

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 19/06/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36350-il-concetto-di-emergenza-e-le-declinazioni-del-potere-straordinario>

Autore: Francesca Niola

Il concetto di “emergenza” e le declinazioni del potere straordinario.

IL CONCETTO DI “EMERGENZA” E LE DECLINAZIONI DEL POTERE STRAORDINARIO.

Evanescenza dei confini e modelli d’Oltralpe

1.1 Elementi costitutivi, caratteristiche ed effetti dell’*emergenza*

Dare una definizione giuridicamente accettabile di “emergenza” non è semplice: strettamente legato ad essa è il concetto di “contingenza” ovvero il diverso, spesso rapido articolarsi della realtà cui l’ordinamento deve reagire per mantenere garantirsi quello stato originario di coerenza ed equilibrio.

L’emergenza nasce dunque da un fatto, o meglio, un “fatto qualificato”. Presupposto fondamentale per lo stato (e dunque la dichiarazione) di emergenza è infatti il verificarsi di una circostanza giudicata “straordinaria” dall’ordinamento; per sua natura non è dunque possibile definire a priori un elenco specifico e tassativo di queste ma solo indicare a titolo esemplificativo eventi che hanno dato luogo alla dichiarazione dello stato di emergenza: situazioni di pericolo (fattispecie più frequentemente adottata come motivazione della dichiarazione dello stato emergenziale) come calamità naturali o “tutti quei fenomeni che possono essere fonte di rischi per le persone o le cose”¹, il Fioritto distingue tre “aree” emergenziali: l’area dei rischi sanitari o di igiene pubblica, quella dei rischi ambientali e tecnologici ed infine quella dei rischi sociali²; tuttavia se si guarda, ad esempio, all’ Emergenza – Rifiuti in Campania ci si rende subito conto come il problema sia trasversale rispetto a queste categorie ed investa sia l’ambito sanitario, sia quello ambientale che quello sociale, soprattutto. Lo “stato di emergenza” può essere conseguenza anche di altri fattori non

¹ A. FIORITTO, “*Le forme organizzative dell’amministrazione di emergenza*” in *Annuario 2005: il diritto amministrativo dell’emergenza*;

² A. FIORITTO, *Op. Cit.* 159

caratterizzati da una componente di pericolo: i cosiddetti “grandi eventi”: dal Giubileo alle Olimpiadi di Torino 2006 ai vari G8, si tratta di “una tipologia di casi che è sicuramente contingente, ma la cui organizzazione è in molte ipotesi prevista per tempo e addirittura pianificata”³.

Affinché il problema dell'emergenza non rimanga “a mezz'aria” tra il diritto amministrativo ed i principi del diritto pubblico è necessario contestualizzarlo nelle ipotesi tipiche e tassative previste dalla Costituzione della Repubblica Italiana. Come evidenziato in dottrina⁴, norma di riferimento nella definizione dei contenuti e dei limiti dell'emergenza è l'articolo 77 Cost. che ponendo, al secondo comma, come requisiti essenziali per l'emanazione del decreto legge i “casi di necessità e d'urgenza” limita strettamente, almeno in principio, l'uso di tale strumento. Secondo l'esegesi di alcuni⁵ l'espressione “casi straordinari” indicherebbe “circostanze eccezionali ed imprevedibili”, da cui per “necessità” il legislatore avrebbe inteso riferirsi a situazioni “per cui non è possibile provvedere con strumenti legislativi ordinari” e per “urgenza” indicare invece l'indispensabilità di “produrre immediatamente quegli effetti” innescati dal decreto legge. Precipua caratteristica, infine, della norma è l'affermazione, al comma terzo, della temporaneità, dunque caducità, dello strumento decreto legge equiparato sì alla legge ma soltanto nei sessanta giorni di immediata vigenza decorrenti dalla pubblicazione, trascorsi i quali perde retroattivamente efficacia qualora non intervenga una legge di conversione.⁶

³ R. CAVALLO PERIN, “Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione” in Op. Cit. 86

⁴ D. CHIAVIELLO *L'amministrazione dell' "ordinaria" emergenza* dal sito www.federalismi.it e BIN-PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*⁷, ed. Giappichelli, Torino 2006, 340

⁵ BIN-PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*⁷, ed. Giappichelli, Torino, 2006, 341

⁶ Venendo a mancare, in tal caso una disciplina dei rapporti sorti in base alla previsioni del D.L., per molti anni si è verificata la costante prassi, purtroppo non ancora definitivamente sopita del “decreto reiterato”; si veda la sentenza costituzionale 360/1996 in cui la Corte afferma che tale prassi “*lede la previsione costituzionale sotto vari profili, perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza (...)* perché toglie valore al carattere straordinario dei requisiti di necessità ed urgenza. (...) Finisce per

Altre sono però le norme con cui il Costituente affronta la tematica dell'emergenza: evidenziate dalla Chiaviello, tali previsioni si riscontrano nell'articolo 78, ai sensi del quale "le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari", affermando così una esigenza estensibile a tutte le circostanze emergenziali: l'elasticità e la prontezza di intervento dell'Esecutivo in tali situazioni non efficacemente fronteggiabili dalle Camere e che si pongono dunque come "eccezione" al regime "ordinario"; ciò con una lettura a contrario significa affermare la forza e la cogenza di quest'ultimo e delle garanzie in esso contenute capaci di delimitare lo spazio e gli effetti della circostanza eccezionale.

Ancora, l'articolo 126 per lo "scioglimento del Consiglio Regionale e la rimozione del Presidente della Giunta" per il compimento di atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge o per ragioni di sicurezza nazionale⁷.

"Emergenza" però fin qui è ancora uno stato di fatto nascente dalla realtà naturale ed umana con una componente di straordinarietà intrinseca; affinché lo si caratterizzi e lo si distingua dagli altri fatti giuridicamente rilevanti (in quanto non tutto è emergenza) è necessario aggiungere un ulteriore tassello: il giudizio sulla "straordinarietà" dell'evento.

Seconda caratteristica dello "stato di emergenza" è quindi l'esistenza di una valutazione discrezionale alla base di questo, come suo presupposto, che si cristallizza nella conseguente "Dichiarazione dello stato di emergenza". Ai sensi dell'art 5 primo comma della legge 225/1992 (Istituzione del Servizio Nazionale di Protezione Civile) " il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto

intaccare le certezze del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti"

⁷ Per approfondimento v. D. CHIAVIELLO, op cit.

riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi”. Spetta quindi all’Esecutivo, nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri, stimare i presupposti di straordinarietà o pericolosità dell’evento e dichiarare o, revocare qualora tali condizioni dovessero venir meno, lo “stato di emergenza”: ciò in applicazione di quella funzione di “direzione della politica generale” e mantenimento dell’ “unità di indirizzo politico ed amministrativo” previste dal primo comma dell’art 95 della Costituzione, cui la stessa norma affianca, come bilanciamento, la responsabilità personale e collegiale dei Ministri e del Presidente del Consiglio.

Al comma secondo dello stesso articolo si prevede inoltre che “ per l’attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1 si provveda (...) anche con ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico” .

La norma in esame pone diverse questioni: prioritario è il problema del controllo sulla valutazione discrezionale dei presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza effettuata dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato. Non si evince insomma una chiara definizione dei parametri in base ai quali i soggetti legittimati debbano stimare l’effettiva necessità di dichiarare lo stato di emergenza. L’art 5, effettuando un espresso richiamo all’ art 2 comma 1 lett. c, si limita a legittimare la dichiarazione dello stato emergenziale solo in caso di “ calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari” .

Il ricorso ad una simile dichiarazione, ad esempio, in quanto relativo ad un evento extra ordinem , è strumento straordinario anch’esso e quindi mezzo che dovrebbe utilizzarsi solo come extrema ratio: un simile sentimento pervade la dottrina e la giurisprudenza⁸, tuttavia queste sono prevalentemente impennate sul “potere straordinario”, di cui si dirà a

⁸ Sent. cost. n. 8/1945, n.26/1961, n. 201/1987, n. 127/1995, n. 43/2004

breve, costituito in base alla dichiarazione dello stato di emergenza. Prendendo quindi come discrimine il momento in cui lo stato di emergenza viene formalmente posto in essere non è possibile riscontrare, a differenza di quanto accade nelle fasi successive, un controllo ex ante sulla discrezionalità del soggetto legittimato a dichiarare l'emergenza e a valutarne i presupposti.

Tutto questo può essere spiegato più facilmente se si guarda al caso concreto: nei diciassette di Emergenza-Rifiuti in Campania si contano varie “dichiarazioni di stato di emergenza” alcune mediante proroga, altre intervenute a distanza di pochi mesi dalle precedenti dichiarazioni di “cessazione dello stato emergenziale”. Tra una realtà fattuale costituita dal “sentimento” dell'emergenza (nascente dalla incontestabile difficoltà del cittadino di condurre una vita dignitosa tra i cumuli di immondizia) e la realtà giuridica che razionalizzi la prima, un punto di collegamento opportuno sarebbe la definizione di parametri oggettivi ma flessibili in base ai quali dichiarare lo stato emergenziale : parametri che siano capaci di adattarsi alle esigenze del caso concreto, alla contingenza degli eventi ma che permettano un razionale inquadramento del problema ed un controllo sul soggetto titolare del potere di dichiarare l'emergenza onde evitare “una vera e propria sostituzione di un sistema emergenziale a quello che avrebbe dovuto essere il sistema di gestione ordinaria.”⁹

Tale situazione induce a analizzare l'ulteriore questione posta dall'art.5 della legge 225/92 consistente nei rapporti tra Governo ed enti territoriali, specialmente la Regione, nella fattispecie specifica del “potere sostitutivo” che trova il suo fondamento costituzionale nell'art 120 comma secondo per cui il “*pericolo grave per l'incolumità o la pubblica sicurezza*” è uno dei presupposti previsti a tal fine.

La Corte costituzionale ha approfondito questo argomento con la sentenza

⁹ M. GNES nell' intervento al Seminario giuridico su “La questione rifiuti in Campania” - Roma, Aprile 2009 riportato da Quaderno Svimez n.19, 35

numero 43 del 27 gennaio del 2004 il cui punto focale è il riconoscimento del carattere straordinario del potere sostitutivo attribuito al Governo ex 120.2 Cost *“da esercitarsi sulla base dei presupposti per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l’ammissibilità e la disciplina di altri casi si interventi sostitutivi”*¹⁰. Tale carattere “straordinario” consegue secondo la Corte dal fatto che la norma in questione *“allude ad emergenze istituzionali di particolare gravità”*¹¹.

Da queste poche battute si ricava come la Corte ci tenga a precisare di che tipo di potere sostitutivo si stia parlando, tanto che si legge *“l’articolo 120 non può essere inteso nel senso che esaurisca, concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi”* distinguendo così tra una sostituzione che alcuni¹² definiscono “ordinaria” facente capo agli artt. 117 e 118 Cost. , incardinata nei limiti delle competenze territoriali, in armonia con i principi di sussidiarietà ed unità-indivisibilità della Repubblica¹³; ed una “straordinaria” relativa invece all’art. 120 comma secondo che ha come destinatario un unico soggetto, il Governo, che ha il potere di intervenire in determinate situazioni *“prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”* secondo le procedure previste dalla legge in osservanza del principio di sussidiarietà e leale collaborazione.

In caso di emergenza il comma quarto della legge del 18 ottobre 2003 n. 131 (cd. La Loggia) prevede che *“qualora l’intervento sostitutivo non sia procrastinabile, senza mettere in pericolo le finalità tutelate ex art 120 Cost. il Consiglio dei Ministri (...) adotta i provvedimenti necessari che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni”*, tuttavia

¹⁰ Sent. n. 43/2004

¹¹ Sent. n. 43/2004

¹² G. MARAZZITA “I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze” dal sito www.forumdiquadernicostituzionali.it e per ulteriori approfondimenti M. BELLETTI. *“Potere sostitutivo “straordinario” ed “ordinario” dopo la sentenza 43 del 2004. La Corte propone la quadratura del cerchio della riforma del Titolo V”* dal sito www.associazionedeicosttuzionalisti.it

¹³ In G. MARAZZITA Op. Cit., 2 si evidenzia come il criterio, mutuato dal diritto processuale, per l’identificazione del soggetto legittimato all’azione sia quello dell’ incidenza degli effetti del provvedimento di merito.

viene precisato al quinto comma che tali interventi “*devono essere proporzionati alle finalità perseguite*”.

1.2 Il potere straordinario

Conseguenza della dichiarazione dello stato di emergenza è la costituzione di un potere straordinario. Una dottrina interessante, a ragione, raffigura tale potere come una “nozione di relazione”¹⁴ tra due o più concetti reciprocamente opposti (come ordinario – straordinario; regola – eccezione ...) definendolo una “*determinazione o imposizione di un nuovo assetto di interessi rispetto a quello normalmente preconstituito*”¹⁵.

Tale definizione porta a considerare innanzitutto il problema della portata di questo potere: nascente da un atto di natura discrezionale, correlato ad un evento giudicato straordinario, esso avrebbe in sé una componente di eccezionalità esponenziale con il conseguente rischio di considerare il “potere straordinario” ed il “nuovo assetto di interessi” come un mero sovvertimento dell’ordine.

Ad arginare un simile, irrazionale pericolo si riscontra una vasta e consistente dottrina in materia¹⁶, ma l’apporto più efficace viene dalla giurisprudenza costituzionale.

La sentenza n. 127 del 5 aprile 1995 sottolinea “il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe

¹⁴ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri* in *Annuario 2005-Il diritto amministrativo dell'emergenza*, 10

¹⁵ C. MARZUOLI, *Op. Cit.* 11

¹⁶ Si segnala in particolare G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956; G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza* dal sito www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione* in *Annuario 2005*

temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti”¹⁷

Da ciò si ricava innanzitutto il carattere atipico del potere di emergenza. Tale atipicità si rileva: a) nel contenuto non predeterminato di un simile potere, esso nasce in principio da un evento giudicato eccezionale rispetto al quale immediata deve essere la reazione dell’ordinamento¹⁸, costituendo così un binomio tra eccezionalità-imprevedibilità dell’evento scatenante ed eccezionalità-non determinabilità del potere derivato¹⁹; b) nella necessità di una “*specificata autorizzazione legislativa*”: la Corte ribadisce con veemenza il principio di legalità espresso nell’art 1 della legge 241/1990 per cui “*l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*”. Ciò a significare che la Pubblica Amministrazione trova come unico fondamento della propria attività la legge, “*cui spetta il compito di indicare i fini e gli interessi pubblici che la P.A. deve perseguire, nonché i modi e i mezzi attraverso cui provvedere alla cura degli stessi*”²⁰.

Dal principio di legalità, in senso “formale” e “sostanziale”²¹ in cui la dottrina suole distinguerlo, si ricava così l’ulteriore principio di tipicità²² (dei provvedimenti amministrativi) di cui si tratterà in seguito.

Destinatari del potere straordinario sono le “autorità amministrative munite

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza 127/ 1995, punto 2 del “Considerato in diritto”, la Corte richiama espressamente una analoga giurisprudenza precedente: sentt. 201/1987, 4/1977, 26 del 1961 e 8/1956

¹⁸ Ciò, per ora, senza approfondire la tematica delle “classi” di emergenza che la legge 225/95 affronta distinguendole con riguardo alla “*qualità e natura degli eventi*”

¹⁹ Un discorso a parte deve essere condotto per ciò che riguarda il rapporto tra atipicità del potere e forma del provvedimento in cui esso si sostanzia: in tal caso infatti non è riproponibile l’idea di non predeterminabilità della forma, per l’operare del principio di legalità: esso comporta la “*tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi (non sono cioè ammessi provvedimenti atipici o innominati)*”, così in F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 2006, 845 ss .

²⁰ F. CARINGELLA, Op. cit., 845

²¹ Per principio di legalità in senso “formale” si intende l’assoggettamento di ogni provvedimento amministrativo alle previsioni legislative, da cui traggono il proprio fondamento giuridico; con la locuzione “legalità in senso sostanziale” si fa invece riferimento all’intera attività amministrativa che deve uniformarsi al panorama legislativo e costituzionale. Si potrebbe dire dunque che mentre la prima espressione riguarda la legittimazione del provvedimento amministrativo, la seconda “*penetra all’interno dell’esercizio del potere*” (F. CARINGELLA, Op. cit., 845). Si veda anche BIN-PITRUZZELLA, Diritto Costituzionale⁷, ed. Giappichelli, Torino, 2006, 307

²² F. CARINGELLA, Op. cit., 846

di poteri di ordinanza”, ciò conduce ad affermare la natura amministrativa di un simile potere. Tale caratteristica viene chiarita per la prima volta dalla sentenza n. 8 del 20 Giugno 1956 e da allora costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 26/1961, 201/1987, 127/1995). Essa afferma che i provvedimenti in questione, nella forma delle ordinanze, “hanno il carattere di atti amministrativi (...)strettamente limitati nel tempo e nell’ambito territoriale dell’ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell’ordinamento giuridico”; all’origine di ciò vi è il fatto che le ordinanze in questione, neanche quando includano disposizioni generali ed astratte, non rientrano nella gerarchia delle fonti del diritto, per cui si intende “qualsiasi atto o fatto abilitato dall’ordinamento giuridico a produrre norme giuridiche, ovvero ad innovare l’ordinamento”²³; la Corte esclude infatti che possano essere “confuse” con leggi o decreti legge.

Altra caratteristica dei provvedimenti amministrativi extra ordinem, chiarita dalla sent. 127/1995, è la capacità di derogare alle norme primarie. Si noti bene come essa sia ammessa solo in presenza di una espressa previsione legislativa senza la quale o si dovrebbe affermare la capacità di tali provvedimenti di innovare l’ordinamento o si negherebbe l’idea stessa della deroga. Il legame con il principio di legalità- tipicità evidenzia insomma la peculiarità dell’effetto derogatorio dei provvedimenti in questione rispetto a quello di annullamento o abrogativo o ancora sospensivo, tipico invece di altri provvedimenti: la deroga è infatti “un contrasto tra norme di tipo diverso, nel senso che la norma derogata è una norma generale, la norma derogante è una norma particolare, la prima non perde così efficacia per il futuro”²⁴

Tuttavia questa capacità derogatoria è sottoposta ad un ulteriore fondamentale limite: l’osservanza dei principi generali dell’ordinamento

²³ BIN-PITRUZZELLA, Op. Cit., 277

²⁴ BIN - PITRUZZELLA, Op. Cit., 298.

ovvero *“quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell’ordinamento non sono derogabili neppure dalla legge”*²⁵ .

La capacità derogatoria dell’ordinanza straordinaria (e del sottostante potere) si lega alla sua natura provvisoria e temporalmente limitata. Ai sensi dell’art.5 della Legge di istituzione del Servizio nazionale di protezione civile (n. 225/1992) il Presidente del Consiglio, o Ministro delegato, che dichiara l’emergenza, deve determinarne *“durata ed estensione territoriale”*. L’art 191 del T.U. sull’ ambiente (D. Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006) per le ordinanze contingibili ed urgenti, in materia di gestione dei rifiuti, del Presidente della Giunta regionale, della Provincia o il Sindaco, prevede invece un’efficacia temporale *“per un periodo non superiore a sei mesi”*. Lo sguardo cade meccanicamente al caso rifiuti in Campania, che sarà oggetto di specifica trattazione, ed ai diciassette anni di *“ordinaria emergenza”*.

Atipicità del contenuto, natura amministrativa dei provvedimenti, capacità derogatoria ed efficacia temporanea comportano che *“i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio”*²⁶ tanto che la giurisprudenza afferma la necessità di un *“nesso di strumentalità”* tra il dichiarato stato di emergenza e il *“nuovo assetto di interessi”*, tra il primo e la incidenza del potere straordinario sul caso concreto in rapporto al panorama legislativo e costituzionale.

A tal proposito il costante orientamento della Corte chiarisce che *“i provvedimenti straordinari non possono menomare i diritti costituzionalmente garantiti”*²⁷

*“Il terreno di scontro è la realtà sociale, in cui di volta in volta, possono prevalere la forza dell’autorità oppure le ragioni del diritto”*²⁸: il problema fondamentale del cd *“regime di emergenza”* è il rapporto tra effettività e

²⁵ Sent. Cost. 26/1961 riportata da C. MARZUOLI, Op. Cit., 15

²⁶ Sent. Cost. 127/1995

²⁷ Sent. Cost. 26/1961 in C. MARZUOLI. Op. Cit., 19

²⁸ G. MARAZZITA , Op. Cit.

legittimità del potere. Come lo stesso Marazzita sottolinea la prima è *“lo strumento dell’organizzazione statale”*, mentre la seconda è *“strumento del sistema giuridico nella sua dimensione deontologico - normativa”*.

Fin quando si afferma che le norme si oggettivizzano nei fatti concreti e questi ultimi, di conseguenza, vengono qualificati come *“fatti giuridicamente rilevanti”* grazie all’operare di una sorta di *“circolo ermeneutico”*, legittimità ed effettività interloquiscono nella normale dialettica che assicura all’ordinamento giuridico l’osservanza e l’esistenza, *“perché un ordinamento giuridico privo di una qualche osservanza è, per definizione, inesistente.”*²⁹

Quando, invece, viene instaurato un regime straordinario di natura emergenziale, la dialettica può diventare scontro: come si è già sottolineato l’emergenza è innanzitutto una situazione di fatto, anomala. Ebbene qui è la norma che *“nasce”* dal fatto .

Da un lato l’ordinamento deve reagire nel modo più immediato ed efficace possibile, instaurando un diverso regime giuridico capace di gestire l’evento eccezionale, ovvero norme che nascono in funzione di esso; dall’altro lato l’ordinamento è composto da principi e disposizioni costituzionali che stringono il potere in vincoli difficilmente valicabili. *“In questo senso”*- afferma il Marazzita- *“il costituzionalismo è “tecnica della libertà”, perché attraverso la legge fondamentale cerca di bilanciare e addomesticare il fondamento stesso della sovranità, cioè il monopolio della forza ”.*³⁰

Nel momento in cui il potere tenta di *“rompere gli argini”* nasce lo scontro: il fatto, contingente, irrazionale, mero evento fenomenico, prende il sopravvento sul diritto che invece è elemento razionale, è *“noumeno”* kantiano, ovvero rappresentazione della realtà capace di trasformare la *“res reale”* in *“res pensata”*; i *“fatti”* in *“fatti giuridicamente rilevanti”*.

²⁹ G. MARAZZITA , Op. Cit.

³⁰ G. MARAZZITA , Op. Cit.

Così, lo scontro tra effettività del potere, che è dimostrazione della presenza dello Stato nella realtà storica, e legittimità, che non è mero modello dichiarativo – limitativo del potere, bensì concetto costitutivo di questo, ne è essenza e fondamento primo.

In emergenza si instaura un vero e proprio “stato di necessità”. Lo scontro stesso assume il volto della necessità.

1.3 Modelli di *gestione dell'emergenza*

A conclusione di questa panoramica generale sul potere di emergenza, è opportuno fare un cenno alle diverse modalità con cui nel mondo può essere affrontata la materia emergenziale.

Tra i Paesi di civil law interessante è il sistema approntato dalla Francia in cui questa è disciplinata dalla legge n. 55-395 del 3 aprile 1955.

L' *etat d'urgence* può essere dichiarato “in caso di gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di calamità pubbliche su tutto o su parte del territorio”: tale stato è dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri e per una durata non superiore a dodici giorni, termine indicato tassativamente dalla legge; conseguentemente il legislatore francese ha previsto che eventuali proroghe debbano essere autorizzate dal Parlamento con un'apposita legge, cui deve seguire un nuovo decreto del Consiglio dei Ministri che ne precisi l'area territoriale e la durata.

Dal punto di vista dei poteri straordinari sorge anche qui il problema del controllo della discrezionalità, tuttavia ciò è stato oggetto di uno specifico intervento del Conseil Constitutionnel del 1985³¹ in cui la Corte ha affermato la naturale competenza del legislatore, quindi del Parlamento, nel bilanciare la tutela della libertà con la salvaguardia dell'ordine pubblico, inteso come condizione stessa per l'esplicazione della prima.

³¹ Riportato da P. BONETTI “ *Terrorismo, emergenza e principi costituzionali*”, 32 dal sito www.forumcostituzionale.it

Effetto più lampante e peculiare dell'instaurazione del regime emergenziale in Francia è l'estensione dei poteri di polizia in capo al Ministro dell'Interno e ai Prefetti: dall'imposizione di arresti domiciliari, alla chiusura di locali pubblici, all'interdizione della circolazione, al potere di ordinare perquisizioni qualora ricorrano particolari presupposti, i provvedimenti delle autorità governative, adottati in emergenza, godono inoltre di tutela penale. Infine con apposito decreto è possibile assegnare a competenza in materia di specifici reati connessi con il dichiarato état *d'urgence*, in via derogatoria e per un tempo limitato alla giurisdizione militare.

Tale normativa trova legittimazione in due disposizioni costituzionali, l'art 16 relativo ai poteri eccezionali conferiti ad Presidente della Repubblica³² e l'art 36 che disciplina lo stato di assedio. Si evidenzia come, con una serie di interventi del Conseil Constitutionnel, prima, e del Parlamento, poi, la procedura dello stato di urgenza sia stata uniformata a quella per la proclamazione dello stato di assedio³³, con il presumibile intento del legislatore di predisporre un regime uniforme sia per le emergenze internazionali che per quelle interne.

Altro modello da esaminare è quello tedesco, quì la disciplina dello stato di emergenza appare il risultato dell'intersezione di due fattori che caratterizzano l'attuale ordinamento ovvero il principio di legalità, Vorrang des Gesetzes (e il conseguente principio della riserva di legge)³⁴, e la forma di stato di Repubblica Federale.

La Legge Fondamentale distingue due tipi di stati eccezionali cd "interni": lo "stato di catastrofe", Katastrophennotstand (ex art 35 commi 2 e 3 LF) e lo stato di emergenza interno (ex art 91 LF) e ne indica i presupposti (a)pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica; b)catastrofi naturali,

³² Per approfondimenti v. P. BONETTI in Op. Cit., 30 ss

³³ P. PASSAGLIA in Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità dal sito www.corte costituzionale.it, 11

³⁴ Per approfondimenti P. PASSAGLIA in Op. Cit., 22 ss

c) calamità particolarmente gravi) ma, come evidenzia il Passaglia, “non avviene una proclamazione formale né dell’inizio, né della fine dello stato eccezionale, manca ogni disposizione su una limitazione temporale dello stato di emergenza e i provvedimenti possibili devono essere assunti in conformità alle leggi normali che regolano anche le possibili restrizioni delle libertà fondamentali”³⁵ a differenza di ciò che accade per lo “stato di tensione”, Spannungsfall, e lo “stato di difesa”, Verteidigungsfall, (rispettivamente agli artt 80a e 115 a,1 LF) ovvero casi in cui minacce alla sicurezza nazionale provengano dall’esterno per cui specifica ed univoca è la disciplina predisposta dal testo costituzionale.

Il modello tedesco di gestione delle emergenze interne è ispirato ad un ideale di federalismo cooperativo che concretamente si realizza nella possibilità che un Land, colpito dal fattore di pericolo o urgenza, possa richiedere l’intervento delle istituzioni o delle forze di polizia di altri Länder e tentare una soluzione locale, cooperativa. Qualora l’emergenza non dovesse essere risolta o interessare più di un Länder ad intervenire è il Governo Federale, nelle persone del Ministro dell’Interno e della Difesa che predispongono con “ordinanze” le misure necessarie, e ruolo fondamentale viene assunto dal Bundesrat che può sospendere i provvedimenti governativi.

Il Governo federale non può adottare autonomamente atti di rango legislativo, anche in casi di necessità e urgenza³⁶ essendo competente in materia soltanto il Parlamento e con le limitazioni previste nella Legge fondamentale a garanzia dei diritti tutelati.

La cogenza del principio di legalità “alla tedesca”, che si cristallizza nella previsione ex art 20 comma 3 LF per cui “*il potere legislativo è vincolato all’ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e giurisdizionale alla legge e al diritto*”, si riverbera così nella materia emergenziale in cui poteri

³⁵ P. PASSAGLIA in Op. Cit., 30

³⁶ P. BONETTI in Op. Cit., 36

prevalentemente di natura amministrativa sono assegnati ai vari Land, cui inoltre è affidata la competenza in materia di Protezione civile, e al Governo federale secondo principi di proporzionalità, cooperazione e sussidiarietà.

Diverso ancora il “modello spagnolo” qui la Costituzione, in un unico articolo, 116 Cost., prevede ben tre tipi di stati eccezionali (di allarme, di eccezione, di assedio), fronteggiabili con poteri e strumenti differenti i cui presupposti, competenze e limiti sono disciplinati da una ley organica.

Ciò che ora interessa è l’ Estado de Alarma³⁷; questo, recita il comma secondo dell’art. 116, “sarà dichiarato dal Governo mediante decreto adottato dal Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di quindici giorni, riferendo alla Camera dei Deputati riunita immediatamente a tale scopo, senza la cui autorizzazione detto periodo non potrà essere prorogato. Il decreto determinerà l’ambito territoriale cui si riferiscono gli effetti della dichiarazione”; la legge n.4 del 1981 all’articolo 4 ne individua i presupposti in a) catastrofi, calamità o disgrazie pubbliche; b) crisi sanitarie; c) paralisi dei servizi pubblici essenziali per la comunità.

Ex art 6 della stessa legge si prevede che il Governo possa dichiarare lo stato emergenziale d’ufficio o su richiesta del Presidente di una Comunità autonoma riferendo immediatamente alla Camera anche relativamente ai decreti adottati in regime emergenziale, i cd “*reglamentos de necesidad*”.

Questi ultimi hanno natura e validità temporanea e limitata alla situazione di emergenza, non hanno efficacia derogatoria delle norme ordinarie ma meramente sospensiva in quanto instaurano un regime transitorio per cui decadono de plano, senza cioè un apposito atto di abrogazione formale, nel momento in cui cessa la ragione della loro esistenza.

A garanzia dei limiti previsti tali reglamentos sono sottoposti a sindacato giurisdizionale e soprattutto sono suscettibili³⁸ di valutazione dell’organo di

³⁷ Per approfondimenti P. PASSAGLIA in Op. Cit.,36 ss

³⁸ P. PASSAGLIA in Op. Cit.,43 ss

giustizia costituzionale mediante il *“recurso de amparo”*.

Per ciò che riguarda invece i Paesi di common law un particolare sistema di gestione delle emergenze è quello inglese.

Accanto al sistema di martial law che legittima l'intervento del Governo in caso di *“invasione, insurrezione, sommossa o qualsiasi forma di resistenza violenta nei confronti dell'ordine costituito”*³⁹, il modello britannico con l'Emergency power Act prevede la competenza della Corona a dichiarare lo stato di emergenza quando si verificano, o ve ne sia il pericolo, eventi *“tali da privare del necessario la collettività o una parte importante di essa”*⁴⁰, questa è temporalmente limitata, non può infatti durare più di trenta giorni, prorogabile previa autorizzazione del Parlamento che deve essere convocato entro cinque giorni dalla scadenza del termine massimo. Conseguenza della dichiarazione dello stato emergenziale è il conferimento al Governo della titolarità del potere di ordinanza, tuttavia controllabile dal Parlamento che può limitarne gli effetti, sospenderne l'efficacia o annullarle.

Come afferma il Bonetti *“non sembra davvero possibile ravvisare un “nucleo duro” comune a tutti i sistemi”*, tuttavia lo spirito della comparazione non è tanto quello di scorgere gli elementi comuni quanto le peculiarità dei diversi sistemi giuridici ognuno espressione e conseguenza della propria forma di stato e di governo, la propria memoria storica e politica, la propria identità.

Francesca Niola

³⁹ A. V. DICEY, Introduction to the Study of the law of the Constitution, VIII^a ed., London 1915, in P. BONETTI in Op. Cit, 18

⁴⁰ P. BONETTI in Op. Cit, 18

