

SALVATORE PALUMBO  
Dottorando di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Palermo  
*salvadorpalumbo@virgilio.it*

## **LE ORDINANZE IN MATERIA DI PROTEZIONE CIVILE, TRA POTERE DI URGENZA E URGENZA DI POTERE**

### **CIVIL PROTECTION ORDINANCES, BETWEEN POWERS OF URGENCY AND URGENCY OF POWERS**

#### SINTESI

Il presente contributo ripercorre le tappe che hanno condotto all'affermazione del potere di ordinanza di protezione civile. Si tratta di un percorso caratterizzato dalla tensione con principi propri di un moderno Stato di diritto, come quelli di legalità e tipicità dell'azione amministrativa. Tale potere è ricollegato al manifestarsi di eventi emergenziali eccezionali, e si caratterizza, infatti, per una duplice deroga all'ordinamento giuridico. Da un lato vengono dispensati i normali presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità. Sotto altro profilo, anche il contenuto ha carattere derogatorio, potendo consistere nell'adozione di qualsiasi potere amministrativo, tra quelli previsti dall'ordinamento e produrre perciò i più diversi effetti. Al fine di ricondurre detto potere al rispetto dei parametri costituzionali, giurisprudenza e dottrina si sono impegnati nella ricostruzione dei rispettivi limiti.

Tale processo di tipizzazione è culminato con l'adozione del d.lgs. n. 1/2018, il quale ha riorganizzato il Sistema di protezione civile, dettando un'apposita normativa per le ordinanze. Lo studio vaglia diacronicamente la tenuta di detto complesso Sistema di limiti e vincoli procedurali imposti dal legislatore per l'adozione delle suddette ordinanze, rispetto alla prassi dell'esecutivo. In questo senso la triste contingenza legata all'emergenza Covid-19, fornisce un utile banco di prova. Dall'analisi della prassi emergerà un ruolo complementare delle ordinanze di protezione civile nella gestione dell'attuale epidemia virale, ruolo in grossa parte eclissato dal più agile strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Lo studio si conclude con l'analisi delle tutele giurisdizionali appestabili all'individuo dinanzi a tali strumenti. Come emerge nel corso conclusivo della trattazione, tale tutela varia significativamente in ragione della natura normativa o amministrativa che si riconosca a tali atti.

#### ABSTRACT

This contribution traces the steps that led to the affirmation of the power of civil protection ordinance. It is a path characterized by tension with principles proper to a modern rule of law, such as those of legality and typicality of administrative action. This power is linked to the exceptional emergencies, and is

characterized, in fact, by a double derogation from the legal system. On the one hand, the normal conditions for the exercise of every single power of authority are dispensed with. From another point of view, the content is also derogatory, since it can consist in the adoption of any administrative power, between those provided by the law and therefore produce the most diverse effects. In order to bring this power back to the respect of constitutional parameters, jurisprudence and doctrine have engaged in the reconstruction of their respective limits.

This typing process culminated with the adoption of Legislative Decree No. 1 of 2018, which reorganized the Civil Protection System, laying down specific legislation for ordinances. The study deals diachronically with the maintenance of this complex system of limits and procedural constraints imposed by the legislator for the adoption of the aforementioned orders, compared to the practice of the executive. In this sense the sad contingency linked to the emergency Covid-19, provides a useful test.

The analysis of the practice will reveal a complementary role of the civil protection ordinances in the management of the current viral epidemic, a role largely eclipsed by the more agile instrument of the decree of the President of the Council of Ministers.

The study concludes with an analysis of the jurisdictional safeguards that are recognized to the individual against such instruments. As emerges in the final course of the discussion, this protection varies significantly depending to the regulatory or administrative nature of such acts.

PAROLE CHIAVE: diritto dell'emergenza – emergenza sanitaria- ordinanza- protezione civile- tutela dei diritti

KEYWORDS: civil protection - health emergency – ordinance - right of emergency -rights protection

INDICE: 1. Le ordinanze di protezione civile, origini dell'istituto e tipizzazioni legislative – 2. Il Sistema nazionale di protezione civile delineato dal d.lgs. n. 1/2018 – 3. La dichiarazione dello stato di emergenza nazionale – 4. Estensione e limiti del potere di ordinanza – 5. La discutibile prassi dell'esecutivo: dalla gestione Expo di Milano all'emergenza Covid-19 - 6. Conclusioni: poteri straordinari e strumenti giurisdizionali di tutela

## **1. Le ordinanze di protezione civile, origini dell'istituto e tipizzazioni legislative**

Le ordinanze di protezione civile rientrano nella categoria giuridica degli atti necessari e urgenti. Mutuando le parole di autorevole dottrina può dirsi che sono tali *«quegli atti che hanno per presupposto un volgere di avvenimenti tale da far oggettivamente ritenere che interessi pubblici siano esposti a un pericolo di lesione irreparabile, per cui l'urgenza del provvedere raggiunga un'intensità tale da divenire necessità»*<sup>1</sup>.

Il pericolo di danno irreparabile diviene così fatto giuridico, che legittima gli interventi necessitati d'urgenza.

Proprio per questa sua ragion d'essere, tale potere giustifica l'adozione di tutte quelle misure che si rendono necessarie in relazione alle circostanze con-

<sup>1</sup> GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 703 e ss.

crete, tanto che esso può dirsi legittimato dal contesto<sup>2</sup>. Questa dinamica giuridica è stata efficacemente rappresentata in dottrina ricorrendo al volto bifronte del dio Giano<sup>3</sup>. Dette ordinanze risultano infatti «orientate, per un verso, alla difesa dell'ordinamento e, per l'altro verso, funzionali alla necessità del caso concreto, giustificando qualsiasi misura, anche contro l'ordinamento stesso».

Al fine di delineare meglio la ricostruenda categoria, risulta ancora utile la distinzione di tali provvedimenti rispetto agli atti necessitati<sup>4</sup>, come sono ad esempio i provvedimenti emanati ai sensi dagli artt. 63 e 163 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)<sup>5</sup>. In tali differenti fattispecie il contenuto, i presupposti e le modalità di adozione del provvedimento necessitato - seppure derogatori dell'ordinario iter procedimentale - sono comunque predefiniti dalla legge mediante uno schema normativo alternativo.

Nel tempo, tuttavia, tale distinzione si è assottigliata, ovvero gli atti straordinari e urgenti hanno subito l'influsso dei principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, propri di ogni moderno Stato di diritto<sup>6</sup>. Tali conclusioni sono confermate in primo luogo dallo stesso dettato costituzionale.

Nonostante l'abbandono da parte dei padri costituenti di un progetto di disciplina organica<sup>7</sup>, è ritenuto innegabile che la Costituzione abbia impattato irreversibilmente sull'istituto in esame, essenzialmente per la presenza dei seguenti principi: a) inviolabilità dei diritti dell'uomo (art. 2); b) inviolabilità della libertà personale (art. 13); c) riserva di legge in materia di prestazioni personali e patrimoniali (art. 23); d) tipizzazione degli atti del governo con forza di legge e previsione, per questi, di limiti costituzionali stringenti e giustiziabili (artt. 76 e 77 Cost.); e) legalità dell'azione amministrativa anche in funzione di limite per lo stesso legislatore (art. 97).

<sup>2</sup> Il potere di ordinanza d'urgenza così come oggi viene inteso può rinvenire il suo fondamento nella dottrina di fine Ottocento sullo stato d'assedio, inteso quale pericolo derivante da fenomeni interni al territorio statale. Cfr. in questo senso GIUFFRÈ F., *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana; spunti a propositi di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e Società*, 1, 2011, p. 117

<sup>3</sup> Così MORRONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in VIGNUDELLI A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 133-184

<sup>4</sup> GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 pp. 949 e ss.

<sup>5</sup> In particolare mentre l'art. 63 prevede comunque l'esperimento di una procedura, seppure semplificata, i casi indicati dall'art. 163 contemplan ipotesi nelle quali il Rup o altro tecnico incaricato dalla P.A., possono a determinate condizioni d'urgenza, disporre l'immediato avvio dell'esecuzione.

<sup>6</sup> Non a caso CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, si occupa di ordinanze di necessità e urgenza proprio in materia di tipicità del potere amministrativo, pp. 199 e 200.

<sup>7</sup> Le ragioni di tale scelta sono state sintetizzate nell'esigenza unitaria di «esorcizzare» gli stati di eccezione «assoluti», ovvero idonei a rompere qualsiasi legame tra il diritto applicato nella situazione emergenziale ed i tratti essenziali dell'ordinamento giuridico vigente, in questo senso CARDONE A., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119 ss

In questo senso, è stato così affermato che «lo stato di diritto ha conquistato lentamente posizioni rispetto all'utilizzo largo del concetto di necessità»<sup>8</sup>.

L'adeguamento del potere di ordinanza ai principi costituzionali ha mutato dunque il modo di configurare la necessità, non più espressa in termini di fonte di produzione del diritto<sup>9</sup>, ma piuttosto come fonte sulla produzione, in quanto orientata a legittimare l'intervento di talune amministrazioni con propri atti<sup>10</sup>.

L'impatto della Costituzione è stato talmente intenso da spingere una parte degli studiosi a negare in radice la legittimità costituzionale del potere amministrativo di ordinanza di necessità e urgenza<sup>11</sup>.

Tale tesi, però, non ha preso piede nella dottrina maggioritaria, che attraverso un complesso lavoro ricostruttivo ha dotato il potere di ordinanza di un elaborato apparato di limiti normativi che nel tempo sono stati recepiti dalla giurisprudenza.

In tale ordine di ragioni si inscrivono le varie pronunce della Corte costituzionale che si sono occupate della materia. Significativo in particolare il riferimento che il giudice delle leggi ha più volte compiuto sulla necessità di «una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»<sup>12</sup>.

In questo senso, si inscrivono inoltre le pronunce della Corte che hanno auspicato un intervento del legislatore utile a circoscrivere il potere di ordinanza, in modo da ricondurlo al rispetto della carta fondamentale, in relazione a disposizioni sopravvissute al regime pregresso, come l'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, attributivo di un generico potere di ordinanza in capo al Prefetto<sup>13</sup>.

Si è creato così quello che è stato efficacemente definito come un sottosistema normativo dell'emergenza in grado di assicurare una «legalità dei tempi di crisi»<sup>14</sup> o anche «legalità di eccezione»<sup>15</sup>. Elemento centrale di tali atti diviene dun-

<sup>8</sup> Cfr. CASSESE S., *I paradossi dell'emergenze*, in *Annuario 2005 dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo*, 2006, Giuffrè, Milano, pp. 221 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 251-272 ove l'A. con complessità argomentativa evidenzia che la necessità «deve concepirsi come condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme prestabilite. Ma essa stessa non ha legge, fa legge».

<sup>10</sup> In questo senso e per ulteriori approfondimenti CHITI M. P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione all'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario 2005 cit.*, pp. 141 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. MAZZARITA, G. *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, il quale attraverso una lettura restrittiva dell'art. 77, secondo la quale i padri costituenti, ben consapevoli dell'eventualità del manifestarsi di eventi straordinari e urgenti, avrebbero a tale scopo attribuito il potere all'esecutivo attraverso una c.d. riserva di decreto-legge, assicurando a posteriori la democraticità dell'iter

<sup>12</sup> Così Corte cost., Sent. n. 201/1987.

<sup>13</sup> Così Corte cost., Sent. n. 617/1987.

<sup>14</sup> PALADIN L., *In tema di decreti-legge*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1958, pp. 554 e ss.

que, più che un'assoluta atipicità, la «libertà contenutistica» rigorosamente relativa, da rapportare e parametrare alle esigenze del caso concreto.

Venendo alle ipotesi più significative del sottosistema in esame, possono sicuramente farvisi rientrare: a) il potere attribuito al Prefetto, dal già citato art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza; b) il potere attribuito al Sindaco dall'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000 (T.U. enti locali) che prevede l'adozione di «*provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini*»; c) l'art. 32 della l. n. 833/1978, a tenor del quale «*Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria*».

È in tale contesto normativo che si iscrive la legislazione in materia di protezione civile, la quale rappresenta sicuramente quella che maggiormente ha risposto alle esigenze di legalità proprie delle ordinanze di necessità e urgenza<sup>16</sup>.

Come vedremo, questo specifico settore normativo si differenzia però dalla tradizionale regolamentazione in materia di ordinanze contingibili e urgenti. In particolare, infatti, il procedimento è assai più articolato e organico, caratterizzato da una maggiore perimetrazione dei presupposti per accertare e dichiarare formalmente lo stato di emergenza, concorre a determinare uno statuto maggiormente garantista.

Tuttavia, se da un lato tale articolata disciplina concorre ad assicurarne una migliore legalità sostanziale, dall'altro sembra allontanarsi da tale risultato, per la particolare vastità dell'intervento, ovvero nella misura in cui prevede la possibilità che interi ambiti di amministrazione vengono sottratti all'applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina derogatoria<sup>17</sup>.

Per queste ragioni, tale intervento non ha convinto tutta la dottrina. Si è così criticamente parlato di «*velo di apparente tipicità*», formalmente ossequioso delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, ma diretto a giustificare un'ingiustificabile normalizzazione del potere di ordinanza<sup>18</sup>. Nello specifico, preso atto la grande estensione del potere di ordinanza *extra ordinem* assicurato dall'ordinamento, si è sostenuto che rappresenti un'illusione credere che l'ordinamento costituzionale abbia definitivamente superato la tesi di Santi Romano sulla necessità come fonte del diritto<sup>19</sup>.

Senza entrare ulteriormente nei termini di questo dibattito, si vuole in questa sede evidenziare che le questioni sollevate da tali particolari atti contin-

<sup>15</sup> cfr. CASSESE S., *op. ult. cit.*, il quale fa notare criticamente come in fondo si tratti di un ossimoro, ovvero «*se è legalità non è eccezione, se è eccezione sfugge alla legalità*».

<sup>16</sup> In questo senso MORRONE A., *op. cit.*

<sup>17</sup> Su tale duplice differenziazione CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2, 2007, pp. 345 e ss.

L'eventualità che interi ambiti di amministrazione fossero rimessi al potere di ordinanza è stata negata dalla Corte cost., Sent. n. 115/2011, in materia di ordinanze sindacali.

<sup>18</sup> Così RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 735-760.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 753

gibili e urgenti non appaiono del tutto superate, specie in termini di legalità sostanziale.

Nel contesto sinteticamente delineato, si inserisce l'art. 25 del d.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile)<sup>20</sup>, il quale stabilisce che «*Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

In questo senso, il Codice si colloca nel solco della tradizione inaugurata con dalla precedente disciplina, ovvero la legge n. 225 del 1992, la quale per prima aveva raccolto le esigenze di riorganizzazione organica di una normativa frammentaria, che come già accennato, ha radici lontane<sup>21</sup>.

Rispetto alla normativa previgente è facile riscontrare dunque una continuità di intenti, in quanto anche il nuovo corpus normativo appare diretto a razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, facendo propri allo stesso tempo i principi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni.

La normativa, tuttavia, è frutto di interventi e prassi meditate solo successivamente all'entrata in vigore della l. n. 225/1992 e delle successive modifiche e integrazioni<sup>22</sup>. La modernizzazione di detta legge è andata così rappresentandosi come un work in progress, nella ricerca di soluzioni adeguate rispetto a sollecitazioni e problematiche insorgenti nella realtà concreta, dalla risposta e prevenzione delle emergenze alla gestione degli interventi.

Per queste ragioni il nuovo Codice presenta delle peculiarità che segnano un momento di discontinuità rispetto alla normativa previgente sia sotto il profilo organizzativo, che in chiave di competenze e di poteri attribuiti.

Per quanto qui maggiormente interessa, dopo una sintetica esposizione delle più importanti novità, ci si concentrerà sui profili attinenti ai poteri straordinari e in particolare sui requisiti richiesti dall'ordinamento di protezione civile per l'emanazione di dette ordinanze.

## **2. Il Sistema nazionale di protezione civile delineato dal d.lgs. n. 1/ 2018**

Prima di analizzare i presupposti applicativi delle ordinanze di protezione civile, appare utile delineare meglio lo specifico contesto normativo nel quale si collocano.

<sup>20</sup> Successivamente semplicemente «Codice»

<sup>21</sup> Cfr. VENTIMIGLIA C., *Un'emergenza de inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Il Consiglio di Stato*, 4, 2004, pp. 941 e ss.

<sup>22</sup> In questo senso ALLEGRETTI U., *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2018.

Il testo del nuovo Codice prende avvio con la legge n. 30/2017, recante il riordino e l'integrazione delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, con la quale è stato delegato il Governo (art. 1) all'adozione di uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni.

Il disegno legislativo è frutto di un complesso iter che ha visto la partecipazione, oltre che delle Regioni, anche la presenza attiva di soggetti tecnici. La bozza di decreto legislativo è stata elaborata infatti da un gruppo eterogeneo, composto nello specifico dai rappresentanti del Dipartimento della Protezione Civile, dei Ministeri, delle Regioni, dei Comuni e dai rappresentanti del Volontariato di protezione civile.

In attuazione della delega contenuta nell'articolo 1 della l. n. 30/2017, è stato approvato il d.lgs. n. 1/2018, recante il Codice della protezione civile.

Gli obiettivi che animano l'intervento legislativo sono molteplici e possono sintetizzarsi nei termini che seguono<sup>23</sup>.

Il nuovo corpo normativo mira anzitutto al rafforzamento della dimensione sistemica dell'azione di protezione civile, con esercizio collettivo delle funzioni da parte dell'intero Servizio nazionale. Ancora, è proposta la separazione della funzione di indirizzo politico rispetto alla gestione operativa e amministrativa, con una maggiore delimitazione dei rispettivi ambiti di azione e responsabilità. Viene manifestata, inoltre, l'esigenza di riallineare le competenze territoriali. Si mira, nel disegno legislativo a delineare più efficacemente gli ambiti d'intervento del Servizio nazionale. Si intende procedere altresì al riordino delle disposizioni in tema di sistemi di allertamento per assicurare il consolidamento e lo sviluppo delle reti di monitoraggio e sorveglianza, nonché delle attività di comunicazione e informazione della popolazione. Obiettivo di punta diviene la valorizzazione dell'azione di pianificazione in materia di protezione civile: il potenziamento della capacità di preparazione e risposta delle emergenze di rilievo nazionale, attraverso la semplificazione ed il consolidamento degli strumenti normativi.

Negli obiettivi del governo vi sono anche la riorganizzazione delle attività propedeutiche alla deliberazione dello stato di emergenza nazionale, nonché la migliore articolazione degli ambiti in cui è consentito l'intervento con ordinanza di protezione civile.

Emergono inoltre esigenze di riordino delle norme che regolano le contabilità speciali e dei procedimenti sulle attività volte al superamento dello stato di emergenza, così come degli strumenti finanziari del Fondo nazionale della protezione civile, del Fondo per le emergenze nazionali, del Fondo regionale di protezione civile. La riforma è mossa nel senso del rafforzamento degli strumenti di partecipazione e di cittadinanza attiva, ovvero del riordino della disci-

<sup>23</sup> Cfr. Parere del Cons. di Stato n. 2647 del 19 dicembre 2017 sullo schema definitivo di decreto legislativo di riforma della protezione civile reperibile in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it)

plina in materia di partecipazione al volontariato organizzato di protezione civile.

Al fine di raggiungere i suddetti obiettivi il provvedimento si affida ai suoi 50 articoli, suddivisi in capi e sezioni per ambito tematico.

Di particolare valenza sistematica risulta il capo dedicato a finalità, attività e composizione del Servizio nazionale della protezione civile (artt. 1-6)<sup>24</sup>.

Significativo, in particolare l'art. 1 il quale attribuisce alla protezione Civile la qualifica di servizio di pubblica utilità (comma 1), accogliendo così un'istanza manifestata da tempo, ma che non aveva trovato accoglimento nella vecchia disciplina. Al comma 2 viene poi chiarito che il Servizio nazionale concorre al perseguimento delle finalità proprie della protezione civile dell'unione Europea. Il terzo comma, invece, riconosce espressamente alle norme del decreto il valore di principi fondamentali in materia, dunque tali da vincolare le Regioni nell'esercizio della loro potestà concorrente<sup>25</sup>.

Quanto all'aspetto gestionale dell'emergenza questo viene meglio precisato dal comma 6, nel quale si definisce la consistenza di tale lavoro «*nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione*».

Sempre in tale capo si rinvencono inoltre le attribuzioni del Presidente del Consiglio, in particolare all'art. 5 si chiarisce che per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, questi detiene il potere di ordinanza, che può esercitare per il tramite del Capo dipartimento della protezione civile<sup>26</sup>.

Seguono le norme dedicate all'organizzazione del Servizio nazionale di protezione civile (artt.7-15). Tra queste assume importanza centrale l'art. 7, chiamato a disciplinare l'intera sezione relativa agli "Eventi di protezione civile".

La disposizione ricalca l'impostazione pregressa che prevedeva la tripartizione degli eventi emergenziali di protezione civile (lett. a, b e c). Tuttavia, rispetto al passato si caratterizza per una maggiore definizione degli stessi eventi, sia rispetto agli interventi di rilievo locale (lett. b) sia per quelli di rilievo nazionale (lett. c)<sup>27</sup>. In particolare, la lettera b) sembra dare corpo ha una nuova ca-

<sup>24</sup> Significativo l'art. 1, comma1, il quale fornisce un inquadramento generale della disciplina, ovvero:

*«Il Servizio nazionale della protezione civile [...] è il sistema che esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo».*

<sup>25</sup> Cfr. art. 117 Cost. che attribuisce la materia della protezione civile alla competenza concorrente Stato-Regioni.

<sup>26</sup> Salvo che sia stabilito diversamente nella deliberazione dello stato di emergenza cfr. *infra*

<sup>27</sup> Cfr. RAZZANO G., *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020, disponibile in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it); PEPE V., *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 8 Gennaio 2020.

tegoria di emergenza di rilievo regionale, che legittima l'adozione di poteri straordinari, discostandosi invece dal precedente dettato che si riferiva a «*eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti*» ma «*in via ordinaria*».

In questo senso, la disposizione tenta di porsi in linea con il mutato assetto costituzionale, il quale ha visto nella riforma del titolo V il riassetto del rapporto centro periferia. Come chiarito dallo stesso Giudice delle leggi<sup>28</sup>, la riforma attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, «*ha inserito la protezione civile tra le materie di potestà legislativa concorrente, riservando allo Stato la sola determinazione dei principi fondamentali, con la conseguenza che i poteri legislativi e amministrativi, già attribuiti allo Stato, possono trovare attuazione esclusivamente in forza della chiamata in sussidiarietà, e che la gestione degli stessi deve essere improntata al principio di leale collaborazione*».

Quanto agli eventi del terzo tipo (lett. c) questi vengono meglio circoscritti, nel passaggio dalla vecchia formulazione alla nuova, si chiarisce che si tratta di «*emergenze di rilievo nazionale*», marcando così la differenza con emergenze che per la loro estensione richiedono invece un intervento regionale, di cui alla lettera precedente.

Nella descrizione degli eventi la norma non si discosta significativamente dalla precedente disposizione legislativa<sup>29</sup>, se non per il richiamo più puntuale alla deliberazione dello stato di emergenza.

Il Codice individua poi diverse tipologie dei rischi di protezione civile (art. 16), tale disposizione assume un'importanza centrale perché finalmente offre una classificazione puntuale dei rischi, che finora era mancata. I rischi rispetto ai quali si esplica l'azione del sistema nazionale vengono così classificati seguendo una bipartizione categoriale, che possiamo distinguere in rischi tipici (comma 1) e atipici (comma 2). Maggiormente innovativa la disposizione di cui al comma 3, dove si sancisce a chiare lettere che «*non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative*».

A prima lettura, tale norma pare segnare una tendenziale inversione di sistema ponendosi in decisivo contrasto con la notoria tendenza legislativa, fatta propria anche dalla prassi dei vari esecutivi succedutisi, ad estendere la normativa emergenziale oltre i suoi normali ambiti. Si tratta ovvero di quella inclinazione a utilizzare impropriamente gli istituti giuridici dell'emergenza per problemi di tutt'altro genere, concernenti aspetti ordinari dell'amministrazione<sup>30</sup>.

Il condizionale in questi casi è d'obbligo, infatti spesso la normalizzazione dell'emergenza è avvenuta a mezzo di appositi interventi legislativi che si

<sup>28</sup> Sent. n. 22/2012

<sup>29</sup> Così anche RAZZANO, *op. ult. cit.*

<sup>30</sup> In dottrina tale prassi è stata unanimemente criticata, per una visione unitaria si veda SALVIA F., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Annuario 2005*, cit., pp. 93 e ss.

sono posti a latere del sistema di protezione civile, dettando apposite procedure e ricorrendo a particolari organi straordinari<sup>31</sup>.

In questo caso, dunque, le norme del Codice seppure vengano presentate come principi fondamentali della materia (art. 1, comma 3), non si sottraggono agli ordinari criteri di risoluzione affidati ai principi di specialità e di temporalità, derivanti dalla natura primaria della fonte. In altri termini, eventuali disposizioni di rango legislativo-statale che in futuro si discostino da tale innovativa impostazione, non potranno essere censurate sotto il profilo del rispetto dell'art. 16.

Il potere di ordinanza in deroga trova la sua collocazione sistematica nella triade costituita dall'articolo 24 che disciplina la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale; dall'articolo 25 che disciplina la predisposizione e l'emanazione delle ordinanze di protezione civile; dall'articolo 26 che dispone con riguardo alle ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale<sup>32</sup>.

Il testo prosegue con l'art. 27, che contiene disposizioni in materia di apertura, gestione e chiusura delle contabilità speciali, mentre l'art. 28 è volto a individuare le misure da adottare sotto forma di agevolazioni, contributo e forme di ristoro in favore dei soggetti e delle attività danneggiati.

La struttura del Servizio nazionale della protezione civile nel nuovo codice non si esaurisce però col quadro dell'organizzazione pubblica, infatti un consistente gruppo di norme disciplina la partecipazione dei cittadini e del volontariato organizzato di protezione civile (artt. 31-42)<sup>33</sup>.

Si fornisce in questo modo una disciplina quanto più possibile strutturata di un fenomeno che era emerso su basi spontanee in più occasioni e che ha fornito un apporto fondamentale al superamento di eventi calamitosi di straordinaria portata<sup>34</sup>.

Le disposizioni sono assai dettagliate, considerato il modesto rilievo che assumono in questa sede, per una completa trattazione si rinvia al testo legislativo.

Ricostruito sommariamente il contesto normativo, occorre adesso concentrarsi sull'articolazione esatta del potere di ordinanza; articolazione che come accennato prende avvio con la dichiarazione dello stato di emergenza (art.

<sup>31</sup> Si pensi per tutti all'annosa vicenda della gestione dei rifiuti in Campania. Tali interventi sono stati adottati principalmente mediante due distinte forme ovvero le leggi-provvedimento (cfr. PERFETTI L., *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2019, pp. 1021 e ss.) e tramite decreto legge (cfr. ARCURI A., *Il Governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto dell'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in Osservatorio sulle fonti, 2, 2019).

<sup>32</sup> Più dettagliatamente *infra parr.* 3 e 4

<sup>33</sup> In questo senso ALLEGRETTI U., *Il codice di protezione*, *op. cit.*

<sup>34</sup> Si pensi al sistema di volontariato messo in moto in occasione dell'alluvione di Firenze nel 1966 con i cd. «angeli del fango», alla più recente pandemia Covid-19. In quest'ultima contingenza il rappresentante del Volontariato nel Comitato operativo della Protezione Civile stima che i volontari coinvolti si attestino intorno alle 250.000 unità

24), la quale assume nel nuovo Codice una portata fondamentale, sia in tema di legittimazione iniziale sia in termini contenutistici.

### 3. La dichiarazione dello stato di emergenza nazionale

Presupposto per l'emanazione delle ordinanze straordinarie di protezione civile è la deliberazione dello stato di emergenza di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018. Il potere di deliberare tale stato è attribuito alla delibera del Consiglio dei ministri, a seguito di una valutazione spedita del Dipartimento di protezione civile. La norma prevede inoltre l'acquisizione della intesa con la Regione interessata, recependo così la più recente giurisprudenza costituzionale. Proprio in tale direzione da ultimo, la Corte ha censurato tentativi del legislatore di ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle Regioni interessate, facendoli ridondare in lesione del principio di leale collaborazione e degli art. 117 e 118 Cost., *«atteso che in generale nella materia della protezione civile e del governo del territorio l'intesa costituisce lo strumento adeguato di coinvolgimento delle Regioni»*<sup>35</sup>.

La deliberazione è adottata al verificarsi o nell'imminenza di un evento emergenziale secondo i connotati di cui all'art. 7, lett. c.) ovvero: *«emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»*.

Come è stato fatto notare la disposizione, rimanendo nel solco della precedente, tradisce una confusione concettuale tra presupposti e conseguenze, in quanto nella lettera della norma dall'esigenza di utilizzo di mezzi straordinari si ricava la categoria dell'«evento di rilievo» e non il contrario. In altri termini la categoria dell'«evento straordinario» non è qualificata dalle sue caratteristiche oggettive e circostanziate ma, a contrario, dall'impossibilità di ricorrere efficacemente a mezzi ordinari. In questo senso, il requisito non si incentra tanto sul «constatare» se un certo evento abbia predeterminate caratteristiche calamitose, ma piuttosto sul «decidere» *ex post* se si tratti di una calamità che non può essere fronteggiata con i mezzi ordinari<sup>36</sup>.

Ciò nonostante, la norma presenta alcune novità rispetto al precedente art. 2 della l. n. 225/1992 che fino ad allora normava il sistema di protezione civile. In particolare, parte della dottrina ha fatto notare come la norma presenta dei caratteri più stringenti rispetto alle disposizioni passate ove figuravano anche «i grandi eventi» (almeno fino al d.lgs. n. 59/2012 che ha abrogato la previsione).

In questo paradosso normativo il legislatore negli ultimi anni sembra essersi sforzato di ridurre il margine di discrezionalità attribuito all'esecutivo, re-

<sup>35</sup> Da ultimo Corte cost., Sent. n. 246/2019.

<sup>36</sup> In questo senso MAZZARITA G., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011.

stringendo il perimetro dei presupposti legittimanti il potere straordinario in oggetto.

Tale considerazione è confortata dalla nuova ripartizione delle competenze tra Regioni e Stato centrale, distribuzione che cerca di dare consistenza a quella che è stata descritta più volte dalla Corte costituzionale come una organizzazione policentrica<sup>37</sup>.

Il Sistema della protezione civile è stato infatti sempre al centro di una costante tensione tra esigenze accentratrici e dislocazione sussidiaria di funzioni. Basti pensare come all'originaria impostazione statalista del potere di emergenza si sia affiancato il modello federalista avviato, in ambito amministrativo con la l. n. 59/1997, che ha segnato una radicale redistribuzione della competenza in materia di protezione civile culminato con il d.lgs. 112 del 1998.

Tale intervento legislativo, in particolare, ha effettuato una generale attribuzione di compiti alle regioni e enti locali, limitando l'intervento dello stato ai soli eventi più gravi. Si assiste però a una tendenza accentratrice nel giro di pochi anni con il d.l. n. 343/2001, che dispone la soppressione dell'Agenzia di protezione civile. Sostituendola con il Dipartimento di Protezione Civile incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, così come oggi lo conosciamo.

In questo senso il Codice sembra dare attuazione alla riforma del Titolo V della Costituzione, definendo e qualificando le emergenze di carattere regionale e dotandole di un apposito potere straordinario di ordinanza. In particolare, per gli eventi di cui citato art. 7, comma 1, lett. b. (cd. emergenze regionali), l'art. 25 comma 11, prevede espressamente che le regioni nei limiti delle proprie potestà legislative, definiscono provvedimenti analoghi alle ordinanze ministeriali, le quali non possono tuttavia derogare alle disposizioni legislative statali.

Sempre in ottica tassativizzante vanno lette le disposizioni dell'art. 24, che prevede che la delibera dello stato di emergenza deve acquisire l'intesa con le Regioni interessate, nonché fissare la estensione territoriale e temporale.

Sotto questo ultimo profilo, la norma segue un trend consolidato di estensione dei termini. Nell'ottica di contenere al massimo la gestione straordinaria, inizialmente questa poteva durare tre mesi ed era prorogabile per altri due mesi<sup>38</sup>. Successivamente venne poi innalzata a sei mesi ed era prorogabile per massimo altri sei mesi<sup>39</sup>. Il testo del nuovo codice allarga significativamente questo margine temporale fissandolo in 12 mesi prorogabili per un massimo di altri 12. Anche in questo caso la delimitazione temporale risponde ha un crite-

<sup>37</sup> Cfr. recentemente la Sent. n. 8/2016, con la quale la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittimo poiché non irragionevole che le Regioni subentrino nel post emergenza nei rapporti sostanziali e processuali avviati dal Commissario. Tale soluzione è suffragata nelle motivazioni della decisione dal coinvolgimento del governo locale. Le Regioni infatti vengono coinvolte nello stato di emergenza mediante previa intesa. Inoltre i rapporti di cui si discute si riferiscono all'ambito territoriale e sociale del contesto regionale.

<sup>38</sup> L. n. 100/2012, art. 5

<sup>39</sup> d.l. n. 93/2013, art. 10

rio da tempo consolidato nella giurisprudenza. Tuttavia, la sua collocazione in una disposizione legislativa non lo sottrae a sopravvenuti regimi derogatori che per volontà legislativa protraggano lo stato emergenziale oltre misura<sup>40</sup>.

Tra le disposizioni che maggiormente incidono sullo statuto del potere di ordinanza, così come finora ricostruito, la portata più innovativa va riconosciuta all'art. 16, comma 3.

Tale disposizione pare rispondere all'appello che da tempo dottrina avanza contro la contestata prassi di estendere il potere di ordinanza anche a situazioni che rientrano nell'ambito ordinario dell'amministrazione; tendenza che per altro ha trovato spesso l'avallo della giurisprudenza, che ha legittimato tale *modus operandi*, ritenendo che l'evento legittimante la dichiarazione dello stato di emergenza «*possa essere di origine umana e possa altresì consistere in una situazione risalente nel tempo e perfino endemica, ribadendo però che deve trattarsi pur sempre di un evento avente carattere effettivo e oggettivo*»<sup>41</sup>.

Pur aderendo a tale indirizzo, la giurisprudenza amministrativa ha tuttavia precisato il carattere di atto di alta amministrazione dotato di un alto tasso di discrezionalità, escludendo il carattere di atto politico della dichiarazione di emergenza<sup>42</sup>.

In questo senso è stato affermato che spetta al giudice amministrativo «*vagliare l'attendibilità e congruità dell'istruttoria e delle motivazioni addotte a base della declaratoria dell'emergenza, con riguardo all'apprezzamento della "intensità" e della "estensione" della situazione che si assume non fronteggiabile con i mezzi e poteri ordinari, e - prima ancora - alla stessa individuazione dell'esistenza di una situazione o di un "evento" avente tali caratteristiche*»<sup>43</sup>.

Si può senza dubbio inferire come in detto sindacato il giudice dovrà da ora in avanti tenere conto della disposizione di cui all'art. 16, comma 3, la quale espressamente esclude che l'azione di protezione civile possa riguardare gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative.

Al verificarsi di tal circostanze, le articolazioni territoriali potranno esclusivamente assicurare il proprio supporto, limitatamente ad aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione, su richiesta delle autorità di protezione civile.

<sup>40</sup> Cfr. in questo senso l'art. 15 del d.l. n. 162 del 2019, che ha consentito una proroga fino a tre anni per la gestione dell'emergenza seguita al crollo del Ponte Morandi di Genova.

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez. IV, Sent. n. 2795/2005

<sup>42</sup> Sul sindacato giurisprudenziale in materia discrezionalità amministrativa nei giudizi relativi alla legittimità delle ordinanze extra ordinem cfr. criticamente CAVALLARO M. C., *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giudiziario. Il caso delle ordinanze di necessità*, in *Giustamm.it*, 2011.

<sup>43</sup> Così Cons. Stato, Sent., sez. IV, n. 6050/2011

Tuttavia, occorrerà anche in questo caso attendere l'opera della giurisprudenza per verificare quale sia l'esatta estensione semantica che verrà attribuita al trinomio "eventi programmati o programmabili"<sup>44</sup>.

Il complesso quadro normativo, però non incide del tutto sulla ricostruzione classica delle ordinanze *extra ordinem*, per come ricostruita e conosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il Codice, al contrario fa propri alcuni dei principi che la giurisprudenza aveva già elaborato e altri che erano stati suggeriti in dottrina.

Nello specifico, viene recepito il modello bifasico, già elaborato dalla precedente disciplina, caratterizzato dalla preventiva dichiarazione dello stato di emergenza e dalla successiva adozione di ordinanze di protezione civile. I due atti rimangono però intimamente collegati e ciò lo si evince chiaramente dalla lettura dell'art. 25, il quale delimita il potere derogatorio attribuito alle suddette ordinanze nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza.

In questo modo il legislatore fa propri principi che sono più volte stati ribaditi dalla giurisprudenza costituzionale<sup>45</sup>. Si fa riferimento al principio per cui le ordinanze sono costitutivamente temporanee, legate ad avvenimenti specifici, cosicché, cessata l'emergenza, deve cessare l'efficacia delle relative ordinanze di necessità ed urgenza. Dalla norma può altresì ricavarsi un ulteriore principio: quello di proporzionalità tra evento e misura, ovvero che vi deve essere un nesso ragionevole e controllabile tra le misure adottate e l'evento da fronteggiare.

Chiarito il nesso di stretta strumentalità tra la deliberazione dello stato di emergenza e il successivo potere in deroga, occorre ora soffermarsi sull'esatta estensione dei limiti di quest'ultimo.

#### **4. Estensione e limiti del potere di ordinanza**

Nell'analizzare l'estensione e i limiti del potere di ordinanza, il primo aspetto che ha interessato la dottrina ha riguardato il potere derogatorio. Tali atti si caratterizzano principalmente per questa capacità para-normativa di fornire una deroga, temporalmente delimitata, all'ordinaria efficacia delle disposizioni di rango legislativo. In altri termini è quest'ultima caratteristica che obbliga a parlare di ordinanze di necessità ed urgenza, ovvero il fatto che, eccezio-

<sup>44</sup> Il dato letterale, infatti, porta sicuramente a ricomprendere nell'accezione normativa gli eventi e le manifestazioni culturali che attirano particolari quantità di persone (es. fiere o spettacoli sportivi).

Più incerta invece la riconducibilità in tale definizione di eventi di c.d. *maladministration*, come quelli attinenti alla gestione del ciclo dei rifiuti o al reclutamento di personale nel settore pubblico.

<sup>45</sup> Cfr. Corte cost., Sent. n. 127/1995

nalmente, atti provenienti da autorità amministrative non legislative, sono autorizzati a derogare anche a disposizioni di legge<sup>46</sup>.

Detta efficacia derogatoria propria del potere di ordinanza si esprime in una duplicità di direzioni. Da un lato il presupposto della necessità ed urgenza svolge anzitutto la funzione di derogare a tutti i corrispondenti presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità con la conseguenza che i singoli poteri possono essere sganciati dai presupposti stabiliti per il loro esercizio. Sotto altro profilo, anche il contenuto ha carattere derogatorio, potendo consistere nell'adozione di qualsiasi potere amministrativo, tra quelli previsti dall'ordinamento e produrre perciò i più diversi effetti<sup>47</sup>.

Quanto ai limiti che incontra tale potere derogatorio, questi sono stati fissati principalmente della giurisprudenza e segnatamente dalla Corte costituzionale.

Tali limiti sono stati così individuati nella provvisorietà del provvedimento, nella proporzionalità dei contenuti e degli interventi stabiliti nelle ordinanze rispetto all'evento da fronteggiare e nella conformità con i principi dell'ordinamento giuridico<sup>48</sup>.

Il testo del nuovo Codice di protezione civile ribadisce come tale potere derogatorio necessiti comunque dell'indicazione delle principali norme cui si intende derogare. Viene anche in questo caso confermato un principio già emerso in giurisprudenza, per il quale il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività. Inoltre, la disposizione precisa che tali provvedimenti necessitano di essere motivati, escludendo in questo modo il dibattito circa l'applicabilità a tali atti del generale obbligo di motivazione prescritto dall'art. 3 della Legge 241 del 1990<sup>49</sup>.

Si prevede inoltre il coinvolgimento delle Regioni interessate a mezzo dell'intesa.

Va anche evidenziato come nel nuovo testo normativo le ordinanze vengono distinte in due tipi: il primo «per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza» (art. 25); il secondo per «favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale»

<sup>46</sup> Così RESCIGNO G. U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1995.

Sulla natura amministrativa di tali ordinanze, riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria vedi *infra par.* 6

<sup>47</sup> In questo senso CERULLI IRELLI V., *op. cit.*, p. 368.

<sup>48</sup> Più controverso il limite della riserva assoluta di legge che figura in alcune pronunce della Corte tra le quali la 1961 n. 26. La dottrina ha fatto notare come in realtà tale limite venga spesso sacrificato da dette ordinanze in un'ottica di bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco. A livello più generale per una disamina delle tecniche il bilanciamento dei principi fondamentali v. SCHIAVELLO A., MANIACI G., PINO G., (a cura di) *Interpretazione del diritto e bilanciamento tra principi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2002, n. 2.

<sup>49</sup> L'applicabilità di tale regola può infatti essere messa in dubbio dal carattere emergenziale e dal contenuto spesso normativo o comunque generale di tali ordinanze, caratteri che potrebbero comportare l'esclusione di tale obbligo ai sensi del comma 2 della disposizione citata.

(art. 26)<sup>50</sup>. Sembra così venuta meno la tipizzazione delle fattispecie riguardante le ordinanze emesse prima la dichiarazione dello stato di emergenza, da addottori per l'eccezionalità della situazione emergenziale (ex art. 3 del d.l. n. 4/2002, espressamente abrogato dall'art. 48, lett. f. del nuovo Codice). Tale abrogazione va però compensata, nell'ottica del legislatore con la possibilità concessa dalla nuova normativa di dichiarare lo stato di emergenza anche nell'imminenza del verificarsi degli eventi straordinari (art. 24, comma 1), legittimando così indirettamente l'adozione di ordinanze "preventive".

Il Codice oltre a raccogliere le riflessioni della giurisprudenza, appare collocarsi a un livello ancora più avanzato.

In questo senso l'art. 25 oltre al limite dei principi generali dell'ordinamento, impone il rispetto dell'ordinamento comunitario. Si accoglie così una tesi che era stata sostenuta in dottrina<sup>51</sup>, sulla base del noto principio del primato del diritto comunitario, ma che non sempre aveva trovato accoglimento nella giurisprudenza amministrativa<sup>52</sup>.

La rilevanza di tale disposizione si coglie immediatamente se si guarda alla recente Comunicazione della Commissione riguardante gli Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 (2020/C 108 I/01).

L'organo europeo, nell'intento di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti degli Stati membri, ripercorre il quadro normativo in materia di appalti pubblici, individuando nella «*procedura negoziata senza previa pubblicazione*», la soluzione offerta dal diritto dell'Unione per consentire una più rapida aggiudicazione degli appalti in modo da soddisfare le esigenze connesse alla pandemia di Covid-19<sup>53</sup>.

Le amministrazioni aggiudicatrici, secondo la Commissione, potranno aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione «*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun*

<sup>50</sup> Lo statuto delle ordinanze volte a favorire il rientro dell'emergenza è maggiormente circoscritto, principalmente in considerazione del fatto che l'art. 26 limita il potere derogatorio alle materie di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione dei termini. La formulazione normativa non è comunque delle migliori, l'interpretazione qui fornita è comunque l'unica che possa salvare la costituzionalità della norma.

<sup>51</sup> Cfr. SALOMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo-CDS*, 2008, pp. 954 e ss.

<sup>52</sup> Orientamento isolato cfr. TAR Bari, Puglia, Sent. n. 208/1997 che ha ritenuto legittima un'ordinanza prefettizia che per ragioni di urgenza nell'espletamento di una gara di appalto permetteva l'esclusione automatica delle offerte anomale, in contrasto con i principi di concorrenza e di partecipazione propri del diritto comunitario in materia.

<sup>53</sup> La soluzione primaria viene individuata nella possibilità di avvalersi della riduzione considerevole dei termini per accelerare le procedure aperte o ristrette.

*caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2014/24/UE».*

Poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal trattato, si ricorda che la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale (cfr. le cause C-275/08, Commissione/Germania, e C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri)<sup>54</sup>.

Non appaiono del tutto in linea con tali indicazioni le disposizioni contenute nell'Ordinanza del Capo Dipartimento di protezione civile n. 655 del 2020<sup>55</sup>.

In particolare l'art. 4 di tale provvedimento prevede che «*gli Enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possano procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del Codice dei Contratti pubblici*».

Tale deroga sembra significativamente più ampia di quella ricavabile dal diritto dell'Unione per come interpretato dalla Commissione nella Comunicazione citata. Peraltro, in passato la Commissione europea già intrapreso una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, censurando la violazione della normativa in tema di concorrenza in conseguenza dell'adozione di ordinanze ex legge 225/1992, non giustificate da una situazione di estrema urgenza, non supportati dall'imprevedibilità e dalla non imputabilità allo Stato membro<sup>56</sup>.

In questo senso va colto con favore l'intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione la quale ha evidenziato, in accordo con la ricostruzione fornita dalla Commissione UE, che l'ordinamento prevede già degli strumenti per far fronte alle esigenze straordinarie derivanti dall'emergenza Covid-19<sup>57</sup>. L'Autorità nazionale preposta, aderendo alle indicazioni dell'autorità sovranazionale, ha individuato quali strumenti privilegiati il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, che è ammessa «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice»(art. 63 comma 3 lett.

<sup>54</sup> Nell'interpretazione del diritto unionale fornito dalla Commissione sussiste tuttavia un ulteriore strumento per far fronte all'esigenza dell'emergenza costituito dall'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato. Tale soluzione viene però definita come «*eccezionale ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza*».

<sup>55</sup> La Ordinanza viene in rilievo per la portata generale della deroga. Disposizioni più di dettaglio si rinvengono anche in altre ordinanze cfr. *infra par.* 5

A livello più generale anche il legislatore è intervenuto sull'ordinaria normativa in tema di contratti pubblici, attraverso strumenti derogatori diretti a far fronte alla pandemia virale, in dettaglio si vedano le disposizioni previste al dai d.l. nn. 18 e 34 del 2020.

<sup>56</sup> Per porre fine al procedimento sanzionatorio fu approvata la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004 (pubblicata in G.U. 21 dicembre n. 298).

<sup>57</sup> Cfr. ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

c) d.lgs. n. 50/2016; nonché il ricorso all'affidamento diretto ad un operatore economico preselezionato, se quest'ultimo risulta essere l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza (art. 63 comma 2 lett. b del d.lgs. n. 50/2016).

L'attuale contingenza, legata alla diffusione del virus Covid-19, ha per altro comportato l'attivazione di diverse misure di protezione civile, che vanno oltre la materia dei contratti pubblici.

Come diffusamente risaputo l'epidemia virale ha assunto gli attributi di un evento straordinario, tanto da essere stata dichiarata di carattere pandemico dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, in data 11 marzo 2020.

In questa sede, tale triste esperienza offre l'occasione per verificare la tenuta del sistema di protezione civile, per come sommariamente ricostruito, al verificarsi di nuove emergenze. L'analisi della prassi fin qui sviluppata permetterà dunque di cogliere le criticità applicative e l'effettiva rispondenza al quadro normativo fino a qui delineato.

## **5. La discutibile prassi dell'esecutivo: dalla gestione Expo di Milano all'emergenza Covid-19**

Occupandoci dalla ricostruzione del contesto normativo abbiano avuto modo di imbatterci nella prassi posta in essere dall'esecutivo. Un utile banco di prova per saggiare la tenuta del sistema fin qui ricostruito è dato dalla recente contingenza, legata alla diffusione del Corona virus (Covid-19).

La presa di consapevolezza in ordine alla straordinarietà patogena dell'infezione virale e della sua trasmissibilità, va rintracciata nella seconda riunione del Comitato di sicurezza dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), del 30 gennaio 2020, ove il Direttore generale ha dichiarato il focolaio internazionale di Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

In Italia la necessità di provvedere con la dichiarazione dello stato di emergenza è stata assunta in ordine alle indicazioni fornite dall'OMS, accompagnate da richieste provenienti dal Ministero della Salute e da una parte della comunità scientifica.

In questo senso il Governo ritenendo «*che detta situazione di emergenza, per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari*» ha ritenuto sussistenti i presupposti di cui alla lettera c. dell'art. 7, del d.lgs. n. 1/2018 ha deliberato in data 30 gennaio 2020 lo stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del Codice<sup>58</sup>.

La stessa deliberazione ha previsto che per l'attuazione degli interventi di cui dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del d.lgs. n. 1/2018, da effettuare

<sup>58</sup> La delibera dello Stato di emergenza è stata oggetto di due proroghe, da ultimo tramite Delibera del 7 ottobre 2020 (in G.U. Serie Generale n. 248/2020) che ha disposto l'estensione dello stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021.

nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile.

Tale decisione ha avuto il particolare pregio, in accordo con gli intenti che anno animato l'adozione del Codice, di evidenziare la responsabilità politica del Governo dinnanzi a una scelta così delicata. Tuttavia deve subito segnalarsi che a fronte di un'opzione univoca in ordine all'attivazione del Sistema nazionale di protezione civile, sono sopraggiunte una serie di disposizioni normative che si sono discostate ampiamente dall'apparato di riferimento.

In questo senso la stessa deliberazione si discosta *ab origine* del sistema codicistico, il quale avrebbe richiesto preventivamente una spedita valutazione del Dipartimento della protezione civile, nonché il concerto con le Regioni interessate a mezzo di intesa (art. 24, comma 1), in atti assenti.

Ulteriormente, va segnalato come tale deliberazione non contiene tantomeno i limiti, che avrebbero dovuto imporre al potere di ordinanza ex. art. 25, fermandosi a richiamare quelli derivanti dai principi generali dell'ordinamento.

Come noto, faceva seguito a tale provvedimento il d.l. n. 6/2020, il quale autorizzava le autorità competenti all'emanazione di tutta una serie di provvedimenti d'urgenza fortemente limitativi delle libertà personali ed economiche (art. 1).

Per l'adozione di tali provvedimenti veniva legittimato il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti.

Veniva comunque lasciata la possibilità, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nei casi di estrema necessità ed urgenza che le misure potessero essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della l. n. 833/1978, dell'articolo 117 del d.lgs. n. 112 del 1998, e dell'articolo 50 del T.U. enti locali.

Il d.l. n. 19/2020 ha poi abrogato tali disposizioni riformulando l'impianto, rispondendo principalmente alle critiche di eccessiva genericità, ha definito in maniera più circoscritta le misure adottabili (art. 1), lasciando però sostanzialmente inalterato il quadro delle competenze.

Infatti, per l'adozione delle misure di contenimento dell'epidemia viene nuovamente individuato quale strumento principale il decreto del Presidente del consiglio (dpcm), aggiungendo all'iter di adozione la possibilità di un confronto preventivo con il Parlamento (art. 2). Viene nuovamente fatta salva la possibilità del ministero della salute di emanare in casi di estrema urgenza le ordinanze di cui all'art. 32, della l. n. 833/1979, ma solo nelle more dell'adozione dei predetti decreti (art. 2, comma 2).

Sempre nelle more dell'adozione dei predetti decreti viene attribuita alle Regioni la possibilità di adozione di interventi ma solo se concernenti misure

maggiormente restrittive (art. 3)<sup>59</sup>. Nessun riferimento viene più fatto al potere dei sindaci ex art. 50 T.U. enti locali.

A tale impianto va ad aggiungersi l'ulteriore figura del Commissario Straordinario, prevista dal art. 122 del d.l n. 18/2020, e nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 marzo 2020.

Il Governo tenta comunque di armonizzare tale autorità con il complesso previsto dal sistema di protezione civile, prevedendo che il Commissario esercita i poteri con il Capo del Dipartimento della Protezione civile, avvalendosi, per il suo tramite, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile.

Senza entrare ulteriormente nel dettaglio della ciclopica normativa prodottasi nel breve arco degli ultimi mesi e rinviando ad altri contributi per le questioni specialistiche relative<sup>60</sup>, il dato significativo in questa sede è rappresentato dal fatto che l'emergenza epidemiologica ha messo in moto un sistema di autorità e di strumenti che esorbitano dalla configurazione dei poteri prevista dal Sistema di protezione civile.

Nello specifico la gestione dell'emergenza è avvenuta principalmente a mezzo di decreti-legge (ad oggi ben 19)<sup>61</sup>, accompagnati dai già menzionati decreti del presidente del Consiglio a cui è stato affidato la difficile incombenza di definire le misure di contenimento dell'infezione virale. A questi ultimi provvedimenti è stato rimesso il compito di limitare le libertà dei consociati al fine di circoscrivere, per quanto possibile, la diffusione virale.

Alle ordinanze del Capo dipartimento della protezione civile, nonostante queste fossero state individuate quali strumenti principali nell'originaria deliberazione dello stato di emergenza nazionale, è stato affidato un compito complementare.

Nello specifico, tale compito ha preso avvio con una c.d. ordinanza madre (la n. 630/2020) del Capo dipartimento della Protezione civile, con la quale è stato dato inizio all'attività di protezione civile in relazione all'emergenza Covid-19.

<sup>59</sup> Nello specifico l'art. 3, comma 1 consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Il potere è ammesso a condizione che si tratti di interventi giustificati da «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» proprie della Regione interessata.

Tale meccanismo legislativo è stato ritenuto conforme al quadro costituzionale delle competenze e posto alla base della decisione del Tar Calabria, Sez. I, Sent. n. 457/2020, la quale, su ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha disposto l'annullamento di dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, che invece prevedeva l'adozione di misure meno restrittive nel significativo settore della ristorazione.

<sup>60</sup> Non a caso la dottrina ha parlato di confusione delle fonti cfr. BELLETTI M., *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020.

<sup>61</sup> Dal primo d.l. n. 6/2020, all'ultimo d.l. n. 125/2020. Per l'elenco completo v. [www.governo.it/it/coronavirus-normativa](http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa)

In questo senso è stato istituito un comitato tecnico scientifico (art. 2) e sono state individuate le principali disposizioni al quale si è autorizzati a derogare (art. 3).

Si è poi proceduto all'apertura della contabilità speciale (ord. n. 635). Le specifiche deroghe alle disposizioni vigenti sono poi state individuate dalle singole ordinanze succedutesi nelle more dell'emergenza<sup>62</sup>.

Tale complessa risposta regolatoria, che ha visto il concorso di autorità profondamente differenti, solleva principalmente due ordini di questioni.

Si pone anzitutto la questione preliminare relativa al sé il Sistema di protezione civile risulti essere competente in materia di emergenze sanitarie di tipo epidemiologico.

In effetti una parte isolata della dottrina ha sostenuto che il Sistema nazionale di protezione civile non sia struttura competente per l'epidemia in atto, e che conseguentemente non risultino applicabili le relative norme<sup>63</sup>. Si è in particolare evidenziato che le origini storiche della protezione civile sono riferibili a eventi di calamità naturale quali terremoti e alluvioni, e non di origine sanitaria come quella in atto. Si è inoltre segnata la distinzione con il potere di ordinanza attribuito parallelamente alle autorità sanitarie dal citato art. 32 della citata l. n. 833/1978.

In questo senso si è circoscritta la definizione di evento calamitoso, quale presupposto per l'operatività dell'azione del Sistema nazionale escludendovi quello igienico sanitario. Così argomentando, non si tiene però in debita considerazione il fatto che già in passato, come nell'epidemia di Sars nel 2003 e per

<sup>62</sup> Deroghe sostanziali sono state poi previste alle norme in materia di conferimento e durata degli incarichi lavorativi nella P.A., così come quelli di studio e consulenza (cfr. ord. nn. 637, 643, 645, 656, 665, 672, 692).

Si possono inscrivere in tale gruppo anche le disposizioni che hanno previsto l'erogazione di varie indennità in deroga ai rispettivi monti ore e ai tetti salariali, per il personale coinvolto a vario titolo nella gestione dell'emergenza (cfr. ord. n. 690).

Le deroghe più significative sono state disposte da una nutrita serie di ordinanze incidenti sulla disciplina dei contratti pubblici, sia in merito alla procedura di affidamento sia alla loro prorogabilità (ord. nn. 638, 655, 659 e 702).

Un gruppo di ordinanze si è interessato in particolare dei diritti di credito. Rientrano tra queste vanno menzionato quelle che hanno anticipato a fine mese il pagamento dei trattamenti pensionistici e assistenziali, normalmente accreditati a inizio mese, ciò al fine di assicurare un afflusso contingentato nei locali di Poste s.p.a. (cfr. ord. nn. 652, 680, 684 e 698). Singolare poi la sospensione delle rate dei contratti di mutuo, quando collegati all'acquisto di locali, ovvero ad attività connesse (ord. n. 642).

Una serie di ordinanze si è fatta carico di offrire un supporto economico alle popolazioni colpite: sono state previste misure economiche in favore dei familiari di persone morte a causa Covid-19 nell'esercizio delle proprie funzioni o attività; è stata generalmente ammessa la possibilità, per gli enti locali e per lo stesso Dipartimento, di ricezione di donazioni liberali e la creazione di appositi conti correnti dedicati da destinare agli operatori impegnati nel contrasto e ai familiari degli stessi (cfr. ord. n. 660).

<sup>63</sup> SICILIANO F., *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, pp. 37-70

quella di H1n1 nel 2009 le ordinanze di protezione civile concorsero con ordinanze del Ministro della Salute ex art. 32 l. 833/1978<sup>64</sup>.

Inoltre, tale tesi non pare convincere se si passa a una lettura integrata del quadro normativo. Nello specifico, seppur vero che l'art. 16 al comma 1 indica che l'azione del Servizio si esplica in relazione ai rischi di timo sismico, vulcanico e idrogeologico (etc.), tale norma va letta comunque in combinato disposto con il secondo comma.

In suddetta sede viene infatti chiarito che ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della vigente normativa di settore e le conseguenti attività, l'azione del Servizio nazionale è suscettibile di esplicarsi, altresì, per le tipologie di rischio igienico-sanitario.

Risolta in tali termini la prima questione, l'attenzione viene a focalizzarsi sulla natura da attribuire agli strumenti adottati dal governo, in particolare ai dpcm.

Ovvero ci si è chiesto se questi atti possano ricondursi, prescindendo dalla nomenclatura adottata, a ordinanze di protezione civile.

La questione pare di rilevanza cruciale se solo si tiene conto, che il Consiglio di Stato ha da ultimo optato per una soluzione che definiremmo eclettica.

Nello specifico si fa riferimento alla decisione emessa in via cautelare dal Consiglio di Stato, sez. III, con Decreto n. 4574/2020, con la quale si sostiene che *«la normativa, e gli atti - compresi quelli endoprocedimentali - adottati durante il periodo della emergenza COVID-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordinamentale italiano: ne consegue che risulta impossibile applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali “atti amministrativi generali” ovvero “ordinanze contingibili e urgenti”, pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri, alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali»*.

La soluzione viene prospettata la fine di risolvere in senso negativo la spinosa questione relativa al diritto di accesso civico rispetto ad alcuni verbali espressi dal Comitato tecnico scientifico sull'emergenza epidemiologica.

Tuttavia, tale qualificazione che il Giudice vorrebbe estendere a tutti gli atti adottati, dunque anche alle ordinanze e ai dpcm emanati durante il periodo di emergenza Covid-19, non appare condivisibile per una moltitudine di ragioni.

Preliminarmente occorre notare come tale soluzione, nel caratterizzare gli atti riferibili alla emergenza come unici nell'ordinamento e non assimilabili agli altri atti amministrativi, finisca per riportare in auge la teoria della necessità quale fonte del diritto, tesi che si è ritenuta non più conforme all'assetto ordinamentale successivo alla Costituzione<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. PIZZORNO S., *Covid-19 e ordinanze del Governo. In particolare, i decreti del Presidente del Consiglio quali strumento necessario per far fronte alla pandemia*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020.

<sup>65</sup> Cfr. *supra* par. 1

Che tale conclusione non possa essere condivisa, emerge dalla stessa giurisprudenza amministrativa la quale ha ricondotto i decreti del Presidente del consiglio nella categoria degli atti amministrativi generali<sup>66</sup>.

Quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in detta pronuncia contrasta, inoltre, con quanto ricostruito dalla dottrina, il cui indirizzo maggioritario si è espresso nel senso di riconoscere ai dpcm carattere di ordinanza di protezione civile<sup>67</sup>.

Questa natura deriverebbe secondo i sostenitori di tale tesi dall'essere i suddetti decreti adottati in considerazione della dichiarazione dello Stato di emergenza di cui alla delibera del 30 gennaio 2020. In questo senso si tratterebbe dell'attuazione di quanto disposto all'art. 5 del codice, che prevede in capo al Presidente del consiglio il potere di ordinanza di protezione civile.

Anche tale soluzione interpretativa, mossa dal fine di garantire un adeguato sindacato giurisdizionale sull'atto, incontra una serie di ostacoli logico-giuridici.

Anzitutto, tra quanti sostengono la natura di ordinanza di tali atti alcuni hanno finito però per riconoscerne carattere normativo e non amministrativo<sup>68</sup>, ponendosi così in netto contrasto con la ricostruzione univoca della giurisprudenza amministrativa e costituzionale, che li colloca tra i provvedimenti amministrativi.

In questo modo anche le ragioni di maggior tutela giurisdizionale del singolo, che potrebbero porsi alla base di tale soluzione interpretativa vengono meno, essendo il sindacato sugli atti normativi rimesso all'eventualità di un giudizio costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni.

Sempre in via preliminare va segnalato che il potere di ordinanza è stato riconosciuto dalla dichiarazione dello stato di emergenza espressamente solo al Capo dipartimento di protezione civile, omettendo invece di richiamare il potere del Presidente del Consiglio. Detta soluzione sembra deporre per una scelta delegante dell'organo politico, di esercizio del potere per il tramite dell'organo tecnico-amministrativo (cfr. art 5 del Codice).

Inoltre, seppure non è nuova la prassi di discostarsi in tempi di emergenza dal modello dell'ordinanza di protezione civile delineata dal sistema, creando sottosistemi di "emergenza nell'emergenza", non può però negarsi che in questo caso il discostamento appare talmente ampio (cfr. art. 2, d.l. n. 19/2020) da non potersi predicare l'assimilabilità analogica.

Si prevede infatti che l'adozione dei dpcm sia preceduta dal mero confronto con le Regioni, anziché richiedere la preventiva intesa ex. art. 25 d.lgs. n. 1/2018.

<sup>66</sup> Così TAR, Calabria, Sent. *cit.*

<sup>67</sup> In questo senso tra gli altri LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 109 e ss.; PIZZORNO S., *Covid-19 e ordinanze del Governo. In particolare, i decreti del Presidente del Consiglio quali strumento necessario per far fronte alla pandemia*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020.

<sup>68</sup> Così LUCIANI, *op. cit.*

Il metodo dell'intesa occorre ribadire era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale quale livello minimo necessario di compartecipazione in materia<sup>69</sup>.

Inoltre il modello di provvedimento previsto dal d.l. n. 19/2020, prevede che tali decreti seppure immediatamente efficaci, siano sottoposti al controllo preventivo della Corte dei Conti, discostandosi così dall'espressa esclusione contemplata dall'art. 25 del Codice.

Un significativo discostamento rispetto al sistema delineato dal d.lgs. n. 1/2018 si rinviene, inoltre, nella mancanza effettiva all'interno dei decreti-legge e degli stessi dpcm dell'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare (requisito richiesto ex art. 25)<sup>70</sup>.

Ma vi è di più, al fine di superare le critiche in termini di deficit democratico che hanno accompagnato le decisioni relative alla gestione dell'emergenza, il d.l. n. 19/2020 prevede anche il coinvolgimento preventivo del Parlamento, tranne che ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare (sic!), eventualità nella quale si riferirà alle Camere in via successiva (art. 2, comma). In questo modo il procedimento di formazione viene avvicinato maggiormente a quello proprio degli atti di normazione generale e astratta.

Per tali ragioni, appare maggiormente condivisibile la tesi dottrinale, che analizzando organicamente l'evoluzione istituzionale del Consiglio dei Ministri, ha ritenuto che la natura di tali atti debba essere determinata caso per caso tenendo conto del contenuto specifico del singolo decreto<sup>71</sup>. Tale tesi è corroborata nel caso in esame dalla indeterminatezza dei destinatari, ampiezza che fa propendere a favore della natura normativa degli atti.

Tale soluzione appare per altro in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale nella pronuncia n. 9 del 2012 dell'Adunanza plenaria ha fissato il *discrimen* fra gli atti normative e amministrativi nel requisito della indeterminabilità dei destinatari, «rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, un a vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

A un livello più generale, la trattazione sommariamente compiuta permette di scorgere il manifestarsi di un paradosso proprio dell'ordinamento giuridico italiano.

Si fa riferimento al fenomeno concernente la distorsione che ha riguardato la tipizzazione del potere di ordinanza *extra ordinem* il quale è culminato con l'adozione del d.lgs. n. 1/2018. Si è così assistito all'introduzione di un corposo

<sup>69</sup> Cfr. *supra*

<sup>70</sup> Salvo che questo riferimento non voglia rinvenirsi nella cit. ord. n. 630 del Capo Dipartimento della protezione civile.

<sup>71</sup> ROSSELLI O., *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, pp. 45 e ss.

statuto normativo, in grossa parte ricognitivo della giurisprudenza in materia, volto a circondare detto potere di garanzie procedimentali che ne assicurassero la legalità.

Tuttavia, come la prassi dell'esecutivo sulla contingenza epidemiologica dimostra, tale consistente quadro normativo ha comportato una sorta di fuga dall'ordinanza di protezione civile, similmente ha quanto già era avvenuto con il fenomeno della fuga dal regolamento a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 400/198872. Il governo ha di conseguenza deciso di affidare la gestione dell'emergenza sanitaria a un atto più snello, individuato nel decreto del Presidente del Consiglio, che sperimenta al fine di indirizzare immediatamente il comportamento dei consociati in ragione dell'impellenza. Un'esigenza di potere impellente, tale dunque da esorbitare i poteri di urgenza previsti dal Sistema di protezione civile.

Detta tendenza è inoltre confortata dal raffronto con le precedenti gestioni emergenziali, relative alla fase in cui il sistema di protezione civile è stato esteso anche ai c.d. grandi eventi, come avvenuto nel caso dell'EXPO di Milano<sup>73</sup>.

Questo passato contesto temporale è stato, infatti, caratterizzato da una forte prevalenza dello strumento dell'ordinanza rispetto alla decretazione di urgenza, tendenza che si è mostrata in modo costante da quando la sentenza della Corte Cost. n. 360 del 1996 che ha censurato definitivamente la prassi della reiterazione dei decreti legge<sup>74</sup>.

Un'ulteriore tendenza che emerge dalla gestione in atto si iscrive nell'annosa questione dei rapporti tra politica e amministrazione<sup>75</sup>. Il d. lgs. 1/2018 è stato segnalato, in questo senso, per aver favorito la separazione della funzione di indirizzo politico rispetto alla gestione operativa e amministrativa, con una maggiore delimitazione dei rispettivi ambiti di azione e responsabilità. Dalla deliberazione dello stato di emergenza relativa alla pandemia Covid-19, questa scelta sistematica viene però ribaltata.

I provvedimenti governativi si sono ingeriti a pieno nelle valutazioni tecniche attinenti alla gestione del rischio, generando così una commistione tra piano tecnico-amministrativo e livello politico.

La risposta del Governo finisce però per generare confusione circa l'esatto inquadramento dei provvedimenti adottati, smarrimento che emerge anche dalle soluzioni ondivaghe prospettate sino ad ora dalla giurisprudenza.

Detto andamento si ripercuote inevitabilmente sulla tutela dell'individuo la quale potrà sensibilmente essere compromessa nel caso in cui si finisca per

<sup>72</sup> Cfr. MOSCARINI A., *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, pp. 5075-5108

<sup>73</sup> La dichiarazione di grande evento è avvenuta prima che Milano si aggiudicasse formalmente l'evento, con ben 8 anni di anticipo (dpcm n. 27605 del 2007) rispetto alla sua realizzazione, da lì è seguito immediatamente l'emanazione delle prime ordinanze.

<sup>74</sup> Cfr. ARCURI A., *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019

<sup>75</sup> L'ha fatto notare attentamente CAVALLARO M. C., *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in questa stessa *Rivista*

riconoscere carattere normativo ai dpcm, che hanno svolto fino ad ora il ruolo primario di strumento giuridico volto a orientare il comportamento dei consociati nell'epidemia in atto.

## **6. Conclusioni: poteri straordinari e tutela dell'individuo**

Come si è tentato sommariamente di evidenziare la pandemia in atto ha comportato una risposta caotica da parte delle autorità legislative e amministrative. Allo strumento del decreto-legge si è data attuazione mediante i suddetti dpcm i quali si sono presi carico di limitare diritti e libertà costituzionalmente sanciti. Si è già detto in merito alla controversa natura di tali atti. In questa sede è utile ribadire come dalla diversa natura che la giurisprudenza vorrà attribuire agli stessi dipenderà grossa parte della tutela appestabile al cittadino.

Se verrà sposata la tesi dell'atto normativo, tesi suffragata principalmente dalla generalità e dall'astrattezza di tali disposizioni, la tutela del cittadino uscirà fortemente ridimensionata. Aderendo a tale soluzione, l'unico controllo pacificamente ammissibile atterrebbe al sindacato che la Corte costituzionale potrebbe operare riguardo il conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni.

Infatti, in questo caso si rende opportuna una precisazione che attiene al sindacato operato dalla Corte Costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 Cost., sui giudizi incidentali avanzati dai cittadini.

La norma è chiara nel limitare il sindacato costituzionale alle sole fonti di rango primario, con esclusione delle fonti secondarie e, dunque, dei dpcm in esame, siano essi ricondotti o meno alla categoria del regolamento. Tale limite ha subito dei tentativi di superamento da parte della giurisprudenza costituzionale sulla base della dottrina del "diritto vivente regolamentare", ovvero nei casi in cui tra fonte primaria e secondaria si instaura quello che è stato definito dalla Corte «un continuum normativo», in virtù del contenuto proprio dei due atti e a prescindere dalle differenze di forma e grado gerarchico tra gli stessi<sup>76</sup>. Tale teoria è stata recepita in alcune occasioni, principalmente con la sentenza n. 456 del 1994 e l'ordinanza n. 389 del 2004, ma non si rinviene in molti tanti altri casi analoghi, tanto da risultare ancora controversa.

In questo senso, la Corte ha generalmente lasciato al sindacato dei giudici ordinari ed amministrativi il controllo sulla conformità delle fonti secondarie alla legge ed alla Costituzione.

Le qualifica di atto normativo comporta a sua volta significative conseguenze in questi ultimi giudizi, che possono essere così sintetizzate: a) l'applicazione del principio *iura novit curia* (per cui il giudice è tenuto a conoscere e applicare le norme anche d'ufficio) ed *ignorantia legis non excusat*; b) l'inosservanza della fonte secondaria da parte del giudice di merito, a differenza della fonte amministrativa, da luogo a ricorso per Cassazione ex. art 360, n. 3,

<sup>76</sup> Cfr. MASSA M., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in *Astrid Rassegna*, 13, 2010.

c.p.c.; c) la violazione di una fonte secondaria da parte di un provvedimento amministrativo da luogo a un'ipotesi di violazione di legge, mentre l'inosservanza del provvedimento amministrativo generale ridonda in una figura sintomatica di eccesso di potere; c) l'atto normativo può essere disapplicato dalla P.A. e dal G.A. in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, non estendibile agli atti amministrativi soggetti al principio di impugnazione<sup>77</sup>.

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi con riferimento alla tutela avverso le ordinanze emanate dal Capo dipartimento di protezione civile. In questo caso, come già anticipato, la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale hanno più volte ribadito la natura di atto amministrativo di tale strumento<sup>78</sup>. Tale conclusione si fonda sul fondamentale argomento attinente alla delimitazione spaziale e temporale dell'ordinanza contingibile e urgente, la quale non è in grado di innovare in maniera stabile e duratura l'ordinamento giuridico<sup>79</sup>.

Ricostruite in questi termini, le ordinanze del Capo dipartimento saranno sottoposte al sindacato del giudice amministrativo il quale si è più volte espresso sulla natura di atti di alta amministrazione. Nella giurisprudenza amministrativa, dunque, tali atti vengono caratterizzati da un alto livello di discrezionalità.

Nonostante il presente contributo si concentri maggiormente sugli aspetti formali, si rende necessario un approfondimento relativo ai suddetti giudizi, chiamati a valutare la legittimità di misure mai adottate prima d'ora.

Si vuole sostenere in particolare che in tale sindacato la questione giuridica sollevata dall'emergenza, e con essa delle ordinanze di protezione civile, attiene a un'esigenza di bilanciamento.

Nella pandemia virale in atto, i principali diritti entrati in tensione sono quelli della salute (artt. 16 e 32 Cost.) in contrapposizione a quelli attinenti alla libertà di circolazione (art. 16) e alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41)<sup>80</sup>.

Si impone dunque al giudice amministrativo, coì come agli eventuali giudizi costituzionali, un sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità delle scelte operate dall'autorità interessi in gioco.

<sup>77</sup> In questi termini CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 91

<sup>78</sup> Contra però SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 56 e ss. il quale ritiene che la natura vada determinata caso per caso in ragione del contenuto dell'atto. Più di recente anche MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2016.

<sup>79</sup> Tale argomento può essere mutuato al fine di sostenere la natura amministrativa dei dpcm, circostanza quest'ultima effettivamente verificatasi nella citata pronuncia del Tar Calabria, la quale ha sposato la tesi della natura di atto amministrativo.

<sup>80</sup> L'elenco non è esaustivo. Basti pensare che le misure volte al contenimento dell'epidemia, massimizzando la creazione di reparti ospedalieri Covid-19, hanno di fatto impattato sullo stesso diritto fondamentale alla salute dei soggetti portatori di patologie croniche o vittime di incidenti.

In questi casi infatti il giudice ha davanti a sé una pluralità di norme tutte valide e rilevanti per il caso da decidere, ovvero, secondo una diversa prospettiva, una pluralità di interessi tutti giuridicamente rilevanti.

Sono queste le fattispecie in cui, come ricostruito dalla dottrina: «*in assenza di un criterio giuridico chiaro e predeterminato che assegni prevalenza in via generale e astratta ad una delle due norme o interessi in conflitto, il giudice dovrà scegliere quale norma o interesse ritenere “più” rilevante nel caso concreto, e quindi prevalente rispetto agli altri o anche, se possibile, cercare un contemperamento (un bilanciamento appunto) tra le norme o interessi in conflitto*»<sup>81</sup>.

Tale conclusione risulta suffragata dalla giurisprudenza costituzionale che si è occupata dei poteri di emergenza, la quale ha già in passato precisato che le ragioni pubbliche di natura igienico-sanitaria, seppure devono attenersi al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, possono secondo le circostanze risultare prevalenti rispetto a altri diritti fondamentali, come quello di sciopero (Corte cost., Sent. n. 4/1997).

Nello stesso senso si iscrive la pronuncia n. 100 del 1987 con la quale è stato ritenuto ragionevole che situazioni emergenziali possano ridimensionare il diritto costituzionale di accedere alla giustizia, purché sia assicurato un livello minimo di tutela compatibile con gli artt. 24 e 113 Cost.

A conclusioni analoghe si perviene attraverso una lettura sistematica della giurisprudenza amministrativa la quale ha riconosciuto che nelle ordinanze in questione «*la comparazione dei diversi interessi in gioco non segue pedissequamente le regole ed i criteri che governano l'azione pubblica in situazioni ordinarie [...]. In definitiva, il giudice amministrativo, nell'esercizio del proprio sindacato, deve tenere conto sia della natura di “atto di alta amministrazione” delle ordinanze in esame – e conseguentemente della ampia discrezionalità della quale gode l'amministrazione – sia delle particolari circostanze (situazioni di calamità che richiedono urgenza nell'agire) che fungono da presupposto dell'atto adottato*» (Così Cons. Stato, Sez. IV, n. 5799 del 2011).

<sup>81</sup> PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e Politica*, 1, 2006, p. 2