall'articolo 2 dell'ordinanza n. 718; » non pare tuttavia essere contraria a quanto esposto in testo se la si interpreta non come impossibilità di deroga delle competenze delle province e comuni, ma piuttosto come impossibilità per il ministro di disporre una disciplina stabile, sostitutiva e integrativa degli obblighi imposti con il d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915, art. 6 lett. d). Così dichiara la Corte: « Dalla istituzione, in tal modo, con dettagliata regolamentazione, di una forma di controllo sulla gestione dello smaltimento dei rifiuti ed in particolare sulle autorizzazioni alla raccolta e al trasporto di essi, esce alterata la disciplina della competenza provinciale e regionale in materia », *ivi*, 3550. Nell'ordinanza del ministro per la protezione civile n. 718 del 1986, cit., non è rinvenibile motivazione alcuna sulla necessità di pervenire alla deroga delle competenze stabilite dal d.p.r. n. 915 del 1982, né l'organizzazione in tal modo istituita risulta in alcun modo transeunte. La Corte di certo non può accogliere come giustificazione della deroga la comprovata eccessiva tolleranza delle amministrazioni locali in materia di tutela ambientale. Ma su ciò si veda l'art. 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349 e l'art. 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59 che stabilisce un potere diretto di intervento del ministro dell'ambiente nel caso di persistente inattività delle amministrazioni locali. Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale n.201 del 1987 cit., si veda D. Borgonovo Re, *L'ambiente tra urgenza e gestione ordinaria: ancora un problema di competenze*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1987, 650. A favore di quanto esposto da ultimo: T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 11 agosto 1988, n. 901, in *T.A.R.*, 1988, I, 3051.

Qualsiasi disposizione attributiva del potere di ordinanza reca con sé normalmente il potere d'organizzazione in deroga alle normali definizioni normative, limitatamente però ai settori d'amministrazione (statale o regionale) che al singolo organo di riferimento fanno capo anche solo per i poteri di controllo, o vigilanza (125).

Le vicende degli ultimi anni hanno portato alla attenzione di tutti le difficoltà in cui versano i servizi pubblici e privati che da tempo svolgono una funzione sempre crescente nell'attuazione di molti diritti e interessi a rilevanza costituzionale.

Anche al di fuori dei casi di calamità naturale appare sempre di maggiore attualità la necessità di un intervento pubblico capace di dar soddisfazione ad interessi meritevoli di tutela non tanto, o non solo, attraverso il trasferimento di beni, o la limitazioni di diritti soggettivi, ma soprattutto con un adeguato livello di efficienza dei servizi che l'amministrazione pubblica in via diretta, o indiretta, ha da tempo inteso garantire ai cittadini.

La pluralità dei soggetti che intervengono nella materia dei servizi a rilevanza pubblica impone già normalmente all'attenzione dell'autorità l'importanza di poteri volti a favorire una loro disciplina coordinata. Appare dunque comprensibile che in situazioni di necessità ed urgenza l'organizzazione di tali soggetti, in ragione dell'efficienza delle loro prestazioni, debba divenire disponibile alla pubblica amministrazione ove l'inadeguatezza degli ordinari assetti delle singole istituzioni mettano in pericolo determinati interessi pubblici che l'ordinamento vuole garantiti.

Perciò la previsione in materia di un potere di ordinanza ridiviene di grande attualità, soprattutto se capace di incidere sul coordinamento di tutti gli organi ed uffici della pubblica amministrazione, considerando altresì gli enti privati erogatori

---

(125) Giovando invece (ma ciò non è peculiarità del potere di ordinanza) di uffici od organi (delega) di altre amministrazioni.

di servizi con particolare riferimento a quelli che con la stessa siano in un rapporto giuridico speciale (126).

Questo non significa che il potere in esame non possa esprimersi anche nei confronti di imprese che non siano in un rapporto speciale con la pubblica amministrazione, ma in tal caso si tratterà puramente e semplicemente di prestazioni imposte a soggetti privati che trovano i normali limiti del potere di ordinanza dei quali si è sin'ora ampiamente trattato e su cui in parte si avrà modo di ritornare in chiusura del presente lavoro.

Il vigente (127) articolo 19, comma III, del r. d. 3 marzo 1934, n.383, per il contesto in cui è stato da sempre colloca-

(126) Di autorizzazione, concessione, ovvero di « convenzione », o altro, che inserisca le prestazioni di tali enti come alternativa al servizio pubblico, comunque in posizione di privilegio rispetto alla ordinaria iniziativa privata. Non è possibile qui una ricognizione normativa delle disposizioni di rilievo, in via d'esempio si ricordano l'articolo 9 del r. d. n.773 del 1931 cit., (« Oltre le condizioni stabilite dalla legge, chiunque ottenga una autorizzazione di polizia deve osservare le prescrizioni che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga di imporgli nel pubblico interesse. »); gli art. 8, 9 e 10 del r. d. 2 settembre 1919, n.1915 (« Su richiesta del ministro dei lavori pubblici e del sottosegretario di Stato le imprese che eseguiscono lavori in località limitrofe a quelle dove è avvenuto il disastro, dovranno mettere a disposizione del genio civile *le loro maestranze*, salvo compensi da determinarsi dal regolamento » art. 8, comma I; « L'amministrazione delle società esercenti ferrovie e le tranvie dovranno ottemperare agli ordini che il ministro dei lavori pubblici o il sottosegretario di Stato impartirà, compatibilmente con le ragioni di sicurezza dell'esercizio agli scopi del pronto soccorso, in rapporto agli esercizi ferroviari e tranviari », art. 9, comma I,; « Il ministro od il sottosegretario di Stato ai lavori pubblici potrà avvalersi anche del personale dipendente dagli enti provinciali, comunali e delle opere pie, come pure della Croce Rossa, delle istituzioni per i pronti soccorsi, di comitati, ecc., e ne disciplina l'azione » art. 10); l'art. 836 del cod. civ. « Per le cause indicate nell'articolo precedente (gravi e urgenti necessità pubbliche) l'autorità amministrativa, nei limiti e con le forme stabiliti dalle leggi speciali, può sottoporre a particolari vincoli ed obblighi di carattere temporaneo le aziende commerciali e agricole »). Si vedano infine il r. d. 9 dicembre 1926, n. 2389; il cod. della navig. artt. 70, 107, 191, 726, 1113; il r. d. 30 dicembre 1923, n. 3267, art. 33.

(127) Modificato dalla l. 8 marzo 1949, n. 277.

to (128) e per l'opportunità di riconferire ad esso un'interpretazione capace di distinguerlo dagli altri poteri di ordinanza attribuiti al prefetto, o a altri organi dell'amministrazione, pare offrire la norma più acconcia per un potere di ordinanza in materia di organizzazione dei servizi a rilevanza pubblica (129).

---

(128) Salvo una breve parentesi infatti i precedenti dell'articolo 19, comma III, del r. d. n. 383 del 1934, cit., sono ritrovati dalla dottrina negli articoli 3 delle leggi comunali e provinciali che lo precedono nel tempo (1915, 1908, 1898, 1865, 1859). Dal 1934 alla l. n. 277 del 1949, cit., il testo dell'attuale comma III, allora comma V, dell'art. 19, stabiliva che il prefetto: « Adotta in caso di necessità e urgenza, i provvedimenti che crede indispensabili nel pubblico interesse », ed al successivo comma VI: « Vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni ». Anteriormente al 1934 la formulazione era invece la seguente: « Il Prefetto veglia sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni ed in caso di urgenza fa i provvedimenti che crede indispensabili nei diversi rami di servizio ». Nel 1949 dunque il tenore letterale dell'articolo ricalca sostanzialmente i precedenti storici non immediati, mantenendo il riferimento contestuale alla vigilanza su tutte le pubbliche amministrazioni. Per ulteriori riferimenti, fra gli altri: G. DE GENNARO, *I provvedimenti di urgenza*, in *Nuova Rass.*, 1949, 731 e s.; FAGIOLARI — PRESUTTI, *Commento storico sistematico della nuova legge comunale e provinciale*, Roma, Athenaeum, 1914, 22 e s.; F. D'ALESSIO, *Commento alla legge comunale e provinciale*, Torino, Utet, 1936, 41 e s.

(129) Questo ci pare il settore di intervento principale, anche se forse non esclusivo, del potere attribuito dall'art. 19, cit. Si veda inoltre l'art. 6 della l. 8 dicembre 1970, n. 996 che attribuisce analogo potere in materia d'organizzazione al ministro della protezione civile. In genere sulle problematiche dei servizi pubblici: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 e s.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964; A. MASSERA- S. CASSESE, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *L'impresa pubblica*, Milano, F. Angeli, 1977; M. MAZZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, n. 89, Milano, Giuffrè, 1987; F. MERUSI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, n. 1, 1988; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986; G. SANTINI, *I servizi*, Bologna, Il Mulino, 1987; M. T. ARGANELLI, *I consorzi per la gestione dei servizi locali*, *Inform. previdenziale*, 1988, 790; D. GANDOLFO, *Considerazioni*

« Il prefetto rappresenta il potere esecutivo nella provincia.

« promuove ove occorra, il regolamento di attribuzioni tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria (130).

« *Vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e adotta*, in caso di urgente necessità, i *provvedimenti indispensabili nei diversi rami di servizio.*

« Ordina le indagini necessarie nei riguardi delle amministrazioni locali sottoposte alla sua vigilanza.

« Invia appositi commissari presso le amministrazioni degli enti locali territoriali e istituzionaliper reggerle, per il periodo di tempo strettamente necessario, qualora non possano, per qualsiasi ragione, funzionare.

« Tutela l'ordine pubblico e sovraintende alla pubblica sicurezza, dispone della forza pubblica e può richiedere l'impiego di altre forze armate ».

L'articolo trova specificazione nei compiti attribuiti al pre-

---

sulla forma di gestione dei servizi pubblici locali in forma di società per azioni, in *Finanza locale*, 1984.

(130) La norma andrebbe rivisitata proprio per cercare di ricondurre il giudice penale ed il giudice civile entro gli alvei della loro giurisdizione ogni qualvolta da essa eccedano per difetto assoluto di giuridizione, pretendendosi il primo amministratore [su cui si vedano gli Atti del convegno « Giustizia e pubblica amministrazione », (5-6 dicembre 1986, Torino, Palazzo Lascaris) a cura del Consiglio Regionale del Piemonte e dell'Associazione Nazionale Magistrati, Torino, 1987, ed *ivi* in particolare gli interventi di: C. Dal Piaz, C.F. Grosso, M. Siniscalco; e per diversa opinione: S. Caminiti, M. Cuva; nonché: *Atti del « XVIII Congresso Nazionale dei magistrati italiani »* (20-23 giugno 1985, Viareggio), poi in *Legalità e giustizia*, 1986, fasc. 1-3] e il secondo di giudicare, fra le parti, ciò che da nessun giudice è sindacabile. Si veda inoltre l'art. 41, comma II, del cod. proc. civ. su cui E. Cannada Bartoli, voce *Giurisdizione (Conflitti di), dell'Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 295 e s. I casi di sollevamento del « conflitto » erano forse un tempo più frequenti, per un reperto storico si vedano: Corte d'Appello, di Bologna, 30 marzo 1869, Comune di Malbergo c. prefetto di Bologna, in *Riv. amm.*, 1870, 28; Corte d'Appello di Firenze, 20 agosto 1869, Velasco c. Prefetto di Firenze, in Id., 1870, 309.

fetto dall'articolo 1 del r. d. 12 febbraio 1911, n. 297 (131), con preziose conferme sul contesto dei poteri di cui quello di ordinanza è stato contornato. Il prefetto: « *Esercita la sorveglianza su tutti i servizi governativi, provinciali e comunali, sui corpi morali, sulle società e imprese nelle quali lo Stato è interessato* (132), sui funzionari e agenti addetti ai servizi dello Stato, proponendo ai rispettivi ministeri quei provvedimenti che reputi opportuni nell'interesse della pubblica amministrazione. » (comma II).

« *Invia appositi commissari presso le amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza* (133), che non possano per qualsiasi motivo funzionare riferendone immediatamente al ministro competente. » (comma III).

« Fa ogni anno una relazione al Ministro dell'interno *sulle condizioni* economiche e morali della provincia e *dei corpi morali in essa esistenti*, nonché sulle altre materie che gli siano indicate dal ministero per l'interno e dagli altri ministri. » (ultimo comma).

I riferimenti che contornano il comma III dell'articolo 19, cit., paiono rivelare con sufficiente precisione la ragione di un tempo e quella che ci pare attuale dell'enunciato stesso, conferendo un significato specifico a questa norma attributiva del potere di ordinanza di necessità e urgenza.

---

(131) Attuale regolamento per l'esecuzione del t.u. della legge comunale e provinciale, emanato per l'esecuzione della legge provinciale e comunale 21 maggio 1908, n. 269, ma tutt'ora, come è noto, in vigore.

(132) Ma si veda altresì l'art. 14 del d.p.r. n. 616 del 1977: « È delegato (ma si mantengono i poteri sostitutivi stabiliti dall'art. 2, l. n. 382 del 1975, così richiamato dall'art. 4, comma III, d.p.r. n. 616 del 1977, entrambi citati alla nota 6 che precede) alle regioni l'esercizio delle funzioni amministrative di organi centrali e periferici dello Stato concernenti le persone giuridiche di cui all'art. 12 del cod.civ. che operano esclusivamente nelle materie di cui al presente decreto e le cui finalità statutarie si esauriscono nell'àmbito di una sola regione. ».

(133) Si veda la nota che precede.

Qui il potere di ordinanza è posto in diretta contiguità con la funzione di vigilanza e sorveglianza su tutte le amministrazioni pubbliche, corpi morali, o società di interesse pubblico.

Già da tempo è stato rilevato che in situazioni ordinarie il prefetto riferisce ai rispettivi organi competenti, al più propone i provvedimenti che ritenga di interesse, ma in situazioni di necessità e urgenza è a tale organo conferito il potere di intervenire direttamente in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (134), ovvero l'erogazione di servizi a rilevanza pubblica da parte di soggetti privati che la legge assoggetta ad un rapporto giuridico speciale.

La casistica ha da tempo offerto dell'articolo in esame esempi del campo di intervento che si ritiene qui preferenziale, anche se non sempre è stato possibile ritrovare quella corrispondenza che si vorrebbe, vuoi per l'irrilevanza di una errata indicazione formale dell'articolo di riferimento (135), vuoi per la non sempre esatta percezione della differenza sostanziale che sussiste con altre norme attributive di poteri di ordinanza di necessità e urgenza (136).

---

(134) Così proprio sull'art. 19, cit.,: L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 50 e s., spec. 55. Si confronti altresì G. DE GENNARO, *I provvedimenti*, cit., 732 e s., che riferisce del rapporto fra potere di ordinanza e potere di vigilanza anteriormente alla riforma del 1934, ed *ivi* riferimenti alla dottrina del tempo. Il passaggio alla nuova formula del 1934 secondo l'autore pare aver evidenziato il passaggio dal semplice potere di surrogazione ad una vera e propria competenza funzionale sancendo ciò che nel tempo il prefetto era venuto acquisendo. L'autore sostiene infine che la competenza del prefetto, ex art. 19 cit., è una competenza generale (*op. ult. cit.*, 733).

(135) A volte sono indicati l'articolo 2, cit., del T.U. delle leggi di p.s., ovvero l'articolo 20, cit., del t.u. del 1934 delle leggi comunali e provinciali.

(136) Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 1946, Soc. Anonima Panificatori Acquisti Collettivi c. Prefetto di Napoli e Tortora, in *Foro it.*, 1946, III, 112, il prefetto di Napoli revoca l'ordine di chiusura di un forno di panificazione e

Normalmente nella materia dei servizi l'ordinanza contiene una pluralità di determinazioni che possono involgere diritti soggettivi (es. diritto di sciopero), le modalità di erogazione delle prestazioni a rilevanza pubblica da parte di soggetti privati o di enti pubblici statali, regionali, o di altri enti locali territo-

---

conferisce l'incarico della gestione ad un concorrente (signor Tortora) della società titolare (S.A.P.A.C.) con destinazione degli utili netti della gestione ad un ente di beneficenza, il Consiglio di Stato ravvisa in tale destinazione un vizio di eccesso di potere perché « l'adottato provvedimento eccede le esigenze del dichiarato fine »; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 luglio 1979, n.92, in *Cons. Stato*, 1979, I, 1194, il prefetto di Palermo affida, in vista del periodo estivo, all'Azienda municipalizzata acquedotto di Palermo (A.M.A.P.) il servizio di modulazione e potabilizzazione dell'acqua fornita alla città dal nuovo impianto idrico dello Scanzano in possesso di altra società Ente Acquedotti Siciliani (E.A.S.) incapace di darvi congruo funzionamento, ordine considerato legittimo; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 9 novembre 1978, n.533, in *Foro it.* , 1980, III, 214, il prefetto di Messina dispone la precettazione dei traghettatori in sciopero dello stretto di Messina, ordine ritenuto leggittimo; a Trapani il prefetto precetta i dipendenti del Banco di Sicilia addetti all'ufficio di tesoreria, della amministrazione provinciale e comunale, ma pare facendo riferimento all'art. 20, cit., da *Italia Oggi*, 28 novembre 1986, pag. 13; si basano sull'art. 2 del R. d., n. 773 del 1931, cit.: Cons. di Stato, sez. VI, 21 ottobre 1985, n.520, in *Cons. Stato*, 1985, III, 465 il prefetto di Roma precetta i controllori ed assistenti al traffico aereo; Cass. Civ., sez. un., 6 agosto 1975, n.2986, in Giur. It., 1976, I, 1, 932; 11 novembre 1974, n.3500, in Giust. Civ., 1975, I, 420, in entrambe il prefetto di Palermo ricostituisce coattivamente fra i proprietari di beni rustici il consorzio di polizia rurale nel comune di Misilmeri (che si era sciolto) per svolgere attività di vigilanza e di custodia a prevenzione di reati contro la proprietà; Cass. Civ., sez. un., 14 aprile 1975, n.1406, in *Foro it.*, 1975, I, 2521; 6 luglio 1974, n.1978, in *Id.*, 1974, I, 3041; 9 luglio 1974, n.2003, in Id., 1975, I, 2529; Trib. Milano, 27 giugno 1968, Rizzo c. Mazza e Amm. Interni, in *Foro padano*, 1968, I, 917, in tutte il prefetto di Milano ha imposto ad alcuni farmacisti di Milano di effettuare la somministrazione diretta di medicinali agli assistiti I.n.a.m. e I.n.a.d.e.l., ordinando al contempo a tali istituti di pagare settimanalmente l'importo delle ricette spedite, secondo le convenzioni stipulate con gli stessi enti; in tutte le sentenze la censura è affermata perché le ordinanze dispongono imposizioni patrimo-

riali, o di entri strumentali, o pubblici in genere, ovvero di soggettività sottoposte alla vigilanza e al controllo di questi con incidenza esclusiva o indiretta sulla loro organizzazione interna.

L'analisi dei limiti che l'ordinamento ha posto al potere di ordinanza in materia dipenderà infatti dalla natura giuridica dei tali soggetti, dal loro rapporto giuridico con l'organo che ha emesso l'ordinanza e più in generale con la pubblica amministrazione, dal contenuto della prestazione che si è voluto imporre, coinvolgendo così tutte, o parte, delle questioni affrontate nelle pagine che precedono.

Le peculiarità della disposizione di cui all'articolo 19, comma III, cit., consistono piuttosto nello stretto collegamento di cui si è detto con gli enunciati degli altri commi dell'articolo stesso e

---

niali non previste dalla legge. Ancora si vedano le precettazioni del 14-15 ottobre 1988 dei macchinisti dell'Ente Ferrovie dello Stato, di cui si riferisce in *la Repubblica*, 16-17 ottobre 1988, pag. 8 (ed *ivi* riferimenti ai precedenti nel settore trasporti: 21 gennaio 1985 capistazione di Settimo Torinese e Rivarolo Canavese; 1 luglio 1988 controllori di volo di Roma aderenti all'A.n.p.c.a.t.- su cui *amplius* in *La Stampa*, 2 luglio 1988, pag. 6; 24 ottobre 1980, direttori degli aeroporti; 22 dicembre 1983, quattromilatrecento autofilotranviari del napoletano; 10 aprile 1984 quattromila dipendenti A.T.M. Milano; 8 agosto 1987, addetti alla navigazione interna di Venezia; 21 giugno 1985, controllori di volo di Brindisi; 2 agosto 1985, controllori di volo di Fiumicino), ma i giornalisti non riferiscono con quale atto formale, né quali organi, abbiano emesso i provvedimenti. Infine Corte dei conti, sez. contr. atti governo, 9 luglio 1947, n.170, in *Riv. Corte Conti*, 1948, II, 1, ha dichiarato l'illegittimità del decreto prefettizio ex art. 19, cit, perché dispose l'estensione del pagamento della indennità di missione alla generalità degli impiegati della provincia per casi tali da « snaturare il valore giuridico e la natura di tale corrispettivo », facendo così solo ciò che la legge poteva statuire, ma i casi per i quali si è disposto il pagamento non sono riferiti. Parrebbe altresì contrario a quanto più volte indicato nel testo Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 1947, n. 18, Soc. Montecatini c. Prefetto di Novara e Comune di Baveno, in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 92, che dichiara l'incompetenza dell'annullamento d'ufficio operato dal Prefetto di Novara in base all'art. 19, cit., perché la legge riserva tale potere al governo, ma è massima da cui è difficile trarre conclusioni.

precisati dall'articolo 1 del r. d. n. 297 del 1911, ma altresì nella assenza di ogni specificazione di materia, o di motivi, che rende il potere in esame capace in via generale di tutelare ogni interesse che l'ordinamento generale ha ritenuto prevalente.

Oltre a quanto sopra indicato è presente tuttavia un problema specifico che vale ulteriormente a caratterizzare il potere di ordinanza di cui all'articolo 19, comma III, cit. rispetto ad ogni altra norma attributiva del potere stesso.

Un tempo in capo al prefetto si concentravano effettivamente la gran parte dei poteri del governo nella provincia, con possibilità di intervento diretto sull'amministrazione periferica dello Stato, di vigilanza e controllo sugli organi e atti (ex g.p.a.) degli enti locali territoriali, con controllo o sorveglianza su corpi morali, società e imprese a rilevanza pubblica.

Con la nascita del nuovo ordinamento repubblicano i rapporti fra l'amministrazione statale e le autonomie locali territoriali sono stati attribuiti ad una pluralità di organi statali, o regionali, con singole competenze talvolta determinate dalla stessa Costituzione.

Il prefetto non è più dunque l'intermediario unico, né quello preferito dall'ordinamento costituzionale, fra lo Stato e la pluralità delle amministrazioni locali, ad esso tuttavia sono rimaste le funzioni di controllo sugli organi degli enti territoriali minori, ma soprattutto di sorveglianza e vigilanza su società e imprese a rilevanza pubblica, che non contrastano, pur distinguendosi, dai poteri che sull'attività di impresa gli conferiscono le norme di pubblica sicurezza.

Ad esso si continua a fare riferimento quando si voglia pensare nella provincia all'autorità amministrativa nella sua unità per la composizione senza distinzione di materie di competenza dei conflitti pubblici e privati demandati dalla legge all'autorità amministrativa.

In tal guisa si viene a sottolineare la continuità con il passato poiché il prefetto è visto come "lo Stato" nella provincia,

intesa tuttavia tale espressione non nel senso tecnico giuridico moderno, ma nell'accezione più vicina a quella di "autorità nella provincia", rimarcando con ciò un centro unitario di imputazione di poteri autoritativi dell'amministrazione pubblica.

Tale modo di intendere l'organo prefettizio pare mantenere oggi una sua validità solo in sede di esercizio del potere di ordinanza in materia di organizzazione dei servizi a rilevanza pubblica e più in genere nei confronti di un potere di ordinanza senza definizione alcuna di materie di competenza.

Più precisamente l'art. 19, comma III, cit., attribuisce al prefetto un potere di ordinanza *generale*, ma residuale: questi è legittimato quando la competenza per materia degli altri organi locali titolari di potere di ordinanza (sindaco, presidente della giunta regionale, prefetto per la tutela dell'ordine pubblico) risulti insufficiente perché troppo specifica (137).

---

(137) Dunque anche il sindaco e il presidente della giunta regionale possono emanare ordinanze che attengono ai servizi pubblici, ma solo con incidenza nelle materie indicate dalle rispettive norme attributive di poteri di ordinanza e sicuramente verso le aziende municipalizzate o enti sottoposti alla vigilanza regionale. In tema si vedano: Cons. di Stato, sez. V, 5 ottobre 1987, n. 584, in *Cons. Stato*, 1987, 1397 (ma solo in massima); Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n.136, in *Foro it.*, 1982, III, 136 con annotazione di R. Ferrara, per il caso del sindaco del comune di Valle Aurina (Bolzano) che ordina all'E.N.E.L. di provvedere al servizio di distribuzione della energia elettrica di un comune per la cessata attività di una impresa privata, dichiarato illegittimo perché emanato al di fuori delle materie di polizia locale, igiene, edilità, ma soprattutto per difetto dei presupposti; Cons. di Stato, sez. V, 19 giugno 1973, n. 576, in *Foro amm.*, 1973, I, 2, 590, il collegio considera legittimo l'ordine sindacale ex art. 153, cit., di sopensione del servizio di illuminazione del cimitero erogato da una società privata (Società Luce Mistica) e con altro provvedimento si indice licitazione privata per la riassegnazione del servizio; Cons. di Stato, sez. V, 7 aprile 1962, n. 290, in *Cons. Stato*, I, 702, ove si considera legittimo l'ordine ad un consorzio di far godere dell'acqua potabile l'asilo infantile; Cons. di Stato, sez. V, 21 maggio 1949, n. 401, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, II, 997, ma solo in massima (n. 2277), per ordinanza che provvede ad assicurare la regolare continuità del servizio idri-

Un problema si affaccia per il potere in esame con il nuovo modo di intendere i rapporti fra amministrazione dello Stato e delle regioni, poiché non pochi articoli della Costituzione hanno ridisegnato la presenza della amministrazione pubblica nel nostro ordinamento.

Si è detto che gli organi dell'amministrazione statale nell'esercizio delle funzioni proprie possono, similmente a quanto disposto dall'articolo 118, comma III, Cost., valersi degli uffici regionali e più in genere di tutti gli altri enti locali, nonché in sede di esercizio del potere di ordinanza delegare ai loro organi singoli poteri a contenuto determinato (138).

Si è altresì affermato che la norma attributiva del potere di ordinanza consente già di per sé la concentrazione di quasi tutti i poteri attribuiti dalla legge agli organi dell'amministrazione, ma non dell'intera funzione e dell'organizzazione amministrativa regionale nel suo complesso: diverso è infatti valersi di uffici per l'esercizio di un potere, o delegare all'organo regionale un potere a contenuto determinato, altro pretendere di coordinare interi settori d'amministrazione che anche in materie diverse appartengono alla competenza di una pluralità di enti pubblici.

L'importanza di tale configurazione del potere attribuito dall'art. 19, comma III, cit., (e per interessi nazionali dall'art. 6 della l. 8 dicembre 1970, n. 996, al ministro per la protezione civile) appare evidente ove si soffermi l'attenzione sulla seguente considerazione.

La deroga ai limiti che la legge ha imposto in via generale e astratta nei confronti dei diritti soggettivi dei cittadini può risultare minore, o non esserci affatto, ove sia possibile pervenire egualmente ad accordare tutela all'interesse pubblico in perico-

---

co; per altre ordinanze sindacali in materia di servizi si veda il capitolo II, § 1.

(138) Per la delega in via permanente dell'intera funzione amministrativa l'art. 118, comma II, Cost. richiede che l'atto delegante sia una legge dello Stato.

lo attraverso un idoneo coordinamento delle funzioni esercitate dai diversi organi e uffici di tutte le pubbliche amministrazioni.

La precisazione è di interesse poiché la regola dell'urgenza, che impone di prescegliere comunque "l'atto in deroga" di minor sacrificio per il suo destinatario, non può non essere intesa nel senso che vi si debbano comprendere in via unitaria tutti i possibili destinatari del potere, ivi comprese le stesse amministrazioni pubbliche e i soggetti privati erogatori di servizi a rilevanza pubblica.

Una scelta d'organizzazione potrebbe rivelarsi di minor peso per la legalità di quanto talvolta siano stati ordini di chiusura di stabilimenti industriali, limitazioni del diritto di sciopero, o quant'altro.

Le norme che disciplinano il potere di ordinanza impongono comunque che nella comparazione fra beni giuridici debbano essere inclusi anche i valori dell'autonomia locale per individuare le limitazioni di questa che appaiano di minor peso rispetto ad altre disponibilità di beni giuridici pubblici, o privati, che trovano anch'essi tutela costituzionale.

Quanto detto tuttavia impone di rileggere la competenza prefettizia alla luce dei rapporti che sono ormai accolti in via generale nell'ordinamento repubblicano.

L'articolo 124 della Costituzione individua nel commissario del governo l'organo abilitato a « sopraintendere » alle funzioni amministrative esercitate dallo Stato, coordinandole altresì con quelle esercitate dall'ente regione.

La legge 23 agosto 1988, n. 400 parrebbe precisare all'articolo 13 che il commissario del governo svolge tale funzione (139) nei confronti degli uffici decentrati delle amministrazioni statali, comprese quelle ad ordinamento autonomo (140),

---

(139) Con la collaborazione dei prefetti, art. 13 cit., comma I, lett.a).

(140) Nulla è innovato — dichiara l'art. 13, comma I, lett. a) — rispetto a quanto assegnato al prefetto, come autorità provinciale di pubblica sicurezza, dall'art. 13 della l. 1 aprile 1981, n.121.

« per assicurare a livello regionale l'unità di indirizzo e l'adeguatezza della funzione amministrativa » e « coordina, d'intesa con il presidente della regione, secondo le rispettive competenze, le funzioni amministrative esercitate dallo Stato con quelle esercitate dalla regione, ai fini del buon andamento della pubblica amministrazione ».

Nonostante le definizioni poco perspicue i principî espressi appaiono tuttavia sufficientemente chiari: la funzione amministrativa attribuita al commissario di governo è rivolta ad ottenere « unità », « adeguatezza » e« buon andamento della pubblica amministrazione ».

Nei confronti delle regioni ciò deve avvenire attraverso un coordinamento delle funzioni statali con quelle esercitate dalle regioni, si dà priorità dunque all'organizzazione regionale.

Non vengono indicati poteri determinati, ma solo la funzione di coordinamento che normalmente può implicare l'atto di concerto, o un coordinamento *ab externo* a mezzo di organi collegiali (ai quali quelli coordinati partecipano come membri) che sono abilitati ad emanare atti che si impongono ai rispettivi apparati di riferimento, o infine si può ancora ipotizzare una intesa degli organi interessati resa esecutiva attraverso i poteri propri di quest'ultimi (141).

Non importa ora sciogliere il dilemma; quanto detto appa-

(141) Sulla figura del commisario di govero a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988 si veda P. COSTANZO, *Il commissario del governo nel sistema della l. 400 del 1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 334 e s., spec. 338 ove si parla di coordinamento bilaterale « ove la funzione di impulso non appare commessa in esclusiva al solo commissario di governo, ma distribuita fra gli organi di vertice dei rispettivi plessi amministrativi »; M. DI RAIMONDO, *Il commissario di governo*, Padova, Cedam, 1983; oltre al Convegno tenutosi a Sorrento (18-20 giugno 1982), « Il commissario del governo nelle regioni a statuto ordinario », in Atti del Convegno a cura dell'A.n.f.a.c.i., della Regione Campania e dell'Università degli Studi di Napoli, Torre del Greco, A. CM., 1983; T. ANCORA, *Figura giuridica del Commissario di governo e sua rappresentatività come controllore*, in Atti del convegno C.I.D.I.S. *Il*

re sufficiente per la rilettura del potere di ordinanza in materia d'organizzazione.

Il commissario di governo è per espressa disposizione costituzionale l'organo di coordinamento dell'attività statale a quella regionale e l'esercizio dei poteri relativi impone sempre la previa intesa con il presidente della giunta regionale ove la stessa si possa conseguire entro tempi compatibili con l'urgenza di provvedere (142).

L'articolo 19, comma III, del r. d., n. 383 del 1934, cit., attribuisce dunque un potere di ordinanza generale, senza delimitazione di materia e di motivi, al prefetto ovvero al commissario di governo (di intesa con il presidente della giunta regionale) per i casi in cui divenga necessario il coordinamento delle funzioni amministrative statali con quelle attribuite dalla Costituzione alla autonomia regionale.

Quanto detto è ciò che si ritiene possibile affermare per offrire dell'art. 19, comma III, cit., una interpretazione adeguata al dettato costituzionale (art. 124), ma permane il dubbio se, *de jure condendo*, non sia preferibile accorpare in capo al com-

---

controllo dello Stato sulle regioni (Jesolo, 29-31 maggio 1986), Padova, Cedam, 1987, 17 e s., ed *ivi* riferimenti alla dottrina anteriore.

(142) Da ciò deriva che il presidente della giunta regionale deve comunque essere sentito dal commisssario di governo. La conclusione in testo è analoga a quella cui si è pervenuti per la disposizione che attribuisce il potere di ordinanza al Ministro per l'ambiente: l'art. 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59 sul funzionamento del ministero per l'ambiente, su cui si veda il nostro scritto: *La tutela dell'ambiente...*, cit. in *Foro it.*, 1988, I, 3538. Di « intese » fra organi dell'amministrazione centrale dello stato e quelli regionali parlano l'art. 1 del d.l. 18 settembre 1976, n. 648 e l'art. 1 del d.l. 11 novembre 1982, n. 829, ma la Corte costituzionale 28 maggio 1987, n. 201, nel giudicare del conflitto di attribuzioni con le regioni su talune ordinanze del commissario o ministro per la protezione civile, parla di « sentite ». L'affievolimento del significato precettivo del vincolo procedimentale al potere di ordinanza pare confermare la tesi qui esposta sulla possibilità di deroga in ragione dell'urgenza. Di « sentite le regioni interessate » parlano gli articoli 7 cit., della legge n. 59 del 1987 e l'art. 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349.

missario di governo l'intero esercizio del potere di ordinanza ivi previsto, ovvero se differenziare la competenza dei due organi (provinciale, o regionale) in base alla estensione dell'efficacia territoriale delle ordinanze, come dispone l'articolo 32 della l. n. 833 del 1978 di riforma sanitaria che ripartisce la competenza fra sindaco e presidente della giunta regionale (143).

Si vuole accennare ad un ultimo problema cui solo implicitamente si è fatto riferimento nelle pagine che precedono parlando del potere di organizzazione della pubblica amministrazione: il potere di ordinanza può procedere alla istituzione di soggettività giuridiche pubbliche o private?

L'organo titolare del potere di ordinanza può sicuramente procedere alla istituzione di associazioni, società, consorzi ed in genere enti pubblici, con o senza personalità giuridica, ove ricalchi le forme procedimentali richieste per l'atto costitutivo e le norme statutarie definite dalla legge per ogni singola tipologia di esse.

Appare altresì possibile che si proceda in deroga a tali norme ove le stesse non siano inderogabili (144), sicchè assume particolare rilievo individuare gli elementi di tipicità dell'ente (o più in genere della soggettività giuridica) che l'ordinamento non lascia alla autonomia giuridica pubblica o privata, e per differenza quegli aspetti normativi che possono essere derogati, ovvero anche solo definiti perché non già espressamente posti

(143) Che distingue, come è ormai noto, fra competenza comunale, regionale o involgenti più comuni della stessa regione, nazionale o che riguarda più regioni. Accogliendo tale tesi il prefetto potrebbe, in sede di esercizio del potere di ordinanza di cui all'art. 19, comma III, cit., solo valersi degli uffici regionali, ovvero delegare singoli poteri a contenuto determinato ai loro organi, ma non coordinare le funzioni amministrative di tutte le pubbliche amministrazioni a livello regionale.

(144) Perché stabilite con norme costituzionali, perché inderogabili dall'autonomia privata (norme imperative). Particolare è il riferimento a quelle norme a tutela della garanzia patrimoniale per i terzi.

dalla legge (145).

Non è possibile qui scendere ad una analisi dettagliata di quanto in via sommaria è stato proposto, ma parrebbe di poter affermare che per quanto attiene al potere di ordinanza non si debba pervenire a fornire principî interpretativi diversi da quelli sin'ora indicati, molto ci pare che debba essere riposto in una analisi di quanto è riconosciuto possibile in sede di normale esercizio dell'autonomia privata di cui è capace anche l'ente pubblico.

Tutto pare riconducibile ad una esatta individuazione delle norme di diritto pubblico e di diritto privato che per i soggetti giuridici si debbono ritenere inderogabili anche di fronte al potere di ordinanza: la ragione della loro presenza, cioè l'interesse a tutela del quale le norme sono state poste, indicherà di volta in volta la soluzione (146).

---

(145) M. S. GIANNINI, *Possibilità di istituire enti pubblici*, cit., 576, ritiene inderogabili « tutte le norme regolative dei procedimenti di istituzione delle persone giuridiche ». Ci pare tuttavia che la conclusione non possa essere così assoluta. L'articolo 133 della Costituzione stabilisce che con legge regionale si può procede alla istituzione di nuovi comuni o modificare le loro circoscrizioni sentite le popolazioni interessate. Dunque potrebbe ritenersi norma inderogabile. Ma che dire del potere di costituzione di consorzi coattivi che l'articolo 862 del cod. civ., in materia di bonifica integrale, attribuisce al presidente della repubblica con decreto? Tale potere non potrebbe essere attratto alla competenza degli organi locali titolari del potere di ordinanza? Ci pare che, fatte salve le norme a tutela della garanzia patrimoniale verso i terzi ed altre a carattere imperativo (vedi nota che segue), molte disposizioni possono essere « adattate » dal titolare del potere di ordinanza per ipotesi diverse da quelle previste dalla legge al fine di costituire enti con durata limitata nel tempo ed in ragione della necessità e urgenza. In campo societario ci pare ad esempio possibile imporre l'applicazione degli articoli 2458 e 2459 del cod. civ., ovvero ad un socio pubblico di detenere la maggioranza delle azioni.

(146) Se sono norme che definiscono l'azione del potere pubblico sono derogabili. Se invece sono anche poste a tutela di diritti soggettivi dei terzi si dovrà ricorrere anche in questo caso ai principî dell'ordinamento giu-

Non pare di ostacolo a quanto esposto la caratteristica che è peculiare del potere di ordinanza di necessità e urgenza: la temporaneità del contenuto delle ordinanze impone che le soggettività giuridiche da queste promosse non abbiano durata indeterminata e cessino con il raggiungimento della tutela dell'interesse pubblico (fine dell'atto) al quale erano state preordinate.

Il codice civile prevede infatti in via istituzionale fra le cause di scioglimento delle soggettività giuridiche l'avvenuto raggiungimento dello scopo sociale (147) ed il decorso del termine (148).

---

ridico, sempreché la legge non abbia già risolto il conflitto a favore, o contro, il bene che l'organo amministrativo vuole tutelare con il potere in esame; in tal caso sarà come è ormai noto, la preferenza *ivi* indicata a esprimere la soluzione. Si vuole solo sottolineare che le norme di organizzazione che riguardano invece soggettività di diritto privato debbono essere considerate derogabili, o inderogabili, alla stregua delle regole proprie di questo settore del diritto obiettivo, in base cioé alla loro imperatività nei confronti della autonomia privata. Le due regole si possono sommare per alcune norme che regolano gli enti pubblici con particolare riferimento a quelli che agiscono in regime di diritto privato (enti pubblici economici). In tali casi per ogni norma occorrerà individuare se le stesse siano poste a disciplina dell'azione pubblica, ovvero se (anche) per la soluzione dei rapporti giuridici privati: per le prime sarà sufficiente la noma attributiva del potere di ordinanza, per le seconde sarà valida solo la distinzione fra norme dispositive e norme imperative normalmente indicata dalla giurisprudenza civile per ognuna di esse (indipendentemente dal potere di ordinanza), fra le quali ultime ci paiono rientrare quelle poste a tutela della garanzia patrimoniale dei terzi.

Maggiore complessità d'analisi che tuttavia non ci pare impedisca di ritrovare la soluzione che di volta in volta ha eletto l'ordinamento.

(147) Art. 2272, n. 2; art. 2448, n. 2; art. 27; del codice civile.

(148) Art. 2272, n. 1; art. 2448, n. 1; del codice civile.

6. *L'efficacia derogatoria della norma attributiva del potere di ordinanza: i presupposti, la competenza, il procedimento, il fine di interesse pubblico, la forma. Le regole di legittimità poste per le ordinanze: necessità e urgenza, fine di interesse pubblico e contenuto d'esercizio in concreto prescelto dalla p.a. La temporaneità del contenuto dell'ordine e negazione dell'efficacia normativa al potere di ordinanza.*

Gli enunciati delle disposizioni attributive del potere di ordinanza che definiscono i presupposti d'esercizio di necessità e urgenza (ovvero contingibile ed urgente) hanno come principale effetto giuridico quello di contribuire a stabilire le regole di legittimità delle ordinanze, ma ancor prima, si è detto, di derogare le disposizioni che l'ordinamento ha posto per il normale esercizio dei poteri pubblici dell'amministrazione.

Nel procedere all'analisi della disciplina del potere di ordinanza si sono già analizzati molti aspetti del fenomeno, è ora possibile provare a riassumere i risultati cercando di offrire una spiegazione completa dell'efficacia derogatoria della disposizione attributiva del potere di ordinanza nel nostro ordinamento.

Quest'ultima si esprime in una pluralità di direzioni che in parte possono trovare spiegazione nella presenza degli enunciati che definiscono i presupposti di esercizio (necessità e urgenza, ecc.), per altri casi dalla indicazione del fine di interesse pubblico che la norma attributiva del potere di ordinanza può delimitare *ex ante* con i riferimenti ai motivi e alla materie, ma che trova normalmente esauriente spiegazione nel congiunto operare di tutti questi elementi.

L'enunciato sul presupposto, in sé e per sé considerato, svolge anzitutto la funzione di derogare tutti i corrispondenti presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità.

Nel rapporto con i singoli poteri a contenuto predeterminato dalla legge (c.d. « tipici ») l'enunciato in esame si sostitui-

sce ai più rigorosi presupposti stabiliti per gli stessi con conseguente possibilità d'esercizio del potere a contenuto predeterminato anche per casi diversi, ma idonei a rientrare nella più ampia definizione di necessità e urgenza. Il fenomeno che ne scaturisce, seppur realizzi un effetto che per ampia approssimazione pare avvicinarsi all'analogia (*legis*), o all'argomentare *a fortiori* (149), in verità se ne distingue e li supera, precisandosi come rapporto di competenza, con deroga parziale, della disposizione attributiva del potere di ordinanza rispetto alle altre che attribuiscono poteri autoritativi alla pubblica amministrazione.

Non si tratta di colmare una lacuna enucleando in via interpretativa una norma a partire da altre disposizioni legislative, ma di offrire di una disposizione esistente quella interpretazione che la stessa richiede con il rinvio ad enunciati di altri articoli di legge che attribuiscono poteri alla pubblica amministrazione.

Il rilievo è di interesse perché contribuisce a definire il potere di ordinanza come diverso dai poteri a contenuto predeterminato solo per quanto è strettamente utile alle urgenti necessità del momento, mantenendo di questi tutti gli enunciati che la legge ha stabilito per l'ordinario esercizio del potere d'autorità e pur tuttavia idonei a consentire al potere in esame di accordare tutela agli interessi pubblici in pericolo.

Il rapporto derogatorio è così graduato in ragione dell'urgente necessità e può spingersi sino a depurare tutti gli enunciati delle disposizioni di legge che conferiscono poteri a contenuto predeterminato, con la sola eccezione di quanto è dalle stesse posto come definizione del contenuto (di esistenza) nella relazione fra potere pubblico e diritti soggettivi, o poteri diversi dal primo.

---

(149) Per le definizione e distinzione degli argomenti indicati si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, tomo 2°, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1980, 350 e s.

La conseguenza di non poco rilievo è che l'operare dei principî dell'ordinamento giuridico, come argomento di risoluzione dei conflitti fra posizioni giuridiche tutelate dalla legge e non espressamente sciolti dalla stessa, è relegato alle sole ipotesi di inutilità del contenuto di esistenza dei poteri predefiniti dalla legge (c. d. « tipici ») (150).

Quanto detto consente di affermare che la norma attributiva di poteri di ordinanza svolge una funzione di richiamo in capo agli organi titolari del potere stesso di tutti i poteri che la legge ha attribuito alla pubblica amministrazione, depurandoli all'occorrenza di tutti gli enunciati che attengono all'esercizio del potere, fatti salvi i casi in cui la competenza di un determinato organo sia definita con disposizione inderogabile da parte della norma attributiva del potere di ordinanza (151).

Il potere di ordinanza perviene così ad offrire nuova definizione del riparto di competenze fra gli organi della pubblica amministrazione ed ancor prima dei vizi che normalmente conseguono alla sua violazione, sia nella versione comunemente definita come difetto di attribuzione, o incompetenza assoluta, sia nell'altra che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere e conosciuta come incompetenza, senz'altro, o con l'aggiunta dell'aggettivo relativa.

---

(150) Perché scoperta l'inutilità dei poteri a contenuto predeterminato si coglie la *lacuna legis* nella disciplina dei rapporti fra diritti e poteri, pubblici e privati (norme di relazione).

(151) Si pensi alle competenze che norme costituzionali hanno voluto attribuire in via esclusiva ad alcuni organi amministrativi, ma non è da escludere che ad analoga conclusione si possa pervenire anche nel caso che uguale ragione risulti da disposizioni di legge ordinaria, ma l'interpretazione restrittiva deve nell'uno e nell'altro caso essere di estremo rigore poiché i casi negativi dell'attrazione di competenza agli organi titolari del potere di ordinanza sono l'eccezione alla regola della normale confluenza di tutti i poteri che la legge attribuisce alla pubblica amministrazione. Dell'impossibilità di

L'organo attributario del potere di ordinanza può dunque a ragione definirsi titolare di un potere « dittatorio » (152), nel senso che questi richiama alla propria competenza la quasi totalità dei poteri che la legge ha attribuito alla pubblica amministrazione (153), concentrandosi in situazioni di necessità e urgenza in capo a quell'organo monocratico che l'ordinamento ha ritenuto più idoneo a valutare la complessità e la conseguente ponderazione degli interessi in conflitto (154).

La soluzione così ritrovata è tuttavia il risultato dell'efficacia derogatoria di almeno due dei tre essenziali enunciati che, si è detto, non possono mai mancare in via diretta, o mediata,

---

deroga deve dunque fornirsi una convincente spiegazione soprattutto nei casi di norme di legge ordinaria che sono pari grado della norma attributiva del potere di ordinanza.

(152) La definizione è di M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 324; poi ripresa successivamente da molti altri autori fra cui A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977, I, 277.

(153) Si confrontino: T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, vol II, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1907, 180, ove si afferma che il prefetto può sostituirsi direttamente nelle sfere di competenza di funzionari appartenenti ad altre branche dell'amministrazione; F. D'ALESSIO, *Commento del T.U. della legge comunale e provinciale*, Torino, Utet, 1936, 41 e s.; G. DE GENNARO, *I provvedimenti*, cit., 732-734, ove si parla di competenza funzionale; LA TORRE, *L'art. 19 della legge comunale e provinciale ed una proposta poco studiata*, in *Amm. ital.*, 1948, fasc. 11, 533 e s. per competenza generale del prefetto; L. GALATERIA, *I provvedimenti*, cit., 55 ove si ricollega il potere di cui all'art. 19 al potere di vigilanza del prefetto; E. BONAUDI, *Dei provvedimenti*, cit., 194.

(154) Il fenomeno è stato particolarmente evidente nelle situazioni di catastrofi naturali su cui si veda S. AMOROSINO, *Il coordinamento amministrativo della ricostruzione e sviluppo delle regioni terremotate*, Padova, Cedam, 1984, spec. 21 e s., ove si segnala, seppur in modo parzialmente diverso dal testo, lo « scavalcamento » dell'ordine preesistente delle competenze di tutti i centri di amministrazione presenti nel territorio colpito.

nella disposizione attributiva del potere di ordinanza: la competenza e i presupposti d'esercizio (155).

La presenza nella norma attributiva del potere di ordinanza del terzo elemento che riguarda il fine di interesse pubblico vale altresì ad ampliare lo spazio di azione della pubblica autorità sostituendo ad enunciati più specifici quelli a più ampie maglie che sono posti per l'esercizio del potere in esame.

Sicurezza pubblica, ordine pubblico, sanità, sono comunemente i motivi che consentono l'esercizio del potere e mediatamente le categorie di interéssi per cui è consentito un legittimo esercizio del potere di ordinanza nel nostro ordinamento.

Ma il fine può essere definito anche solo con il concorso dei presupposti di necessità e urgenza (156) non tanto nella loro definizione astratta, quanto piuttosto nella loro individuazione concreta: ognuno può ben riconoscere che precisata la situazione di necessità e urgenza in un fatto concreto il fine non può certo discostarsi dalla volontà dell'organo di far cessare la situazione d'eccezione, offrendo tutela a uno, o più, degli interessi in conflitto.

In tal senso è dunque corretto ritenere che il potere di ordinanza trova definito il fine di interesse pubblico anzitutto in via mediata nella individuazione della situazione di pericolo per determinati interessi pubblici e conseguentemente nell'intento di fornire ad essi tutela (157).

---

(155) In tal senso gli enunciati necessità e urgenza svolgono il duplice ruolo di fatti di legittimazione di presupposti dell'esercizio del potere; per la distinzione si veda M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 321-322.

(156) Ritiene che il presupposto costituisca per le ordinanze di necessità e urgenza « motivo essenziale » dell'esercizio del potere: M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 324. Pone tuttavia perplessità la classificazione dei motivi indicati alle pagine 105-106 che precedono.

(157) A favore: Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 1986, n. 206, in *Foro amm.*, 1986, 746; Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 1981, n. 19, in *Cons. Stato*, 1981, I, 48; 10 aprile 1953, n.405, in ID., I, 301; sez. V, 20 ottobre 1951, n. 1286, in ID., I, 1207; Ad. pl., 10 ottobre 1950, n. 7, in ID., 1950, 14; sez. IV, 3 marzo 1950, n. 124, in ID., 1950, 67; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 16 marzo

L'efficacia derogatoria della norma attributiva del potere di ordinanza si rivela infine in ordine ad altri due elementi essenziali del potere pubblico: il procedimento e la forma.

La necessità e l'urgenza non possono sicuramente tollerare limiti che sono posti dal legislatore per i tempi ordinari, ma soprattutto è la mediazione degli interessi che è stabilita dalle norme sul procedimento ad essere posta in discussione dal mutato rilievo degli interessi in conflitto, dalla diversa qualificazione che gli stessi ricevono in situazioni d'eccezione.

Le cautele ordinarie non appaiono più idonee a soddisfare la mediazione che il legislatore aveva ritenuto ottimale per la composizione degli interessi normalmente presenti di fronte all'esercizio di un determinato potere pubblico, sono norme generali e astratte che non riescono a conformarsi alle diverse e mutevoli graduazioni della necessità e urgenza.

Il procedimento e più in generale ogni enunciato che contribuisce a definire il contenuto d'esercizio dei poteri a contenuto predeterminato divengono flessibili, sino alla loro eventuale eliminazione (158). Di fronte alla norma attributiva del potere di ordinanza tali contenuti d'esercizio del potere sono

---

1950, n. 51, in ID., 1950, 1184; Cons. di Stato, sez. V, 14 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, III, 118; 15 aprile 1947, n. 134, in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 157; 20 giugno 1947, n. 244, in ID., 1948, I, 2, 29; 28 aprile 1942, in *Foro it.*, 1943, III, 94.

(158) T. A. R. Abruzzo, 5 maggio 1986, n.165, in Riv. giur. agr. it., 1987, 567, ove si afferma che nessuna norma prevede la « previa instaurazione del contraddittorio » per il potere di ordinanza. È tuttavia preferibile pensare che la norma possa esplicare efficacia anche nei confronti del potere in esame, ovvero sia congruamente derogata in ragione dell'urgenza a provvedere. T.A.R. Basilicata, 22 giugno 1984, n. 79, in *T.A.R.* 1984, I, 2867. Si vedano inoltre T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 4 giugno 1980, n. 615, in *T.A.R.*, 1980, I, 3066; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40, in *T.A.R.* 1980, I, 3046; Trib. Sup. Acque Pubbl., 20 marzo 1980, n. 4, in Cons. di Stato, 1980, II, 463. In dottrina di recente F. TEDESCHINI, voce *Procedimento amministrativo*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 872 e s.

sostituiti dagli enunciati sulla necessità e urgenza e sul fine di interesse pubblico che di per sé già delimitano le categorie di situazioni e gli interessi che consentono un esercizio legittimo del potere, ma ancor più sarà la corretta correlazione fra i presupposti concreti che l'amministrazione avrà indicato nell'ordinanza, il concreto contenuto che la stessa avrà prescelto ed il fine di interesse pubblico dichiarato nell'atto, a consentire un controllo ravvicinato della legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza.

Il punto di rottura con le disposizioni di legge che attribuiscono poteri a contenuto predeterminato (c.d. « tipici ») è dato dagli enunciati di tali norme che definiscono il rapporto autorità-libertà, in altri termini da quegli enunciati che pongono in relazione i diritti dei soggetti destinatari dell'azione pubblica e l'autorità amministrativa, definendo ciò che appartiene al potere pubblico (ordinanza) e ciò che al primo si sottrae perché diritto soggettivo, o potere anche pubblico ove dal primo si distingua.

In tali casi il rapporto derogatorio in esame cessa di svolgere la sua funzione rivelatrice, non è infatti più la deroga della singola disposizione di legge attributiva di poteri a contenuto predeterminato a dar spiegazione dei contenuti (d'esistenza) ammissibili in sede di poteri di ordinanza, ma sono le norme poste per gran parte dai principî dell'ordinamento giuridico ad offrire la soluzione dei conflitti non espressamente previsti dalla legge ed a rivelare ciò che il nostro ordinamento consente al potere della pubblica amministrazione.

Il rapporto instaurato dalla norma attributiva del potere di ordinanza è, come si ricorderà, di negazione di ogni deroga dei principî dell'ordinamento, proprio perché la norma stessa nulla esprime in ordine al rapporto fra poteri e diritti, pubblici o privati.

Le ragioni dell'urgenza espresse dalla norma attributiva del potere di ordinanza impongono invece che la forma sia ade-

guata alle impellenti necessità del momento negando, ove necessario, ogni possibilità di applicazione al principio che vuole di norma gli atti della pubblica amministrazione emanati in forma scritta (159).

Il risultato dell'efficacia normativa della disposizione attributiva del potere di ordinanza è in ragione degli enunciati espressi dalla norma attributiva stessa, che in sé e per sé considerati, o in un loro operare congiunto, addivengono a sostituire ogni determinazione stabilita dalla legge per i poteri a contenuto predeterminato.

Si è visto che normalmente le disposizioni attributive del potere di ordinanza definiscono quanto meno la competenza e la libertà di procedura, oltre al fine di interesse pubblico, sicché pare conseguente concludere che tale sostituzione opera in modo ampio verso gli elementi che attengono all'esercizio del potere, (presupposti, competenza relativa, fine di interesse pubblico, eventuale procedimento ed in genere i contenuti e la for-

---

(159) Il principio è non è posto in discussione né dai teorici né dai pratici, in dottrina per tutti: L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 83 e s.; A. PAVIOLO, *Commento teorico pratico alla legge comunale e provinciale*, Borgo S. Dalmazzo, Ed. Gruppo Grafico Bertello, 1966, 147 e s.; in giurisprudenza: Cass. Civ., sez. III, 17 luglio 1953, n. 2343, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 554; sez. un., 17 giugno 1943, n. 1509, ID., *Mass.*, 1943, 591, ove si ritiene che se l'ordinanza è emanata oralmente l'onere della prova ricade sulla pubblica amministrazione; Cons. di Stato, sez. V, 7 aprile 1962, n. 290, in *Cons. Stato*, 1962, I, 702; Cons. di Stato sez. V, 7 aprile 1962, n. 290, in *Cons. Stato*, 1962, I, 702.

Sulla possibilità della forma orale ne riferisce C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, cit., 1889, 982 con *ivi* le citate sentenze: Cassazione Napoli, 15 gennaio 1887 (Man., 1887, p. 269); Cassazione Roma, sez. un., 12 giugno 1888, (Man., 1889, p.15). Inoltre nella nota 1 di pag. 982 l'Astengo relativamente al procedimento afferma che: « Devesi però ritenere che quando appena sia possibile la intimazione degli interessati è da eseguirsi, sia per un giusto riguardo ai diritti privati, sia per maggior garanzia della regolarità dell'atto amministrativo, stante anche la natura eccezionale del medesimo e le conseguenze che può portare. »

ma prestabiliti dalla legge per un legittimo esercizio del potere), in minor misura per gli elementi che attengono all'esistenza del potere e che coinvolgono unicamente la definizione di incompetenza (assoluta) e la forma quando è richiesta *ad substantiam* dall'ordinamento (160).

Il potere in esame risulta così disciplinato negli elementi di esercizio dagli enunciati posti nella disposizione attributiva del potere sulla competenza, sui presupposti di necessità e urgenza, sul fine di interesse pubblico.

Fatta salva l'incompetenza, tutte le altre ipotesi di illegittimità sono normalmente fatte rientrare dalla giurisprudenza, più o meno dichiaratamente, nel vizio di eccesso di potere.

La scelta pur essendo corretta non appare di immediata dimostrazione, poiché è ben noto che l'assenza di un presupposto di esercizio del potere prescritto da una norma generale e astratta avrebbe tutte le caratteristiche per essere classificato come vizio di violazione di legge.

L'opzione giurisprudenziale appare tuttavia comprensibile non appena si soffermi l'attenzione sulla circostanza che il momento di disciplina dell'esercizio del potere di ordinanza è soprattutto offerto dal controllo che è possibile operare sul razionale coordinamento in concreto delle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione per ogni singolo elemento dell'atto.

La norma attributiva del potere di ordinanza, si è detto, non definisce in via generale e astratta il contenuto della prestazione che la pubblica amministrazione può imporre nei singoli casi, offrendo così alla stessa la possibilità di scegliere (nel limite dei principî) l'imposizione più idonea a dar soluzione al caso concreto.

---

(160) Analogamente alla competenza anche la forma ha sempre trovato nella giurisprudenza (vedi nota che precede) il riconoscimento che la norma attributiva del potere di ordinanza perviene su tali elementi a dare una propria autonoma definizione che travalica le norme di azione, consentendo comunque, se ragioni d'urgenza lo richiedono, la forma orale.

La scelta del contenuto dell'ordinanza deve essere tuttavia operata soprattutto in relazione a quei presupposti concreti che hanno richiesto l'esercizio del potere ed a quel fine di interesse pubblico che l'amministrazione ha inteso perseguire con l'emanazione dell'atto (161).

L'organo titolare del potere di ordinanza esercita la pro-

---

(161) Cons. di Stato, sez. IV, 8 luglio 1987, n. 416, in *Foro amm.*, 1987, I, 1721; T.A.R. Sardegna, 11 dicembre 1989, n. 852, in *T.A.R.*, 1989, I, 4158; T.A.R. Sicilia, sez. II, 27 agosto 1986, n. 126, in *Foro amm.*, 1987, 780; T.A.R. Veneto,12 marzo 1981, n. 163, in *Foro amm.*, 1981, I, 1414; T.A.R. Lazio, sez. II, 12 novembre 1975, n. 480, in *T.A.R.* 1975, I, 3288; Cons. di Stato, sez. V, 6 aprile 1971, n. 341, in *Cons. Stato*, 1971, I, 781; Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 1934, in *Foro it.*, 1934, III, 147. La proposizione così sintetizzata in testo è stata diversamente articolata dalla giurisprudenza. Il mezzo prescelto (contenuto dell'atto) deve poter realizzare il fine dichiarato nell'atto: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 10 luglio 1970, n. 449, in *Cons. Stato*, 1970, I, 1364; Cons. di Stato, sez. V, 16 giugno 1960, n. 520, in ID., 1960, I, 980; T.A.R. Piemonte, 12 febbraio 1975, n. 42, in *Foro amm.*, 1975, I, 2, 224; i mezzi non debbono mai andare al di là dello stretto necessario per raggiungere il fine dichiarato e in concreto voluto perseguire: Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 1981, n. 19, in *Cons. Stato*, 1981, I, 48; T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 1980, n. 40 in *T.A.R.*, 1980, I, 3046; T.A.R. Lombardia, 16 luglio 1975, n. 191, in ID., 1974, I, 3069; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 30 ottobre 1964, n. 473, in *Cons. Stato*, 1964, I, 1843; Cons. di Stato, sez. V, 17 novembre 1956, n. 1008, in *Cons. Stato*, 1956, I, 367; Cons. di Stato, sez. V, 2 febbraio 1952, n. 132, in ID., 1952, I, 167; Cons. di Stato, sez.IV, 3 marzo 1950, n. 124, in ID., 1950, I, 67; Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 1946, Soc. Sapac c. Tortora e altri, in *Foro it.*, 1946, III, 112; il sacrificio non deve andare oltre la stretta necessità richiesta dal presupposto (è simile alla precedente, ma correlata alla necessità e urgenza): T.A.R. Sicilia, sez. II, 27 agosto 1986, n. 126, cit.; T.A.R. Veneto, 19 febbraio 1982, n. 267, in *T.A.R.*, 1982, I, 1220; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 18 marzo 1981, n. 329, in ID., 1981, I, 1625; T.A.R Veneto, 30 novembre 1977, n. 1041, in ID., 1978, I, 179; Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 1981, n. 19, cit.; T.A.R. Lombardia, 23 febbraio 1977, n. 28, in *Foro amm.*, 1977, I, 847; Pret. di Vasto 11 aprile 1949, imp. Desiati, in *Giust. pen.*, 1949, II, 759; con specificazione rispetto alla parità di trattamento: T.A.R. Lazio, sez.III, 15 luglio 1974, n. 13, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 896.

pria discrezionalità nell'apprezzare i presupposti di necessità e urgenza (162), ma alla fine li determina indicandoli nell'atto, analogamente a quanto deve precisare in ordine al fine di interesse pubblico che egli ritiene di perseguire e al contenuto concreto dell'ordine che sceglie di impartire.

Il controllo di congruenza, o di corretta correlazione, ovvero più genericamente di razionalità fra tali elementi non interviene prescindendo dal previo giudizio di conformità dei presupposti concreti e del fine di interesse pubblico prescelto con i rispettivi enunciati indicati in via generale nella norma attributiva del potere di ordinanza, ma si distacca subito dopo come rapporto fra le scelte concrete della amministrazione pubblica (163), insistendo cioè su una legittimità che non discende dal rapporto di conformità alla legge scritta, alle sue definizioni generali e astratte che si pretendono valide per ogni caso concreto presente o futuro, previsto o imprevisto.

La norma che impone il rapporto in esame ha sempre disciplinato l'agire della pubblica amministrazione indipendentemente da ogni sua enunciazione in legge scritta (164), determi-

---

(162) Sulla insidacabilità nell'apprezzamento del presupposto in sé e per sé considerato: Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 1986, n. 206, in *Foro amm.*, 1986, 746; normale invece è considerata la giurisdizione amministrativa di legittimità in ordine al giudizio di congruità fra presupposti, contenuto in concreto prescelto dalla p.a., e fine di interesse pubblico voluto perseguire, (su cui si vedano i riferimenti citati alle note che seguono fra cui): Cons. di Stato, sez. IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro it.*, 1980, III, 190; Trib. Sup. Acque pubbl., 19 gennaio 1981, n. 4, in *Cons. Stato,* 1981, II, 58; oppure è possibile un sindacato per travisamento dei fatti (eccesso di potere) Cons. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 871, in *Foro amm.*, 1981, I, 2275.

(163) Il giudizio di legittimità è in altri termini fondato in gran parte su un rapporto (orizzontale) tra presupposto concreto, contenuto concreto e fine di interesse pubblico prescelto; meno importante è invece la verifica della legittimità fondata sul rapporto (verticale) fra le scelte della p.a. e le definizioni generali e astratte poste dalla legge.

(164) Non pare che l'articolo 26 del r. d. 26 giugno 1924, n.1054, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato (« Spetta al Consiglio di Stato in sede giuri-

nando come è noto il controllo di legittimità per eccesso di potere.

L'assenza di determinazioni generali e astratte sul contenuto del potere di ordinanza non lascia dunque l'esercizio del potere pubblico all'arbitrio; semplicemente divengono operanti quelle norme di *jus non scriptum* che comunque regolano da tempo l'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

Disciplina che in conformità alla natura non scritta della norma si esprime per i singoli casi concreti, come verifica a posteriori della legittimità del potere in totale assonanza con la scelta legislativa che vuole un potere utile alle contingenze del momento, strettamente indispensabile alla necessità di salvaguardare determinati interessi in pericolo.

La relazione indicata fra i tre elementi dell'atto è altresì utile per risolvere il problema della possibilità di ammettere nel nostro ordinamento il potere di ordinanza di necessità e urgenza con contenuti normativi.

La stretta correlazione che il contenuto del potere di ordinanza deve avere con la situazione di necessità e urgenza ha sempre imposto che l'efficacia dell'atto debba cessare con il venir meno della situazione presupposta (165).

---

sdizionale decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa »), o l'analoga disposizione prevista dall'articolo 2 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, di istituzione dei tribunali amministrativi regionali, possano definire in sede sostanziale il vizio di eccesso di potere, risultando piuttosto discipline di attribuzione della giurisdizione che presuppongono la norma da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere, analogamente a quanto avviene per il vizio di incompetenza e di violazione di legge.

(165) Per la prefissione di un ragionevole termine nelle requisizioni: Cons. di Stato, sez. IV, 8 maggio 1986, n. 334, in *Foro it.* 1986, III, 321; T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n. 430, in *Foro it.*, 1986, III, 316; T.A.R. Basilicata 19 novembre 1983, n. 138, in *T.A.R.*, 194, I, 373; Cons. di Stato, sez. IV, 22 giugno 1976, n. 486, in *Foro it.*, 1977, III, 137; per meno recenti: Cons Giust. amm. Reg. Sic., 25 febbraio 1960, n. 155, in *Cons. Stato*, 1960,

Si è altresì ritenuto che il contenuto dell'ordinanza deve avere, per soddisfare la stessa correlazione con il presupposto di necessità e urgenza, un carattere provvisorio (166).

Le due affermazioni possono apparire identiche, ma non lo sono se si afferma che il potere di ordinanza può assumere carattere normativo; la seconda infatti parrebbe escludere in radice tale possibilità.

Ci pare tuttavia che la ragione più persuasiva consista nella stessa ragione di fondo del potere di ordinanza, in quella na-

---

306; Cons. di Stato, sez. V, 17 novembre 1956, n. 1008, in ID., 1956, I, 367; sez. IV, 28 aprile 1954, n. 263, in *Foro it.*, 1954, III, 312; ma è principio generale, indipendentemente dalla prefissione di un termine, si richiede comunque la temporaneità del contento dell'ordine in ragione del presupposto: Cons. di Stato, sez.IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro it.*, 1978, III, 190; Cass. civ., 14 novembre 1975, n. 3833, in ID., 1976, I, 1024; Cass. civ., 6 luglio 1974, n. 1978, in ID., 19074, I, 3041; Trib. Napoli, 26 aprile 1983, Romano c. Comune di Piano di Sorrento, in *Foro it.*, 1983, I, 2272.

(166) Così T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 1985, n.430, in *Foro it.*, 1986, III, 315; T.A.R. Toscana, 20 luglio 1987, n. 642, in *Foro it.*, 1988, III, 519 e la precedente 30 giugno 1987, n. 513, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, 1987, 352, con *ivi* annotazione di N. CERANA, *che hanno annullato le ordinanze che vietano alle imprese la produzione e la commercializzazione dei sacchetti di plastica*, poiché per raggiungere il fine (evitare inquinamenti) era sufficiente vietare l'abbandono in qualunque parte del territorio comunale degli involucri in questione, (ma il Comune aveva rilevato la totale inefficacia di un simile divieto, per la quasi impossibilità materiale di darvi esecuzione), ma altresì per incompetenza relativa perché il potere normativo in materia è attribuito ex art. 4 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915 ad organi statali (ministro per l'ambiente: art. 2, lett. b, della l. 8 luglio 1986, n.349; art. 2 d.p.r. 31 agosto 1987, n. 361); Cons. di Stato, sez. IV, 7 giugno 1977, n. 577, in *Foro it.*, 1978, III, 190; l'affermazione è riscontrabile anche nella giurisprudenza civile, ma nell'accezione, ben diversa, di impossibilità di statuire ciò che solo al legislatore è riservato, Cass. Civ. sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833 in *Foro it.*, 1976, I, 1024; sez. un., 6 agosto 1975, n. 2896, in Giur. It., 1976, I, 1, 932; sez. un., 6 luglio 1974, n. 1978, in *Foro it.*, 1974, I, 3041; con ambiguità sul contenuto o sugli effetti permanenti: Cass. Civ., sez. un., 2 novembre 1987, n. 8054, in ID., 1988, I, 1610.

tura che si è presentata poco a poco, ma con insistenza nel corso dell'analisi. Il contenuto del potere di ordinanza è sempre in rapporto di esclusione alternativa con la legge, con la sua caratteristica più peculiare: la capacità di definizione astratta (167) di un rapporto giuridico (168).

---

(167) Cioè indipendentemente dal caso concreto. Il rapporto con il caso concreto non è invece assente nell'atto generale; perciò si può ritenere ammissibile tale contenuto nel potere di ordinanza. L'atto generale trova diretto riconoscimento legislativo nell'articolo 3 bis della l. n. 874 del 1980, cit., art. 3 bis, che impone la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle ordinanze di carattere generale.

(168) L'impossibilità per il potere di ordinanza di necessità e urgenza del sindaco di assumere contenuto regolamentare era già stata esclusa nel secolo scorso. Per tutti si vedano: Cassazione Roma, 14 settembre 1895, Pm c. Canessa, in *Riv. amm. del Regno*, 1895, 1035; Cassazione Torino, (penale), 10 luglio 1873, in ID., 1874, 54; R. DRAGO, *Questioni di diritto comunale*, Genova, 1875, 176 e s., ed i pareri del Consiglio di stato *ivi* citati.

CAPITOLO VIII

LA LEGALITÀ DEL POTERE DI ORDINANZA

1. *Il potere di ordinanza e le riserve di legge assolute. Normale impossibilità di un intervento in materia: inderogabilità delle competenze stabilite dalla Costituzione, impossibilità di un ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico come integrazione della lacuna legis. Il silenzio della legge in materia vale inesistenza del potere pubblico.*

La relazione fra le disposizioni attributive del potere di ordinanza e le norme costituzionali che impongono riserve di legge dette assolute è stata oggetto di rinvio nella trattazione, poiché era necessario acquisire all'analisi sia la definizione dei limiti dei principî dell'ordinamento giuridico, sia la completa individuazione delle norme che disciplinano l'esercizio del potere di ordinanza nel nostro ordinamento.

L'oggetto preferenziale dell'intervento del potere di ordinanza è sempre stato quello dei diritti patrimoniali.

Diritto di proprietà e di iniziativa economica privata sono fin dal secolo scorso i casi più frequenti di limitazioni imposte ai destinatari del potere di ordinanza (1).

Più di recente si è assistito ad un crescente interesse per gli interventi del potere di ordinanza verso posizioni soggettive

---

(1) Vi sono stati tuttavia casi di ordinanze sindacali volte ad impedire la libera entrata nel territorio comunale ai cittadini non residenti al fine di circoscrivere la diffusione di malattie epidemiche, il riferimento è tratto dalla circolare della Direzione generale della sanità del 22 agosto 1887, citata da E. BONAUDI, *Dei provvedimenti*, cit., 1907, 196.

come il diritto di sciopero (art. 40 Cost.) e il diritto alla salute con particolare riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, comma II, Cost.), i quali pervengono ad estendere il tradizionale campo di applicazione del potere in esame a diritti che patrimoniali non sono.

Nel capitoli che precedono si è avuto modo di ricordare che si sono avuti casi di ordinanza che stabilivano limiti al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero introducendo così ipotesi di poteri di ordinanza che fuoriescono dal campo dei diritti che la dottrina e la giurisprudenza della Corte costituzionale ritengono sottoposti alle riserve di legge comunemente definite relative, perché è noto che l'articolo 21 della Costituzione impone la più grave riserva di legge che è stata denominata assoluta (2).

---

(2) Ancora più di recente si sono avuti casi di ordinanze di cui non sempre è facile individuare la posizione soggettiva del destinatario dell'ordine. Si pensi al divieto del sindaco di Torino di somministrare alimenti ai colombi in stato di libertà e presenti nel territorio comunale (Cons. di Stato, sez. VI, (ord.), 10 aprile 1987, n. 240, e T.A.R. Piemonte, (ord.) sez. II, 21 agosto 1986, n. 230, entrambe in *Foro it.*, 1987, III, 521; per opposizione a sanzione amministrativa: Pret. di Torino, sez. II civile, 19 settembre 1988, n. 4346, ined.) ovvero al divieto del sindaco di Assisi di vestire « abiti succinti del tipo balneare, o a torso nudo » a chiunque passi per le piazze o vie ove sussistano chiese, conventi o edifici monumentali, ovvero il consumo di « colazioni al sacco davanti ai monumenti lungo le scalinate, o comunque sul suolo pubblico » (da *la Repubblica* 1 agosto 1987).

Per giurisprudenza della fine del secolo scorso relativa ad una ordinanza prefettizia di limitazione del diritto di manifestare il proprio pensiero (travestimento con abito talare « con indebita allusione alla classe dei preti »), ma che non pare tuttavia ordinanza di necessità e urgenza: Cassazione Torino, 30 maggio 1888, imp. Manelli, in *Riv. amm.*, 1888, 557.

Sicuramente ordinanza prefettizia d'ugenza è quella del prefetto di Cremona nel caso giudicato dalla Cassazione Torino, 13 maggio 1877, imp. Seminari Don Gaetano, in *Riv. amm.*, 1877, 479 (ed *ivi* in annotazione si riferisce di altri 19 casi di annullamento per la stessa *ratio*) che escludendo la legalità dell'ordinanza prefettizia di divieto di procedere a processioni religio-

In tale occasione la risposta della Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 26 del 1961 sull'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931, ha nella motivazione-dispositivo precisato che per quel che si riferisce alle riserve di legge occorre 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 dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione (3) ».

« 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 al quale 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

---

se annulla la sentenza di condanna del pretore di Pescarolo del 20 novembre 1876. Nel commento alla sentenza si riferisce di una circolare del Ministro dell'Interno 28 luglio 1876 con la quale si pretendeva di vietare « di regola » « le processioni religiose all'esterno dei templi », salvo in via d'eccezione che il Prefetto, a domanda degli interessati, vi acconsentisse in ragione delle particolari « circostanze di tempo e di luogo ». Sempre in argomento è il parere chiesto dal Ministero dell'Interno (forse in vista del caso sopra citato) che ritiene possibile un'ordinanza prefettizia che prescrive orari per le funzioni religiose dentro e fuori le chiese in via temporanea e per ragioni d'urgenza Cons. di Stato, parere, 3 giugno 1873, in *Riv. amm.*, 1874, 81.

(3) Si ricordi che il caso sottoposto alla Corte era determinato da una ordinanza che incideva nella sfera di applicazione dell'articolo 21 della Costituzione, sicché il riferimento alla legge prevista dalla Costituzione è in tal caso alla « legge sulla stampa » (art. 21, comma II, Cost.).

di necessità e urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere. » (4).

Il riferimento è subito parso chiaro e preciso (5) alla distinzione fra riserve di legge assolute e relative, ritenendo così preclusa ogni possibilità di intervento del potere di ordinanza che pretenda di porre limiti ai diritti la cui definizione è riservata in via esclusiva alla legge (assolute) ed *a fortiori* per i casi in cui la norma costituzionale vi associ una delimitazione del contenuto della legge stessa (rinforzate).

L'affermazione è stata riproposta nel tempo senza che tuttavia venisse accompagnata da quelle spiegazioni utili a darle evidenza anche nella meno affrettata sede dell'analisi teorica.

La riserva di legge assoluta impone che ogni limitazione ai diritti soggettivi, nella quale rientra quella apposta con atto puntuale e concreto, venga considerata ammissibile nel nostro ordinamento solo ove la scelta sia già stata operata in via generale e astratta con legge.

Le disposizioni di legge attributive del potere di ordinanza, non offrendo definizione alcuna del contenuto di esistenza del potere, impediscono qualsiasi individuazione *ex ante* dei diritti soggettivi e dei limiti che di volta in volta possono divenire rispettivamente oggetto e dispositivo dell'ordinanza.

L'affermazione è vera, ma prova troppo, poiché così formulata riesce a precludere l'intervento del potere di ordinanza anche verso diritti soggettivi che sono sottoposti a riserve di legge relative, verso i quali invece è comunemente ammesso l'intervento del potere di ordinanza.

L'analisi delle sentenze della Corte costituzionale ha infatti

---

(4) Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. cost.*, 1961, I, 525 e s.

(5) Si veda il commento alla sentenza citata di V. CRISAFULLI, *Il « ritorno » dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 890-891. In genere sulle distinzioni tra riserve di legge: F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, vol. I, Genova, C. L. U., 1980, 67 e s.

rivelato che per soddisfare le riserve di legge relative occorre anzitutto che siano predeterminati in legge il soggetto attivo, la prestazione imposta (contenuto di esistenza del potere) e il soggetto passivo, oltre ai noti « criteri idonei » a delimitare l'esercizio del potere ai quali si riferisce la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961 da ultimo citata.

Si ritiene comunemente che la riserva di legge assoluta si differenzi da quella relativa soprattutto perché la prima esclude ogni possibilità di disciplina dei limiti ai diritti diversa da quella apposta dalla legge, con la conseguenza di pervenire ad escludere la potestà regolamentare come disciplina integrativa (6) di

---

(6) Si ammettono tuttavia regolamenti d'esecuzione con contenuti di discrezionalità tecnica: per tutti Corte cost. n. 36/1964; n. 96/1964; n. 61/1969; n. 113/1972. In dottrina in genere sui diritti di libertà e sulla disciplina costiutuzionale della riserva assoluta si vedano: P. BARILE, *Le libertà costituzionali. Lezioni*, Padova, Cedam, 1966; *La pubblica sicurezza*, in Atti del *Congresso celebrativo del centenario delle leggi di unificazione*, (Firenze 10-12 ottobre 1965), sez III, vol. II, a cura di P. Barile, Vicenza, Neri Pozza, 1967 (con *ivi* gli scritti di: G. AMATO, *La libertà personale*, E. CHELI, *Libertà di associazione e poteri di polizia: profili storici*,.V. ITALIA, *La libertà di di corrispondenza*, G. CUOMO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, A. PACE, *La libertà di riunione*, G. P. MEUCCI, *La libertà domiciliare)*; G. AMATO, voce *Libertà (dir. cost.)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 278 e s.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, *Foro italiano*-Zanichelli, 1975, 50 e s.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975; G. AMATO, *Commento agli articoli 13-14*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1977, 1 e s.; A. PACE, *Commento all'art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1977, 80 e s.; G. AMATO, *Commento all'art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1977, 114 e s.; A. PACE, *Commento all'art. 17-18*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1977, 145 e s.; F. FINOCCHIARO, *Commento agli art. 19-20*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1977, 238 e s.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1982; G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droit fondamentaux*, in A. A. V. V., *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en Provence, 1982, 310; D. MESSINETTI, voce *Personalità*

quella legislativa anche con riferimento agli elementi che definiscono l'esercizio del potere.

Non è dunque con riguardo alla sola disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza che si riesce a spiegare perché si ammetta l'intervento di tale potere nei confronti di diritti coperti da riserva di legge relativa ed al contrario lo si precluda verso quelli sottoposti a riserva assoluta: poiché in ordine agli elementi di esistenza la disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza non esprime contenuto alcuno, mentre per quanto attiene ai « criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo » (limiti d'esercizio) la giurisprudenza amministrativa ha da tempo ritenuto sufficienti per circoscrivere le scelte discrezionali dell'amministrazione i soli enunciati posti nella disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza che definiscono la competenza, i presupposti e il fine di interesse pubblico (7).

(diritti della) dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 355 e s.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni*, (parte generale), (parte speciale-II), Padova, Cedam, 1985-1988; S. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità, Il caso francese*, parte I, Torino, Giappichelli, 1988, 155- 166; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, Il Mulino, 1989, 500 e s.; P. BARILE, *Le caratteristiche costituzionali dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino*, in Atti del Convegno: *I diritti dell'uomo e la partecipazione politica*, Torino, Giappichelli, 1988, 13 e s.; R. CAMPA, *I diritti dell'uomo nell'epoca delle incertezze, ivi*, 41 e s.; R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, Giappichelli, 1989; A.A. V.V., *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, vol. XII, Padova, Cedam, 1990.

(7) Dunque ogni riferimento della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, cit., alla necessità di adeguare il testo dell'articolo 2 del r. d. n. 773 del 1931, cit., ai dettati del nuovo ordinamento costituzionale non può essere riferito ai limiti di esercizio del potere di ordinanza, né in tal senso può interpretarsi il dispositivo di accoglimento della questione di costituzionalità che perviene ad imporre il rispetto dei principî dell'ordinamento

Una facile affermazione pare rivelarsi in sede di analisi teorica di difficile motivazione.

Occorre procedere per gradi richiamando alcuni passi essenziali dell'analisi sin qui condotta.

Si ricorderà che si sono individuate ipotesi diverse dell'interazione del potere di ordinanza con le altre norme che compongono l'ordinamento.

Si sono ritrovati casi nelle quali le disposizioni attributive del potere di ordinanza si completano con quelle che definiscono i poteri « nominati », o altrimenti detti a contenuto predeterminato, derogando tali definizioni del potere pubblico unicamente con riferimento alla disciplina di esercizio e con recezione invece della definizione del contenuto di esistenza del potere, cioè della disciplina che pone in relazione il potere pubblico e il diritto soggettivo che l'amministrazione intende sacrificare.

Fra gli enunciati che definiscono l'esercizio del potere a contenuto determinato rientrano talvolta le definizioni dei casi e dei modi (art. 13, comma III; art. 14, comma II; della Cost.) che la riserva assoluta di legge non consente di sostituire con gli enunciati a più largo respiro dettati dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza (« necessità e urgenza »).

A ciò si deve aggiungere che la stessa competenza di organi determinati (8) nei casi in cui sia presente una riserva di

---

giuridico i quali devono necessariamente riferirsi ai limiti di esistenza del potere di ordinanza.

(8) T. A. R. Campania, sez. I, 9 aprile 1987, n.175, in *Foro it.*, 1989, III, 117, con *ivi* osservazioni di A. PIZZORUSSO e il nostro commento *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche.* La sentenza annulla la deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura che ha negato a taluni magistrati ordinari l'autorizzazione a far parte delle commissioni di collaudo perchè con ordinanza era già stata prevista tale partecipazione. Se si esclude che le ordinanze possano essere atti con forza di legge si potrebbe ipotizzare, stante la situazione di necessità e urgenza, una attrazione di competenza del potere autorizzatorio del Consiglio Superiore della Magistratura in capo al titolare del potere di ordinanza. L'ipotesi tuttavia parrebbe ostacolata dagli arti-

legge assoluta è inderogabile da parte della disposizione attributiva del potere di ordinanza, per non parlare del caso in cui la Costituzione stessa pervenga a delimitare la categoria di tali organi (art. 13, comma III), o addirittura determini, con la previsione di una riserva di provvedimento giurisdizionale, l'esclusione di qualsiasi organo della pubblica amministrazione (art. 13, comma II; art. 15; art. 21 comma II e III).

In altre ipotesi l'efficacia derogatoria della disposizione attributiva del potere di ordinanza esplica una diversa interrelazione pervenendo a superare la stessa definizione di esistenza di ogni singola norma attributiva di poteri a contenuto determinato, ovvero più semplicemente non ritrovando in essi esaurente predeterminazione.

In particolare si era notato che, pur sussistendo alcune disposizioni che sicuramente contribuiscono a definire la tipologia delle prestazioni che l'amministrazione può addivenire ad imporre (es. art. 258 del r. d. n. 1256 del 1934 « prestazioni conformi alla condizione, arte, o professione »), le stesse non riescono tuttavia a dare definizione dei diritti e degli interessi che nei diversi casi concreti possono trovarsi contrapposti in ragione dell'ordine emanato dalla pubblica amministrazione.

Si è visto che principî dell'ordinamento giuridico svolgono in tal caso il ruolo di selezione ulteriore delle prestazioni conformi al vigente ordinamento giuridico ed in particolare come interpretazione volta a mantenere l'unità dell'ordinamento nella pluralità delle posizioni soggettive riconosciute dalla legge, senza che quest'ultima stabilisca relazione normativa alcuna tra loro.

La relazione, cioè il contenuto di esistenza del potere di

---

coli 107 (i magistrati non possono essere destinati ad altre funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio Superiore della Magistratura) e 108 (Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge) della Costituzione concretando, già la sola ultima disposizione citata, l'ipotesi che si riferiva in testo.

ordinanza, che si può ritenere ammissibile risulta in tali casi definito compiutamente solo attraverso il ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico.

La riserva di legge assoluta richiede che la definizione della prestazione trovi enunciazione in legge con preclusione così di qualsiasi integrazione della stessa attraverso i principî dell'ordinamento giuridico ove la legge non abbia compiutamente sciolto la relazione di prevalenza fra beni giuridici nel caso concreto contrapposti.

In ciò dunque ci pare di ritrovare un ulteriore elemento differenziale fra riserva di legge « assoluta » e « relativa », poiché in quest'ultima la definizione degli elementi di esistenza dei poteri della pubblica amministrazione può essere definita con il concorso dei principî dell'ordinamento giuridico (definizione di esistenza in concreto), mentre tale via interpretativa deve ritenersi preclusa in presenza di riserve « assolute » di legge (necessità di una definizione esclusivamente generale e astratta dell'esistenza del potere).

La conseguenza più immediata della preclusione del ricorso ai principî in presenza di una riserva di legge « assoluta » è che l'ordinamento giuridico perviene nel suo complesso ad offrire una definzione di inesistenza del potere della pubblica amministrazione, proprio perché la legge non propone una individuazione generale e astratta (9) della relazione fra posizioni soggettive giuridicamente rilevanti ed è preclusa la ricerca di tale relazione attraverso la via del ricorso ai principî dell'ordinamento.

Un potere con tale contenuto non esite dunque in capo alla pubblica amministrazione né in forza di norme generali e astratte, né in forza di determinazioni particolari e concrete sta-

---

(9) Non crediamo che si possa soddisfare la riserva di legge assoluta con l'emanazione di una legge provvedimento.

bilite in vista dell'unità dell'ordinamento giuridico (i principî) (10).

2. *Legge (norme generali e astratte) e principî dell'ordinamento giuridico (diritto obiettivo puntuale e concreto) come limiti all'esistenza del potere di ordinanza. Principio di legalità e potere di ordinanza. Nel concetto di legalità sono compresi i principî dell'ordinamento giuridico. La compatibilità del potere di ordinanza con il principio di legalità.*

Nei capitoli che precedono si è trattato del rapporto che-

---

(10) Ciò non significa tuttavia affermare che nel caso di conflitto (non risolto espressamente dalla legge) fra diritti soggettivi, la cui disciplina è sottoposta dalla Costituzione a riserva di legge assoluta, l'ordinamento non possa consentire interpretazioni attente all'unità dell'ordinamento attraverso il ricorso ai principî come strumento interpretativo preferenziale per la risoluzione del conflitto. Si vuole unicamente affermare che il potere di ordinanza della pubblica amministrazione non è ammissibile in materia, poiché i limiti ai diritti imposti con il potere amministrativo non possono dirsi giuridicamente esistenti se non ove sussista la loro previa definizione in legge. A tal fine piuttosto si è assistito di recente ad un uso sempre cresente dell'articolo 700 cod. proc. civ. come strumento processuale a tutela dei diritti a contenuto non patrimoniale in situazioni d'urgenza, conformente forse alla ritenuta minor pregnanza della riserva di legge nel caso di poteri attribuiti agli organi giudiziari in posizione di terziarietà.

L'argomento tuttavia esula dall'oggetto della presente trattazione. Per una recente analisi in punto si veda: A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela* (1988), in *Foro it.*, 1990, V, 1 e s. Si noti che la più recente giurisprudenza pretorile (da ultimo Pret. Roma 9 gennaio 1988, Capogna c. Soc. Greeenhouse, in *Giust. civ.*, 1988, I, 793; Pret. Milano, 20 aprile 1989, Soc. Odeon c. Eagle Lion Distribution, in *Foro it.*, 1990, I, 703) ritiene l'ammissibilità di un ricorso di urgenza in tutti quei casi in cui, pur sussistendo i presupposti per l'adozione di misure cautelari nominate, queste non diano al diritto del ricorrente una tutela corrispondente a quella conferita dall'art. 700 cod. proc. civ., con ampia ana-

intercorre fra norme attributive del potere di ordinanza e precetti costituzionali, sia per ciò che gli stessi impongono alla legge di stabilire per l'esistenza e per l'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione (riserve di legge), sia per quanto è dagli stessi, non meno che dal legislatore ordinario, implicitamente posto come limite al contenuto del potere di ordinanza attraverso la definizione costituzionale degli interessi pubblici e privati e della conformazione che degli stessi interessi è offerta dal legislatore ordinario.

La riserva di legge relativa impone che la prestazione imposta dall'amministrazione trovi definizione in legge, ma soprattutto per le prestazioni di *facere* non sempre tale indicazione *ex lege* consente di individuare i diritti soggettivi che l'ordinamento vuole inesistenti a fronte di un potere dell'autorità, né di converso gli interessi pubblici che si vuole prevalenti con l'attribuzione del potere autoritativo alla amministrazione pubblica (11).

Da ciò la necessità di procedere ad una verifica ulteriore a mezzo del processo interpretativo dei principî dell'ordinamento giuridico, che al primo limite (riserva di legge) non si sostituisca, ma al contrario ad esso vi si aggiunga.

Nel caso in cui il conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado non sia risolto direttamente dalla legge la soluzione è ricercata attraverso il processo interpretativo dei principî dell'ordinamento giuridico, per ciò che i principî consentono di definire in ragione ed a favore dell'unità dell'ordinamento.

---

logia verso la disciplina posta per il potere di ordinanza di necessità e urgenza di cui è titolare la pubblica amministrazione la quale si ricorderà che richiede, ai fini della determinazione della legittimità dell'ordinanza, che i poteri detti « tipici » siano inutili alla bisogna.

(11) Si è cercato infatti di dimostrare che gli enunciati sui motivi e sulle materie sono definizioni che delimitano ulteriormente l'esercizio del potere di ordinanza, essendo il primo, ove lo si ritenga inerente al fine di interesse pubblico, comunque desumibile della situazione di necessità e urgenza presupposto del potere ed il secondo enunciato di delimitazione della competenza fra organi titolari del potere stesso.

Si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono che il giudizio di prevalenza di un interesse (bene giuridico) su altri non può essere desunto dalla sua qualificazione pubblica.

La necessità del ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico vorrebbe proprio evidenziare che è assente ogni determinazione in via generale e astratta (legge) della prevalenza di un determinato interesse in contrapposizione ad altri, sicché *a fortiori* parrebbe esclusa ogni generalizzazione di tale prevalenza di un bene in sé e per sé considerato senza relazione alcuna con altri, ma solo perché l'ordinamento attribuisce ad esso la qualificazione pubblica.

È possibile pervenire a diversa conclusione solo ove si consenta di utilizzare indistintamente e in senso lato parole che in diversi contesti assumono precisi significati che non possono essere considerati equivalenti.

I poteri pubblici e i diritti privati trovano entrambi fondamento nella legge, che li prevede e tutela nell'interesse pubblico di una civile e ordinata convivenza fra tutti i soggetti dell'ordinamento.

Pubblico e privato (come antinomie) si pongono come qualificazioni ulteriori di una posizione soggettiva che di fronte alla legge non può che essere eguale (12).

L'interesse pubblico, in tale ultimo senso inteso, è normalmente attribuito alle cure della pubblica amministrazione; l'interesse privato è definito tale perché attribuito alla autonomia giuridica dei soggetti privati. Vi sono interessi privati che prevalgono sui poteri pubblici: perciò i diritti soggettivi. Vi sono

---

(12) Si confrontino: E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 802 e s.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., *passim*, ma spec. 153 e s.; nonché: P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953; P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Diritti e doveri dei cittadini*, del *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1960, 726.

interessi pubblici che prevalgono sui privati: perciò i poteri dell'autorità pubblica.

Solo la norma (espressa o implicita), o più precisamente il diritto obiettivo (astratto, o concreto) che pone in relazione i due interessi in conflitto può esprimere il giudizio di prevalenza fra i beni giuridici contrapposti. Solo tale relazione stabilisce ove c'è il diritto soggettivo e dove c'è il potere pubblico.

Solo quando si è in presenza di un interesse pubblico tutelato dalla legge con l'attribuzione di un potere (autoritativo) si può dire con sicurezza che tale interesse pubblico prevale sulla posizione di diritto soggettivo che ad esso si contrappone (13).

I principî dell'ordinamento giuridico, come metodo interpretativo di risoluzione dei conflitti fra beni giuridici egualmente tutelati in norme scritte e non risolti in via generale e astratta dalla legge, valgono a riportare alla luce le scelte di valore che necessariamente sono contenute in ogni ricostruzione dell'ordinamento in favore della sua unità. Scelte di valore che non possono più trovare, in generiche locuzioni (interesse pubblico), coperture lessicali di comodo.

La riserva di legge garantisce dunque che i poteri della pubblica amministrazione singolarmente considerati trovino un referente legislativo ed inoltre che si consideri inesistente ogni potere della pubblica amministrazione che non trovi nella legge stessa la previsione del « tipo » di prestazione imposta.

I principî attengono invece più propriamente ad un contemperamento fra posizioni soggettive alle quali l'ordinamento riconosce in sede legislativa (generale e astratta) pari dignità, ma di cui occorre nel caso di conflitto offrire una soluzione che, non essendo stata posta dal legislatore in via astratta, è dall'ordinamento definita in concreto, in ragione della sua complessità (unità).

---

(13) Conclusioni non dissimili ci paiono quelle di: A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., nella parte in cui sottopone a disamina le sentenze della Suprema Corte degli Stati Uniti d'America che hanno fatto uso del *balancing test*.

Riserva di legge e principî dell'ordinamento giuridico contribuiscono dunque entrambi, seppur in diversa guisa, a delimitare i contenuti del potere di ordinanza che sono da ritenere ammissibili nel nostro ordinamento.

La presenza dei principî dell'ordinamento giuridico come condizione di validità (conformità) del potere di ordinanza al diritto obiettivo potrebbe porre in crisi il rapporto di soggezione che normalmente lega ogni potere della autorità alla legge (principio di legalità).

Non pare revocabile in dubbio infatti che parte del contenuto di esistenza (14) che la pubblica amministrazione ha in concreto prescelto per il potere di ordinanza sia controllato dall'ordinamento attraverso il processo interpretativo dei principî, che legge non sono, ma che soprattutto ad essi è possibile far richiamo solo ove la legge non esprima una norma, in altre parole in assenza di legge (*lacuna legis*).

Se così deve essere inteso il rapporto di conformità del potere di ordinanza con il diritto obiettivo appare chiaro che se la relazione con la legge non può dirsi inesistente (15) non as-

---

(14) Non diversamente per il contenuto d'esercizio del potere che è regolato per le ordinanze amministrative di necessità e urgenza quasi sempre dal vizio di eccesso di potere (per eccezioni si veda l'art. 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59 sul funzionamento del ministero dell'ambiente con riferimento all'art. 8, comma III, della l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del ministero stesso). Il vizio di eccesso di potere scaturisce infatti anch'esso da norme di *jus non scriptum* distinguendosi perciò dal vizio di violazione di legge.

Principî dell'ordinamento giuridico e vizio di eccesso di potere appaiono dunque come i due momenti essenziali di disciplina del potere di ordinanza; entrambi hanno la caratteristica di divenire operanti ove non sia presente una disposizione generale e astratta (lacuna).

(15) Perché sussiste comunque il limite posto dalla riserva di legge (sia per ciò che attiene agli elementi di esistenza -prestazione imposta—, sia per ciò che rileva in ordine ai parametri necessari a definire il corretto esercizio del potere -fine di interesse pubblico o altri parametri idonei-) e più in

surge però mai a disciplina unica, o principale, delle vicende giuridiche in materia.

La conclusione impone di riconsiderare in radice la stessa relazione che comunemente si suole comprendere sotto la denominazione principio di legalità dell'azione autoritativa (16) della pubblica amministrazione.

Il principio di legalità non può più solo essere inteso come conformità degli atti autoritativi, dunque dei poteri, della pubblica amministrazione alla legge, alle singole disposizioni che della stessa regolano l'attribuzione di poteri pubblici (17).

L'ordinamento pare infatti richiedere sempre più una duplice relazione di conformità degli atti dei soggetti che in esso vi trovano riconoscimento (18): conformità alle singole disposi-

---

generale dalla conformazione legislativa degli interessi fatti valere con il potere di ordinanza e dei diritti soggettivi al primo contrapposti, poiché entrambe le conformazioni sono la base di partenza per la individuazione del reale conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado.

(16) La estende anche alla attività di diritto privato: C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; contrario è: M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I-II, Milano, Giuffrè, 1965, 96 e s., che restringe il principio alle ipotesi di attività autoritativa sfavorevole, con limitazione dei diritti dei destinatari. Per l'opinione comune in materia si veda la dottrina indicata al capitolo IV che precede.

(17) Al di là di una conformità alla prestazione imposta per legge emerge infatti la diretta relazione fra beni giuridicamente protetti (siano essi a valenza pubblica o privata) in disposizioni scritte di pari grado, di cui l'ordinamento deve offrire almeno in via concreta un giudizio di preferenza.

La questione appare di particolare interesse per tutti i casi in cui a contrapporsi siano interessi privati e al contempo sia presente altresì un interesse pubblico attribuito alle cure della pubblica amministrazione che depone a favore dell'uno o dell'altro interesse in contesa.

(18) Così A. TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978, 2062 e s., spec. 2080 ove dice: « La legalità non si limita al rispetto di singoli precetti, ma esige una visione globale di completezza e armonia, im-

zioni di legge, conformità alla sintesi che l'ordinamento deve offrire delle diverse disposizioni poste a tutela degli interessi (pubblici o privati) giuridicamente rilevanti per il mantenimento della sua unità. La conformità alle singole disposizioni di legge è garantita e imposta dalle riserve di legge, dalle disposizioni costituzionali e di legge ordinaria poste a tutela degli interessi, pubblici e privati, giuridicamente rilevanti.

La conformità alle esigenze di unità dell'ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico, cioè dalle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente considerati di pari grado nelle disposizioni di legge, perché degli stessi l'ordinamento non ha voluto offrire una relazione generale e astratta, ma unicamente relativa al caso concreto (19).

Il principio di legalità come sinora è stato comunemente inteso esprime sicuramente la necessità di una conformità dei provvedimenti amministrativi alle singole disposizioni di legge. Pare invece meno conforme alla opinione comune (20) comprendere

---

plicando l'integrazione del sistema mediante l'applicazione del criterio analogico, nelle sue due forme dell'*analogia legis* e dell'*analogia juris*, che presuppongono l'individuazione dei principî del sistema. »

(19) Pare che l'ordinamento con i principî voglia mantenere una maggiore elasticità rispetto a ciò che può offrire con il carattere generale e astratto delle norme di legge. La relazione fra alcuni beni tutelati in norme di pari grado è demandata a giudizi relazionali che di volta in volta l'ordinamento si riserva di esprimere per singoli casi concreti, in ragione delle sue evoluzioni, ma soprattutto in ragione della diversa composizione degli interessi in conflitto, senza pervenire a scelte di valore che si ritengono elette una volta per tutte.

(20) A favore A. TRABUCCHI, *Significato e valore...*, cit., « Nel concetto concreto di legalità entrano insieme, coerentemente in una visione oggettiva norme e principî », op. cit. 2081. « La legalità di cui andiamo delineando un'immagine modernamente intesa è il risultato di un'indagine sul sistema in vigore. » « Essa è in ogni momento il risultato che viene dedotto obiettivamente dal sistema, nel rispetto del suo ordine: senza una definizione a priori

nel principio di legalità anche la necessità di una conformità dei poteri pubblici ai principî dell'ordinamento giuridico nell'accezione qui accolta.

Considerare i principî dell'ordinamento giuridico come componente normale del principio di legalità significa rimarcare di questi la stretta funzionalità che l'ordinamento attribuisce ad essi a contemperamento, a limite, della capacità del legislatore (21).

---

che potrebbe essere contraria alla logica coerenza del suo esistere e del suo operare. ». op. cit. 2081.

(21) Parrebbe sussistere una distinzione di rilievo fra il limite dei principî dell'ordinamento (art. 1 « L'Italia è una » e art. 5 « La Repubblica, una e indivisibile, » della Costituzione) e quello posto dal principio di ragionevolezza (arg. ex art. 3 della Costituzione).

Il limite dei principî dell'ordinamento giuridico si distingue dal principio di ragionevolezza poiché il primo rivela il limite della capacità giuridica del legislatore come impossibilità di una efficacia (ed ancor prima di una interpretazione) separata delle singole disposizioni di legge, ovvero di partizione in settori dell'ordinamento giuridico senza rapporto alcuno con l'intero ordinamento, con quello che è da ritenersi a tutti comune. Cioè i principî impongono sempre una sintesi (interpretazione) delle diverse scelte legislative che di per sé non possono mai essere impedite, o espunte (annullamento), dal sistema con il procedimento di ricomposizione indicato. La rilevanza costituzionale del principio di ragionevolezza è invece limite alla discrezionalità del legislatore, di validità dei suoi atti, poiché consente di annullare le singole disposizioni legislative (in deroga) che non trovino in un interesse (bene), giuridicamente rilevante, la giustificazione di una diversa disciplina normativa. I principi dell'ordinamento ove abbiano rilevanza costituzionale (regioni a statuto speciale) consentono anch'essi di pervenire all'annullamento di disposizioni di legge, ma solo ove operate dal legislatore regionale; per quello nazionale infatti vale la regola indicata secondo la quale ogni scelta contribuisce a definire l'unità dell'ordinamento, va interpretata in funzione di tale unità (« interpretazioni adeguatrici »), ma non può essere espunta dallo stesso (annullamento), sempre che tali scelte non configurino un'ipotesi di mutamento dell'ordine costituzionale oltre i limiti consentiti dalla Costituzione per la sua identità (potere costituente).

I principî dell'ordinamento sono un argomento interpretativo che defi-

Gli atti di volontà del legislatore, che oggi (22) sono espressi senza sentire più l'utilità di attenersi ad un disegno sistematico, debbono infatti trovare nell'interpretazione lo strumento giuridico necessario a consentire la loro ricomposizione ad unità, che è sicuramente elemento imprescindibile per l'unità dell'intero ordinamento giuridico.

Fuori da ciò il legame dei principî dell'ordinamento giuridico con la legge appare del tutto inesistente, anzi si è detto (23) che per taluni profili è di netta contrapposizione, sì da impedire eccessive valutazioni critiche verso coloro che sono pervenuti a patrocinare la conversione della denominazione del principio di legalità in « principio di normatività » (24).

Al di là della questione terminologica pare importante aver riportato alla luce alcune possibilità del modo di operare dei principî dell'ordinamento giuridico in un sistema che anzitutto nella legge scritta trova il suo fondamento.

La complessità delle istanze sociali, non meno della pluralità delle risposte legislative, paiono tuttavia rendere sempre più necessario evidenziare ciò che nell'ordinamento è capace di contrapporsi alla anomia, o più semplicemente all'apparente

---

nisce la disposizione nel suo rapporto con il sistema (unità), il principio di ragionevolezza pare invece il limite entro il quale è ammissibile una deroga.

(22) Lo rileva: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 76, spec. 77; con tono diverso: A. TRABUCCHI, *Significato e valore*, cit., 2080; cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1938, 192.

(23) Ai principî è consentito di operare solo ove la legge non abbia disposto. Inoltre alla generalità e astrattezza (determinazione *ex ante*) della legge si contrappone la puntualità e concretezza (determinazione *ex post*) dei principî.

(24) G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1971, 40, 45; Cfr.: F. SATTA, *Principio di legalità*, cit., pag. 10 e nt. 7, 8, pag. 15. Se per norma però si intende atto generale e astratto il principio così confinato non riuscirebbe a comprendere i principî dell'ordinamento giuridico, che sono diritto obiettivo puntuale e concreto.

disinteresse del diritto obiettivo, che non può essere affermato solo perché assenti discipline giuridiche generali e astratte.

3. *Legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza e principio di legalità: le norme di "jus non scriptum" di definizione del vizio di eccesso di potere. Il contributo di tali norme alla legalità. Il potere in esame regolato quasi unicamente dallo "jus non scriptum". Il favore dell'ordinamento per la legge.*

La ricerca di ciò che pare riconducibile entro la definizione del principio di legalità non può dirsi conclusa ove non si pervenga ad analizzare quegli aspetti della disciplina dei poteri autoritativi dell'amministrazione che definiscono nel nostro ordinamento le condizioni per un loro legittimo esercizio.

Nei capitoli che precedono si è tentato di individuare la disciplina giuridica che per le riserve di legge relative deve essere imposta dalla legge (25) affinché siano stabiliti i parametri minimi di un corretto esercizio o definire l'esistenza del potere amministrativo, parametri altresì necessari a consentire la sindacabilità dello stesso ad opera degli organi di controllo, o di giurisdizione, competenti.

Si è detto che i « parametri idonei » dei quali parla la Corte costituzionale possono venir definiti dal legislatore in modalità generali e astratte di esercizio del potere (norme sul procedimento) con conseguente normale determinazione del vizio di violazione di legge, ovvero con semplice indicazione del fine e di altri elementi utili a stabilire in concreto le scelte che sono

---

(25) Cioè dettata dalla legge stessa, o desumibile da altre norme (es. regolamenti), o dalla stessa organizzazione istituzionale dell'ente, cui la norma attributiva del potere autoritativo abbia fatto rinvio. È quanto ci pare sia stato possibile desumere dalle sentenze della corte costituzionale in materia sulla cui analisi ci si è soffermati al paragrafo 6, del capitolo V.

consentite alla pubblica amministrazione nell'esercizio di un determinato potere, ciò che in altri termini è considerato un atto legittimo (26).

Questi sono enunciati minimi di una disciplina sostanziale dei poteri della pubblica amministrazione che la Costituzione vuole per il nostro ordinamento anteriormente ed indipendentemente dall'eventualità di un sindacato giurisdizionale.

È tuttavia esatto ritenere che avanti al giudice la disciplina sostanziale sia strumento essenziale di giustizia dei rapporti giuridici che scaturiscono dall'atto (27) nel diritto amministrativo come in ogni altro settore del diritto obiettivo.

Non sempre della distinzione in parola è stata colta l'importanza accorpando più o meno indistintamente i concetti di « azionabilità delle pretese del cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione », « sindacabilità » degli stessi e disciplina imposta dalle riserve relative di legge; forse proprio perché tutte sono state viste come nozioni necessarie a comprendere il concetto di « principio di legalità dell'azione amministrativa ».

La distinzione pare invece utile (28) per definire l'esatto significato giuridico della disciplina che in materia stabilisce l'assetto dei rapporti fra pubblici poteri e soggetti che ne divengono destinatari.

L'« *azionabilità* » sta normalmente ad indicare il potere di un soggetto di agire in giudizio, cioè di far valere le proprie doglianze avanti ad un giudice, che l'articolo 24, comma I, del-

---

(26) Si veda il paragrafo 6, del capitolo V.

(27) L'affermazione ci pare valida sia per la disciplina sostanziale che la riserva di legge impone per l'esistenza dei poteri pubblici, sia per quella che si vuole in ragione di un legittimo esercizio degli stessi. Il conseguente sindacato del giudice ordinario o del giudice amministrativo è infatti possibile nell'uno e nell'altro caso in forza degli enunciati sostanziali rispettivi.

(28) La dimostrazione ci è parso di offrirla con lo scritto Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione, cit., 547 e s.

la Costituzione riconosce a tutti per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi (29).

La « *sindacabilità* » parrebbe indicare letteralmente la caratteristica dell'atto amministrativo di essere sottoposto al sindacato di un organo diverso da quello che lo ha emanato, ovvero mediatamente il potere di tale organo di sindacare l'atto stesso.

Se in tale ultimo senso ci si vuole riferire al potere attribuito all'organo giurisdizionale può apparire più preciso parlare di garanzia della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113 della Costituzione), o di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario (art. 102 della Costituzione) ed amministrativo (art. 103 della Costituzione), ovvero di riserva di giurisdizione per i poteri che agli stessi sono attribuiti in tali ambiti di giustizia (art. 113-102; 113-103; cit.) (30).

Le *riserve di legge relative* attengono invece, come si è detto, alla disciplina sostanziale dei rapporti giuridici che intercorrono fra pubblica amministrazione e destinatari della sua azione, sicché parrebbe non preciso confonderle con la azionabilità, la sindacabilità, o la riserva di giurisdizione, sancite in altri articoli della nostra Costituzione (31).

---

(29) M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 165, ove si sottolinea l'autonomo significato.

(30) Nel senso tuttavia di una indefettibilità e insostituibilità dei poteri che attengono ai giudici (funzione giurisdizionale) nei confronti dei provvedimenti amministrativi, con particolare riferimento agli strumenti di giustizia offerti dalla stessa pubblica amministrazione. Quest'ultimi possono al più configurarsi come momento ulteriore e non sufficiente della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione. Su ciò più ampiamente in: *L'articolo 113 Costituzione* ..., cit., paragrafo 7.

(31) La Corte costituzionale (seppur con maggior frequenza in materie che non involgono la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo) ha più volte rilevato la distinzione respingendo le questioni di costituzionalità proposte per contrasto con l'articolo 113 Cost. poiché in realtà rivolte a contestare profili di disciplina sostanziale del rapporto giuridico: Corte cost., 1 febbraio 1973, n.4, in *Giur. cost.*, 1973, I, 11; 2 febbraio 1971, n. 13, in ID., 1971, I, 105 (*entrambe sulla disciplina dell'esecuzione fiscale sui beni*

Se il legislatore vieta che avanti al giudice competente si conosca e si decida su un qualsiasi vizio di legittimità deducibile secondo la disciplina sostanziale indicata per un provvedimento amministrativo si viola la garanzia di tutela giurisdizionale posta dall'articolo 113 della Costituzione.

Parrebbe più corretto invocare invece la violazione delle disposizioni costituzionali che statuiscono riserve relative di legge ove un atto dell'autorità amministrativa non trovi nell'ordinamento norme sufficienti a delimitare il corretto esercizio o definire l'esistenza del potere, poiché la eventuale insindacabilità giurisdizionale dell'atto amministrativo è in tal caso conseguenza immediata dell'assenza o dell'insufficiente presenza di una disciplina sostanziale del provvedimento impugnato (32).

Precisati gli ambiti di rilevanza della disciplina giuridica dei singoli enunciati si può anche convenire sulla considerazione che tutti attengono al principio di legalità, poiché ognuno di essi contribuisce per propria parte a definire il rapporto giuridi-

---

in disponibilità del debitore); 16 luglio 1987, n.268, in *Foro it.*, 1987, I, 2597 (*Sulla privatizzazione del rapporto di impiego delle Ferrovie dello Stato*) che ha però eluso altresì la questione di diritto sostanziale che le era stata proposta. A favore della distinzione indicata in testo ci è parsa Corte cost., 3 aprile n. 100, in *Foro it.*, 1987, I, 1671, con nota di A. PIZZORUSSO.

(32) Accogliendo tale interpretazione della disciplina dei poteri attribuiti alla amministrazione pubblica è possibile concludere che il legislatore è libero, nei limiti indicati dalle riserve di legge, di stabilire la disciplina che ritiene preferibile per l'esercizio dei poteri dell'autorità: con determinazioni generali e astratte (nei casi in cui si voglia uniformità dell'azione amministrativa), ovvero con parametri che consentono una valutazione solo in concreto del legittimo esercizio del potere medesimo (per le ipotesi in cui sia preferibile avere una azione amministrativa attenta alle diversità dei singoli casi), sempre che nell'una e nell'altra delle definizioni offerte dal legislatore, in via diretta o *per relationem*, sussistano enunciati sufficienti ad offrire una delimitazione dell'esercizio del potere, distinguendo così la legittimità da ciò che già un tempo era definito « abuso » (della discrezionalità) « nell'azione della pubblica autorità ».

co che è considerato essenziale fra poteri della pubblica amministrazione e loro destinatari.

Il punto nodale della definizione del principio di legalità non pare infatti consistere nel diverso fondamento costituzionale che si ritiene preferibile offrire del principio stesso (33).

Quando si voglia comprendere nel principio di legalità oltre alla disciplina sostanziale dei poteri pubblici anche la garanzia del loro sindacato giurisdizionale, ovvero solo l'una o l'altra delle due discipline normative, ci si accorge che tali affermazioni implicano che si accetti l'inclusione nel principio di legalità anche di aspetti di disciplina dei poteri dell'amministrazione che poco hanno del modo tipico di porsi della legge, anzi che legge non sono.

Fra questi ci pare che si debbano annoverare, oltre ai principî dell'ordinamento giuridico, anche la disciplina dei poteri pubblici da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere.

Se si escludono le discussioni che talvolta hanno portato taluni a ritenere lo sviamento di potere, o talune ipotesi di erronea determinazione dei presupposti di fatto o di diritto, come strumenti conoscitivi dell'illegittimità dell'atto amministrativo a struttura non dissimile da quella propria del vizio di violazione di legge, è parso normale ritenere (34) che il vizio di eccesso

---

(33) Sia esso l'articolo 113 della Costituzione, ovvero l'articolo 101, comma II (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge »), o le singole norme che dispongono riserve relative (art. 23, art. 40 e s.); o ancora l'art. 1 e 5 Cost. che sanciscono l'unità dell'ordinamento giuridico italiano.

(34) L'affermazione è generale, ma con specificazioni talvolta molto differenti fra loro, per tutti si vedano: F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 108 ove si inizia a parlare di « caso di interpretazione razionale delle leggi » (relativamente alla omessa indicazione nel bando dell'elenco dei documenti che leggi e regolamenti non definivano chiaramente, ingenerando così confusione) cui si ricollegano le enunciazioni sulla violazione dello « spirito della legge » su cui *infra*; per C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, 1935, 119 e s., è l'oggetto stesso del sindacato, su cui si veda la interessante polemica fra questi e M. S. GIANNINI, in *Stato e diritto*, 1941, 131 e

di potere si caratterizzi, dunque si distingua dagli altri vizi di legittimità, per un « giudizio di congruità, logicità, razionalità », degli elementi che in concreto hanno definito la scelta della pubblica amministrazione in sede di esercizio di un potere d'autorità.

Separata la originaria matrice dell'enunciato « eccesso di potere » dalla « incompetenza » (35), già con i primi anni immediatamente successivi alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato si è pensato di distinguere il vizio dell'eccesso di potere da quello di violazione di legge e si propose inizialmente una locuzione che parve forse sufficiente allo scopo, ma che oggi suonerebbe come generica e di difficile esplicazione: l'eccesso di potere trovò infatti spiegazione nella violazione dello « spirito della legge » (36).

---

s., 439 e s.; *ivi*, 1942, 46 e s.; critico di quest'ultimo è: F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 13, ma sull'esigenza di logicità pag. 26; da ultimo: G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, 3167, « illogicità, incoerenza, irragionevolezza (dell'attività amministrativa) per difetto dei presupposti o per inesatta rappresentazione dei fatti posti a base della decisione o per contraddittorietà fra i presupposti e le decisioni assunte »; per un controllo di « razionalità: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, 756. L'affermazione in testo ha forti relazioni, ma non pare possa confondersi, con l'idea che distingue all'interno dell'eccesso di potere lo sviamento, perché accertabile attraverso la prova diretta, dai casi in cui il vizio di eccesso di potere è desunto solo tramite presunzioni (sintomi); sul punto da ultimo: P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova, Cedam, 1987, 458.

(35) A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III, 128 e s., spec. 130; poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1901; di recente: O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 68.

(36) A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere*, cit., (in *Scritti* ...), 289; V. E. ORLANDO, *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge com. e prov.*, in *Foro it.*, 1935, III, 152; F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come*

Questa origine esplicativa trova ancor oggi parziale accoglimento nella convinzione che l'illegittimità degli atti amministrativi si caratterizza (se si esclude l'incompetenza) come eccesso di potere per ogni aspetto in cui l'esercizio del potere amministrativo sia discrezionale (37), come violazione di legge in tutti gli altri casi ove non esista una sfera giuridica amministrativa che è normalmente preclusa al sindacato giurisdizionale (38).

Più in particolare si è ritenuto che sia il vizio di violazione di legge, sia il vizio di eccesso di potere, determinano il legittimo contenuto di esercizio del potere, ma il primo scaturisce da violazioni di norme che contengono scelte di carattere generale e astratto (di legge o di regolamento) il secondo è invece, sempre e comunque, un giudizio in concreto di legittimità dell'atto (39).

---

vizio di eccesso di potere, in *Giur. it.*, 1912, III, 108; Cons. di stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, Vastarini c. R. Commissario della Santa Casa degli Incurabili di Napoli, in *Giur. it.*, 1892, III, 114 che pur respingendo il ricorso, afferma che nulla di « illogico, d'irrazionale e di contrario allo spirito della legge » è rintracciabile nel provvedimento al fine di riscontrare il vizio di eccesso di potere (col. 152); Cons. di Stato, sez. IV, 28 gennaio 1892, Ruffoni c. Fosconi, *ivi*, III, 74 ove enuncia il concetto di contrarietà allo spirito della legge e di illecito scopo (col. 78).

(37) Perché in tali casi è impossibile un sindacato rigido di mera conformità alla legge, da ultimo: V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, *Riv. dir. proc. amm.*, 1984, 467, 468, 480. Cfr. per il sindacato del giudice amministrativo in ordine alla discrezionalità tecnica: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, (1982) poi in *Dir. proc. amm.*, 1983, 422 e s.

(38) In tal guisa legittimità e merito sono concetti contrapposti ed ha ciò conseguirebbe che, per gli aspetti che attengono all'oggetto del giudizio, il difetto assoluto di ogni giurisdizione non sarebbe normalmente ammissibile ove si tratti di attività vincolata dell'amministrazione.

(39) V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 468 ove parla di « indeterminabili a priori »; E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Diritto e processo — Scritti vari di diritto pubblico*, Pa-

Tale giudizio tuttavia non significa impossibilità per la pubblica amministrazione di identificare quali scelte si configurano come esercizio legittimo del potere e quali no.

Ciò che si vuole esprimere pare piuttosto consistere nell'impossibilità per qualsiasi interprete di definire in astratto le scelte che sono legittime secondo il nostro ordinamento, proprio perché si è voluto che la verifica fosse pronunciata recependo gli elementi concreti che di volta in volta hanno determinato l'esercizio del potere ed esprimendo il sindacato di le-

---

dova, Cedam, 1978, 130 e s., spec. 131; così conferma M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematica*, Dir. proc. amm., 1987, 474; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 3170, ove precisa che il sindacato è *ex post* perché la giustificazione è *ex post*. Infine critico potrebbe essere inteso lo scritto di P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, 587 e 588, ma ammette che per il potere di ordinanza è impossibile porre criteri di massima, 587. Tuttavia l'affermazione secondo cui si impone alla p.a. di prefiggere criteri alla propria azione, nei casi di provvedimenti ampliativi delle facoltà del privato se le disponibilità pubbliche siano inferiori alle richieste degli istanti, può essere interpretata come elemento di conformità alle interpretazioni della Corte costituzionale che in materia di riserve relative non ritengono necessario un intervento diretto della legge nella prefissione di « parametri » o « principî direttivi », purché questi sussistano e consentano una adeguata sindacabilità dell'esercizio del potere. Normalmente ciò significa che se tali parametri non sono desumibili dalla struttura organizzativa dell'istituzione essi debbono essere direttamente posti dal legislatore. La tendenza della giurisprudenza amministrativa può essere utile nei casi indicati a convertire la illegittimità costituzionale della legge in illegittimità del procedimento amministrativo per inosservanza della previa indicazione di criteri alle successive determinazioni puntuali dell'amministrazione. L'assenza di una tale prefissione in materia di riserve relative parrebbe dunque configurarsi più come violazione di legge che non come vizio di eccesso di potere. In tutti i casi l'indirizzo indicato si pone o come elemento aggiuntivo di quanto richiesto dalla riserva di legge per la sindacabilità del potere, ovvero applicazione di questo per i casi in cui non possa essere realizzata altrimenti la veri-

gittimità solo sulla « congruità, logicità, razionalità » della scelta operata in base ad essi (40).

In tal senso la verifica non attiene, per la gran parte dei casi, ad un rapporto con definizioni astratte di legge o regolamento, ma ad un rapporto qualificato come logico, razionale, ecc. fra i presupposti concreti, le scelte che in concreto ha operato l'amministrazione e il fine di interesse pubblico prescelto dall'amministrazione per quell'esercizio concreto dell'atto.

Si potrebbe pensare ad una particolarità del normale modo di intendere la legittimità degli atti amministrativi (così come avviene per la violazione di legge e l'incompetenza) la quale non troverebbe il proprio fondamento in singole norme gerarchicamente superiori, ma in forza di un'unica norma generale che vuole l'esercizio dell'attività amministrativa improntato a « razionalità, congruità e logicità » (41).

Forse appare preferibile riprendere la tesi di chi affermò con largo seguito che l'eccesso di potere è vizio della « funzione amministrativa » perché sono le norme che regolano la stessa ad essere violate e solo per conseguenza di ciò si perviene all'annullamento dell'atto (42).

---

fica dell'esercizio del potere, con particolare riferimento al principio di eguaglianza dell'azione amministrativa. Il problema sollevato dall'autore è di estremo interesse e meriterebbe approfondimento qui impossibile.

(40) La frase presuppone che l'accertamento della verità degli elementi posti a base dell'esercizio del potere rispetto a quanto dichiarato nell'atto (individuazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, accertamento della situazione presupposta, ecc.) sia già stata operata dall'interprete.

(41) Al punto in cui si potrebbe pensare che il vizio di eccesso di potere potrebbe trovar fondamento in una norma con tutte le caratteristiche del diritto naturale, costituendo così un *unicum* nel nostro ordinamento. Come è noto il principio di « ragionevolezza » come canone di legittimità costituzionale delle leggi è in realtà una ipotesi di giudizio in cui si ricerca se sussiste un bene giuridico (o ragione di tutela) tale da giustificare una disciplina legislativa diversa rispetto ad altre scelte normative operate dall'ordinamento.

(42) F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 e s.

L'affermazione è troppo nota per doverne qui ancora riferire, ma un'aspetto di essa è parso dimenticato dai successivi richiami operati dalla dottrina che di tale teoria ha fatto largo uso.

Le norme che definiscono il vizio di eccesso di potere sono state individuate in « principî e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo. » (43).

Con maggior precisione si ritiene che tali norme costituiscano le « caratteristiche giuridiche essenziali della funzione amministrativa » (44), « intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo » (45).

Ogni qualvolta si deve cercare una norma "al di là della legge" si tende a fare riferimento ai principî e normalmente con diretto riferimento alla astrazione generalizzante a partire dalle singole disposizioni di legge (46).

La soluzione è prescelta poiché si ricerca una norma a "carattere più generale" capace di dar soluzione al caso non espressamente sciolto da disposizioni legislative; l'astrazione generalizzante è altresì utile poiché si può ipotizzare che le scelte del legislatore ricalchino a grandi linee le possibili discipline di ragione (diritto naturale), ovvero il modo di atteggiarsi di una istituzione.

Se non si è convinti che il diritto obiettivo sia necessariamente una "scelta di ragione" e che non si possa per le norme

---

(43) F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., 26. Per la nozione di ordinamento amministrativo si vedano A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 95 e s; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 830 e s.

(44) Op. cit., 40.

(45) Op. cit., 29

(46) Non pare che quest'ultima sia la scelta preferita dalla interpretazione di Benvenuti nell'opera da ultimo citata.

che disciplinano i poteri autoritativi dell'amministrazione pervenire ad una interpretazione analogica (*juris*), appare preferibile accogliere l'ultima delle soluzioni indicate e ritenere che l'eccesso di potere trovi fondamento in norme di *jus non scriptum* (47), in quelle norme, che in assenza di disciplina generale e astratta, definiscono comunque le scelte legittime della pubblica amministrazione separandole da quelle che l'ordinamento non accoglie e alle quali conseguentemente non offre protezione.

In questo caso tuttavia l'ordinamento di riferimento non è quello generale, ma quello speciale in cui è posta al centro l'amministrazione pubblica, in cui la sua presenza come istituzione ed in particolare le norme che regolano la sua azione d'autorità, offrono di per sé gli elementi costitutivi minimi dell'ordinamento che è detto amministrativo proprio per distinguerlo dal primo (48).

In tal senso è corretto parlare di violazioni di « norme ge-

(47) La conferma si trae dalla pag. 40, *op. ult. cit.*, ed in particolare dalla nota 81 ove Benvenuti cita Santi Romano per la tesi della derivazione dei principî fondamentali dalla natura della istituzioni e E. CRISCIUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali Perugia*, 1922, 537 e 553 (che individua un limite insuperabile per un determinato ordinamento giuridico in ciò che ne costituisce il *minimum* essenziale).

Il concetto è poi ripreso implicitamente o esplicitamente da altri, per tutti: G. SACCHI MORSIANI, voce *Eccesso di potere*, del *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. III, 1982, 227, ove si dice che con l'eccesso di potere il giudice deve verificare « il modo della discrezionalità ed il rispetto dei limiti sostanziali negativi e positivi, anche se non consacrati in norme espresse ». G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, 3167 parla di regole *extra legem latae* « per indicare il carattere di norme aggiuntive rispetto ai vincoli di legge e interiorizzate nell'agire amministrativo ».

(48) F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere*, cit., 30,-31. Per la configurazione di un ordinamento particolare dell'amministrazione pubblica A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit. 95 e s.; ma si vedano tutti gli scritti dell'autore citati al paragrafo che segue.

nerali sull'esercizio del potere amministrativo autoritativo » proprio perché le norme di *jus non scriptum* sono la disciplina comunque valida per ogni esercizio di tale potere, per ogni potere autoritativo dell'amministrazione pubblica che non sia diversamente disciplinato da norme generali e astratte.

Il concetto si rivela con chiarezza anche solo soffermando l'attenzione sui casi di maggior difficoltà offerti dalle ipotesi di sviamento di potere il quale, è ben noto, opera come riscontro di legittimità dell'esercizio del potere anche indipendentemente da una indicazione espressa di legge sull'interesse che la pubblica amministrazione deve perseguire, potendosi lo stesso anche desumere dalle tipologie di interessi che l'ordinamento ha attribuito alla cura di una determinata istituzione (49).

Diverso problema è vedere se in taluni casi i parametri di riferimento per l'operare del vizio di eccesso di potere sono da ritenere sufficienti, o conformi, all'attuale assetto che la Costituzione impone nei rapporti fra pubblici poteri ed i soggetti che ne divengono destinatari: in caso negativo l'intervento della legge appare inevitabile per un immediato adeguamento ai nuovi valori dell'ordinamento.

Le norme dalle quali scaturiscono le ipotesi di vizio di eccesso di potere sono dunque norme di *jus non scriptum* poste

---

(49) Corte cost., n. 47/1957 (*Contributi Ente Prov. Turismo*; art. 23 Cost.); ID., n. 2/1962 (*Tassa per occupazione di suolo pubblico*; art. 23 Cost.); ID., n. 201/1975 (*Sconto obbligatorio sui prezzi dei medicinali*). Con tali sentenze confluiscono le decisioni della Corte in ordine alla sindacabilità giurisdizionale degli atti amministrativi in applicazione dell'articolo 113 della Cost. (sulle distinzioni fra la disciplina imposta dall'articolo 113 Cost. e quella che deriva dalle riserve di legge, si veda il nostro scritto Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione, cit. 546 e s.) si vedano Corte cost., n. 143/1972 (*Concorsi a cattedra, composizione delle terne*); ID., n. 41/1971 (*Mestieri girovaghi, iscrizione al registro* ex art. 121 t.u.l.p.s.); ID., n. 141/1969 (*Imposte di consumo, potere di ammissione all'oblazione*); ID., n. 15/1964 (*Tributi su acque minerali*).

dall'organizzazione amministrativa come disciplina minima (*rectius*: essenziale) della stessa.

In tal senso si può anche ritenere che le norme che definiscono il vizio di eccesso di potere siano norme-principio dell'organizzazione amministrativa perché coessenziali alla sua istituzione.

Tuttavia occorre precisare che il concetto in esame non coincide con l'*analogia juris*, se per tale si intenda il risultato normativo del processo di interpretazione per astrazione generalizzante a partire da singole disposizioni scritte, poiché le norme di *jus non scriptum* preesistono alle disposizioni scritte e quest'ultime sono poste dal legislatore, o dalla pubblica amministrazione con regolamento, per stabilire una diversa disciplina dell'azione autoritativa rispetto a quanto si pone comunque come diritto obiettivo della stessa (50).

La configurazione delle norme da cui scatutisce il vizio di eccesso di potere come principî dell'ordinamento amministrativo impone di verificare se quanto detto a suo tempo, sulla normale efficacia derogatoria della norma attributiva del potere di ordinanza dei principî sul « giusto procedimento » possa, essere ancora ritenuto valido.

---

(50) Parrebbe dunque scientificamente errato estrarre lo *jus non scriptum* dalle disposizioni scritte, anche se forse nella gran parte dei casi il risultato possa non divergere di molto. Essi infatti sono due modi di porre il diritto obiettivo in nulla assimilabili, sicché niente garantisce che il risultato dell'*analogia juris*, che intende partire da tutte le diposizioni scritte di una data istituzione, coincida con l'individuazione di una norma principio dell'istituzione stessa. L'affermazione assume ancora maggiore fondamento ove si pensi che le disposizioni scritte rivelano una propria specificità per ciò che esse esprimono di diverso da quanto è congramente già posto dai principî come diritto non scritto ed al contempo si deve ricordare che il legislatore nazionale non trova gli stessi limiti del legislatore regionale, sicché nulla garantisce che il primo debba provvedere diversamente solo per ciò che attiene alla disciplina di dettaglio senza esprimere principî diversi da quelli che sono dettati dall'istituzione attraverso il proprio porsi come organizzazione.

L'affermazione permane valida ove la si intenda nella portata offerta dal suo fondamento, cioè nel senso che il rapporto in deroga opera nei limiti degli enunciati espressamente posti dalle norme attributive del potere di ordinanza i quali non sono mai pervenuti a consentire il superamento delle norme di diritto da cui si ritiene scaturisca il vizio di eccesso di potere, siano, o non siano, considerate queste delle norme principio.

La precisazione offre l'occasione per cercare di comprendere perché l'eccesso di potere sia considerato il vizio che consente di esplicare il più discreto sindacato di legittimità dell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Il nostro ordinamento, si è detto, conosce solo (oltre l'incompetenza) l'alternativa tra violazione di legge e eccesso di potere.

La deroga alle norme scritte sull'esercizio di un potere dell'autorità amministrativa può avvenire solo ponendo altre norme scritte, ovvero, giovando del principio di specialità, non ponendone affatto (51).

In quest'ultimo caso, non diversamente dalle ipotesi in cui la norma in deroga ponga solo enunciati che in sé e per sé non esprimono la disciplina completa dell'esercizio del potere pubblico (es. potere di ordinanza), opererà il vizio di eccesso di potere.

Ogni ulteriore tentativo di derogare alle norme sull'azione della pubblica amministrazione, ivi comprese quelle che definiscono il vizio di eccesso di potere, significa necessariamente ritornare al vizio di violazione di legge, ovvero pervenire a eliminare l'efficacia di ogni norma (anche di *jus non scriptum*) di definizione della illegittimità del contenuto d'esercizio del potere d'amministrazione attraverso una legge di

---

(51) Cioè ponendo una norma che con dettato di specie abroghi ogni norma di azione e mantenga solo quelli che definiscono gli elementi esistenza del potere d'autorità.

sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (52).

Non occorre qui procedere oltre è sufficiente aver compreso che il diritto obiettivo da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere non è riconducibile alla tipologia della legge, o del regolamento, cioè a norme generali e astratte di disciplina dell'esercizio del potere pubblico.

Ciò nonostante di esse si è sempre fatto buon uso per sostenere la presenza del principio di legalità (sostanziale) nel nostro ordinamento, o più precisamente esse sono sempre state ritenute utilmente accolte nella disciplina che contribuisce a definire il principio stesso.

Se ciò è vero si deve allora riconoscere che il principio di legalità è concetto che comprende anche ciò che non è legge, ma con delimitazione a quel diritto non scritto che della legge costituisce un ineludibile « retroterra normativo » nel nostro ordinamento.

Nel caso di specie il rapporto di alternatività con la legge si specifica per quanto attiene al contenuto d'esercizio del potere nell'antitesi violazione di legge eccesso di potere, che con precisione deve però essere intesa come possibile compresenza di entrambe le violazioni rispetto ad un determinato esercizio del potere, ma mai relativamente allo stesso aspetto di disciplina e avendo riguardo prima a ciò che ha disposto la legge, o un regolamento, poiché rimane pur sempre residuale l'intervento delle norme (53) che determinano il vizio di eccesso di pote-

(52) Sulla legittimità costituzionale delle leggi di sanatoria in materia di poteri di ordinanza si veda Corte cost., 3 aprile 1987, n. 100, cit., e si consenta un rinvio per la disamina della questione al nostro scritto *L'articolo 113 della Costituzione* ..., cit., spec. par. 8. Per altro caso di esame di legittimità costituzionale al di fuori della materia qui in esame Corte cost., 5 novembre 1986, n. 229, in *Foro it.*, 1987, I, 1033.

(53) Anche se sul piano definitorio può rimanere utile continuare a considerare la violazione di legge come vizio residuale, cioè ritenendo violazione di legge ogni vizio di legittimità che non abbia le caratteristiche dell'incompetenza o dell'eccesso di potere.

re: cioè solo in assenza di una disciplina generale e astratta.

In ciò si coglie il normale modo di atteggiarsi nel nostro ordinamento dei rapporti fra diritto scritto e quel diritto non scritto che del primo sia completamento, sia poi quest'ultimo denominato principî, ovvero più semplicemente individuato in quelle regole minime, o in genere in quel diritto obiettivo, che caratterizza comunque l'esistenza di ogni organizzazione, di ogni istituzione.

In tal guisa opinando si può concludere che il potere di ordinanza di necessità e urgenza in esame appare disciplinato dalla legge e da quel diritto non scritto che comunque si offre come disciplina di completamento delle disposizioni legislative, ove le stesse non siano state espresse dagli organi competenti, imponendo così il diritto obiettivo anche a ciò che nella legge non era stato previsto.

Il potere di ordinanza, e forse anche in origine molti altri poteri autoritativi della amministrazione pubblica, sono stati disciplinati in gran parte e per tempi considerevoli da norme che legge non sono, senza che ciò implicasse necessariamente una loro sottrazione al principio di legalità.

Sul piano teorico la negazione della categoria del diritto non scritto può sortire lo spiacevole risultato di portare a considerare alla stessa stregua poteri conformi, o non conformi, al diritto non scritto, sol perché aspetti essenziali della sua disciplina non sono stati contemplati in legge.

Diversamente opinando ci si trova nell'alternativa di dover espungere dal sistema ogni potere che non trovi in legge gli elementi essenziali della sua disciplina di esistenza e di esercizio (potere di ordinanza), ovvero di pervenire a patrocinare interpretazioni restrittive della portata del principio di legalità, ritenendo sufficiente il rapporto non contraddittorio con la legge, ovvero la sola conformità formale dei poteri pubblici, solo perché in molti aspetti della disciplina dei poteri offerta dall'ordinamento la legge ben poco ha espresso.

Forse anche un tempo sarebbe stato preferibile ritenere che il principio di legalità esprimesse comunque la necessità di disciplina minima dei poteri dell'autorità amministrativa, perché ritenuta valida a definire l'assetto dei rapporti fra autorità pubblica ed i destinatari della sua attività, fosse poi questa disciplina stabilita dalla legge, ovvero in un diritto obiettivo non scritto che del primo è completamento.

Ogni potere che non avesse corrisposto a tale *minimum* di garanzie non avrebbe così potuto vantare una conformità al principio di legalità, con le conseguenze che si potevano allora considerare possibili in un ordinamento a costituzione flessibile.

Attualmente la disciplina minima dei poteri della pubblica amministrazione trova numerose garanzie costituzionali, ma le stesse, come si è visto, lungi dall'esaurire nella legge ogni necessaria regolamentazione, riconoscono ogni utilità che il diritto non scritto possa offrire a completamento del primo, imponendo tuttavia alla legge di intervenire ove complessivamente l'ordinamento non abbia ancora fornito una disciplina conforme ai nuovi valori giuridici imposti dalla nostra Costituzione ed ancor prima dal potere che ha costituito (« costituente ») il vigente ordinamento giuridico.

Le riserve di legge sono infatti definite, seppur impropriamente, « obblighi imposti al legislatore » ed attengono dunque al rapporto fra costituzione e legge ordinaria, imponendone la conformità *formale* e *sostanziale*, poiché se alla prima contraddicono si ha l'illegittimità costituzionale delle legge con conseguente sua estromissione dall'ordinamento giuridico secondo la disciplina stabilita dall'articolo 136 della Costituzione.

Il principio di legalità si rivolge invece al rapporto fra il provvedimento amministrativo e la legge, la *non conformità formale* o *sostanziale* dell'atto d'amministrazione al suo fondamento legislativo, o l'assenza di questo, importa che l'atto d'amministrazione sia annullato, o disapplicato.

Diverse denominazioni ove fraintese possono anche affievolire il significato di valore che il principio di legalità esprime, ovvero costituire espediente inutile; appare preferibile rivelare del principio in esame il contenuto reale offerto da ogni ordinamento ed in rapporto ad esso verificare l'eventuale sua osservanza da parte di ogni potere attribuito alla pubblica amministrazione.

A tal fine pare utile ricordare che il favore del nostro ordinamento è pur sempre per la legge, per quella disciplina generale e astratta che è ormai da tempo strumento preferenziale nella nostra cultura giuridica per l'espressione del diritto obiettivo, senza perciò dimenticare le utilità che talvolta possono essere offerte dalla necessità di una conformità ai diritti che legge non sono e che forse un tempo hanno retto gran parte del peso della graduale sottoposizione al diritto obiettivo dell'attività della pubblica amministrazione.

Il potere di ordinanza di necessità e urgenza ci è parso uscire indenne dall'analisi sin qui svolta sulla compatibilità con il principio di legalità della disciplina che *tutto* il diritto obiettivo nel suo complesso ha offerto del potere, proprio perché sono riemersi i limiti che la disciplina negletta del diritto non scritto ha *in questo caso* utilmente imposto, nonostante i silenzi del legislatore.

4. *Lo "jus non scriptum" non contemplato dal legislatore e la rottura con qualsiasi definizione del principio di legalità. Le teorizzazioni sullo stato di necessità e sul decreto legge anteriore alla l. n. 100 del 1926. La necessità come fonte del diritto. Potere costituente e mutamento dell'ordinamento giuridico costituito. La teoria dell'effettività come fonte del diritto ed il mutamento dei valori extra ordinem.*

In molti punti della trattazione si è accennato alla distinzione che si vuole mantenere fra la legalità intesa nel senso

ampio sopra precisato, che contempla anche i principî dell'ordinamento giuridico come momento integrativo della *lacuna legis*, e il diritto obiettivo che rimane ad essa totalmente estraneo perché incapace di essere dalla legge preveduto sia pur come categoria generica e residuale come invece avviene per i principî dell'ordinamento, o per quella consuetudine che è comunemente precisata con qualificazione figurata "*ultra o praeter legem*".

Se quest'ultima denominazione individua il diritto obiettivo che si contrappone alla legge perché emerge ove la stessa non abbia statuito, cioè non sia presente come disciplina del rapporto giuridico, l'altro diritto, detto comunemente con espressione sintetica « *contra legem* », si contrappone alla legge in altro senso, come contrasto anzitutto fra discipline giuridiche compresenti, perché effettivo il primo e valida la seconda a disciplinare lo stesso rapporto giuridico.

Il contrasto si evidenzia in ragione della presenza di contenuti diversi nelle relative statuizioni, infatti il rapporto che si instaura in tale ultimo caso tra legge e « diritto *contra legem* » è tale che se si trattasse di una relazione fra *atti* giuridici si dovrebbe far ricorso ai noti principî che in materia regolano le antinomie normative: successione di leggi nel tempo, specialità o competenza, gerarchia.

Invece nel rapporto con i principî, o con la consuetudine indicata, il conflitto fra disposizioni giuridiche non compare per l'assenza di uno dei due elementi della relazione (la legge), perché in tali casi la relazione è già contemplata dalla legge stessa come di alternativa necessaria.

I principî sono una integrazione della legge anche per un'altra ragione fondamentale: gli stessi, nell'accezione qui prescelta, rappresentano l'interpretazione delle disposizioni di legge per la loro unità, in ciò e per ciò dunque non solo rappresentano l'unità dell'ordinamento giuridico, delle disposizioni di legge che lo compongono, ma al tempo stesso sono la nega-

zione di ogni interpretazione di queste che pretenda nuove disposizioni di legge, un mutamento, in altri termini, dell'ordinamento giuridico che lo configuri in breve tempo come altro da quanto è possibile desumere dalle disposizioni esistenti.

Si dimentica troppo di frequente che la legge nasce anche come mezzo tecnico per imporre con immediatezza un diritto nuovo, capace di contrapporsi al diritto prelegislativo del quale erano custodi i giudici (54) e che la Cassazione ha come radice storica la necessità di imporre ai giudici questo nuovo diritto: la volontà di legge.

I principî non sono legge, non consentono l'innovazione propria di tale fonte del diritto, al contrario assolvono oggi ad una funzione che è per essa importante perché impediscono a singole disposizioni di legge, a settori del diritto legislativo, di separare l'ordinamento, impediscono che innovazioni di settore avanzino solitarie imponendo che queste investano (e in tal senso innovino) tutte le disposizioni che appartengono allo stesso ed unico ordinamento giuridico.

I principî come integrazione delle singole disposizioni di legge emergono nell'ordinamento a conforto, a conferma, mai a negazione di esse.

I principî inoltre come interpretazione si confrontano con se stessi impedendo diverse configurazioni di essi senza una convincente dimostrazione (motivazione) dell'evoluzione del diritto obiettivo, o della diversità dei termini del conflitto risolto (caso deciso).

---

(54) G. GORLA F. ROSELLI, *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello statuto albertino: alcune tracce*, in *Foro it.*, 1986, V, 93; F. ROSSELLI, *Giudici e limiti al potere del legisltore vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 476; e la risposta di G. GORLA, *ivi*, 608; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, Storia e legislazioni* vol. I, Torino, Bocca, 1920, spec. 413 e s.. Si vedano altresì gli scritti di: A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.*, 1988, V, 26 e s.; A. PIZZORUSSO A. PROTO PISANI, *Per la Corte di Cassazione, I) Note introduttive*, in *Foro it.*, 1987, 206 e s.

Ciò che invece è indicato come diritto "*contra legem*" si contrappone alla legge negandone l'effettività, od anche la validità, perché capace di negare il fondamento della legge (cioè la stessa Costituzione) ove è diretto alla costruzione di un nuovo ordinamento giuridico con efficacia dunque pari o superiore alla legge ordinaria, o costituzionale (55) o, per chi voglia recuperare un lessico caro a taluna dottrina dei primi del secolo (56), senza seguire le norme « sulla produzione » che della legge rivelano la validità, senza che si possa rivendicare di tale fonte del diritto norme scritte sulla sua produzione.

Il dibattito svoltosi tra la fine ed inizio secolo sullo stato di assedio ed il decreto legge (anteriore alla legge n. 100 del 1926) (57) al fine di intendere la esatta qualificazione giuridica

---

(55) Cioè come potere costituente.

(56) T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917, I, 269 e s.

(57) Su cui si vedano per le principali trattazioni critiche dei tempi più recenti: P. G. GRASSO, *I problemi giuridici dello stato di assedio nell'ordinamento italiano*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, vol. XXXVII, 1959, 242 e s.; ID., voce *Necessità (dir. pubbl.)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 866 e s.; L.PALADIN, *In tema di decreti legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 574; ID., *Gli atti con forza di legge nella presente esperienza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1974, 1527 e s.; C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 831 e s.; G. MOTZO, *Il comando delle forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1957; ID., voce *Assedio (stato di)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, 251 e s; MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1966; G. CAMUS, *L'Etat de nécessité.en démocratie*, Paris, L.G.D.J., 1965; C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati in crisi*, Padova, Cedam, 1981, spec. 125 e s.; P. PINNA, voce *Crisi costituzionali del Digesto (Discipline pubblicistiche)*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, 480 e s. Coevo al periodo indicato in testo degli inizi del novecento, ma con ampi riferimenti ai precedenti autori della fine del secolo che precede: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italia-*

di tali fenomeni nel diritto pubblico, ci pare offrire la conferma della diversità che intercorre fra la necessità prevista dalla legge e la necessità che a questa si contrappone.

Alcuni autori ritennero applicabile in via analogica allo Stato la disciplina della « difesa legittima » prevista per il privato cittadino dal codice penale (58), altri parlarono di legittimazione dell'agire governativo perché insito nella « prerogativa regia » (59), o ancora di necessità di difesa politica dello Stato e della sua conservazione, poiché è « legge suprema e deriva dai principî generali dell'ordinamento » (60).

---

no, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, tomo I, Milano, Società ed. Libraia, 1904, 1164 e s.

(58) A. MAJORANA, *Lo stato di assedio*, Catania, Giannotta, 1894, spec. 24, ma a pag. 26 si trova anche l'enunciato « *salus rei publicae suprema lex* » e Cassazione Roma, 19 marzo 1894, Gattini, in *Riv. pen.*,1894, XXXIX, 468.

(59) G. ARANGUIO RUIZ, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Bocca, 1913, 589, quest'ultimo con indistinzione rispetto alla legittima difesa e allo stato di necessità del diritto penale; più recente F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943 che però nega il requisito della personalità proprio dello stato di necessità del diritto penale.

(60) Fonda lo stato di assedio sui « principî fondamentali dell'ordinamento » (*salus rei publicae*): L. ROSSI, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Arch. dir. pubbl. ital.*, vol. IV, 1894, 108, 113-115 (poi in *Scritti vari di diritto costituzionale*, vol. I, Palermo, s.d., 2 e s.) ma alle pagg.81 e s. si sostiene altresì il fondamento nella consuetudine; così ancora in: ID., *L'ordinamento dello stato di assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 250 e s.; ID., voce *Stato di assedio*, del *Nuovo digesto italiano*, vol. XII, Torino, 1940, 850, spec. 856. Sempre sui principî è concorde A. BONUCCI, *Saggio di una costruzione giuridica della volontà dello Stato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1913, 48 e s.; mentre per la consuetudine è tesi altresì attribuita a SCIALOJA, senz'altra precisazione, da B. LIUZZI (*Le ordinanze di urgenza contemplate dall'art. 3 legge 31 gennaio 1926, n. 100*, Città di Castello, 1928, alle pagg. 15-16 del testo), nonché a GMELIN, *Ueber den Umfang des Königlichen verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien*, Karlsruhe i.B. 1907, 94 e s. da SANTI ROMANO (*Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, I, 259). Per autore più recente C.

Al di là di tali diverse configurazioni è tuttavia possibile rintracciare una idea comune la quale riconosce comunque nell'organo di governo il potere giuridico di emanare atti volti a limitare, sia pur in via temporanea, le « libertà » garantite dall'ordinamento (61). Altri riconobbero in simile operato del governo solo un fatto illegale (62) di cui il parlamento può offrire ratifica (63), ma in alcune argomentazioni ciò è detto con con particolarità tali che

---

CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1948, 102 e s. Si basa sulla *negotiorum gestio*: L. DEGLI OCCHI, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico*, Milano, Damiano, 1919, 42 e s.

(61) È di interesse notare che l'assimilazione dello stato di assedio politico allo stato di assedio di guerra disciplinato dal codice penale militare è costrutto generalmente accolto dalla classe politica del tempo al governo, per tutti: F. CRISPI (presidente del consiglio) e CALENDA di TAVIANI (ministro di grazia e giustizia) nella discussione sui fatti di Sicilia (i « fasci dei lavoratori », detti poi « siciliani ») e della Lunigiana (rivolta anarchica) del 1893-94 alla seduta della Camera dei Deputati del 28 febbraio 1894, in Atti parlamentari, Discussioni, legisl. XVIII, sess. 1, 6786, 6790 e s., 6905 e s., nonché si veda l'espresso rinvio agli articoli 243 e 246 del cod. pen. mil. per l'esercito dei r.d., 7 maggio 1898, n.147; 9 maggio 1898, n.150; 9 maggio 1898, n.157 (con cui si dichiarò lo stato d'assedio delle province di Milano, Firenze, Livorno, Napoli) e gli Atti parlamentari, legisl. XX, sess.1, 1897-98, Camera dei Deputati, Discussioni, 6261. Per forti accenti critici alle tesi che precedono ed a favore dell'inquadramento nello stato di necessità (dir. pen. e civ.): O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza cit.*, 1184 e s.

(62) F. CAMMEO, *Lo stato e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 369; ID., *Della manifestazione della volontà dello stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, vol.III, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901, 121 e 122; F. RACCIOPPI, *Commento allo Statuto del regno*, vol. I, Torino, Unione Tipografica, 1909, 354, ma si vedano anche i paragrafi: 111-1114 e 147 e s.; A. GAMBERINI, *I decreti d'urgenza in teoria e pratica*, Bologna, Zanichelli, 1903, 70 e s.; A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, Napoli, Stab. Tip. L.Perro e figli, 32 e s., 62 e s., 191-192.

(63) Oltre ad alcuni autori sopra indicati si veda: L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, IV ed., Vallardi, Milano, 1898, 118-119, che ritiene presente una presunzione di consenso della maggioranza parlamentare essendo il governo fondata su essa (pag. 118).

valgono a caratterizzare distintamente le opinioni (64).

Solo in alcuni cominciò ad avanzare l'idea di un conflitto fra diritti soggettivi (beni giuridici), di cui però quello dello Stato, perché titolare di interessi generali, cioè pubblici (non perché soggetto aggredito), è sempre considerato di maggior valore, sicché parve che nel diritto pubblico lo stato di necessità non abbisognasse di comparazione alcuna per l'individuazione

---

(64) E. LOMBARDO PELLEGRINO, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Arch. del diritto pubbl.*, 1903, 125 e s., che pur ritenendo il decreto legge affetto da illegittimità costituzionale ammette la necessità come « elemento obiettivo legittimante l'agire di chicchessia » (pag. 128), rompendo, così parrebbe, la pregiudiziale del bene giuridico pubblico come comunque di maggior valore, che dovrà essere invece valutato di volta in volta da parlamento e giudici (pag. 128), riconosciuto il fatto esso legittima a posteriori la competenza dell'agente e la legittimità dell'agire (ivi); con interessati recezioni dal diritto tedesco per la distinzione fra la necessità come pericolo per lo Stato e la necessità « come beneficio o vantaggio pubblico » (pag. 59). Per tale ultima considerazione si veda altresì: A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità*, cit., 26 che recepisce la distinzione fra « bene dello Stato (Statswohl) in contrapposto a allo "stato di necessità" », definizioni tutte che l'autore ritiene di trovare nelle legislazioni tedesche della metà dell'ottocento, eliminando così definitivamente l'identificazione della necessità con « il pericolo per lo Stato ». (Alcuni autori indicano criticamente o con favore GAREIS, *Enzyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Giessen, 1913, 55, perché colloca lo *jus necessarium* tra le fonti del diritto; altri più genericamente parrebbero ricollegarsi al passo di MODESTINO, L. 40, Dig. I, 3: « *Omne jus aut consensus facit aut necessitas constituit aut consuetudo firmavit* », ma per cenni ed in modo affatto incidentale). Ancora G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. III, Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901, 230 e s. fonda la legittimità dei poteri eccezionali in una « presunzione » di riconoscimento da parte degli organi legislativi di una « utilità politica » all'agire in siffatto modo. Tale presunzione opera (sino alla ratifica) a favore del potere esecutivo, o a favore dei cittadini, a seconda della costituzione vigente per quel dato ordinamento. Se manchi la ratifica parlamentare l'atto sarà illegittimo sin da principio.

di volta in volta del bene giuridico di maggior valore (65).

La consapevolezza che la necessità nel diritto pubblico dovesse assolutamente liberarsi degli schemi teorici della "difesa legittima dello Stato" ed al tempo stesso di ogni adattamento al diritto pubblico costituzionale della disciplina dello stato di necessità del diritto civile e penale non tardò a venire, anzi si può dire che per gran parte accompagnò nel tempo le elaborazioni stesse.

Ci si accorse che lo Stato era diverso dal cittadino in troppe cose essenziali sicché non pareva possibile ammettere analogia alcuna (66): questa poneva in ombra soprattutto le pecu-

---

(65) O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza cit.*, 1184 e s., spec. 1187, 1203-1204 con forti accenti critici per le tesi che precedono e avanzando l'inquadramento nello stato di necessità del diritto civile e penale con gli opportuni adattamenti; concorda solo in parte: G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Bocca, 1913, 385, 579-590, spec. 589, con indistinzione rispetto alla legittima difesa del diritto penale, ma più focalizzato sulla prerogativa regia di tale azione a difesa (pag. 579).

L'autore da ultimo indicato fa un interessante elenco degli atti che può lecitamente adottare il governo in stato di necessità fra i quali include « i provvedimenti finanziari e le limitazioni individuali per ovviare a mali derivanti da epidemie, alluvioni, terremoti,lecita è la ricostruzione urgente di uffici, la proroga delle scadenze delle cambiali », ecc. (pag. 585).

Riprende le posizioni di Ranelletti, F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943, che esclude il requisito della personalità dello stato di necessità del diritto penale, ma include la tutela di diritti patrimoniali dello Stato (pag. 15-16) e nega anch'egli il presupposto di partenza dello stato di necessità della parità fra diritti ove sia applicato allo Stato (pag. 16).

(66) La rottura del rapporto con lo stato di necessità del diritto civile e penale comporta il superamento dello schema logico del « conflitto fra due diritti soggettivi ». Nella tesi che si sta per analizzare si mantiene però l'idea del conflitto, inteso questa volta però fra norme dell'ordinamento giuridico obiettivo; oltre le citazioni che seguono si veda: SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, I ed., 1926, 287; nella V ed., 1940, 307; ove si parla di conflitto fra l'« ordinamento giuridico esistente con altro, la cui instaurazione può essere perentoriamente richiesta da situazioni impellenti ed urgenti ».

liarità dell'agire dello Stato capace di produrre vicende giuridiche normative sicuramente inesistenti nell'agire giuridico del cittadino.

Il superamento in parola (67) si ha con la travagliata elaborazione da cui scaturì la teoria della necessità come fonte del diritto, anche se non erano certo mancati nella dottrina prece-

---

(67) L'affermazione della necessità come fonte del diritto si può trovare per la prima volta in SANTI ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, Milano, Filangeri, del 1898, poi ripubblicato in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, a pag. 68; la teoria ci pare invece trovare una sua prima enunciazione già in: *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Arch. giur.*, vol. LXVIII, Modena, 1902, poi in *Scritti minori*, cit., 153; nonché in: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. di dir. pubbl. e dell'Amm. it.*, vol. I, 1902, 229 e s. poi in *Scritti minori*, cit., 195-196; lo scritto che pare invece costituire insieme ai precedenti la messa a punto della teoria è: *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 251 e s., (poi anch'esso in *Scritti minori*, 287 e s., cit.). È segnalata in *Lezioni di diritto costituzionale* (raccolte dallo studente A. Abbondanza), Pisa, 1912, 443-463, nello scritto critico di T. PERASSI (*Necessità e stato di necessità*, cit., pag. 275, nota 2). Pare confermata, anche se non menzionata espressamente, nel *L'ordinamento giuridico*, (che nella I ed. recando come sottotitolo « *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* » e l'indicazione « parte I », potrebbe offrire spiegazione della non menzione espressa della necessità come fonte del diritto la quale più propriamente avrebbe potuto trovare posto nella II parte) Pisa, Tip. Ed. Mariotti, 1917, 46 e s. (ma l'autore nella prefazione alla seconda edizione chiarisce che il volume, apparso dopo la pubblicazione separata negli *Annali delle Università toscane* del 1917 e del 1918, è pubblicato nel 1918), poi in II ed., Firenze, Sansoni, 1945; (prima e seconda ristampa della seconda edizione, Firenze, Sansoni, rispettivamente 1951 e 1962).

Tuttavia nel *Corso di diritto costituzionale*, a. a. 1925-26, Padova, Cedam, 1926, nella parte dedicata alle fonti di *jus non scriptum*, trova posto solo la consuetudine, mentre la necessità-fonte riceve un accenno alquanto impersonale nella parte dedicata ai precedenti dottrinali intorno all'istituto dello stato di assedio: « Piuttosto era sembrato che la necessità dovesse in questi casi considerarsi come fonte essa stessa di diritto oggettivo cioè di

dente alcuni apporti critici di rilievo su elementi importanti delle teorie che in precedenza avevano tentato di giustificare

---

una norma che, eccezionalmente e provvisoriamente, investiva del potere legislativo gli organi di governo. Adesso invece, il loro (decreti legge) fondamento è la stessa legge che li autorizza. » pag. 287. Così permane lo stato delle cose sino alla IV edizione del *Corso di diritto costituzionale*, del 1933, sempre edita dalla Cedam di Padova.

Con la V edizione del Corso, cit., del 1940, Cedam, (successiva alla emanazione della l. 19 gennaio 1939, n.129 che con l'articolo 19 restringe i casi di emanazione del decreto legge — in tempo di pace — a sole tre ipotesi) si rafforza la frase citata con: « Piuttosto a noi era sembrato » e si enunciano i due aforismi « la necessità non ha legge », ma « essa stessa fa legge », pag. 307. L'autore prendendo atto delle restrizioni della legge n. 129 del 1939 e degli ottimismi avanzati sulla futura celerità del procedimento legislativo da poco riformato, sente tuttavia il bisogno di soggiungere che ove si sentisse la necessità di un utilizzo della decretazione d'urgenza fuori dei casi legislativamente previsti il governo ciò potrà fare in quanto legittimato da una fonte « superiore alla legge scritta ».

Con i *Principi di diritto costituzionale*, I ed., Giuffrè Milano, 1945 (ma non diversa è sul punto la II edizione del 1946) la necessità compare nella trattazione, a fianco della consuetudine, come altra fonte del diritto non scritto (nella I ed., a pag. 137). Solo di recente si sono potute conoscere le pagine del *Diritto pubblico italiano*, scritto compiuto da Santi Romano nel 1914, ma pubblicato per la prima volta grazie ad Alberto Romano (che ne cura la presentazione), Milano, Giuffrè, 1988, ove alle pagg. 273 e s., si sunteggia la teoria della necessità come fonte del diritto non scritto.

Sicché per circa trent'anni la necessità non è dal suo autore collocata nella parte delle trattazioni istituzionali dedicata alla individuazione delle fonti del diritto, quasi se ne volesse consentire una profonda meditazione (sicuramente accentuata dallo scritto critico dell'allievo G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 e s., ma spec. 434, che propone invece lo schema del conflitto fra dovere di osservare la tipicità dei poteri e il dovere di ogni istituzione di perseguire i propri scopi, consentendo l'atto non previsto ove la necessità abbia selezionato uno ed un solo mezzo), ma vi è ricollocata con determinazione in epoca (1945) che coincide con grandi rivolgimenti istituzionali, analogamente ai periodi storici che ne hanno accompagnata l'affermazione (1898-1917).

lo stato di assedio ed il decreto legge con lo stato di necessità, o la legittima difesa, di uno « Stato in pericolo » (68).

Si deve subito anticipare che la tesi in esame pur suscitando nella dottrina del tempo ed in quella successiva un certo interesse non ricevette tuttavia al tempo della sua elaborazione, né in periodi successivi, una diffusa approvazione (69).

Il punto di svolta rispetto alle "teoriche" che la precedono

Più di recente hanno accolto la teoria: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-76, 317, 702, 714; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, II ed., Napoli, Jovene, 1949, 108, 623, 629; ma con la successiva edizione (III) del 1954 muta parere, pag. 94; così mantenuta nella XII edizione del 1981.

(68) Si vedano infatti gli scritti di E. Lombardo Pellegrino (1903), G. Vacchelli (1901) citati alle note che precedono (spec. n.8) e lo scritto di V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, vol. III, Torino, 1898, pag.306, che seppur ancora indistintamente dalla consuetudine, parla di « diritto tacito immediata emanazione delle forze sociali ordinate » che deriva « direttamente da quelle necessità degli uomini e delle cose che è la fonte prima del diritto »; nonché gli scritti di V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare (1886)*, e *Il diritto di necessità e i decreti legge*, ripubblicati poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1940, 347 e s., segnalati da vari autori.

(69) Per ammissione del suo stesso autore contestualmente alla prima riapparizione (1945) della necessità fra le fonti del diritto non scritto (SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, I ed., cit., 137).

La critica più serrata fu avanzata nella stessa rivista otto anni dopo lo scritto di Santi Romano (*Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit.,) da T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917, 1, 271 e s.; ma le critiche sino a oltre il secondo dopoguerra sono numerose, per tutti si vedano: P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, 103 e s. (ma si veda più oltre nella nota); V. CRISAFULLI, *Costituzione ed ordinanze sindacali dispositive della proprietà*, in *Foro it.*, 1956, I, 435. Di recente in senso critico, si vedano: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, (Lezioni), cap. III-IV, Padova, Cedam, 1984, 144-145; P. PINNA, voce *Crisi costituzionali del Digesto (Discipline pubblicistiche)*, cit., (1989), 483, spec. nota 14.

sta nel portare alla luce la « assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove » con « sostituzione, sia pur provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente. » (70).

In tema l'analisi di maggior respiro è quella di A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, II ed., Milano, Giuffrè, 1980, (la prima edizione è del 1976).

Negli ultimi anni si può ritrovare un certo risveglio di interesse per la teoria della necessità come fonte del diritto; oltre a TARANTINO, cit., si vedano: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, 1984, cit., 36 e s., 62 e s., 259 e s.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 96 e s.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato*, III ed., Milano, Giuffrè, 1988, 200 e s.; ma ancor prima un accenno lo si ha in: C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 865 e nota 12 a pag. 866 e in C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-76, (vol. I) 317 e s., (vol. II) 702 e s.

Maggiormente articolata è oggi la posizione di: P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova, Cedam, 1987, 431, che distingue fra necessità fonte non prevista in alcun modo dall'ordinamento (costituito) avanti alla quale « l'interprete è costretto o a constatare che si è di fronte all'espressione della funzione costituente, oppure, quando la necessità tenda solo a sospendere l'efficacia di una o più norme costituzionali, a trovare una soluzione fuori della costituzione, anche se il più possibile aderente ai principi ispiratori di essa », invece di fronte alla necessità prevista dall'ordinamento ma regolata solo nella forma e libera nella causa si deve ritenere che « la necessità tenderà, in modo del tutto inaccettabile, ad aggirare la costituzione vanificandone le norme, esposte ad essere modificate o sospese senza il rispetto delle forme previste per l'esercizio della funzione di revisione ».

(70) « Se la libertà individuale -prosegue l'autore nel trattare del fondamento del decreto legge e dello stato di assedio- resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli. Quel che dunque bisogna spiegare e giustificare non

Questo diritto è la necessità, non come *regula juris*, ma è essa stessa diritto, quel diritto in cui si ritiene debba rintracciarsi l'origine e la legittimazione dello Stato ove esso venga instaurato con procedimento di fatto (es. rivoluzione) (71).

La tesi appronta gli strumenti giuridici essenziali per un rapporto di interazione costante fra fatto sociale e diritto (72), imponendo distinguo e precisazioni che valgono a individuare ancora il diritto (*contra legem*) tra la legalità e la forza bruta (*contra jus*) (73).

Parrebbe di poter leggere nella nozione di necessità in esame quel momento in cui la « coscienza sociale », che non si riconosce nel diritto « ufficiale » poiché non trova espressione negli organi competenti a dichiarare il diritto oggettivo, cerca

---

è altro che il potere dello Stato di porre con un procedimento che non è il consueto delle norme nuove », SANTI ROMANO, *Sui decreti legge*, cit., 257

(71) È la tesi svolta in *L'instaurazione di fatto*, 1901, cit. L'affermazione dell'identità è invece rintracciabile in SANTI ROMANO, *Sui decreti legge*, 1909, cit., 261. La necessità è diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali cioè senza l'intermediazione degli organi del potere costituito competenti a dichiararlo (*Osservazioni preliminari*, 1902, cit., 195-196). Secondo A. TARANTINO, *La teoria della necessità*, cit., la necessità è definita da Romano per relazione al concetto stesso di diritto positivo, ma indipendentemente dalle peculiari costruzioni che questo può assumere nei vari ordinamenti, ma guardando il diritto « sfrondato » da quelle caratteristiche che « generalmente sono richieste in epoca evoluta della storia giuridica », pag. 16. La necessità è dunque diritto che nega, contrasta con l'attuale formulazione dell'art. 2, comma II, Cost.: « La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione », ove per quest'ultima si intenda il potere costituito e non quello costituente; differente infatti sarebbe stato scrivere:« nelle forme e nei limiti della sua costituzione ».

(72) Così A. TARANTINO, *La teoria della necessità*, cit., 17-18.

(73) « ... esso indaga il momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo, ostile; il momento in cui un diritto positivo per necessità di fatto cade per far posto ad un altro », SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento*, 1901, cit., a pag. 109.

una propria via di affermazione al di fuori di essi con *organizzazione* capace di dar soddisfazione ai bisogni sociali impellenti, non oltre dilazionabili, offrendosi come nuova sintesi di tutte le forze sociali presenti.

Il fine è comunque il ritorno alla legalità, perché diritto oggettivo prescelto nella società contemporanea (74).

Il costrutto rivela nell'ordinamento giuridico, nella sua potenza ordinante, la capacità di eliminare al suo interno ogni forza ostile, la quale o viene ricondotta alla legalità, oppure cerca essa stessa di porsi come novello centro vitale (75) dell'ordinamento, fornendo quegli impulsi e quelle modificazioni necessarie all'istituzione per una rinnovata capacità di governo degli individui che vi fanno parte.

Perno centrale dell'esplicazione del concetto di necessità è dunque l'istituzione (76), nell'idea che il diritto si pone prima come organizzazione poi come norma.

Ad alcuni è parso di scorgere una vera e propria contrapposizione fra la necessità a difesa dell'ordinamento esistente (decreto legge e stato di assedio) e la necessità a sovvertimento di esso (rivoluzione): l'una sarebbe diritto sin da subito, l'altra solo in un momento posteriore (77), l'una a di-

---

(74) « Si consideri magari come una superstizione o una specie di feticismo questo rispetto che i tempi nostri hanno, almeno apparentemente per la legge e la legalità, certo è che tal fenomeno esiste e denota un bisogno cui corrisponde una comune convinzione giuridica. » in: *Saggio di una teoria*, 1898, cit., 84.

(75) SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, 1901, cit., 153-154, ove parla della « vitalità ».

(76) È la tesi di A. TARANTINO, *La teoria*, cit., che (pag. 28 e s.) lo porta a distinguere la tesi istituzionale di Hauriou da quella di Romano proprio nel concetto di necessità.

(77) P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello stato di assedio*, cit., 259. In effetti così appare leggendo molti passi degli scritti sopra citati, in particolare SANTI ROMANO, *Sui decreti legge*, 1909, cit., 262; ID., *L'instaurazione di fatto*, 1901, cit., 153.

fesa dell'esistente l'altra a suo sovvertimento (78).

L'affermazione va accolta, ma così posta può tuttavia offrire margini di ambiguità, poiché pare soprattutto offuscare la tripartizione sopra indicata fra: legalità (legge), diritto oggettivo illegale (fra cui la necessità) e il fatto antigiuridico (*contra legem et contra jus*) (79).

La necessità fonte del diritto pare infatti catagoria unitaria che identifica un determinato diritto obiettivo (non scritto), seppur esso possa poi presentarsi con diverse manifestazioni che la caratterizzano ulteriormente in modo particolare (instaurazione di fatto di un ordinamento giuridico, decereto legge non previsto in norma scritta).

A ciò si aggiunga che per la teoria in esame assume particolare importanza affermare che non ogni difesa illegale dell'ordine costituito ed al tempo stesso non ogni tentativo illegale di instaurare un nuovo ordinamento è per l'autore « necessità fonte del diritto », è diritto oggettivo.

Un secondo elemento di conforto al ripensamento è dato dall'insistenza con la quale si ribadisce la competenza del parlamento ad accertare con effetto retroattivo, sia la necessità di pervenire alla legittimazione straordinaria del governo ad emanare norme con forza di legge, sia a conoscere se i provvedimenti emanati siano per il loro contenuto « intrinsecamente giusti e necessari » (80).

---

(78) Per molti aspetti la tesi richiama altra elaborazione molto più nota C. SCHMITT, *Die Diktatur*, Duncker & Humblot, Berlin, 1964, tr. it., a cura di B. Liverani, *La dittatura*, Bari, Laterza, 1975, nella distinzione fra dittatura commissaria e dittatura sovrana, pag. 148-149, 158.

(79) « La capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può non riconoscersi se non a quelle forze che in sé abbiano l'idoneità di imporsi e di farsi valere, non con sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continuata del diritto. », SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, 1901, cit., 153.

(80) SANTI ROMANO, *Sui decreti legge*, 1909, cit., 265. Si noti che l'affermazione è da ritenere valida non tanto per la teoria generale del diritto,

La necessità non è legge e non lo diverrà mai se non attraverso il riconoscimento dell'ordine costituito a mezzo degli unici organi competenti a farlo. Ma v'è di più: se il riconoscimento manchi non si potrà più parlare del fatto illegale come diritto oggettivo (necessità). Ricomposto il conflitto fra parti dell'ordinamento giuridico non sono più ammesse aporie, nemmeno per i periodi anteriori. La retroattività (81) della sanzione dell'ordine costituito (parlamento, nuovo ordinamento) è essenziale anche solo per confermare la precedente necessità come diritto oggettivo (82), attraverso quell'unica forma possibile per l'ordinamento giuridico una volta che si è raggiunta la pace sociale: la legge (emanata dagli organi competenti secondo l'ordine costituito).

Il procedimento così descritto è eguale per la necessità fonte del diritto in ogni caso in cui si esprima, sia che si tratti di decreto legge, sia di instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale: il passaggio all'ordine costituito si ha con la recezione in legge degli atti o fatti precedentemente compiuti.

---

quanto per il diritto positivo interno del nostro ordinamento giuridico positivo. Per la teoria generale si dovrebbe infatti parlare più propriamente di sanzione dell'ordine costituito secondo le forme e procedure dallo stesso prescelte in un dato periodo storico.

(81) Per l'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale non sono mai sussistiti dubbi in proposito. Per il decreto legge la retroattività è affermata sin dal *Saggio di una teoria* ..., 1898, cit., pag. 86. Solo con il *Corso di diritto costituzionale*, anno acc. 1925-26, cit., 250 si ha l'affermazione opposta della caducazione *ex nunc*, ma era ormai vigente la l. 31 gennaio 1926, n.100 (art. 3) e così rimane sino alla V edizione del *Corso* ..., cit., del 1940. Con i *Principi di diritto costituzionale*, I ed., 1945, cit., (e così anche con la II edizione del 1946) « Il diniego di conversione da parte di una Camera importa che il decreto (legge) perda il suo vigore: logicamente dovrebbe perderlo *ex tunc* ma talvolta si è stabilito per ragioni di opportunità che lo perda *ex nunc* » pag. 388. Si anticipa così la scelta della nuova Costituzione repubblicana.

(82) La scelta sarà ora racchiusa fra l'alternativa: legalità o illegalità (in cui va ricompresa la consuetudine, per chi l'accolga).

La necessità è dunque intrinsecamente diritto oggettivo transeunte, sulla cui permanenza nell'ordinamento si avrà certezza solo a posteriori (83) con il completamento del procedimento che ne regola la formazione (84).

---

(83) Il problema dell'applicazione da parte dei giudici di consimile diritto è dunque da risolversi nel tempo in modo analogo agli effetti del decreto legge prima e dopo la sua conversione o non conversione.

(84) Le conclusioni alle quali conduce la teoria della necessità come fonte del diritto impongono alcuni corollari critici verso quelle opinioni che ritengano senz'altro ammissibile nell'attuale nostro ordinamento la sospensione delle garanzie costituzionali sul punto per tutti: A. PACE, *Problematiche delle libertà*, cit. 144 e s., e le considerazioni riferite in P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 603; ID., voce *Crisi costituzionali*, del *Digesto (Discipline pubblicistiche)* vol. IV, Torino, Utet, 1989, 479; C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato*, dell'*Enciclopedia del diritto*,vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962,.165; B. CERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori preparatori dell'assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108; GERARDO MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno*, Milano, Giuffrè, 1966, 58 e s. Sono presentati come casi di sospensione in via d'eccezione le sentenze: Corte cost. 15 gennaio 1976, n. 3; Corte cost. 29 dicembre 1962, n.106, relativa a contratti collettivi di lavoro cui un atto legislativo aveva attribuito efficacia *erga omnes*, su cui si veda il commento di M. MAZZIOTTI, *Osservazioni alla sentenza della Corte ostituzionale 19 dicembre 1962*, n. 106, in *Giur. cost.*, 1962, I, 1423. Non è considerato un caso di sospensione delle garanzie costituzionali: Corte cost. 1 febbraio 1982, n. 15, sul tempo della carcerazione preventiva; nonché Corte cost., 11 ottobre 1983, n. 307 per la parte relativa al « blocco delle assunzioni » (anche) delle U.S.L., considerati compatibili con la costituzione poiché ragionevalmente limitati nel tempo.

Ci pare infatti che discenda da quanto riferito (« Una legge di approvazione deve in ogni caso emanarsi » Sui decreti legge, cit., 265) che atti o fatti *contra costituzionem*, cessata la situazione di « emergenza », ovvero entro 60 giorni se si propende per il decreto legge (per tale soluzione pare: A. PACE, *Problematiche delle libertà*, cit., 145, ID., *Ragionevolezza o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 111 e s.; si confrontino altresì: C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, cit., 842; P. BARILE, *Il soggetto privato*, cit., 373; F. MODUGNO

Non tutti i punti della teoria in esame possono ritenersi così chiariti (85); si è voluto solo riportarne alla luce gli elementi essenziali che la caratterizzano per concludere il discorso principale qui condotto.

La necessità come fonte del diritto è stata quasi sempre criticata per il suo carattere di tendenziale indeterminatezza che

---

e D. NOCILLA, voce *Stato d'assedio* del *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, Utet, 1971, 290 e s.; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 111 e s., 122 e s.), debbano trovare approvazione con legge costituzionale secondo il procedimento rincarato previsto dall'articolo 138 della Costituzione con conseguente possibilità di un sindacato della Corte costituzionale, che benché controverso parrebbe ammissibile, per violazione delle norme costituzionali che esprimono principî inderogabili perché poste come carattere dell'ordinamento costituito. Diversamente tali atti, o fatti, dovranno essere considerati illegali a tutti gli effetti (ora ed allora) salvo che, in contrasto con i principî caratterizzanti l'ordinamento costituito, tali fatti illegali siano riusciti a produrre l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento giuridico. In tale ipotesi ultima si avrà la rottura di ogni continuità giuridica con l'ordinamento preesistente e si rivelerà l'esercizio di un nuovo potere costituente (rivoluzione, colpo di stato) e conseguente necessità di un riconoscimento di tali fatti (costitutivi) da parte degli organi del nuovo ordinamento. In conclusione la sanzione parlamentare (*rectius*: dell'organo « legislativo » del nuovo ordine costituito) *ex post* è sempre ineludibile per completare il procedimento di formazione della necessità fonte del diritto.

(85) Un punto, che è comune alla teoria che fonda il diritto oggettivo sul principio o criterio di effettività, da chiarire è il dato rivelatore della acquisita giuridicità del fatto istitutivo di un ordinamento giuridico. Sia la necessità come fonte del diritto, sia l'effettività, parlano di dimostrata « vitalità » del nuovo ordinamento a durare nel tempo. Forse, ma il problema andrebbe approfondito, con ciò si vuole far riferimento alla accettazione del nuovo ordine costituito da parte della popolazione interessata, ma senza riferimento alcuno ad una manifestazione di volontà, seppur tacita. Non è una volontà di consenso che si deve ricercare, ma la presenza in fatto di una non opposizione (politica, economica, religiosa, culturale) al nuovo ordinamento che consenta ai nuovi governanti di dar soddisfazione ai « bisogni sociali » della popolazione di riferimento.

pareva poter consentire utili elusioni della legalità (86), ma a distanza di tempo quasi mai si è riconosciuto l'aspetto distruttivo, inesorabilmente critico che quella teorica è venuta ponendo.

La teoria della necessità come fonte del diritto ci pare scaturire dalla più profonda convinzione che ogni modificazione giuridica dell'assetto dei rapporti fra i soggetti dell'ordinamento generale (diritti soggettivi e poteri pubblici) non possa avvenire che ad opera di norme fornite della stessa forza della legge ordinaria, o superiore ad essa (87).

Dimostra in modo non più eludibile che qualsiasi limitazione dei diritti soggettivi a favore dei poteri pubblici non può che essere disposta con un atto, o fatto, avente forza di leg-

---

(86) Si è già riferito che nello studio su *L'instaurazione di fatto di un ordinamento*, 1901, cit., a pag. 109 si può leggere che « esso indaga il momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo, ostile; il momento in cui un diritto positivo per necessità di fatto cade per far posto ad un altro ». Sicchè pare errato ritenere che oggettivamente l'autore con la necessità fonte offra una teoria contro la legalità.

A dissipare ogni sospetto sugli intenti dell'autore pare sufficiente rileggere le pagine che, in *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, 1898, cit., 83-85, scrive contro i poteri eccezionali e a difesa della legalità: « Il far uso di un potere eccezionale, quando non si traduce in un arbitrio, importa riconoscere o l'esistenza di un grave pericolo dello Stato o un difetto del suo ordinamento istituzionale: così nell'uno come nell'altro caso si avrà per effetto una diminuzione di fiducia da parte dei cittadini verso chi non può proteggerli ed amministrarli con i mezzi ordinari e legali, ed un cattivo esempio per l'avvenire » pag. 84. Parole dure se si pensa che correva l'anno del generale Bava Beccaris a Milano, 1898.

(87) Così A. ROMANO, *Diritto soggettivo interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 e s; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit.; ID., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 165 e s., che definisce le norme che attengono ai rapporti fra diritti e poteri « norme di relazione ».

ge (88), con la conseguenza immediata che la sanzione parlamentare è normalmente inevitabile e solo eccezionalmente dilazionabile.

La teoria della necessità come fonte del diritto nega la possibilità teorica di quelle opinioni che pretendono di fondare la sospensione di ogni garanzia legislativa, o costituzionale, dei diritti soggettivi sol perché sussiste una « situazione straordinaria e le Camere sono chiuse » (89), o di quelle argomentazioni che ritengono sussistere un principio generale (« *primum vivere* », « *salus rei pubblicae suprema lex esto* », ecc.) capace di fondare, senza rapporto alcuno con il parlamento, l'agire « *contra legem* » degli organi della pubblica amministrazione, evitando al tempo stesso di incorrere nel fastidio di riconoscere che tale possibilità è al più giuridicamente ammissibile solo richiamando l'efficacia del potere costituente (90).

Analogamente appaiono inconferenti i richiami all'argo-

---

(88) In sé e per sé considerata o con l'integrazione dei principî dell'ordinamento giuridico ove intesi come interpretazioni che della prima costituiscono il necessario complemento.

(89) Era la vecchia opinione su cui si basava la legittimità delle dichiarazioni di stato d'assedio prima e dopo il 1894 (su cui si vedano supra i riferimenti), ma in gran parte ancor presente al tempo della redazione della legge 31 gennaio 1926, n. 100: « una condizione risolutiva, o se si vuol meglio sospensiva, tacita in tutta la legislazione, cioè che non si verifichino circostanze straordinarie nelle quali la legislazione normale non si possa applicare e non vi sia tempo per provvedere in via legislativa alle nuove esigenze sopravvenute. Allorché tale condizione si verifica la legislazione normale viene meno e sorge di necessità la facoltà del Governo di provvedere. » A. Rocco, *Relazione alla Camera*, in *Atti Parlamentari, Camera, legislativi XXVII*, 1925, pag. 4392.

(90) Ed oggi, al più, ove non importi deroga ai dettati costituzionali e sempreché si imponga un rapporto con il parlamento, anche a mezzo del decreto legge di cui all'art. 77, comma II e III, della Costituzione.

mento interpretativo dell'analogia *legis* (91), quando si pretenda farlo dipartire da norme eccezionali ed a *fortiori* non può essere d'aiuto l'analogia *juris* che, fra le due, è analogia più remota (92).

Ogni innovazione dell'ordinamento che non sia semplice interpretazione per ricondurre ad unità le diverse disposizioni di legge, può essere disposta solo da un atto avente forza di legge (legge ordinaria, decreto legge, decreto legislativo), ovvero da un atto (legge costituzionale) o fatto (potere costituente) con forza superiore.

Non dissimili appaiono le conclusioni alla quali si può pervenire in base alle teorie che fondano il diritto oggettivo sul principio, o criterio di effettività (93), perché per esse, fatte salve quelle opinioni più radicali che pervengono a recidere ogni

---

(91) L'accezione qui accolta dei principî dell'ordinamento giuridico come limite al potere di ordinanza si distingue dalla *analogia legis*, come ci è parso in precedenza di aver chiarito.

(92) In tali casi infatti una norma di legge manca. Per l'affermazione in testo sull'argomento analogico: SANTI ROMANO, *Sui decreti legge*, cit., 255, 260.

(93) P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953; ID., voce *Effettività (principio di)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 420 e s.; G. BALLADORI PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, Cedam, 1964; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1964; per contributi con riferimento al diritto internazionale: G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio della effettività*, Milano, 1950; E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 145 e s., 172 e s.; G. OTTOLENGHI, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. internazionale*, 1936, 4 e s.; G. SALVIOLI, *L'effettività in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, 271 e s.; per le opinioni più radicali si veda: A. ROSS, *On law and justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, Utet, 1965; R. H. MARIN, *Diritto e scienza, Saggio su Alf Ross*, tr. it. a cura di P. L. Bazzocchi, in *Contributi al realismo giuridico*, a cura di E. Pattaro, Milano, Giuffrè, 1982, 171 e

tipo di rapporto con la legalità, è possibile proporre le stesse considerazioni critiche qui avanzate in ordine al rapporto fra legalità e potere costituente (94).

Se valori nuovi vogliono essere introdotti nell'ordinamento senza osservare la legalità (95) si tocca inevitabilmente il potere costituito nel suo fondamento con conseguente impossibilità di ogni giustificazione giuridica diversa da quella un tempo sintetizzata come *instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale.*

---

s.; M. JORI, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in *Reason in law*, Milano, Giuffrè, 1987, 163 e s.

(94) La teoria è stata infatti soprattutto appannaggio degli studiosi di diritto internazionale come criterio per stabilire l'esistenza di uno stato in base al diritto positivo. È effettiva, dunque legittima, « quella comunità politica nella quale esiste un governo che per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzione id continuità, esercita organicamente uno stabile, palese potere, realmente obbedito dalla maggior parte dei soggetti viventi nell'àmbito della comunità medesima. » P. Piovani, *L'effettività*, cit., 420; ma si vedano altresì gli autori citati alle note che precedono. Diversa ne è invece la costruzione in altri autori soprattutto con riferimento al diritto interno. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deutiche, 1960, tr. it. a cura di G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 [ma la prima edizione è del 1934 con il titolo: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, F. Deutiche, 1934, tr. it. a cura di R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952; un'anticipazione si può trovare in *Methode und Grundbegriff der Reiner Rechtslehre*, in *Annalen der critische philisophie*, vol. III, 1933, 69 e s., tr. it. a cura di R. Treves, *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in *Arch. giur.*, 1933, vol. 110, fasc. n.2] parla di principio di effettività (pag. 237) ma per il quale sinteticamente si può dire che l'efficacia di una disposizione è definita solo come condizione di validità (pag. 241), mentre la validità di una disposizione è sempre data dalla conformità alla norma superiore e cosi via sino alla norma fondamentale (*Grundnorm*). Tenta in Italia una sintesi ulteriore fra la teoria della necessità di Santi Romano e la tesi di Hans Kelsen: G. BALLADORI PALLIERI, *La dottrina dello Stato*, cit., 254 e s.

(95) Nell'accezione qui prescelta comprensiva dei principî dell'ordinamento giuridico.

Il giudizio di prevalenza fra interessi contrapposti, e per ciò fra loro in relazione, è sempre posto dal diritto obiettivo: dalla legge ordinaria, o costituzionale, in via interpretativa di questa dai principî dell'ordinamento giuridico, dal potere costituente (necessità fonte del diritto, principio o criterio di effettività, ecc.) nella sua estensione massima dell'instaurazione di un ordinamento giuridico, ovvero in quella minore che offre modificazioni apparentemente parziali di esso senza osservare il procedimento di formazione della legge ordinaria, o di revisione costituzionale (96).

A tutto ciò che non appartiene all'ordine costituito, alla legalità nel senso sopra delineato, il potere di ordinanza di necessità e urgenza sinora esaminato rimane del tutto estraneo perché trova fondamento proprio nell'ordinamento costituito: nella legge (97).

5. *Potere di ordinanza e rapporti giuridici privati. Bisogni sociali insoddisfatti, rilevanza per l'ordinamento generale dello Stato e attribuzione di poteri alla pubblica amministrazione. La ratio normativa del potere di ordinanza.*

Trovato il fondamento giuridico del confine esterno del potere di ordinanza si deve ora soffermare l'attenzione sulle relazioni che il potere di ordinanza può instaurare con i diversi settori del diritto obiettivo ed i soggetti che allo stesso vi appartengono.

---

(96) La produzione di diritto obiettivo avente forza di legge senza l'osservanza delle norme sulla produzione legislativa ordinaria (art. 70 e seg. della Costituzione) è di per sé mutamento dell'ordine costituito (salvo legge di revisione costituzionale art. 138 della Costituzione) sicché appare giuridicamente ammissibile solo ove si richiami il potere costituente che è per sua natura illegale nel preciso senso di « *contra legem* ».

(97) Mantenendo così nell'ordine amministrativo i provedimenti che scaturiscono dalla stessa legge attributiva del potere di ordinanza.

Si è già potuto notare nel corso della trattazione che il potere di ordinanza interviene nei più diversi settori della vita sociale con incidenza sul diritto obiettivo che costituisce della stessa la disciplina preferenziale.

Particolare interesse può rivestire l'interazione che viene a fondare il potere in esame con i rapporti instaurati dall'autonomia dei privati e preesistenti all'emanazione dell'ordinanza di necessità e urgenza.

Si è già acquisito all'analisi che la norma attributiva del potere di ordinanza consente di derogare alle norme poste dalla amministrazione (regolamenti) e alle norme di legge che regolano l'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica, ma ancor più supera la legge ove la stessa non dica quale diritto obiettivo l'ordinamento abbia prescelto nel caso di conflitto fra posizioni soggettive egualmente tutelate dalla legge stessa.

Fatta salva la tecnica a più ampie maglie interpretative per l'individuazione della norma di relazione capace di risolvere il conflitto esistente nell'ordinamento generale e non risolto dalla legge, si potrebbe affermare che il potere di ordinanza esaurisce i suoi effetti all'interno delle vicende giuridiche che appartengono all'ordinamento amministrativo.

L'affermazione è sicuramente vera, ma non riesce a dar compiuta rappresentazione degli effetti giuridici che si riconnettono alla capacità giuridica della pubblica amministrazione attribuita con il potere di ordinanza.

Occorre procedere per gradi al fine di portare alla luce i diversi fenomeni giuridici che sottostanno ai tratti più evidenti del modo di operare del potere di ordinanza nel nostro ordinamento, tratti che già implicano una disciplina esauriente sul potere di ordinanza, ma che non la disvelano immediatamente.

L'ordine di requisizione in uso di un bene il cui possesso, o proprietà, sono contesi fra due soggetti estranei alla pubblica amministrazione che emana un provvedimento ablatorio non

altera i rapporti giuridici fra il proprietario ed i terzi che abbiano sul bene rispettivamente il diritto di proprietà, ovvero altri diritti reali, o di credito (locazione, affitto, ecc.), sul bene medesimo, poiché alle regole dettate nel codice civile si aggiungono quelle di diritto pubblico che disciplinano la relazione instaurata dal potere attribuito all'amministrazione e il suo legittimo esercizio.

Non si alterano i rapporti di diritto privato nemmeno nell'ipotesi in cui l'atto di requisizione in uso abbia come effetto giuridico l'attribuzione della disponibilità dell'immobile ad una delle parti fra le quali sussisteva la questione civile della disponibilità del bene stesso, o più precisamente non può produrre effetti giuridici diversi dalle ipotesi nelle quali l'atto ablatorio abbia ad oggetto un bene la cui titolarità del destinatario dell'ordine sia indiscussa. Avanti al giudice civile la controversia fra i soggetti in questione verrà risolta alla stregua delle norme del codice civile, l'esercizio del potere pubblico risponde invece come è noto a proprie norme giuridiche che lo definiscono interagendo sulla disciplina dei rapporti fra privati.

La soluzione adottata dalla pubblica amministrazione con il potere d'autorità non può "pre giudicare" la controversia di diritto privato fra le parti. Per l'amministrazione è, o deve essere, del tutto indifferente la vittoria di una delle parti avanti al giudice civile, cioè chi sarà riconosciuto come il vero titolare del diritto soggettivo sul bene oggetto di requisizione (98).

---

(98) L'irrilevanza dei rapporti civilistici sottostanti all'emanazione dell'ordinanza è stato affermato dalla giurisprudenza in vario modo: T.A.R. Lazio, sez. II, 9 marzo 1989, n. 398, in *T.A.R.*, 1989, I, 1140; T.A.R. Lazio, sez. II, 19 febbraio 1975, n. 36 in *T.A.R.*, 1975, I, 484; Cons. di Stato, sez. V, 9 luglio 1955, n.938, in *Foro it.*, 1955, III, 235; specifico sui rapporti con la autorità giudiziaria: Cons. di Stato, sez. IV, 30 aprile 1955, n. 295, in *Cons. Stato*, 1955, I, 440; Cons. di Stato, sez. V, 1 luglio 1961, n. 318, in ID., 1961, I, 1207; Cons. di Stato, sez.V, 19 giugno 1942, in *Foro amm.* 1942, I, 2, 249 (tutte le sentenze da ultimo citate ritengono che non invada la sfera dei poteri dell'autorità giudiziaria se per motivi di pubblica utilità si requisisce un bene di

Nei confronti del potere pubblico il vero titolare del bene oggetto di requisizione diviene creditore nei confronti della pubblica amministrazione per il pagamento di un adeguato indennizzo.

Le conclusioni non mutano quando si debba analizzare l'intervento del potere in esame sui rapporti giuridici obbligatori preesistenti alla emanazione dell'ordinanza.

L'articolo 258 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, consente che la pubblica autorità richieda al « cittadino prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione », ma sarebbe alquanto irrealistico pensare che ciò avvenga nei confronti di un

---

cui è contestata la titolarità fra pubblica amministrazione e un terzo); T.A.R. Campania, sez. Napoli, 8 ottobre 1980, n. 764, in T.A.R., 1980, I, 4398; Cons. di Stato, sez. V, 10 novembre 1978, n. 1112, in *Riv. amm.*, 1979, III, 60; T.A.R. Campania 18 febbraio 1976, n. 208, in *T.A.R.*, I, 1976, I, 1575; T.A.R. Veneto, 22 aprile 1975, n. 80, in *Foro amm.*, 1975, I, 852; Cass. Civ., sez. un., 6 giugno 1973, n. 1618, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1710; Cons. di Stato, sez. V, 16 luglio 1960, n. 520, in *Cons. Stato*, 1960, I, 1286 (il destinatario legittimo dell'ordinanza è colui che di fatto ha la disponibilità del bene, salvo rivalsa del destinatario verso il soggetto titolare per le spese sostenute per l'esecuzione dell'ordine impartito); in parte contrarie: T.A.R. Lombardia, Milano sez. II, 17 marzo 1984, n. 149, in *T.A.R.*, 1984, I, 1642; T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 10 ottobre 1980, n. 973, in *T.A.R.*, 1980, I, 4169; T.A.R. Campania, 8 ottobre 1980, n. 764, in *T.A.R.*, 1980, I, 4398; Cons. di Stato, sez. V, 27 giugno 1975, n. 897, in *Cons. Stato*, 1975, I, 831; T.A.R. Campania, 30 aprile 1976, n. 512, in *T.A.R.*, 1976, I, 3074; Cass. Civ., sez. un., 6 giugno 1973, n. 1618, in *Cons. Stato*, 1973, II, 937 (che ritengono invece che, se l'ordine consiste in un obbligo di apportare al bene immobile modificazioni che spettano al solo proprietario, l'unico legittimo destinatario è quest'ultimo). Per un caso di ordine rivolto all'amministratore di un condominio: T.A.R. Lazio, sez. II, 24 luglio 1984, n. 1173, in *T.A.R.*, 1984, I, 2478. Altro e diverso problema sono le conseguenze giuridiche dell'omessa notificazione di un provvedimento di demolizione al proprietario: Cass. Civ., sez. un., 4 marzo 1974, n. 595, in *Foro it.*, 1974, I, 2721; Trib. Napoli, sez. civili, 26 aprile 1983, Romano c. Comune di Piana di Sorrento, in ID., 1983, I, 2272 con nota di M. Pagano (che ritengono comunque verificatasi la vicenda principale di « degradazione del diritto »).

destinatario privo di altri rapporti obbligatori che dispongono delle sue capacità professionali.

Non importa ora verificare le conseguenze giuridiche che derivano dalla disciplina civilistica delle obbligazioni a fronte di un ordine dell'autorità che impedisce in tutto, o in parte, l'esecuzione di una obbligazione di diritto civile, si vuole qui piuttosto cercare di comprendere sino a qual punto è consentito al potere in esame di incidere sulle obbligazioni reciprocamente prescelte fra le parti di un contratto.

Non c'è alcun dubbio che sia consentito un intervento del potere di ordinanza per quei contenuti contrattuali che l'ordinamento ha già sottratto alla libera disponibilità delle parti per attribuirle alle determinazioni di una autorità amministrativa, o che sono stati direttamente determinati da una legge con eguali intenti d'amministrazione (99).

In molte sentenze ci è invece parso di trovare una decisa negazione di ogni contenuto del potere di ordinanza che realizzasse « in fatto » un equilibrio patrimoniale diverso da quello risultante dalle libere determinazioni contrattuali fra le parti (100).

La « conseguenza di fatto » discende in realtà direttamente dalla impossibilità giuridica per il contraente destinatario dell'ordinanza di giovare degli strumenti giuridici offerti dal codice

---

(99) Si pensi alle ipotesi di prezzo imposto (su cui di recente: P. BILANCIA, *Determinazione di prezzi e libertà di impresa*, Padova, Cedam, 1986) da autorità amministrative (Comitato interministeriale prezzi), agli obblighi di contrarre, ecc.

(100) Si pensi a tutti i casi in cui la giurisprudenza ha censurato ordinanze che intervenivano su un rapporto contrattuale preesistente perché in fatto disponevano un nuovo tributo non previsto in legge: Cass. Civ., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2003, cit., ma in *Foro it.*, 1975, I, 2529 (ordine imposto ai farmacisti di Milano di vendere i prodotti secondo la convenzione stipulata con gli enti assistenziali, ma non esattamente adempiuta da quest'ultimi).

civile per la tutela del rapporto sinallagmatico (101).

Una delle due parti del contratto si trova infatti soggetta ad una nuova obbligazione verso la pubblica amministrazione per l'adempimento della prestazione già dedotta in contratto con comminatoria di sanzione penale, o amministrativa, e dell'eventuale esecuzione in danno per le prestazioni fungibili.

L'atto autoritativo della pubblica amministrazione quando interviene nei rapporti contrattuali può, sia pur come effetto secondario, realizzare un turbamento dell'elemento causale. Di tale aspetto la pubblica amministrazione non può non tener conto in sede di esercizio del potere di ordinanza, modulando il contenuto dell'ordine non solo in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, ma anche in considerazione degli equilibri giuridici leciti (norme imperative, ordine pubblico, buon costume) preesistenti all'emanazione dell'atto stesso.

L'alterazione della causa (102) del contratto è dunque effetto giuridico impossibile per il potere di ordinanza nel senso che è sempre riconosciuto all'amministrazione il potere di disporre di beni e prestazioni di fare, o non fare, in disponibilità di terzi, ma solo se l'imposizione è seguita dal pagamento di un congruo indennizzo salvo che questa abbia già trovato altrimenti soddisfazione (103).

Il limite in discorso è valido anche per i casi non infre-

---

(101) Impedendo ad esempio la legittima sospensione dell'esecuzione della propria prestazione con l'eccezione di inadempimento contrattuale: all'art. 1460 del cod. civ.

(102) Intesa qui nel senso indicato da G. GORLA, *Il contratto*, cit., vol. I, capitolo I (e casistica relativa indicata al cap. II) ove parla di « *cause suffisante, raisonnable, juste* ».

(103) È l'ipotesi di qualsiasi ordine rivolto ad entrambe i contraenti di continuare l'esecuzione di un contratto sinallagmatico. Quanche problema può sorgere nel caso delle precettazioni di catagorie di lavoratori per i quali è scaduto il contratto collettivo di lavoro e vi sia trattativa aperta sugli stipendi.

quenti nei quali l'ordine involge direttamente l'intera compagine organizzativa di imprese pubbliche o private con incidenza sugli equilibri giuridici interni in essa presenti (104).

In un parere del Consiglio di Stato (105) di fine secolo si delineavano già con attenzione le direttrici del problema giuridico qui indicato.

Si trattava di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente che imponeva il ricovero di malati (in eccedenza per l'ospedale locale) presso un istituto di beneficenza ospedaliera.

In tal caso si ammette che spetti all'autorità amministrativa un siffatto potere alla condizione però che, a causa di tale occupazione, « l'Istituto non sia impedito nell'esercizio della sua beneficienza speciale e che non abbia aggravio, né danno nella sua azienda economica. ».

La pubblica amministrazione aveva necessità di ricoverare delle persone malate, nessun dubbio, ora come allora, sulla sussistenza in astratto di poteri pubblici necessari alla bisogna,

---

(104) Si veda l'ordine rivolto all'E.N.E.L. di erogare l'energia elettrica ad un comune in cui ha cessato l'attività una azienda locale: Cons. di Stato, sez. VI, 23 marzo 1982, n.136, cit., ma in *Foro it.*, 1982, III, 236; tutti i casi di precettazione sopra citati e di requisizione di azienda: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 giugno 1978, n. 155, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1289; Cass. Civ. 11 agosto 1981, n.4897, in Riv. giur. del lav., 1982, II, 121; Cass. Civ., sez. lav., 13 maggio 1982, n.2994, in *Foro it.*, 1982, I, 2485; in dottrina sul punto: L. CARALASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 258, a commento della sentenza della Corte cost., 12 gennaio 1977, n.4, cit.; L. BIGLIAZZI GERI, *Urgente necessità, requisizione di azienda e potere del sindaco*, in *Dem. e Dir.*, 1964, I, 93; ID., *Occupazione d'azienda e tutela possessoria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1969, II, 301; ID., *« Zucchero amaro ». Licenziamenti ingiustificati. Requisizione dell'azienda da parte del sindaco (che sia la volta buona?)*, *ivi*, 1969, I, 101. Altri casi recenti si possono trovare in N. CRISCI, *Protezione civile. Le zone terremotate nelle regioni Campania e Basilicata*, E.S.I., 1982.

(105) Consiglio di Stato, parere, 30 luglio 1872, citato da C. Astengo, *Guida amministrativa, ossia commento alla legge comunale e provinciale*, Roma, Tip. Cecchini, 1889, alla pag. 977.

ma una cosa è requisire locali con corresponsione di un indennizzo, imporre prestazioni mediche e infermieristiche, o quant'altro necessario all'amministrazione temporanea di un ospedale, altro è imporre il ricovero di malati indigenti a enti istituiti per beneficenza ospedaliera.

Nel primo caso la corresponsione di un congruo indennizzo è un fatto normale perché quasi sempre dovuto, nel secondo invece non è sempre astrattamente intellegibile se ed in ragione di quale sacrificio giuridico il compenso è dovuto (106).

Aggravando l'esempio ben si comprende che è affatto differente imporre ad una impresa di sospendere le forniture agli acquirenti di beni, o servizi, oggetto normale della propria produzione al fine di distrarli in via temporanea a favore di terzi, ovvero pervenire ad imporre una vera e propria riconversione produttiva di una attività d'impresa esistente ed in quest'ultimo caso verso attività consimili, o tutt'affatto diverse.

In tali casi si pone il problema della determinazione di un congruo indennizzo in ragione del sacrificio giuridico imposto oltre quanto è già considerato dall'ordinamento limite di definizione della rilevanza giuridica dell'attività economica privata (art. 41, Cost.) alla quale si aggiunge ancor prima la valutazione della ammissibilità giuridica di quel determinato tipo di imposizione.

Quanto al primo occorre subito precisare che la semplice

---

(106) È pacifico in giurisprudenza che la discussione sul *quantum* dell'indennizzo appartenga alla giurisdizione ordinaria (Corte di appello in unico grado, per applicazioni si vedano: Cass. Civ., sez. I, 31 marzo 1989, n. 1579, in *Foro it.*, 1990, I, 582; Cons. di Stato, sez. IV, 20 ottobre 1987, n. 615, in *Foro amm.*, 1987, 2542; Cass. Civ., sez. un., 24 ottobre 1984, n. 5401, in *Foro it.*, 1984, I, 47), mentre la mancata corresponsione di un indennizzo è invece considerata semplice illegittimità dell'esercizio del potere con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo: per tutti Cass. Civ., sez. un., 23 ottobre 1984, n. 5383, in *Foro it.*, 1984, I, 48, ma ci pare indirizzo giurisprudenziale limitato ai casi in cui non sia in questione l'obbligo (*ex lege*) di corrispondere un indennizzo.

coercizione della volontà del privato è in sé ablazione che non comporta ristoro (indinnizzo) alcuno, sicché la valutazione giuridica che occorre affrontare con priorità è la seconda, cioé se tale coercizione è potere che l'ordinamento riconosce esistente in capo alla pubblica amministrazione.

L'ipotesi si verifica sia nei casi in cui la pubblica amministrazione si limiti a rendere concreti e puntuali doveri generalmente imposti ad ogni titolare di un determinato diritto, sia nei casi in cui il destinatario dell'ordine è altrimenti, od occasionalmente, soddisfatto del depauperamento economico che normalmente consegue a tale imposizione.

Il ristoro infatti può provenire dal pagamento di un congruo indennizzo da parte della pubblica amministrazione, ovvero dal pagamento della controprestazione dedotta nel rapporto sinallagmatico del quale la pubblica amministrazione imponga l'esecuzione.

In tale ultimo caso l'equilibrio contrattuale non è « in fatto » turbato solo ove l'ordine autoritativo investa entrambe le parti contrattuali imponendo di prestare l'oggetto della rispettiva obbligazione, con conseguente applicazione nel caso di inadempimento dell'esecuzione amministrativa e dell'eventuale sanzione penale (107).

La precisazione ha un senso perché le norme costituzionali che impongono il congruo indennizzo (art. 41, 43, ecc.) non si preoccupano tanto di stabilire quale sia il soggetto tenuto all'adempimento dell'obbligazione *ex lege*, quanto di imporre che il destinatario di un atto ablatorio non subisca un depauperamento del proprio patrimonio corrispondente al diritto sacrificato (108).

---

(107) Così già Tribunale di Crema, 17 agosto 1922, Rossi Martini c. Comune di Crema, in *Riv. Amm.*, 1923, 95.

(108) Sarebbe comunque applicabile in forza dei precetti costituzionali l'azione di arricchimento senza causa. Sul punto si veda il curioso caso citato da C. Astengo, *Guida amministrativa*, cit., 1889, a pag. 983 giudicato

La doppia imposizione volta a ottenere la continuazione coattiva del rapporto contrattuale preesistente e la conseguente eventuale esecuzione d'ufficio, garantiscono l'osservanza dei principî costituzionali indicati per l'esecuzione delle prestazioni in ottemperanza di obbligazioni pubbliche.

Proseguendo nell'analisi occorre invece rilevare che nel caso di prestazione imposta che pervenga alla negazione totale delle finalità dell'ente destinatario del provvedimento, ancor prima della determinazione dell'obbligo di un indennizzo, può sorgere un conflitto fra gli interessi statutari dell'ente stesso e quelli dei quali la pubblica amministrazione si è fatta portatrice con l'emanazione dell'atto.

Molti dei limiti sulla legittimità del potere di ordinanza sinora analizzati potranno porre nel nulla l'ordine impartito, ovvero affermarne la validità, ma sul piano dell'esistenza dei poteri pubblici l'imposizione sarà anzitutto ammissibile (109) ove sappia conformarsi al giudizio di prevalenza offerto dai principî dell'ordinamento giuridico perché a favore di interessi ritenuti più meritevoli di tutela di quelli soddisfatti con l'attività statutaria dell'ente, corporazione, o impresa individuale.

In via generale si può ritenere che il potere di ordinanza non realizzi vicende giuridiche diverse da quelle proprie di ogni provvedimento amministrativo, anche se non si può negare che gli effetti ai quali danno luogo i poteri pubblici possono talvolta incidere indirettamente con favore, o sfavore, sui rap-

---

da Cassazione Firenze 28 novembre 1887: « Ove in caso di incendio, la autorità politica accorsa sul luogo ad evitare rallentamenti nell'opera di salvataggio ed estinzione abbia ordinato la somministrazione di lumi e bibite per rafforzarne gli animi a prestare aiuto efficace per isolare l'incendio di stabili o cose assicurate (l'alternativa ci pare congiuntiva di specie a genere) l'azione di rimborso della spesa occorsa a tal uopo va (,) da chi fece le somministrazioni(,) sperimentata contro la società di assicurazione ».

(109) Per la soddisfazione della riserva di legge relativa in ordine alla prestazione astrattamente ammissibile si vedano, fra le altre, l'art. 836 del cod. civ., e l'art. 258 del r. d. n. 1265 del 1934 cit.

porti giuridici che intercorrono fra i terzi interessati all'oggetto del provvedimento stesso.

Tale efficacia giuridica tuttavia non è molto diversa da quella prodotta dalla norma che nel diritto civile per i beni mobili sceglie la tutela dell'acquisto del terzo in buona fede (art. 1153 del cod. civ.) anche nel caso di possesso trasmesso da un soggetto di cui altri contesti la proprietà, ovvero dalla disciplina della trascrizione immobiliare che favorisce chi ha per primo ottemperato alla pubblicità richiesta dalla legge nel conflitto con altri acquirenti dello stesso bene, diversi dal proprio dante causa (art. 2644, cod. civ.).

In tutti i casi l'ordinamento ha infatti ritenuto di dar preferenza al terzo acquirente di buona fede, o all'acquirente di beni immobili più diligente, ovvero alla pubblica amministrazione nel caso in cui intervenga a tutela di beni considerati dall'ordinamento di valore prevalente; fatta la scelta ne consegue inevitabilmente la trasformazione dell'oggetto del diritto in contesa fra i restanti terzi: da cosa a danaro, da diritto reale a diritto di credito.

In un caso la contesa fra più parti è risolta alla stregua delle norme poste nel codice civile, nell'altro è l'appartenenza dei soggetti interessati a più di un ordinamento (dei privati, ad es. associazione con scopi assistenziali; amministrativo, ad es. ordine di ricovero di malati) che impone di riferirsi ad un ordinamento capace di imporsi ad entrambi e perciò ad essi comune.

Normalmente per i poteri pubblici ciò avviene in modo tipico, cioè la prevalenza dell'interesse pubblico è consentita solo per conformazioni di conflitti esattamente predeterminate dalla legge (diritto di proprietà- costruzione di opera pubblica; iniziativa economica privata-salute dell'ambiente di lavoro; ecc.).

Il potere di ordinanza invece intervenendo in settori nei quali è presente una *lacuna legis* pare realizzare attraverso i

principî una maggiore « dinamicità » del potere pubblico.

Ciò avviene non solo nel senso più sopra delineato di una determinazione anche concreta e non solo generale e astratta del giudizio di prevalenza fra beni giuridici contrapposti, ma anche perché consente di attrarre all'ordine amministrativo rapporti sociali che normalmente possono non appartenervi (interessi lasciati alle determinazioni dell'autonomia privata).

Questo è un ulteriore fenomeno che pare scaturire dalla stessa struttura del potere di ordinanza che si è venuti sinora esponendo e che non pare avere ricevuto particolare attenzione nelle analisi in materia.

Tizio può avere bisogno di un alloggio per abitarvi, secondo l'ordinamento civile deve trovare in soggetti terzi la volontà di vendere, di locare, ovvero più in genere di porre in essere atti giuridici che importino il trasferimento del diritto di godimento di un immobile idoneo allo scopo.

Se ciò non si verifica l'esigenza di Tizio non troverà soddisfazione e per l'ordinamento di riferimento tale esigenza insoddisfatta non assumerà normalmente alcun rilievo giuridico ulteriore idoneo a dar soluzione al problema posto.

Ciò non significa che per altri ordinamenti tale esigenza non divenga causa di fenomeni che assumono per gli stessi una qualche rilevanza giuridica (110), ovvero può accadere che l'esigenza si aggravi e agli stessi fenomeni indicati in precedenza (ricerca di abitazione) se ne affianchino altri (impossibilità di offrire adeguata educazione ai propri figli, stato di salute psicofisica, ecc.) sino a quel momento di per sé privi di ogni rilevanza, o privi di altre considerazioni di favore da parte dei singoli ordinamenti considerati, assumendo invece interesse per

(110) Si pensi a tutte le leggi sull'edilizia economica e popolare (sovvenzionata, alle agevolazioni creditizie o altro, agli sgravi fiscali per l'acquisto di prima casa) a favore di soggetti sprovvisti di una abitazione, ovvero agli incentivi che una impresa privata può offrire ai propri dipendenti per agevolare acquisti o edificazioni immobiliari destinati all'abitazione.

l'ordinamento generale che ne richiede un diverso trattamento.

L'insoddisfazione del bisogno d'abitazione, per rimanere all'esempio, può far sorgere problemi di un certo peso, sino a giungere a configurare un pericolo per interessi che il legislatore ha incluso nelle sintetiche (ma ad ampio spettro) qualificazioni di: « sicurezza pubblica », « sanità pubblica », o quant'altro valga ad individuare interessi pubblici dei quali si vuole offrire tutela (111).

La qualificazione opera dunque la trasformazione della rilevanza giuridica dei fatti in considerazione: da irrilevanza o sfavore giuridico, a rilevanza giuridica dei fatti stessi con conseguente nuova ponderazione degli interessi in gioco per un diverso trattamento giuridico degli stessi.

L'esigenza sociale insoddisfatta viene in tal modo attratta entro l'ambito di rilevanza giuridica di un diverso ordinamento (amministrativo), il quale per altri fini a sé propri si è visto attribuire dalla legge poteri capaci di produrre vicende giuridiche di immediato rilievo per tale bisogno, con eventuali effetti indiretti per tutti i rapporti giuridici presenti nell'ordinamento.

Il diverso modo di operare del diritto obiettivo nell'uno e nell'altro caso è la conseguenza della appartenenza di un soggetto a più di un ordinamento giuridico (amministrativo; dei privati), ovvero della presenza nell'ordinamento generale di norme dedicate ai rapporti fra privati e di norme che includono invece anche la pubblica amministrazione come soggetto giuridico dotato di poteri capaci di produrre vicende giuridiche sui diritti degli amministrati.

In molti casi la diversità indicata non pone problemi giuridici di rilievo perché le diverse norme di legge si rivolgono a

---

(111) In tal senso è esatto ritenere che anche gli enunciati di necessità e urgenza valgano a dar spiegazione di un intervento del potere di ordinanza quando in assenza d'altre disposizioni si pongano, come si è già avuto modo di riferire, come unica norma per la definizione dell'interesse pubblico da tutelare.

conchiudere l'autonomia di soggetti presi in considerazione per la loro appartenenza a diversi ordinamenti giuridici, anzi tale diversità appare complementare: ciò che è un fatto considerato di rilevo per l'uno è indifferente per l'altro, ovvero il fatto riceve un trattamento giuridico che altri ordinamenti non hanno considerato per quei profili, per quegli aspetti; più in generale la diversa ragione normativa che infonde un singolo ordinamento giuridico vale ad indirizzare i propri atti di autonomia verso spazi giuridici non coperti da altri ordinamenti.

Vi sono casi nei quali tuttavia ciò non si verifica e diviene necessario così ricondurre ad unità la pluralità, stabilendo delle preferenze, delle priorità nel rapporto fra le discipline rivolte verso determinati ordinamenti giuridici.

Ecco allora riapparire l'importanza di una scelta di ordine legislativo se è vero che la legge e gli atti, o fatti, che possiedono la stessa forza, sono capaci di imporsi a tutti i diritti obiettivi, a tutti gli ordinamenti particolari, a tutti i soggetti che appartengono ad ognuno di essi perché sempre e comunque soggetti all'ordinamento generale dello Stato (112).

---

(112) Offre una lettura dei rapporti fra ordinamento generale e particolare della pubblica amministrazione A. ROMANO. Per seguire l'evoluzione del pensiero di tale autore si possono vedere fra gli scritti principali: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 95 e s.; ID., *Diritto soggettivo interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 e s.; ID., *Note sui caratteri della legislazione nello 'Stato delle autonomie'*, in *Le Regioni*, 1981, 660 e s.; ID., *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, intervento alla tavola rotonda a cura di M. Nigro, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2162. Per le più recenti evoluzioni si veda la voce *Autonomia pubblica*, in *Digesto* IV, 1988, cit.; lo scritto *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 e s.; la relazione *Il ruolo del giudice amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione*, tenuta al convegno: *La giustizia amministrativa a cen-*

Di fronte ai conflitti che non trovano composizione negli ordinamenti particolari le soluzioni astrattamente possibili sono molte: dalla scelta di confermare la situazione di fatto esistente, a quella di riconoscere solo parzialmente la composizione del conflitto di interessi offerto dall'ordinamento particolare, in fine quella di offrire una tutela di favore per interessi che nell'ordinamento di settore ricevono l'opposto trattamento.

Tale scelta tuttavia parrebbe non operata dall'ordinamento generale in via diretta, ma attraverso l'attribuzione agli organi della pubblica amministrazione del potere di selezionare in via discrezionale e nei limiti indicati dalla legge attributiva del potere i fatti che hanno dato origine alla situazione che è giuridicamente di interesse per l'ordinamento generale, perché valutata dallo stesso come oggetto di necessaria trasformazione.

L'ordinamento oltre alle regole d'azione sopra indicate mantiene tuttavia un ulteriore controllo di valore sulle scelte operate dall'amministrazione attraverso la riserva di legge sul tipo di prestazione imposta ed il criterio interpretativo dei principî dell'ordinamento giuridico sulla concreta determinazione amministrativa.

In tal guisa l'ordinamento generale si avvale di una rilevazione e ponderazione amministrativa delle diverse istanze ed ancor prima dei diversi interessi che provengono da ogni settore della vita sociale e che non hanno trovato negli ordinamenti di settore adeguata soluzione.

---

t'anni dalla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, (Bergamo, 2 giugno 1989), in *Atti ancora in corso di pubblicazione*; la Relazione introduttiva e la Relazione di sintesi al Convegno: *Dinieghi ed omissioni della P.A. e poteri del giudice amministrativo*, (Brescia 20-21 ottobre 1989), in *Atti ancora in corso di pubblicazione*; infine la relazione *Natura e funzioni del giudice amministrativo*, tenuta al Convegno celebrativo dei 100 anni di Giurisdizione Amministrativa, per il centenario della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, (Torino, 10-12 novembre 1989), in Atti ancora in corso di pubblicazione.

Non tutti i bisogni sociali che non hanno trovato soddisfazione divengono normalmente legittima ragione di intervento del potere in esame, ma solo quelli che assurgono alla qualificazione di « sicurezza pubblica », « ordine pubblico », « sanità », o quant'altro il legislatore abbia disposto per definire in via mediata gli interessi ai quali intende offrire tutela.

Le esigenze sociali trovano dunque soddisfazione nel normale assetto degli interessi offerto da tutte le norme dei singoli ordinamenti di settore, ovvero direttamente dall'ordinamento legislativo; ai primi quest'ultimo in qualche modo si affida poiché le regole da essi poste sono normalmente idonee a garantire la « pace sociale », contribuiscono in altri termini alla effettività dell'ordinamento generale perché la composizione degli interessi offerta dagli ordinamenti di settore è accettata con favore, o non osteggiata, dai soggetti che vi appartengono.

L'ordinamento generale tuttavia pone una « valvola di aereazione » (113) con operatività del potere di ordinanza in tutte le situazioni in cui sussista un sintomo (pericolo per la « sicurezza pubblica », la « sanità », ecc.) della parziale inaccettabilità della mediazione proposta in via ordinaria dalle proprie disposizioni, o dai singoli ordinamenti di settore, riservandosi di offrire per altra via rilievo e protezione a ciò che negli ordinamenti esistenti non ha trovato congrua soddisfazione.

Il conflitto di interessi ove assurga a tali qualificazioni-sintomo è considerato nell'ordinamento generale non risolto; tuttavia lo stesso ordinamento vuole che il conflitto sia sciolto per un mantenimento duraturo della « pace sociale », a tal fine attribuisce alla pubblica amministrazione un potere discrezionale, ma lo circoscrive nei limiti consentiti delle proprie scelte di valore (prestazione imposta *ex lege*, principî dell'ordinamento).

In tal senso pare corretto ritenere che alla pubblica ammi-

---

(113) È così definito il potere di ordinanza da: M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I-II, 94-95; nonchè in *Lezioni di diritto amministrativo*, (1950), cit., 102.

nistrazione è riconosciuto dalla legge un potere di interazione con gli ordini diversi da quello amministrativo (114), di intervento su bisogni sociali alla cui soddisfazione sono deputati normalmente alcuni ordinamenti particolari, cioè la loro organizzazione giuridica.

In ciò nulla di particolare aggiunge il potere di ordinanza rispetto al normale modo di porsi della pubblica amministrazione e all'ordinaria definizione dei poteri pubblici, se non per l'eccezionale ampiezza della sfera di incidenza sui più diversi fenomeni sociali in cui è legittimato a intervenire e per le conseguenti vicende giuridiche alle quali può dare fondamento (115).

---

(114) Cfr.: F. MODUGNO, *Legge- Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 1985, 288 e s.

(115) Su cui l'effetto di maggior rilievo è l'aver demandato ai principî dell'ordinamento giuridico il compito di delimitare i contenuti di relazione fra poteri pubblici e diritti soggettivi. Sul punto si vedano le sentenze della Corte costituzionale (analizzate al capitolo IV) che identificano i limiti che la legislazione esclusiva delle regioni a statuto speciale incontra ove intervenga sui rapporti di diritto privato, limiti che secondo le sentenze della Corte sono meno angusti di quanto si possa credere normalmente. Con forti accenni critici è la tesi di A. LENER, *Il commissario Zamberletti legislatore civile*, in *Foro it.*, 1981, V, 134 in nota al caso di un intervento del Commissario Zamberletti che con ordinanza ha sottoposto all'approvazione dell'intendente di finanza i contratti di compravendita di immobili stipulati nel periodo del terromoto del Friuli del 1980, con legittimazione di quest'organo della pubblica amministrazione alla proposizione dell'azione di rescissione per lesione. Sul punto si veda anche: L. GIAMPAOLINO, *Osservazioni sulle ordinanze emanate dal commissario straordinario del governo per le zone terremotate*, in *Foro it.*, 1981, V, 126. Più di recente si veda altresì T.A.R. Lazio, sez. I ter, 11 gennaio 1989, n.1, cit., ove si giudica del caso di una ordinanza prefettizia ex art. 2 del r. d. 18 giugno 1931, n.773 che dispone la proroga del termine entro il quale i conduttori possono esercitare il « diritto di opzione » (*rectius*: l'accettazione della proposta irrevocabile ex art. 1329 del cod. civ.), per l'acquisto degli alloggi in cui abitano in forza di un contratto di locazione, che sono stati offerti in vendita da istituti di assicurazione che intendono comunque pervenire all'alienazione degli immobili concessi in locazione.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

IL POTERE DI ORDINANZA DI NECESSITÀ E URGENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Il potere di ordinanza nella legalità. Alcuni postulati e intendimenti ricostruttivi 1
2. Ordinanze amministrative di necessità e urgenza e le altre denominazioni che individuano provvedimenti che si riferiscono allo stesso tipo di potere. Le distinzioni dagli altri provvedimenti a presupposto necessitato e dal decreto legge 3
3. Il potere di ordinanza di necessità e urgenza e il suo fondamento in disposizioni di legge. Analisi e ricognizione normativa 8
4. La normale presentazione dei limiti al potere di ordinanza. Loro svolgimento e possibile conflitto con i risultati delle analisi su istituti generali. Formulazioni di eccessiva sintesi ed equivoci interpretativi. La legittimità delle ordinanze come disciplina esclusiva del potere 13
5. Le tesi degli autori dei primi anni del secolo e di altri più recenti a confronto. In tutti una comune intuizione. La necessità di una partecipazione legislativa nella determinazione del contenuto dell'ordine 21

CAPITOLO II

NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE DI ORDINANZA E RAPPORTO DEROGATORIO

1. La comune classificazione secondo i campi di intervento del potere di ordinanza. Casi noti e meno noti che rivelano i contenuti in

concreto assunti dal potere presentati in ragione delle posizioni di diritto soggettivo oggetto di disposizione da parte dell'amministrazione 27

2. La scomposizione del contenuto dell'ordinanza. Alcuni casi giurisprudenziali significativi che definiscono il rapporto con i poteri « nominati ». L'idea dell'abuso del diritto. Le norme di relazione sparse nell'ordinamento 56

3. L'idea secondo la quale il potere di ordinanza non può derogare le norme che l'ordinamento considera imperative. *Revirement* della dottrina che ha fondato l'idea di un illimitato « potere derogatorio necessitato » delle norme di diritto positivo. Norme imperative e autonomie giuridiche 68

CAPITOLO III

PRIMI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUI LIMITI AL POTERE DI ORDINANZA

1. Il dibattito svoltosi negli anni cinquanta in Italia fra dottrina e giurisprudenza intorno al potere di ordinanza: l'importanza attuale di un dibattito fra tesi radicalmente contrapposte 79

2. Le nuove prospettive aperte dall'intervento della Corte costituzionale. Assenza di forza di legge e negazione di un potere di ordinanza sui diritti di libertà. Riserve di legge relative e principî dell'ordinamento. Le difficoltà di una interpretazione 87

3. Il caso limite delle leggi provvedimento in relazione alla tutela giurisdizionale: art. 113 e 134 della Costituzione. Il naturale rapporto fra contenuti possibili di un atto (efficacia) e la sua natura giuridica 107

4. Il « carattere amministrativo » delle ordinanze di necessità e urgenza: la necessaria correlazione tra forza dell'atto e contenuto ammissibile del potere nel nostro ordinamento 116

CAPITOLO IV

IL LIMITE IMPOSTO DALLE RISERVE DI LEGGE

1. La riserva di legge e la determinazione del contenuto di esistenza del potere in astratto 121

2. Il principio di legalità nelle tre tradizionali accezioni. L'*interpositio legislatoris* nella determinazione della prestazione imposta e la sindacabilità dell'esercizio del potere. Riserva di legge relativa e conformità sostanziale 126

3. Le norme di legge attributive del potere di ordinanza non offrono di per sé la *"interpositio legislatoris"* richiesta dalle riserva di legge relativa 133

4. Ricostruzione del significato attribuibile alla ammissibilità del potere di ordinanza in materie di riserve relative. La norma attributiva del potere d'ordinanza richiama a sé tutte le norme di relazione poste dall'ordinamento legislativo. Le definizioni legislative di prestazioni imposte come « *interpositio legislatoris* » 140

5. L'osservanza delle riserve di legge non assolve dal vincolo di conformità alle altre disposizioni costituzionali a garanzia dei diritti soggettivi. I principî dell'ordinamento come parametro ulteriore di selezione dei contenuti ammissibili del potere di ordinanza (rinvio). Inammissibilità di un principio generale unico che legittimi ogni contenuto del potere di ordinanza (lo stato di necessità: rinvio) 149

7. Gli enunciati minimi per la sindacabilità dell'esercizio del potere: le sentenze della Corte costituzionale nelle materie coperte dalle riserve relative di legge. La norma attributiva del potere di ordinanza e sua compatibilità con i vincoli offerti dalle riserve relative di legge 170

8. Principî costituzionali di organizzazione della pubblica amministrazione. L'articolo 97 della Costituzione e le norme di legge attributive del potere di ordinanza. Lo spazio di determinazione riservato alla legge in materia 182

9. Il potere di ordinanza e le riserve di legge assolute. Normale impossibilità di un intervento in materia. L'inderogabilità delle competenze stabilite dalla Costituzione, l'impossibilità di un ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico come integrazione della *lacuna legis*. Il silenzio della legge in materia vale inesistenza del potere pubblico (rinvio) 194

CAPITOLO V

ORDINANZE UN "PO' TROPPO" LIBERE

1. La giurisprudenza degli anni cinquanta: in situazioni di necessità e urgenza adeguate non resiste alcun diritto soggettivo 197

2. Argomenti (motivazioni) vecchi e nuovi che sorreggono i dispositivi della giurisprudenza a favore di un potere di ordinanza libero nel contenuto: l'idea dell'abuso del diritto 199

3. Argomenti (segue): non ogni esercizio di diritti costituzionalmente garantiti è tutelato dalla Costituzione; l'esercizio di un diritto sia pur costituzionalmente tutelato non può ledere altrui diritti egualmente tutelati. Critica 208

4. Le S.U. della Cassazione (n. 2068 del 1958) e la possibilità per il potere di ordinanza di inventare nuovi limiti ai diritti. La vecchia tesi della « *salus rei pubblicae* » e la critica desumibile dalla necessità come fonte del diritto (rinvio) 213

CAPITOLO VI

IL LIMITE DEI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. Il limite dei principî dell'ordinamento giuridico al potere di ordinanza come limite di esistenza autonomo rispetto a quello imposto dalle riserve di legge 223

2. Le prime enunciazioni ed i contestuali silenzi della dottrina intorno al limite dei principî 227

3. Il pensiero della dottrina sui « principî generali dell'ordinamento ». Analisi e metodologie per una loro individuazione. La definizione dei principî dell'ordinamento come modo di pensare il diritto obiettivo. L'unità dell'ordinamento come limite pubblicistico alla pluralità del diritto obiettivo: necessità di una finzione o realtà..... 238

4. I principî dell'ordinamento come limite delle autonomie. Le leggi delle regioni a statuto speciale: dottrina e sentenze della Corte costituzionale 250

5. I principî come limite delle autonomie (segue): il potere di ordinanza. Ambito di rilevanza: gli enunciati inespressi (o espressi *per*

relationem) della norma di legge attributiva del potere di ordinanza. Inderogabilità dei principî perché definiscono il contenuto di esistenza del potere. I principî di rango legislativo che regolano l'esercizio del potere di ordinanza e la sentenza n. 100 del 1987 della Corte costituzionale 266

6. Norme costituzionali non principî dell'ordinamento e norme principio non costituzionali. Conflitti fra interessi tutelati in norme di pari grado: inutilità del principio di gerarchia, specialità o competenza e successione delle leggi nel tempo. Precetti costituzionali e principî dell'ordinamento: differenze e interrelazioni 277

7. I principî come risoluzione del conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado. La continuità dei valori dell'ordinamento in tempi normali ed eccezionali 283

8. I principî dell'ordinamento giuridico ed il vizio di eccesso di potere: giudizio di « valore » e giudizio di « utilità ». Il ricorso per Cassazione per violazione di legge e l'attività di nomofilachia. Il rapporto fra il controllo della Corte costituzionale e quello degli altri giudici sui valori dell'ordinamento 292

Capitolo VII

I LIMITI ALL'ESERCIZIO DEL POTERE DI ORDINANZA

1. Gli enunciati espressi dalla norma attributiva del potere di ordinanza. Forza di legge ed efficacia derogatoria dei normali limiti d'esercizio dei poteri dell'autorità. Gli enunciati minimi delle norme attributive sull'esercizio del potere di ordinanza (necessità e urgenza, competenza, fine di interesse pubblico) e i limiti dettati dalla riserva di legge relativa 307

3. Fine di interesse pubblico, vizio di eccesso di potere e sindacato di legittimità del potere di ordinanza. L'indicazione dei motivi di sicurezza, sanità e ordine pubblico, come delimitazione delle categorie di interessi da perseguire. La procedimentalizzazione di talune ipotesi particolari di norme attributive del potere di ordinanza 333

4. Le singole disposizioni attributive di poteri di ordinanza: vecchie definizioni e recenti formulazioni. Le norme attributive di poteri di ordinanza con delimitazioni di materia e di motivi, i rapporti con la competenza. Gli organi legittimati all'esercizio del potere di or-

dinanza e riparto di competenza: rilievi critici ed interpretazioni adeguatrici al dettato costituzionale 348

6. L'efficacia derogatoria della norma attributiva del potere di ordinanza: i presupposti, la competenza, il procedimento, il fine di interesse pubblico, la forma. Le regole di legittimità poste per le ordinanze: necessità e urgenza, fine di interesse pubblico e contenuto d'esercizio in concreto prescelto dalla p.a. La temporaneità del contenuto dell'ordine e negazione dell'efficacia normativa al potere di ordinanza 400

CAPITOLO VIII

LA LEGALITÀ DEL POTERE DI ORDINANZA

1. Il potere di ordinanza e le riserve di legge assolute. Normale impossibilità di un intervento in materia: inderogabilità delle competenze stabilite dalla Costituzione, impossibilità di un ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico come integrazione della *lacuna legis*. Il silenzio della legge in materia vale inesistenza del potere pubblico 415

2. Legge (norme generali e astratte) e principî dell'ordinamento giuridico (diritto obiettivo puntuale e concreto) come limiti all'esistenza del potere di ordinanza. Principio di legalità e potere di ordinanza. Nel concetto di legalità sono compresi i principî dell'ordinamento giuridico. La compatibilità del potere di ordinanza con il principio di legalità 424

3. Legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza e principio di legalità: le norme di *"jus non scriptum"* di definizione del vizio di eccesso di potere. Il contributo di tali norme alla legalità. Il potere in esame regolato quasi unicamente dallo *jus non scriptum*. Il favore dell'ordinamento per la legge 433

4. Lo *"jus non scriptum"* non contemplato dal legislatore e la rottura con qualsiasi definizione del principio di legalità. Le teorizzazioni sullo stato di necessità e sul decreto legge anteriore alla l. n. 100 del 1926. La necessità come fonte del diritto. Potere costituente e mutamento dell'ordinamento giuridico costituito. La teoria dell'effettività come fonte del diritto ed il mutamento dei valori *extra ordinem* 450

5. Potere di ordinanza e rapporti giuridici privati. Bisogni sociali insoddisfatti, rilevanza per l'ordinamento generale dello Stato e attribuzione di poteri alla pubblica amministrazione. La *ratio* normativa del potere di ordinanza 472

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE