

ORDINANZE D'EMERGENZA E PANDEMIA

di Roberto Cavallo Perin

(Professore ordinario di diritto amministrativo
presso l'Università degli studi di Torino)

1. Uno strano fenomeno lega, ma al tempo stesso contrappone, alla legalità il diritto istituzionale creato in situazioni di necessità e urgenza o di emergenza, intesa la prima come predeterminazione generale astratta della validità degli atti giuridici o della liceità dei comportamenti delle persone.

Quasi una maledizione per chiunque tenti di imbrigliare in una definizione *ex ante* ciò che è definito dalla realtà come *necessario*, o che è percepito come tale da chi si trovi ad assumere decisioni in situazioni di emergenza.

Basti pensare alla disciplina della decretazione d'urgenza ove i decreti - adottati dal governo sotto la sua responsabilità e in casi straordinari di necessità e urgenza - hanno immediata forza di legge ma sono il giorno stesso sottoposti al successivo giudizio delle Camere e gli stessi perdono efficacia sin dall'inizio se non sono dalle stesse convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione¹.

Il decreto legge configura un diritto transeunte e - si vorrebbe dire - nonostante la norma costituzionale lo preveda, lo legittimi e infine intenda plasmarlo perciò alla legalità, poiché della decretazione d'urgenza non può mutare la sua origine e natura giuridica necessitata e *contra legem*, che permane nell'ordinamento solo se e nei limiti in cui interviene la successiva conversione delle Camere.

Un atto adottato dal Governo - e sino a quel momento - sotto la sua esclusiva responsabilità, poiché ove la conversione manchi, ciò che il Governo ha compiuto è stato e resta comunque illegale, certo nei limiti di una sua non conformità all'ordinamento, certo così come definito al netto del decreto legge medesimo, che effimero non è mai esistito e dunque non ha mai potuto offrire la forza di legge che inizialmente le è stata conferita.

L'incertezza è propria del diritto di necessità che in quanto "straordinario" fuoriesce per definizione dagli *standard* - generali o speciali - di quel diritto ideato per le situazioni che sono ordinarie.

¹ Art. 77, co. 2° e 3°, Cost.

Di più: un diritto straordinario per situazioni di necessità e urgenza che il Governo può affrontare *provvedendo* con atti aventi forza di legge, il cui carattere temporaneo è stato definito sia contenendone l'efficacia in sessanta giorni sia espressamente indicandone un carattere di "*provvedimenti provvisori*" che in sé avrebbe definito il contenuto possibile e costituzionalmente ammissibile degli atti di decretazione d'urgenza. Se vi è una situazione straordinaria di necessità e urgenza - e il Governo deve alla stessa provvedere - va da sé che ciò legittimi solo provvedimenti dal contenuto temporaneo, indispensabili a quel periodo straordinario e non solo con riferimento alla efficacia degli stessi che sono definiti caduchi per mancata conversione delle Camere entro i successivi sessanta giorni.

Non c'è chi non veda quanto la descrizione della decretazione d'urgenza - ricordata da Carlo Esposito nella sua magistrale voce *dell'Enciclopedia del diritto* - sia stata inopinatamente superata nonostante gli interventi di contenimento della Corte costituzionale, tramite una prassi - contraria non solo alla lettera della Costituzione - che ha ridisegnato il decreto legge come corsia preferenziale per l'approvazione di norme di legge dal contenuto nient'affatto provvisorio, che, dall'ordinario, si distinguono solo per l'occasione di necessità e urgenza che le ha originate. Evoluzione le cui ragioni sono note - non è luogo qui per ricordarle - poiché è sufficiente sottolineare che quelle ragioni non hanno avuto ingresso nella disciplina sulle ordinanze e gli altri atti di natura amministrativa di necessità e urgenza, in genere per gli atti amministrativi emanati in situazioni d'emergenza, di cui è sempre stato affermato un carattere provvisorio, mai normativo, solo ammettendo contenuti strettamente correlati a quella concreta situazione d'emergenza.

La decretazione d'urgenza della Pandemia 2020² - invece di disporre direttamente i provvedimenti indispensabili a fare fronte alla situazione straordinaria, di necessità e urgenza - ha fornito al Presidente del Consiglio e alla altre autorità alcuni contenuti tipo di limitazione dei diritti, indicando contenuti generali e astratti che sono tipici delle norme di legge speciale.

2. A ciò si aggiunga la scelta di fronteggiare la Pandemia 2020 con la disciplina della protezione civile. La deliberazione d'emergenza del consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 ha deviato la risposta istituzionale - dal tradizionale riferimento alle ordinanze contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità³ - alla più recente disciplina della

² D.l. 23.02.2020, n. 6 conv. in l. 5.03.2020, n. 13; d.l. 25.03.2020, n. 19.

³ L. 23.12.1978, n. 833, art. 32.

protezione civile⁴, con rilevanti variazioni date per l'occasione dalla decretazione d'urgenza.

Se in materia d'igiene la competenza ad emanare *ordinanze contingibili ed urgenti* è del Sindaco, del Presidente della Giunta regionale e del Ministro della Salute; nella protezione civile la deliberazione del Consiglio dei Ministri che dichiara lo stato d'emergenza, ne fissa la durata e l'estensione territoriale, *autorizzando* al contempo l'emanazione delle *ordinanze di protezione civile* - anche in deroga *ad ogni disposizione vigente*, salvo il rispetto dei *principi generali dell'ordinamento giuridico* e delle norme dell'Unione europea⁵ - da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, o del Capo Dipartimento della protezione civile su delegazione del prim⁶, su richiesta o comunque acquisita l'intesa con le Regioni e le Province autonome territorialmente interessate.

La recente decretazione d'urgenza legittima le ordinanze regionali solo in via sussidiaria (nelle more dei decreti del Presidente del Consiglio e per tale momento), cioè per un sopravvenuto specifico aggravamento del rischio sanitario nel loro territorio, purché siano più restrittive, ma senza poter incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale⁷. Le ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci sono dichiarate inefficaci se in contrasto con le misure adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, o innovino quelle tipiche indicate dai decreti legge. Il Prefetto, sentite le parti sociali interessate, definisce come possono svolgersi le attività non sospese, ove ciò sia necessario ad assicurare l'effettività, o la pubblica utilità, delle misure di emergenza⁸.

L'interesse a fronteggiare la Pandemia 2020 ha certo avuto un carattere nazionale o europeo, anche quando la stessa si sia manifestata in modo localizzato, poiché il pericolo della malattia diffusiva è sempre stato ultra locale, sicché non stupisce la sopra indicata correzione della disciplina sulla protezione civile a favore degli organi statali.

Quanto all'Europa la disciplina su un "meccanismo unionale di protezione civile"⁹ si fonda sulla competenza di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri che ha l'Unione europea sia in materia di tutela e miglioramento della salute umana (art. 6, lett. a, TFUE), sia di protezione civile (art. 6, lett. f, TFUE), una competenza che di solito è considerata di minore rilievo poiché in tali settori l'Unione europea non può sostituirsi alla competenza degli Stati membri (art. 2, § 5, TFUE).

⁴ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

⁵ Artt. 24 e 25, d. lgs. n. 1 del 2020.

⁶ Art. 5 e 25, d. lgs. n. 1 del 2020.

⁷ Art. 3, d.l. n. 19 del 2020, cit.

⁸ Art. 1, d.l. n. 19 del 2020, cit.; Tar Calabria, 9.05.2020, n. 841.

⁹ RescUe, Decisione (Ue) 2019/420, 13 marzo 2019, del Consiglio e dal Parlamento europeo.

Senonché è la stessa definizione della competenza dell'Unione in materia di salute e protezione civile che vale in realtà a segnare una competenza dell'Unione cui spetta il compito di porre ciò che manca alla capacità degli Stati membri, più esattamente alla loro organizzazione sanitaria e di protezione civile, ciò che gli stessi Stati non possono inevitabilmente rappresentare, cioè il sistema europeo di cura della salute e di protezione civile, su cui l'Unione assume competenza come rete d'insieme delle istituzioni nazionali e non in via sostitutiva di queste.

Definizioni d'insieme che inevitabilmente assumono carattere selettivo delle strutture nazionali che possono essere chiamate a comporre la rete europea dei servizi di assistenza sanitaria o di protezione civile, in ragione di predefiniti parametri di professionalità, che valgono a definire la rete europea di protezione contro le pandemie.

3. La norma attributiva del potere d'ordinanza esprime enunciati che attengono all'organo emanante (soggetto attivo), ai presupposti d'esercizio del potere, al fine (o motivi) d'interesse pubblico, talvolta alle materie d'intervento. Manca invece una definizione del tipo di prestazione e — ove necessario — del soggetto passivo, che è invece recuperata da altre norme legislative.

Tali enunciati di legge, quando dispongono che l'amministrazione assuma tutti i provvedimenti che risultino indispensabili alla situazione d'emergenza, non valgono a conferire un potere giuridicamente innovativo dell'ordine giuridico. In oltre 150 anni della storia d'Italia le norme attributive di ordinanze amministrative di necessità e urgenza sono state intese nel senso di richiamare in capo al titolare del potere d'ordinanza tutti i poteri che le leggi hanno già attribuito ad organi od enti dell'amministrazione pubblica, liberandoli — qui la deroga — da ogni specifico presupposto, o vincolo procedimentale, che risulti incompatibile con l'urgenza di provvedere, permanendo solo quelli più lassi definiti dalla norma attribuita del potere e dettati dalle definizioni di materia (es. igiene), dai motivi di interesse pubblico (es. sanità pubblica), nonché dai presupposti (es. necessità e urgenza, contingibile e urgente, emergenza).

L'incompetenza è così relegata ai rapporti tra organi monocratici titolari di poteri di ordinanza locali o nazionali; la violazione di legge è del tutto inesistente poiché le norme sul procedimento amministrativo e in genere gli *standard* d'amministrazione sono derogati in ragione del grado d'urgenza del provvedere.

Per le ordinanze, di più antica data, di *necessità e urgenza* o *contingibili ed urgenti* il vizio di eccesso di potere è sempre stato pieno, non così per le *ordinanze di protezione civile*, per le quali vale la proporzionalità-utilità di quest'ultime rispetto al fine

d'interesse pubblico che in concreto l'amministrazione pubblica ha voluto perseguire. Quanto ai presupposti il generale stato di emergenza indicato dalla dichiarazione impedisce di distinguere tra zone del territorio e relativi gradi di emergenza.

4. L'impossibilità di riconoscere la forza di legge alle *ordinanze di necessità ed urgenza o contingibili ed urgenti*, ha da sempre definito la natura amministrativa delle medesime distinguendole dal decreto legge che ha trovato fonte diretta nella nostra Costituzione. Se condividono con quest'ultimo la soggezione alle norme costituzionali sostanziali (artt. 13, 21, 41, 42, 32 Cost.) o sulla produzione (riserve di legge), le ordinanze in esame non possono derogare ai *principi dell'ordinamento giuridico* anche se posti da atti di grado *infracostituzionale* e la questione è stata chiusa sin dalle prime sentenze in materia¹⁰.

L'efficacia in deroga alla disciplina vigente, anche quando è espressamente enunciata come per le ordinanze di protezione civile, è ricondotta in via interpretativa e più propriamente alle norme di legge attributive del potere di ordinanza, le quali - sempre più esplicitamente¹¹ - indicano i principi dell'ordinamento giuridico a limite che declassa le ordinanze amministrative al rango di atti amministrativi seppure dotate di un'ampia discrezionalità.

Già sul finire del XIX secolo i principi dell'ordinamento giuridico assurgono a limite generale del potere regolamentare e di ordinanza contingibile ed urgente. Il «Sindaco non può, coi suoi provvedimenti adottare misure non consentite dalle leggi generali e dai principi che informano la legislazione e le istituzioni dello Stato, o che riguardano o governano interessi pubblici di un ordine più alto e più generale». Gli «atti di imperio del Sindaco non possono uscire dall'orbita assegnata al potere amministrativo»¹².

Ottant'anni più tardi l'ordinamento repubblicano ricorda i limiti al potere d'ordinanza di necessità e urgenza sulla produzione (riserve di legge) e quelli sostanziali posti a tutela dei diritti soggettivi: se sono limiti per il legislatore e gli atti aventi forza di legge lo sono a *fortiori* per l'amministrazione e le sue ordinanze amministrative. Sono riaffermati dei principi dell'ordinamento come limite scaturito dall'interpretazione (diritto vivente) che i giudici riconoscono, bilanciando nel caso concreto le posizioni soggettive tutelate in Costituzione.

¹⁰ C. Cost. 2.07.1956 n. 8 in *giurcost.org*; 27.05.1961, n. 26 in *giurcost.org*; 3.04.1987, n. 100 in *giurcost.org*; n. 2.02.1971, n. 14 in *giurcost.org*.

¹¹ D. lgs. 18.08.2000, n. 267, art. 50; d. lgs. 2.01.2018, n. 1, art. 25.

¹² V. Conti, *Il sindaco nel diritto amministrativo italiano*, Napoli 1875, 286-87; T. Carnevali, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova 1899, 1893.

Nelle materie di riserva assoluta l'intervento del potere di ordinanza di necessità ed urgenza è visto con grande diffidenza, tutt'al contrario in materie di riserva relativa ove è ammesso con larghezza¹³.

Talvolta la predeterminazione legislativa della prestazione di dare o di fare non è sufficiente a dare soddisfazione al principio di legalità sostanziale, perché la legge non consente l'individuazione *ex ante* di tutte le posizioni soggettive sacrificate nel caso concreto, né la composizione degli interessi pubblici tutelati di volta in volta con l'ordinanza, sicché i principi dell'ordinamento giuridico hanno assunto il significato di limite ulteriore di proporzionalità-bilanciamento.

Assicurata la conformità al tipo di prestazione imposta (art. 23 Cost.), è la conformità ai principi dell'ordinamento giuridico a chiudere il ragionamento: della prevalenza che la pubblica amministrazione ha espresso per alcune posizioni soggettive (diritto alla salute di tutti o di alcune categorie di cittadini) rispetto ad altre ad essa sacrificate (libertà economica, diritto al lavoro, alla libera circolazione, all'istruzione, ecc.). Al giudice l'ultima parola sul bilanciamento dato dall'ordinanza tra posizioni soggettive, sul confine concreto tra libertà e autorità, secondo un costruito argomentativo che nella nostra tradizione giuridica è passata per *l'argomentare per principi dell'ordinamento giuridico*¹⁴, normalmente del giudice ordinario o del giudice amministrativo per le materie assegnate alla sua giurisdizione esclusiva. Trattasi di un bilanciamento dato per il caso concreto, dunque destinato a definire diverse soluzioni, che dipendono dalla diversa percezione che nel tempo si ha della necessità del momento.

5. La novità è stata l'offerta di un "catalogo" di contenuti d'ordinanze possibili¹⁵, che i decreti legge hanno indicato in tipi astratti di decreti o *ordinanze di protezione civile*, da cui il Presidente del Consiglio dei Ministri e in via sussidiaria il Presidente della Giunta regionale o in via residuale i Sindaci, con decreti o con *ordinanze contingibili ed urgenti*, selezionano i contenuti utili alla bisogna¹⁶: come la libertà di circolazione, di riunione, d'esercizio del culto, la limitazione delle relazioni familiari, non ultimo d'iniziativa economica, sino alla sospensione dell'istruzione di ogni ordine e grado e della formazione dei lavoratori. Su tutte una particolare notorietà ha assunto l'assorbente divieto di uscire dalla propria abitazione se non per ragioni determinate.

¹³ Artt. 42, 41, 23, 16; C. Cost. n. 2.07.1956 n. 8, 27.05.1961, n. 26 in *giurcost.org*; 7.3.1978, n. 100 in *giurcost.org*.

¹⁴ C. Cost., 27.05.1961, n. 26 in *giurcost.org*; poi C. Cost., 20.06.2008, n. 227 in *giurcost.org*; C. Cost., 17.07.2006 n. 284 in *giurcost.org*.

¹⁵ Dapprima non esaustivo d. l. n. 6 del 2020, cit., art. 1, co. 2.

¹⁶ Art. 1, co. 2°, d. l. n. 19 del 2020, cit.

Non si può non notare la vasta gamma di limitazioni alla libertà che involgono materie soggette a riserva assoluta di legge, con limitazioni a diritti diversi da quelli di natura essenzialmente patrimoniale, che pure vengono ribaditi per le requisizioni in uso e in proprietà¹⁷ ma ove la forte ingerenza sull'autonomia imprenditoriale non esprime neppure indirettamente il contenuto né delle requisizioni di impianti¹⁸, né di quelle norme speciali su vincoli ed obblighi temporanei – comparse in altri eventi storici - affinché la produzione sia convertita a soddisfazione di una domanda pubblica o privata di determinati beni indispensabili a fare fronte all'emergenza¹⁹.

Se per il diritto di riunione - compresi congressi, convegni, seminari - in luogo privato, pubblico o aperto al pubblico, è sufficiente enunciare contestualmente all'ipotetico divieto che è salva la possibilità d'esercizio a distanza, non così è per i diritti la cui fruizione necessita di una prestazione di servizi pubblici o privati sia come oggetto principale²⁰, sia come prestazioni accessorie che accompagnano la (principale) limitazione del diritto di libertà personale, non importa ora se in via consensuale (art. 32, cost.) oppure imposta per legge e per atto motivato della autorità giudiziaria (art. 25 e 27, cost.).

Tali disposizioni legislative non escludono dunque la rilevanza del limite dei principi anche se possono favorire un accentramento avanti alla Corte costituzionale di parte rilevante del precedente sindacato di costituzionalità sulle ordinanze in esame, che si era svolto in modo diffuso avanti ai giudici ordinari e amministrativi.

¹⁷Art. 835 Cc; art. 6, d. l. n. 18 del 2020, cit.

¹⁸ Ricondotte salvo leggi speciali all'art. 835 Cc.

¹⁹ Art. 836 Cc.

²⁰ Es. istruzione, anche universitaria: artt. 34 e 33, cost.