

L'ORDINE PUBBLICO TRA MODELLI SECURITARI E LIMITI COSTITUZIONALI. RIFLESSIONI SULLE C.D. ZONE ROSSE*

di Andrea Eugenio Chiappetta**

273

Sommario. 1. L'attualità delle misure straordinarie di ordine pubblico. – 2. Il sistema securitario e il brodo primordiale della sua proliferazione. – 3. Le ordinanze contingibili e urgenti tra storia, poteri e legittimità. – 4. Nello specifico, le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. – 5. Le zone rosse napoletane. – 5.1 I profili d'illegittimità dell'operato amministrativo in una panoramica generale. – 5.2. La mancanza dei presupposti di contingibilità ed urgenza per l'attivazione dei poteri di ordinanza. – 5.3. L'elusione del merito amministrativo. – 5.4. La violazione dei principi generali dell'ordinamento e la contraddittorietà. – 5.5. La violazione specifica della ragionevolezza: trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente. – 6. La sentenza del Tar Campania - Napoli, n. 5699/2025 e l'annullamento dell'ordinanza prefettizia. – 7. Un breve bilancio.

1. L'attualità delle misure straordinarie di ordine pubblico. In Italia, nel corso degli ultimi anni, le misure straordinarie di ordine pubblico previste all'interno di leggi speciali, ovvero gli strumenti contingibili ed urgenti¹, connaturali al potere amministrativo, lungi dal rappresentare *extrema ratio* del governo della sicurezza locale, sono divenuti regola ordinaria. Come si proverà a dimostrare nel corso dell'indagine, questo fenomeno, che incide fortemente sulla forma di stato democratica, come consegnataci dalla Costituzione repubblicana², sta progressivamente acquisendo i caratteri dell'abuso del potere *extra ordinem*³.

* Sottoposto a referendum.

** Dottorando di ricerca in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Come rilevato anche da G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 4, 2010, 8 ss.

² In Costituente, infatti, si cercò in ogni modo di evitare assonanze «con il precedente regime fascista, nell'ambito del quale l'ordine pubblico, inteso come limite alle libertà costituzionalmente garantite, ha avuto una connotazione ed un valore ideale» M. Di Raimondo, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica*, Torino, 2010, 13.

³ Sulla criticità dei poteri di necessità ed emergenziali, con relativo dibattito: F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 513; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; M.C. Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; G.U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 89 ss.; S. Lieto, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, Napoli, 2023; F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.; A. Morrone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. Vingundelli, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133 ss.; M. Cerase, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3985 ss.; A. Cardone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. Pinna,

L'adozione legislativa e amministrativa di nuovi strumenti eccezionali configura una esigenza securitaria più volte avvertita dal sistema rappresentativo, il quale sollecita nell'elettore il consenso elettorale facendo leva sul bisogno di sicurezza. Il binomio securitario, non solo edulcora la dialettica politica, ma tende ad incidere sul sistema sociale nel suo complesso e, in ultima istanza, sulla stessa conformazione della forma di stato democratica.

Nello specifico, attraverso la direttiva del 17 dicembre 2024⁴ il Ministro dell'Interno ha guardato con favore ad un vecchio dispositivo di sicurezza, già in precedenza utilizzato in altri contesti⁵, pur senza particolari esiti positivi. Si sta parlando delle c.d. *zone rosse*.

Esse costituiscono una particolare misura di sicurezza urbana, invertevoli nella delimitazione di specifiche aree cittadine, individuate come a rischio per la sicurezza pubblica, in cui viene disposto un divieto temporaneo di stazionamento o accesso nei confronti di determinate categorie di soggetti, molto spesso destinatari di mere segnalazioni all'A.G. per reati minori (siamo ben al di sotto della necessità che sia stata proposta querela nei confronti di un soggetto, o che lo stesso sia stato raggiunto da una sentenza passata in giudicato, essendo sufficiente, appunto, una mera segnalazione all'Autorità Giudiziaria).

Si tratta di interventi che, pur incidendo direttamente su libertà costituzionalmente garantite, in primo luogo sulla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. e sulla libertà personale ex art. 13 Cost., sono concepiti (almeno in teoria) come strumenti eccezionali, di carattere contingibile e urgente, destinati a fronteggiare situazioni di pericolo concreto e attuale che non possano essere risolte con i mezzi ordinari dell'ordinamento.

Purtuttavia, come già ricordato, è presente una tendenza generalizzata nel ricorrere a tali strumenti poiché percepiti come «duttili» e facilmente utilizzabili, anche a costo zero. Non è un caso che su direttiva del Ministro, i Prefetti delle città (anche non grandissime) non solo abbiano introdotto la misura, ma l'abbiano prorogata alla scadenza della precedente ordinanza istitutiva per più volte⁶.

L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, Milano, 1988; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; E. C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; G. De Minico, *Costituzione emergenza terrorismo*, Napoli, 2016; P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773; M.C. Girardi, *Costituzione e stato di emergenza. Rilievi a margine della vicenda pandemica*, in *Federalismi.it*, 12, 2023; G. Razzano, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 1935 ss.; F. Zammartino (a cura di), *Stati di crisi e sistema delle fonti del diritto. Atti del convegno del 29 novembre 2022, Palazzo Du Mensil, Università di Napoli L'Orientale*, Napoli, 2023; A. Police, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento dalla funzione pubblica*, in L. Giani, M. D'Orologna, A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 87 ss.

⁴ Prot. N.0105092.

⁵ Emblematico il caso di Firenze in cui, nel 2019, il Prefetto istituì zone rosse urbane poi annullate dal Tar Toscana con sentenza n. 823/2019. L'azione del Prefetto nasceva, anche in questo caso, da una precedente direttiva ministeriale, la n. 11001/118/7, adottata il 17 aprile 2019, dal Ministro dell'Interno Matteo Salvini, avente ad oggetto «Ordinanze e provvedimenti antidegrado e contro le illegalità. Indirizzi operativi». A sua volta successiva, *mutatis mutandis*, alla Direttiva c.d. Maroni del 26 gennaio 2009, avente oggetto le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili, ed attraverso cui si chiedeva ai Prefetti di individuare aree in cui non consentire lo svolgimento di manifestazioni.

⁶ Zone rosse dopo la direttiva del Ministero dell'Interno sono state istituite, tra le altre città a Milano, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Padova. Per il Ministro Piantedosi «C'è più legalità. La zona rossa funziona bene [...] è proprio con l'istituzione di una zona rossa che si attiva un controllo più capillare del territorio, con identificazioni e allontanamenti dei soggetti a rischio. Il controllo capillare tanto auspicato viene finalizzato e reso più incisivo. In questo senso, abbiamo riscontrato un diffuso e trasversale apprezzamento da parte dei cittadini» cfr. <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/interventi-e-interviste/piantedosi-piu-legalita-zona-rossa-funziona-bene>. A giudizio di chi scrive, tali dichiarazioni, lasciano il dubbio che si voglia attivare un potere emergenziale, senza alcuna emergenza, solo per avere un controllo più duttile, facile e

Il fondamento giuridico di tali misure si rinviene, in particolare, nell'art. 2, *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, (R.D. 1931/773, d'ora in avanti per abbreviazione T.U.L.P.S.), che attribuisce ai Prefetti il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per ragioni di sicurezza pubblica, e in modo sistemico e normativamente adattato, negli artt. 9 e 10, d.l. n. 14/2017, che prevedono ordini di allontanamento e divieti di accesso in determinate aree.

L'uso combinato di questi strumenti, unitamente ad altri poteri sindacali, ex art. 50, d.lgs. n. 267/2000, consente di modellare interventi «mirati e flessibili», ma anche potenzialmente invasivi rispetto alle garanzie individuali e collettive, sia delle formazioni sociali che delle singole individualità e delle realtà associative.

Con riguardo all'art. 2 T.U.L.P.S., quale base giuridica principale delle misure restrittive oggetto di esame, occorre evidenziare come la matrice originaria di tali strumenti limitativi delle libertà fondamentali, esercitati attraverso provvedimenti amministrativi di portata generale, rinvenga le proprie radici in un modello normativo espressione di una forma di stato autoritaria, diversa da quella vigente. Si trattava, infatti, di un assetto fondato su un rapporto tra Autorità e Libertà privo di garanzie costituzionali e di diffuse limitazioni al potere⁷, con conseguente incidenza diretta sul sistema delle fonti, tale da rendere fragile tanto il principio di legalità quanto, proporzionalmente friabile, la riserva di legge.

Negli ultimi anni, come si diceva, la disciplina delle zone rosse ha conosciuto una sistematizzazione politico-amministrativa di livello nazionale.

L'indirizzo politico del Ministro dell'Interno, tracciato attraverso l'emanazione della direttiva di cui sopra, ha sistematizzato una strategia organica di prevenzione e sicurezza urbana, orientata a garantire la «piena fruibilità degli spazi pubblici» e a contrastare fenomeni di criminalità diffusa, anche laddove non sempre penalmente rilevanti.

Tale indirizzo, rivolto soprattutto alle città metropolitane, individua come contesti prioritari le infrastrutture del trasporto pubblico e le loro pertinenze (stazioni di bus o ferroviarie), le aree urbane degradate o ad alta incidenza criminale (*in primis* le c.d. piazze dello spaccio), le zone della movida e i siti turistici di maggiore affluenza.

La direttiva, oltre a valorizzare interventi strutturali di riqualificazione urbana e presidio del territorio, richiama l'attenzione sulle potenzialità degli strumenti amministrativi a disposizione delle autorità di pubblica sicurezza e degli enti locali, sollecitando un uso coordinato di misure interdittive e di prevenzione, anche a carattere personale. Evidentemente, attraverso il ricorso congiunto al daspo e agli strumenti di prevenzione personale basati sulla pericolosità sociale. Tutto ciò esprime il sintomo chiaro di una gestione ordinaria dell'ordine pubblico fuori dai limiti previsti dalla legalità costituzionale⁸.

«capillare» sul territorio. E, Infatti, il Prefetto di Napoli più volte ha affermato come il turismo vada «protetto» e che si vuole affrontare «questa emergenza determinata dal turismo e dal sovraffollamento con questo strumento duttile» cfr. <https://www.napolitoday.it/cronaca/nuove-zone-rosse-dopo-tar.html>; al contempo però affermando, rispetto a casi sporadici ma mediatici di criminalità, che si tratta di episodi «isolati», rafforzando la contraddittorietà della istituzione delle zone rosse; adducendo che la sicurezza in città è confermata dal fatto che nonostante ci siano episodi mediatici «anche i dati più aggiornati sugli indici di delittuosità [dicono che questi fatti] a Napoli sono in diminuzione» cfr. intervista al Mattino del 13 agosto 2025.

⁷ D. Nocilla, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in *Rivista AIC*, 2, 2018; Aa.Vv., *La costruzione della legalità fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, *passim*.

⁸ A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2015; per un approfondimento L. Longhi, *Il concetto giuridico di ordine pubblico tra diritto alla sicurezza e sicurezza del diritto. Brevi riflessioni a margine dei due scritti di Alessandro Pace sull'argomento*, in *Giur. Cost.*, 6, 2019, 3461-3468; rilevante a questi fini è il concetto invece di «ordine pubblico costituzionale», paradigma controverso coniato da Crisafulli e poi adottato, per lungo tempo, dalla Corte costituzionale. Tuttavia, tale formulazione, seppur problematica, diede la stura per avviare dibattiti dottrinali di cesura con il precedente modello securitario, ammettendo che esistessero diritti non limitabili attraverso tale formulazione perché altamente garantite dalla Carta fondamentale. Cfr., V.

In questo quadro, il Prefetto è investito di un ruolo centrale, quale Autorità rappresentante del Governo sul territorio e massimo vertice della sicurezza provinciale⁹. Dunque, promotore di decisioni apparentemente condivise in sede di Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, con il coinvolgimento delle Amministrazioni locali e delle forze dell'ordine.

È in questa cornice nazionale che si colloca l'esperienza della Città di Napoli, ove, a partire dal dicembre del 2024, le indicazioni ministeriali hanno trovato applicazione in una serie di ordinanze prefettizie, istitutive di zone rosse.

Tali provvedimenti hanno riguardato aree caratterizzate, secondo l'ordinanza, da persistenti fenomeni di degrado sociale e criminalità diffusa, introducendo divieti temporanei di stazionamento rivolti a soggetti segnalati per determinate tipologie di reati. Nel tempo, le misure sono state più volte prorogate, trasformando un intervento concepito come eccezionale in un presidio sostanzialmente stabile di porzioni significative dello spazio urbano, determinando, alla fine, una pronuncia caducatoria del TAR Campania, adito sul ricorso di alcune associazioni attraverso un processo di liberazione dal basso. Un processo, questo, di indubbia produzione giuridica indiretta, attraverso strutture associative anche informali e di aggregazione sociale che hanno sfruttato l'intermediazione del giudice per ristabilire la legalità costituzionale.

L'«ipersecurizzazione» delle comunità, laddove produce un aumento della sola percezione soggettiva di sicurezza, non corroborata da dati reali né da esigenze oggettive¹⁰, si traduce in misure che incidono prevalentemente su categorie sociali vulnerabili (senz'altro, migranti¹¹, soggetti a basso reddito). Ciò determina un uso selettivo e discriminatorio del potere amministrativo, in contrasto con i principi di uguaglianza sostanziale e di ragionevolezza sanciti dall'art. 3 Cost., oltre che con la garanzia di proporzionalità che deve connotare ogni restrizione delle libertà fondamentali.¹²

Attraverso tali strumenti emergenziali, non solo si compromette il tessuto sociale di vivibilità, poiché si determina una sostanziale lotta che va al di là della classe di appartenenza dei soggetti destinatari degli allontanamenti, ma che in realtà guarda al solo dato della potenziale

Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in Aa. Vv., *Studi in onore di G.M. De Francesco*, II, Milano, 277; nonché S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 51 ss.

⁹ Già storicamente, la legge 2248/1875 all'art. 7 indicava che il Prefetto dovesse «provvedere nei casi d'urgenza»; nonché la legge n. 2359/1865, che radicava il potere di ordinanza dei Prefetti in materia di espropriazioni; per una panoramica sul ruolo del Prefetto, C. Mosca, *Il prefetto: rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini*, Soveria Mannelli, 2010; G. Caia, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 281 ss.

¹⁰ Così afferma la Camera penale di Milano citando fonti della Prefettura proprio per contraddire il provvedimento istitutivo delle zone rosse che tale dato testualmente citava: «si è registrato un decremento del numero totale dei delitti commessi, sia nell'area metropolitana che nel capoluogo Milano, passando dai 144.864 illeciti dell'anno scorso ai 134.178 accertati nell'anno corrente. I reati di strada, le rapine in pubblica via e i furti hanno registrato una diminuzione del 10%, e i furti in abitazione e con destrezza, hanno subito rispettivamente un decremento pari al 19,57% e al 17,48%. Anche i cosiddetti delitti informatici, truffe e frodi, si riducono, passando, nella città di Milano, dai 1.581 del 2023 ai 1.176 del 2024». Il comunicato è disponibile al link: <https://camerapenalemilano.it/wp-content/uploads/2025/01/DOC-CD-30.12.2024-ZONE-ROSSE.pdf>.

¹¹ Infatti, tra le associazioni ricorrenti nel processo amministrativo napoletano era presente ASGI – Associazione studi giuridici sull'immigrazione. Rispetto al fenomeno migratorio, invero, la tematica emergenziale come tentativo di restrizione delle libertà è sempre viva. Sul punto, M. Tuozzo, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020.

¹² È lo stesso Viminale ad affermare che «Dall'istituzione di queste aree a vigilanza rafforzata, nelle tre città metropolitane sono state controllate complessivamente oltre 500mila persone, con l'adozione di 3.500 provvedimenti di allontanamento a carico di soggetti pericolosi con precedenti penali, di cui il 75% stranieri». cfr. <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/comunicati-stampa/piantedosi-ha-incontrato-viminale-i-sindaci-e-i-prefetti-roma-milano-e-napoli>.

produttività soggettiva. Se si è soggetto comodo alla produzione, potenzialmente idoneo a generare reddito, oppure direttamente connesso alla sua generazione (classe sociale), allora si soddisfano i requisiti per poter stanziare all'interno dei quartieri cittadini. Viceversa, se si è un senza classe per definizione (migranti in condizioni di non inclusione, senza fissa dimora, o classe bassa senza reddito fisso, naturalmente più incline alla delinquenza di sussistenza), allora non si soddisfano i requisiti per vivere la città e la socialità.

Questi nuovi strumenti di governo dell'ordine pubblico mirano, nella sostanza, a rendere tendenzialmente permanenti misure eccezionali, che troverebbero la loro giustificazione d'essere, invece, proprio nella temporaneità, nell'emergenza e, dunque, nella transitorietà del loro vigore.

Lungi dal rappresentare reali strumenti d'intervento efficaci sulla devianza e sulle esigenze di prevenzione generale e speciale (per utilizzare termini penalistici), tali provvedimenti si atteggiavano più come interventi a favore di «città bomboniere», chiuse e non aperte, ove il fine non è più quello manifesto di assicurare la vivibilità e la convivenza, ma quello di garantire l'estrattivismo economico urbano. Città da esposizione, in cui al massimo vige un forte senso del decoro, ma che poco hanno che vedere con la sicurezza, sia reale che percepita.

Mi riferisco, allora, alla garanzia dei flussi turistici e alla necessità che il turista, nel vivere la città, non solo si senta al sicuro, ma venga costantemente protetto in modo formale, al di là dell'effettività della sicurezza.

Il punto è offrire ora non città sicure, ma città apparentemente immacolate in cui assicurare esperienze *social safe* ai turisti che le visitano, privando i centri della loro reale socialità.

È la modificazione genetica delle strutture sociali urbane¹³.

Questo, almeno, in linea generale. Non è un caso, a giudizio di chi scrive, che tali strumenti siano sollecitati ed adottati soprattutto nei grandi centri urbani e turistici, e, anzi, argomentati giuridicamente proprio attraverso la garanzia di assicurare la sicurezza del turismo, specie nelle festività o nei momenti di maggiore afflusso. Pur essendo, invece, il turismo, un evento non eccezionale, prevedibile e da affrontare attraverso una programmazione ordinaria di sicurezza.

2. Il sistema securitario e il brodo primordiale della sua proliferazione. In via preliminare ad ogni considerazione di merito, occorre porsi una domanda sistemica e metagiuridica nella sua radicazione ultima: perché (o, meglio, per quale motivo) nasce lo Stato? da quale esigenza?

Ebbene, la fondazione del potere sovrano, originariamente inteso in termini assoluti, ha trovato una sua legittimazione teorica nelle teorie contrattualistiche che nei secoli si sono succedute. Tra tutte, la teoria *Hobbesiana* dello Stato leviatano è ciò che più legittima un senso del potere inteso in chiave «gigantiforme» che si adatta, per eccellenza, ad un modello fortemente securitario.

Scriveva Hobbes, «io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a quest'assemblea di uomini a condizione che tu gli ceda il tuo diritto e ne autorizzi tutte le sue azioni»¹⁴.

La sicurezza dei singoli, dunque, diventa il fondamento della nascita della sovranità, poi trasposta ai giorni nostri in una logica di *law and order*.

In questo modello statutale non vi è spazio per produzioni giuridiche che non siano quelle

¹³ Parla di espulsione sociale A. Algotino, *Decoro della smart city e poteri del Prefetto. Note intorno alla "direttiva Salvini sulle zone rosse" (n. 11001/118/7 del 17 aprile 2019) ed alcune recenti ordinanze dei prefetti di Bologna, Firenze e Siracusa*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2019, 107.

¹⁴ T. Hobbes, *Il Leviatano*, trad. it. a cura di A. Pacchi, Roma – Bari, 1996, 143.

normative formali (intendendo, in questi termini, l'emanazione della norma da parte del solo Sovrano – Legislatore). La produzione giuridica è una produzione monopolista e monocratica, accentrata, nonché priva di ogni possibile sfumatura soggettiva, se non «*sub delega regis*».

Pertanto, se Stato e Diritto coincidono, non può esistere un diritto ingiusto così come non può esistere uno Stato ingiusto: esistono, appunto, lo Stato e il Diritto, uniti, nella loro oggettività, cogenza, crudeltà e forza. Il criterio di legittimazione sulla produzione (l'autorità riconosciuta alla sovranità legislativa) diventa anche necessario e sufficiente ad atteggiarsi quale criterio di legittimità della produzione, oltre che di legittimazione della fonte normativa. Il diritto in questo contesto è lo strumento di affermazione della forza dello Stato e non un suo limite¹⁵; una sua estensione diretta, il suo vero *braccio armato*.

Ridotto ai minimi termini, non potendo qui svolgere un'analisi approfondita che altrimenti ci potrebbe lontani, il modello *Hobbesiano* rappresenta una concezione dedita alla sola obbedienza, in cui non vi è spazio per conflitti sociali e produzione giuridica esterna a quella dell'Autorità. In breve: *autoritas non veritas facit legem*.

Un brocardo efficace che richiama il primato del potere politico costituito sulla volontà dei governati. In sintesi, «l'inglese Thomas Hobbes, per la sua costruzione dello Stato prende le mosse proprio da questa generale debolezza di ogni individuo umano. Egli procede così: dalla debolezza nasce il pericolo, dal pericolo la paura, dalla paura il bisogno di sicurezza, e da quest'ultimo, appunto, la necessità di un apparato protettivo [...] in ciò gli uomini sono veramente tutti uguali, giacché sono tutti minacciati e tutti in pericolo».¹⁶

Ma, prima ancora, della sicurezza e della giustizia del diritto, ben rappresenta la vicenda del diritto ingiusto il noto mito di Antigone e Creonte, per cui Antigone decide di sfidare le direttive del sovrano e dare una degna sepoltura al fratello Polinice. La vicenda è nota: alla domanda del sovrano che le chiedeva come avesse potuto osare violare le legge, Antigone risponde «non pensavo che i tuoi decreti avessero tanto potere da consentire ad un mortale di calpestare le leggi non scritte degli Dei, che sono inviolabili»¹⁷.

La separazione tra *lex* e *ius*, tra diritto inteso nella sua generalità e completezza e legge intesa quale precetto chirurgicamente estratto dalla totalità del diritto, era un tema caro anche al mondo romano, e in particolare a Cicerone¹⁸.

Ed è in questo attrito che vive il modello securitario nello Stato autoritario, perlomeno fino alle Costituzioni di fine Settecento¹⁹.

¹⁵ F. Lanchester, (voce) *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XLIII, 796-816; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Milano, 2018, *passim*.

¹⁶ C. Schmitt, *Dialogo sul potere*, trad. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, 2022, 21.

¹⁷ Tanto che G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma Bari, 2010, 283 ss., in tempi relativamente recenti, rifacendosi alla tragedia, si è chiesto come «Antigone pensava che fosse inaccettabile trasgredire la legge di natura, noi possiamo interrogarci se sia oggi possibile che l'arroganza del potere possa giungere a violare la Costituzione».

¹⁸ A. Padovani, *Ius e lex da Cicerone a san Tommaso d'Aquino e oltre*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 29, 2018, 189-262.

¹⁹ A questo proposito, la Costituzione giacobina del 1793, anche detta Costituzione montagnarda, rappresenta, pur nella sua mancata applicazione, il primo esempio storico di Costituzione a vocazione tendenzialmente democratica. Essa, nel suo spirito profondamente rivoluzionario, non entrò mai in vigore, a causa della situazione di guerra civile che fece dichiarare il «Governo rivoluzionario fino alla pace» (cfr. per un approfondimento storico A. Soboul, *La rivoluzione francese*, trad. it., Milano, 2024). Nel testo, per la prima volta, la sovranità nazionale è sostituita dalla sovranità popolare; trovano spazio i diritti sociali di massa e si riconosce al popolo non solo il diritto di resistenza all'oppressione, già affermato nel 1789, ma anche il diritto all'insurrezione come diritto politico collettivo e costituente (Art. 35); la sua forza simbolica risiede soprattutto nel tranciare con la cultura del costituzionalismo liberale, attraverso, come si è detto, il riconoscimento dei diritti sociali di fianco alle libertà fondamentali, (come poi teorizzato diffusamente da H. Heller, *Dottrina dello stato*, trad. it., a cura di U. Pomarici, Napoli, 2024).

La supremazia dell'Autorità sui diritti inviolabili dell'uomo; la tirannia di un diritto contro la sicurezza della garanzia dei diritti.

Nel corso del tempo, con l'avvento delle Carte costituzionali, il potere politico ha trovato un limite nel rispetto dei diritti e nella divisione dei poteri tra gli organi dello Stato, per scongiurare il rischio di concentrazione.

La svolta che diede il via al nuovo modello costituzionale che impattò anche su un modo diverso di intendere, in termini attuali, il modello securitario, si ebbe dopo la Prima guerra mondiale, quando si diffondono in alcuni Stati europei nuove spinte riformatrici del sistema repressivo.

I mutamenti socioeconomici che il periodo bellico ha determinato spostano, in quegli anni, il dibattito verso nuove frontiere, utili al rinnovamento dell'idea di Stato che da molti è considerata vetusta. Il clima sociale non è dei migliori, iniziano infatti a vacillare i principi della tradizione dello stato liberale (su tutti, legalità e divisione dei poteri) e il parlamentarismo entra in profondissima crisi²⁰.

In Germania, molti giuristi credono che la finalità ultima dei modelli repressivi debba essere individuata, primariamente, in una forte esigenza di difesa sociale: per questi, il sistema deve essere pronto a reagire non solo in relazione alla commissione di fatti illeciti, ma anche ogni volta che un individuo sia considerato come socialmente pericoloso.

Si attua così un forte interventismo securitario, che si traduce in misure non soltanto penali, ma anche amministrative e politiche, capaci di incidere trasversalmente sul rapporto tra autorità e libertà.

È tuttavia nel contesto tedesco che la parabola storica appare particolarmente eloquente.

Solo dopo la crisi della Repubblica di Weimar²¹ si giunge, con l'avvento del nazionalsocialismo, al definitivo abbandono del modello di Stato liberale, mentre la dottrina penalistica tedesca²² elabora la nota categoria del *Tätertyp*, improntata a un diritto penale d'autore, segnando il superamento del principio di legalità in senso garantista.

In realtà, già prima di tale cesura, in Germania vigeva un modello prussiano di «liberalismo autoritario»²³, ossimoro che descrive un ordinamento in cui le libertà venivano riconosciute ma costantemente sottoposte al controllo stringente dell'Autorità²⁴. Si tratta di un paradigma che, sebbene radicato in un contesto diverso, non appare del tutto distante dalle esperienze italiane di fine Ottocento e inizio Novecento: basti pensare alle politiche di Crispi e Giolitti,

²⁰ C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, trad. it. a cura di G. Stella, Torino, 2001; contra H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, trad. it. a cura di A. Carrino, Torino, 2004; Ancora, sul tema in generale, C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, 1-25.

²¹ G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, trad. it. a cura di F. Lanchester, Milano, 1996.

²² «Ernst Beling, non esitò a porsi fin dal primo momento al servizio del regime nazionalsocialista, del quale divenne il penalista più di spicco e uno di quelli che più si impegnarono a conferirgli legittimazione giuridica, creando categorie come la colpa per la condotta di vita e la cecità o ostilità verso il diritto per giustificare l'applicazione della pena del delitto doloso, che poteva essere quella di morte, a crimina odiosa come l'oltraggio alla razza, l'aborto o il compimento di atti omosessuali, o la pena di morte a minori dei 18 anni che avessero commesso crimini di guerra o redigendo nel 1943/1944, insieme con il suo collega di Monaco Franz Exner, un Progetto per il trattamento degli estranei alla comunità, che prevedeva l'internamento nei Campi di concentramento di asociali, omosessuali etc...» Così F.M. Conde, *Alcune osservazioni su Filippo Grispi e il diritto penale fascista*, in *Archivio penale*, 3, 2019, 3.

²³ O. Malatesta, *Liberalismo autoritario contro pluralismo sociale. Alcune note su Heller, Schmitt e gli ordoliberali nel contesto europeo*, in *Pólemos* II, 1, 2021, 69-88.

²⁴ Il tema è quello degli ordinamenti autoritari a tendenza totalitaria, cfr. F. Lanchester, *L'Italia, la Germania e l'incubo di Weimar*, in *Revista de Historia Constitucional*, 2019.

sostenute e giustificate da giuristi come Vittorio Emanuele Orlando²⁵. In tali modelli, il

²⁵ Basti pensare alle c.d. leggi Crispi anti anarchici del 1894, le quali prevedevano, in qualità di norme eccezionali: lo scioglimento di associazioni politiche; espulsioni e misure di polizia senza processo; uso massivo della forza pubblica e militare per reprimere proteste: «Il 1° luglio 1894, il giorno stesso dell'attentato al Bandi, Francesco Crispi presentava alla Camera tre progetti di legge intesi al mantenimento dell'ordine pubblico ma in sostanza rivolti a perseguire penalmente gli anarchici (e non solo loro). La prima legge (la n.314) riguardava i reati commessi con materie esplodenti. Si inasprivano le pene per tali reati ma soprattutto si tendeva a colpire l'incitamento e l'apologia. La seconda legge [n.315] puniva i reati commessi a mezzo della stampa, segnatamente la istigazione dei militari a disobbedire alle leggi e la propaganda antimilitarista. La terza legge [n.316] che si intitolava appunto «provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza» era la più grave perché, oltre ad estendere i casi per l'assegnazione al domicilio coatto e a dare una nuova disciplina a questa misura repressiva amministrativa, conteneva tre articoli che di fatto limitavano le libertà di espressione e di associazione: gli artt. 3 e 4, per l'arresto preventivo e l'assegnazione al coatto di «coloro che abbiano manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali», l'art. 5 per divieto delle «associazioni e riunioni che abbiano per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali». Queste leggi eccezionali sollevarono un vivace dibattito alla Camera dal 1° al 19 luglio. Il governo assicurò che le leggi erano dirette solo contro gli anarchici, ma le opposizioni di sinistra denunciarono il proposito di estenderle anche a socialisti e repubblicani (ciò che di fatto pochi mesi dopo avvenne, con lo scioglimento decretato il 22 ottobre di tutte le organizzazioni socialiste). I socialisti, per bocca di Enrico Ferri, cercarono di stornare la minaccia dal loro partito esponendo le differenze ideologiche e storiche fra anarchismo e socialismo. Fu invece Giovanni Bovio, il filosofo e politico meridionale che da tempo in scritti e discorsi si era fatto patrocinatore degli anarchici e profeta di un suo anarchismo finalistico, a parlare a nome di un assente: Ho sentito dire che tutta questa discussione si muove contro l'anarchismo [...] Ma ave voi mai definito l'anarchismo? È o non è un'utopia? Se l'anarchismo è un'utopia, resta nell'ordine generale di tutte le utopie; e sin che è nel campo del pensiero è inattaccabile. Potete soltanto perseguitarlo quando si fa armato [...] Si ha un bel dire: esso è un reato! La storia, la parola, le tradizioni sono contro questa vostra affermazione [...] La parola anarchia è già una parola politica [...] Il socialismo è redenzione del quarto stato; l'anarchismo è il primo ruggito del quinto stato, invisibile, imponderabile. Malgrado gli argomenti dell'opposizione, le leggi eccezionali [il 19 luglio 1894] vennero approvate ed entrarono immediatamente in vigore». Così P.C. Masini, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, Milano, 1981, 55-56; inoltre, si veda sul punto P. Lucchetti, *Prefetti e amministrazione dell'Interno sotto Francesco Crispi*, in *Instrumenta*, 6, 1998; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, 1996, 129 ss. Non è un caso, inoltre, che giuristi di estrazione orlandiana come Ranelletti, affermassero come «non si può parlare di un diritto alla libertà dell'individuo di fronte allo Stato come preesistente allo Stato stesso». O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in Aa.Vv., *Primo tratta completo di diritto amministrativo italiano*, IV. 1, a cura di V. Orlando, Milano, 1904, 242.

Inoltre, nel caso di Giolitti, esso «non riuscì pienamente nel suo intento di cambiare gli atteggiamenti e i metodi delle forze dell'ordine. Egli tentò di modificare la tradizionale mentalità repressiva del poliziotto senza tuttavia creare le condizioni necessarie per ottenere lo scopo. Le sue direttive semmai finirono per disorientare i responsabili periferici delle forze dell'ordine, con conseguenze spesso drammatiche. Dopo tredici anni di potere giolittiano il sistema dell'ordine pubblico non era meno in crisi di quanto lo fosse nel 1901, visto che continuava a denunciare gli stessi difetti di carenza di personale, dualismo e rivalità tra i corpi, scarsa efficienza operativa, ecc. La politica giolittiana dell'ordine pubblico era altresì viziata in parte dal fatto che il suo appoggio alle rivendicazioni dei lavoratori era piuttosto tiepido e spesso del tutto incompatibile con i suoi interessi elettorali, motivo che spiega il ruolo alquanto ambiguo del prefetto a livello provinciale. Egli mirava a tenere in scacco il movimento socialista: la sua politica sociale era intesa a smorzare il potere d'attrazione delle forze rivoluzionarie, ma quando le cose si mettevano male era inevitabile che si tornasse ai tradizionali sistemi di repressione o poco meno». Così J. Dunnage, *Istituzioni e ordine pubblico nell'Italia giolittiana. Le forze di polizia in provincia di Bologna*, in *Italia contemporanea*, 12, 1989, 25 – 24. Occorre ricordare, come i tradizionali sistemi di repressione a quel tempo, prevedevano l'arresto anche per mero vilipendio alla legge, di coloro i quali non condividevano indirizzi politici statali e venivano considerati sediziosi. Invece, Sulla figura di V.E. Orlando v. M. Fioravanti, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in Aa. Vv., *Vittorio Emanuele Orlando: Lo scienziato, il politico, lo statista, Senato della Repubblica, Convegni della Sala Zuccari*, Soveria Mannelli, 2003; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000; A. Lucarelli, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstaat e forma di governo parlamentare*, in *Diritto e cultura*, 1997; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

riconoscimento formale dei diritti conviveva con un ampio margine di discrezionalità in capo al potere esecutivo, soprattutto in materia di ordine pubblico e sicurezza, anticipando, in parte, la torsione securitaria che avrebbe caratterizzato le successive esperienze autoritarie europee.

La tecnica si affina, però, come detto, nella Germania nazionalsocialista.

La *Täterschuld* (colpa d'autore) diviene il perno di numerose fattispecie repressive e il principio di legalità e le garanzie sostanziali si trovano appiattite su un formalismo che accompagna l'ermeneutica dei diritti. Si avanza così, a passi lenti ma inesorabili, verso la silenziosa modifica dei principi e delle fonti del diritto tedesco²⁶.

Nel 1935 si arriva all'emanazione della legge di modifica del codice penale tedesco, rendendo ora possibile al giudice la repressione di ogni atto contrario al *gesundes Volksempfinden* (il sano sentimento popolare), anche se il fatto non rientra tra quelli previsti espressamente dalla legge come reato²⁷, aggirando, in questo modo, il principio di legalità²⁸.

La deriva giuridica in cui la Germania si avvia, e che trova il suo baricentro nel positivismo deviato, porterà più tardi Gustav Radbruch a parlare di «ingiustizia legale», cioè di vere e proprie «leggi ingiuste»²⁹ e a coniare la famosa formula per resistere al diritto tiranno, in assenza di sistemi di legittimità costituzionale e, dunque, di costituzioni rigide.

La dottrina a favore di uno stato totale, non si limitava a strutturare lo stato autoritario, ma si volgeva alla fondazione di un vero e proprio stato etico, in cui gli individui devianti dovessero essere riallineati ai parametri sociali politicamente preferiti, secondo le esigenze contingenti del momento³⁰.

È per questi motivi che a rilevare in termini sanzionatori, nel sistema nazista, non è soltanto il mero fatto compiuto dal soggetto, ma anche l'identità personale dell'autore del fatto stesso. Il *Täterprinzip* pretende che vengano in rilievo i caratteri personali dell'individuo, in modo da far diventare di forte interesse sanzionatorio anche la morale del delinquente; il *Täter-Prinzip* «serve per riconoscere e capire l'autore, la sua personalità, la sua funzione nella vita sociale. E così, attraverso l'eradicazione degli elementi inadatti, migliorare la sua personalità e la vita sociale collettiva, perché l'individuo è utile solo se si adatta al potere politico ed è idoneo a produrre ricchezza».³¹

Oggi, mutata, questa distorsione giuridica, essa è presente ancora nei nostri ordinamenti e catalogata come colpa d'autore da dottrina e giurisprudenza, tanto che più volte la Corte costituzionale è intervenuta richiamando il legislatore sull'inaammissibilità di profili d'autore predeterminati, comminando l'illegittimità costituzionale a norme che tali elementi riprendevano³².

²⁶ A. De Marsico, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 16-21.

²⁷ G. Dahm, F. Schaffstein, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, 50 ss.

²⁸ Da notare che il principio di legalità, in riferimento alla limitazione delle libertà, nasce inizialmente come rinvio alla legge di quei comportamenti rilevanti per l'ordine e la sicurezza pubblica da dover reprimere, così da «sottrarre alla corona il pieno potere» attraverso il controllo dell'Assemblea elettiva ed evitare degenerazioni poliziesche. In questi termini, A. Ciervo, *Le metamorfosi dell'ordine pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2023, 50.

²⁹ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, 1946, in A.G. Conte (A cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 15 ss.

³⁰ G. Radbruch, *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania: ieri e oggi*, in *Rivista di diritto penitenziario*, VI, 1935, 373-379.

³¹ E. Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, Stuttgart, 1934, 201.

³² Ad esempio, la Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2010 ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità, affermando proprio che «La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore».

Lo Stato, nella concezione istituzionale nazionalsocialista, è costituito da quell'apparato che esiste solo perché esiste il *Volk*, il popolo: l'ordine giuridico non è un semplice ordine normativo, ma incarna il volere del popolo stesso e la sua omogenea composizione morale e genetica. L'individuo ribelle, in questo sistema, non è soltanto un soggetto che infrange un comando normativo, ma è un vero e proprio traditore, un aguzzino della comunità che viola l'appartenenza sociale stessa: il patto genetico-sociale tra singolo e collettività³³, viola il *nomos* tra terra e comunità. È l'appartenenza ancestrale, genetica, da difendere con il sangue perché fonda la comunità ed è il vero elemento costitutivo dello Stato.³⁴

La dottrina tedesca del periodo nazionalsocialista elaborò categorie che segnarono una frattura radicale con il principio di legalità e con il modello garantista dello Stato di diritto, ma che, in forme mutate, riaffiorano talvolta ancora oggi, all'interno di misure di dubbia compatibilità costituzionale, anche di natura amministrativa. Basti ricordare la «colpa per la condotta di vita».

Nello stesso contesto, tra il 1943 e il 1944, fu persino predisposto un progetto normativo per il trattamento degli «estranei alla comunità», che prevedeva l'internamento nei campi di concentramento di soggetti definiti asociali, omosessuali e marginalizzati, a conferma di una concezione del diritto inteso non come limite al potere, bensì come veicolo di omologazione e di esclusione.

Il *Tätertyp* non svolgeva soltanto la funzione di garantire l'omogeneità sociale, ma rappresentava anche lo strumento attraverso cui si affermava l'istanza autoritaria dello Stato totale, in cui l'ordine pubblico era elevato a bene giuridico autonomo, insuscettibile di bilanciamento con i diritti individuali. In tal modo, i diritti venivano degradati a meri interessi legittimi, destinati a soccombere di fronte alla sicurezza dello Stato³⁵.

È in questa tensione che si coglie la connessione più profonda tra la sovranità³⁶ e il diritto come strumento di repressione e non di limite. L'ordine pubblico, la sicurezza, la necessità di controllo sociale, divengono il veicolo attraverso cui, nelle forme di stato a tendenza autoritaria viene affermata la supremazia della forza coattiva, del monopolio della forza statale, sul corpo sociale. L'imposizione coattiva, slegata dal limite delle libertà inviolabili, criterio di validità della sovranità stessa, fonte immediata di legittimità dello Stato. In altri termini, non è più il diritto costituzionale a limitare la sovranità, ma è la sovranità stessa a definire termini e contenuto di diritti (sempre che di diritti ancora si possa parlare).

In questi modelli il rapporto tra Autorità e Libertà viene rovesciato: la libertà non è una condizione che legittima l'esercizio della sovranità, ma sua concessione variabile. Non a caso il potere sovrano, in questi contesti, presenta una fisiologica tendenza espansiva, in grado di inglobare ogni spazio sociale, perché non delimitato da contrappesi effettivi. Ed è proprio questo l'esito che il *Tätertyp* manifesta in chiave giuridico – istituzionale. Si inverte l'assorbimento della persona nel disegno collettivo dello Stato, secondo una logica in cui il

³³ K. Klee, *Il nuovo codice penale svizzero e il diritto penale del Terzo Reich*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 10, 1939, 922-953.

³⁴ C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. a cura di F. Volpi, Milano, 1991, *passim*.

³⁵ era questa la tesi sposata dalla Suprema Corte di cassazione, prima che la Corte costituzionale provasse a riportare sotto il dettato costituzionale l'art. 2 T.U.L.P.S. Nello specifico, si fa riferimento a Corte di cassazione, ss.uu. civ., sent. n. 2068/1958.

³⁶ Per meglio comprendere il legame tra sovranità e comando politico nell'evoluzione delle forme di stato cfr. B. De Jouvenel, *Del potere. Storia naturale della sua crescita*, trad. it. S. De La Pierre, Milano, 1991; . D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari, 2023; M. Galizia, *La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951; G. Berti., *Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, 1, Milano, 2007; T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996; da una prospettiva storico-giuridica, accuratamente Aa.Vv., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002.

comando politico diventa l'unico metro di legittimità dell'azione pubblica.

È qui che si rinviene la continuità tra le esperienze totalitarie del passato e le derive securitarie del presente.

La trasformazione dell'ordine pubblico in categoria indipendente³⁷, sottratta a una visione sistemica e funzionale a esigenze mutevoli della *potestas*, ridotta a indirizzo politico capace di piegare l'intero ordinamento giuridico. Per comprendere la portata di questa evoluzione, è necessario collocarla, quindi brevemente, entro lo schema delle forme di Stato³⁸.

Nel modello liberale ottocentesco, le libertà erano proclamate (riconosciute in leggi ordinarie o in Costituzioni flessibili) ma restavano prive di garanzie effettive, dunque esposte alla discrezionalità del potere.

Nel modello autoritario-liberale, come quello austro-prussiano e, con peculiarità proprie, quello italiano di fine Ottocento e inizio Novecento, l'ordine pubblico assumeva carattere sistematicamente prevalente, legittimando restrizioni amministrative di massa.

Con il passaggio allo Stato totalitario, tanto in Germania dopo Weimar quanto in Italia con il fascismo, l'ordine pubblico, come visto, cessò persino di essere categoria giuridica e divenne l'espressione politica assoluta della comunità, misura di ogni libertà, giustificazione di ogni soppressione.

Appunto, è solo con lo Stato costituzionale di diritto che si è realizzata una rottura autentica. L'ordine pubblico non è più bene assoluto, ma valore da comporre in un processo di bilanciamento con i diritti fondamentali che segnano i limiti invalicabili che impediscono alla sicurezza di divenire un diritto presupposto degli altri diritti.

Da ciò discende un ammonimento.

Ogni volta che, anche oggi, si riafferma una concezione dell'ordine pubblico come categoria autonoma e intangibile, sottratta al bilanciamento costituzionale, riaffiora il rischio di regressione istituzionale. È il segnale che logiche di autoritarismo liberale o di Stato etico possono insinuarsi nello Stato costituzionale, svuotandone la sostanza. Un passaggio, dunque, appare chiaro, dall'origine delle comunità politiche all'avvento dei regimi costituzionali più strutturati: «il diritto è politica. Nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica. Altra cosa è l'uso politico del diritto»³⁹, specie nel campo della sicurezza.

L'esperienza concreta dimostra, infatti, come la normazione repressiva sia stata piegata a esigenze di consenso immediato e a spinte populistiche, generando un diritto simbolico, spesso in tensione con i valori costituzionali⁴⁰, «non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e garanzie ma ad essa sovraordinato»⁴¹.

In questo processo si è prodotta una vera e propria cronicizzazione dell'emergenza: strumenti

³⁷ Per una tematizzazione più generale dell'ordine pubblico, anche con riguardo ad antecedenti storici e materie contigue, cfr. A. Jr Golia, *Conflitto collettivo e corti nell'evoluzione dell'ordinamento italiano. La giustizia costituzionale dello sciopero*, Torino, 2025; G. Filippetta, *La Repubblica senza Stato. L'esilio della Costituzione e le origini della strategia della tensione*, Milano, 2024.

³⁸ M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2022; B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Antologia degli scritti politici*, Bologna, 1962; L. Elia, *Animazione, istituti e forme dello stato democratico*, in *Vita e pensiero*, 1975; Id., *Legittimazione e potere*, in *Holding*, 1982, 9 ss.

³⁹ Così S. Moccia, *Qualche riflessione sui rapporti tra sistema penale e democrazia*, in *Rivista Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2024, disponibile al link: <https://www.penaledp.it/qualche-riflessione-sui-rapporti-tra-sistema-penale-e-democrazia/>.

⁴⁰ S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale* in *Diritto e Storia, Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 11, 2013; P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Napoli, 2001.

⁴¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma- Bari, 1989, 845.

concepiti per contesti eccezionali, e giustificati da esigenze straordinarie e temporanee, vengono riproposti con disinvoltura, anche al di fuori di reali situazioni emergenziali. Generando profonde rotture della Costituzione⁴².

L'ordine pubblico, anziché rimanere categoria da bilanciare, è trattato come valore autonomo e autosufficiente, assimilato a *ordre dans la rue*⁴³, obiettivo politico e simbolico che tende a prevalere sistematicamente sulle libertà costituzionali⁴⁴.

Le zone rosse, frutto del potere d'ordinanza di necessità, sono l'emblema di questa deriva moderna. Presentate come misure eccezionali e circoscritte, esse vengono reiterate e prorogate, trasformandosi in strumenti ordinari di governo del territorio.

Le ordinanze che le istituiscono si fondano su parametri indeterminati («percezione di insicurezza», «atteggiamenti molesti», «concreto pericolo per la sicurezza pubblica») e finiscono per comprimere la libertà personale e di circolazione⁴⁵ in assenza di tipizzazione normativa, e senza adeguati limiti sostanziali.

Non a caso, la giurisprudenza amministrativa (TAR Toscana, 2019; TAR Campania, 2025 come meglio *infra*) ne ha sottolineato l'incompatibilità con i principi dello Stato costituzionale, evidenziando come esse costituiscano una elusione disinvolta della riserva di legge e del principio di legalità.

In questo modo, per restringere le libertà individuali e collettive, viene aggirato il procedimento legislativo e la stessa riserva di legge che, ex art. 16 Cost.⁴⁶, per funzionare appieno, avrebbe bisogno di una legge attributiva del potere di ordinanza che fissi i limiti di tale intervento, mentre l'art. 2 T.U.L.P.S., voluto dal regime fascista per consentire il controllo sociale del territorio, e nella sua formulazione letterale invariata, rimane un foglio bianco in cui è tendenzialmente possibile scrivere di tutto sino a che (e se) non arrivi un controllo giurisdizionale pieno ed efficace.

L'ormai preoccupante e diffuso fenomeno della istituzione di zone rosse urbane, a macchia di leopardo, sul territorio nazionale, come strumento da approntare pur senza evidente emergenza solo perché più duttile, rappresenta l'ultimo approdo del modello securitario in violazione dei principi costituzionali, almeno a giudizio di chi scrive, e di quanto affermato dal TAR Campania. Nelle varie ordinanze prefettizie di adozione delle misure si legge come sia necessario tutelare finanche la percezione della sicurezza, minacciata dalla «presenza di soggetti molesti e aggressivi, dediti alla mera commissione di reati e /o non in regola con la normativa in materia di immigrazione, tale da incidere negativamente sulla percezione di sicurezza dei cittadini e dei turisti che fruiranno di quelle aree»⁴⁷.

Colpisce, in proposito, che l'adozione di tali provvedimenti avvenga pur a fronte del calo dei

⁴² F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, 39-51.

⁴³ Così G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, 271.

⁴⁴ C. Fiore, *Ordine pubblico (diritto penale)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1102.

⁴⁵ Peralto, queste due libertà non erano distinguibili giuridicamente nello Statuto albertino, essendo quella di circolazione un'evoluzione di quella personale che ne costituiva il presupposto; M. Galizia, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Milano, 1967, 486.

⁴⁶ Non unanime in dottrina la sua natura di relativa o assoluta, ma, dopo la pandemia da Covid 19 e gli effetti sul sistema delle fonti, a giudizio di chi scrive, da intendersi relativa. Tuttavia, è assoluta, tra gli altri, per M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. Cocco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012; G. Demuro, *Art. 16*, in A. Celotto, M. Olivetti, R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 377; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 325, la intende come relativa. Di tale orientamento anche la giurisprudenza costituzionale, sent. 68 del 1964, e quella ordinaria, Cass. Civ., sent. n. 9738/2000.

⁴⁷ In questo senso è stata sollecitata, nel corso di una riunione del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica di Milano nella seduta del 27 dicembre 2024, l'adozione di ordinanza ex art. 2 T.U.L.P.S. che ha poi recepito l'indicazione con tale formulazione.

reati rispetto all'anno precedente, come sottolinea la Prefettura di Milano nel comunicato che accompagna l'emanazione della misura⁴⁸. Anche Napoli, nell'ordinanza di proroga delle zone rosse di luglio, poi annullata dal TAR Campania, compiva un generico riferimento alla percezione della sicurezza e all'avvento dei flussi turistici.

Il tratto più preoccupante è, come detto, è proprio la loro ripetizione disinibita.

Ciò che dovrebbe restare provvisorio diventa permanente, ciò che dovrebbe essere eccezione diventa regola. In tal modo, si produce uno scivolamento dell'ordinamento costituzionale verso la percezione d'insicurezza popolare, in cui i diritti non tengono più alla prova dell'emergenza e viene alterato il riparto di poteri.

Le varie norme sulle ordinanze di necessità riconosciute a Prefetti e Sindaci, e disseminate nel nostro ordinamento, rappresentano, nella sostanza, il parallelo dell'art. 77 Cost. su base amministrativa orizzontale⁴⁹, propugnando l'elusione dei controlli; torsione monocratica e duttilità nell'applicazione della misura, anche nel suo iter approvativo.

Ed è proprio in questa prospettiva dell'emergenza, quale fonte del diritto⁵⁰, che si colloca il più generale problema, a monte, delle ordinanze contingibili e urgenti. Strumenti che, pur previsti dall'ordinamento come eccezionali e residuali, sono stati nel tempo trasformati in veicoli ordinari di amministrazione dell'ordine pubblico, con effetti distorsivi sulla forma di governo e, come si è detto, sulla stessa forma di stato.

3. Le ordinanze contingibili e urgenti tra storia, poteri e legittimità. Prima di entrare nel vivo del commento della interessante vicenda napoletana che è sfociata nella declaratoria

⁴⁸ I «dati della delittuosità da gennaio 2024 al 20 dicembre scorso che, pur non essendo ancora consolidati, perché suscettibili di possibili variazioni, forniscono un'indicazione dell'andamento del fenomeno. È stato altresì effettuato un consuntivo dell'attività svolta dall'inizio dell'anno dalle Forze di Polizia (Questura, Carabinieri e Guardia di Finanza). A seguito dell'aumento dei servizi ordinari di controllo e delle operazioni di Alto Impatto, si è registrato un decremento del numero totale dei delitti commessi, sia nell'area metropolitana che nel capoluogo milanese, rispetto allo scorso anno. Nella città di Milano, in particolare, il totale dei delitti registra una riduzione, passando dai 144.864 illeciti dell'anno scorso ai 134.178 accertati nell'anno corrente. I reati di strada, le rapine in pubblica via e i furti hanno registrato una diminuzione del 10%, e i furti in abitazione e con destrezza, hanno subito rispettivamente un decremento pari al 19,57% e al 17,48%. Anche i cosiddetti delitti informatici, truffe e frodi, si riducono, passando, nella città di Milano, dai 1.581 del 2023 ai 1.176 del 2024. Più in generale, sul piano delle attività di contrasto alla delittuosità, sono stati registrati, nell'ultimo anno, significativi risultati, che hanno consentito di incrementare il numero delle persone identificate quali autori di reato, con conseguente deferimento degli stessi alle competenti Autorità Giudiziarie. Il dato statistico evidenzia, pertanto, un incremento delle risposte operative, sul piano della repressione della delittuosità da parte delle Forze di polizia. L'incremento delle attività di controllo nel 2024, effettuate sino al 20 dicembre scorso, con quasi 90.000 servizi di ordine pubblico svolti da Polizia di Stato, Carabinieri e Guardia di Finanza, ha portato anche a considerevoli risultati in termini di arresti e fermi sia in città che in tutta l'area metropolitana. Sono state controllate oltre un milione e mezzo di persone, 7.604 quelle arrestate (nel 2023 sono state 6.472) e 29.422 quelle denunciate (dati congiunti Questura e Carabinieri). Sono stati oltre 2.500 i provvedimenti di espulsione di cittadini stranieri e 520 i rimpatri, superiori di quasi 160 rispetto all'anno precedente». Il comunicato integrale della Prefettura è disponibile al link: <https://prefettura.interno.gov.it/it/prefetture/milano/comunicazioni/misure-capodanno-istituzione-zone-rosse-e-bilancio-attivita-2024>.

⁴⁹ Anche se, sempre in riferimento alla problematica della forza di legge, tra i molti critici in dottrina rispetto al parallelismo decreto-legge/ordinanza di necessità, su tutti, G.F. Ciaurro, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 6, secondo cui non «possano in alcun modo equipararsi ai decreti legge – né per la natura, né per il regime, né per l'efficacia – le “ordinanze di necessità” e altri provvedimenti “contingibili ed urgenti” che siano adottati da autorità diverse dal governo sulla base di poteri loro conferiti dalla legislazione ordinaria».

⁵⁰ Sulla necessità quale fonte del diritto S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950; Id., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993, 104; G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 429.

di annullamento dell'ordinanza prefettizia di proroga delle zone rosse, occorre svolgere una panoramica generale sul potere di ordinanza contingibile ed urgente.

Le ordinanze contingibili ed urgenti, seppur non annoverate tra le fonti del diritto poiché non idonee ad innovare l'ordinamento in modo stabile ed oggettivo, possono essere catalogate quali strumenti *extra ordinem*, ma che dovrebbero essere sempre orientate *secundum legem* (o, meglio, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento). Vedremo, in seguito, quanto e in che misura il *secundum legem* debba rispettare il principio di legalità in senso sostanziale e quanto e se debba farlo solo in senso meramente formale.

Esse trovano la loro origine nella necessità che l'Amministrazione possa e debba fronteggiare situazioni eccezionali, imprevedute ed imprevedibili, attraverso dispositivi che fondano la loro origine nella necessità, nell'urgenza come fonte (in parte) autonoma del diritto.

Da questo punto di vista, occorre rimarcare la differenza tra atti necessitati e ordinanze contingibili⁵¹: i primi ritrovano una cornice normativa generale, senza libertà di fine, attraverso la tipizzazione dei poteri; le seconde difettano di tipizzazione e si riconoscono solo in una norma attributiva del potere, ma non viene individuato *ex lege* il loro contenuto, in riferimento all'esercizio in concreto del potere che si esercita⁵².

È chiaro come entrambe le categorie, ma soprattutto le ordinanze *extra ordinem*, se non sollevavano dubbi di legittimità durante i tempi di esistenza dello stato liberale tradizionale e, dunque, sotto l'efficacia delle costituzioni flessibili, oggi invece, non pochi dubbi di compatibilità sollevano in riferimento alla tenuta e alla coerenza del sistema normativo e della gerarchia delle fonti.

Esse, sono in grado di introdurre discipline derogatorie della normativa in vigore, pur non essendo atti normativi. Tale deroga viene giustificata dal carattere della contingibilità e dell'urgenza e, dunque, all'elemento strettamente collegato alla temporaneità della misura adottata.

Tuttavia, proprio in virtù di tale aporia in termini di incidenza sul sistema costituzionale moderno delle fonti, non è mancato chi, in dottrina, abbia propugnato una limitazione di tale categoria (per non dire un suo superamento) a favore di ordinanze, invece, non *extra* ma *secundum ordinem*⁵³.

E infatti, a regole inviate, l'unico limite sostanziale che il potere di ordinanza incontra è il rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁵⁴. Da questo punto di vista, non vi è chi non veda come possano a fatica essere individuati tali principi generali, e come sia rischioso farvi ricorso senza preventiva tipizzazione specifica legislativa, rischiando di generare un *cherry picking* dei principi e, dunque, di poter correre il rischio di giustificare qualunque misura, attraverso interpretazioni soggettive e personali. La partita si gioca, allora, tra il rispetto del principio di legalità inteso in senso sostanziale o solo formale, stante che fatti e necessità non possono essere fonti autonome e indipendenti del diritto (se non nei limiti indicati dal legislatore stesso e attraverso strumenti ordinamentali previsti a monte – come le ordinanze di necessità, appunto).

⁵¹ M.S. Giannini, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in Aa. Vv., *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 915 ss; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Aa. Vv. *Scritti*, cit., 945 ss.

⁵² Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 198/2021 con commento di A. Lucarelli, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. Cost.*, 2021, 2068 ss.

⁵³ Così A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558-583.

⁵⁴ La Corte costituzionale ha più volte indicato alcuni limiti all'atto amministrativo emergenziale, il cui rispetto vale la legittimità dell'atto stesso. Nello specifico, tali atti risultano legittimi quando il legislatore nel preveda che l'Amministrazione rispetti i requisiti dell': «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico». *Ex multis*, Corte cost. sentt. n. 26/1961; n. 8/1956; n. 4/1977 n. 4 e n. 115/2011.

Un esempio di cronicizzazione di strumenti straordinari, in tal senso, è proprio costituito dall'uso abnorme di tale strumento per fronteggiare situazioni che tutto appaiono tranne che urgenti e imprevedibili, giustificando il ricorso al potere di necessità sotto il manto della emergenza soggettiva avvertita dal gruppo sociale o dai vertici politici.

Numerosi sono gli esempi: ordinanze contingibili ed urgenti sono state utilizzate per interdire l'attività di lavavetri per strada⁵⁵; per inibire l'utilizzo del *burqua*⁵⁶; per vietare rapporti sessuali con prostitute⁵⁷, ma anche per interdire la possibilità di fumare nei centri cittadini⁵⁸. Tutti casi in cui mancava l'eccezionalità e, dunque, il presupposto per l'attivazione del potere di ordinanza di cui sopra.

A questo proposito, giova ricordare lessicalmente come il carattere della contingibilità dovrebbe significare il caso fortuito, l'avvenimento imprevedibile; mentre l'urgenza la situazione che pretende interventi non differibili, per far fronte al caso imprevedibile di cui sopra.

Ed è appunto proprio nell'emergenza che l'affiorare di uno «spazio giuridico vuoto» renderebbe possibile la deroga alla disciplina in vigore, ammettendo la vigenza dei soli principi generali dell'ordinamento che rimarrebbero indenni al fenomeno emergenziale⁵⁹.

Peraltro, la contingibilità e l'urgenza dell'atto porta con sé anche un ulteriore problema di effettività o, meglio di orientamento dei consociati, quello della conoscenza della

⁵⁵ Il riferimento è alle ordinanze adottate nel 2007 a Firenze, con cui, attraverso una prima ordinanza, risalente al 25 agosto 2007, veniva vietato «l'esercizio del mestiere girovago di lavavetri». Tale provvedimento ha suscitato una dura reazione della Procura competente sul territorio che ha indicato come non sussistessero i presupposti per l'applicazione, nei confronti di chi contravveniva al divieto, dell'art. 650 cod. pen. Per la Procura tale condotta poteva esclusivamente integrare un illecito di tipo amministrativo. Per l'effetto, il Sindaco revocò l'ordinanza.

⁵⁶ Si tratta dell'ordinanza del 27 luglio 2004 n. 24, con cui il sindaco del Comune di Azzano Decimo, aveva disposto per la cittadinanza l'obbligo di adeguarsi alle norme stabilite dall'art. 85 del T.U.L.P.S., richiamando il divieto in esso contenuto di «comparire mascherato in luogo pubblico», oltre che dall'art. 5 della legge n. 152/1975 che vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. Veniva specificato, in particolare, che tra «gli altri mezzi» indicati nell'art. 5 della l. 152/1975 erano da annoverarsi anche «i veli che coprono il volto». L'ordinanza, battezzata anti-*burqua*, subì un annullamento con decreto del Prefetto della Provincia. Annullamento poi confermato sia dal TAR che dal Consiglio di Stato.

⁵⁷ Numerose in questo senso le ordinanze. La Cassazione, attraverso la sent., n. 21432/2006, sez. I civ., ha però ritenuto illegittime le ordinanze di divieto di contrattare prestazioni sessuali a pagamento; ordinanze che, seppur formalmente emanate per assicurare la sicurezza relativamente all'attività di circolazione stradale, determinano un intervento in materia di ordine pubblico.

⁵⁸ Un esempio significativo è rappresentato dal Comune di Olbia, il cui Sindaco, con ordinanza n. 34 del 22 giugno 2023, ha adottato un provvedimento fondato sugli artt. 32 della legge n. 833/1978 (che attribuisce al Sindaco, quale autorità sanitaria locale, poteri in materia di tutela della salute pubblica) e 7-bis e 50 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Occorre evidenziare come, le ordinanze sindacali in materia sanitaria, rientrano, a tutti gli effetti, nella categoria degli atti contingibili e urgenti, concepiti per fronteggiare situazioni di emergenza che minacciano l'incolumità collettiva, e non altrimenti governabili con gli strumenti ordinari dell'Amministrazione. In quanto atti *extra ordinem*, esse devono rispettare i principi generali dell'ordinamento, ed in particolare: il principio di sussidiarietà straordinaria (ossia l'impiego solo quando gli strumenti ordinari risultino inefficaci), il principio di temporaneità, nonché l'esigenza di una motivazione adeguata e di un'istruttoria rafforzata, proprio perché finalizzate a rimuovere un pericolo concreto e immediato, senza assumere carattere sanzionatorio o regolatorio permanente. Nel caso di specie, tuttavia, non si ravvisa quale emergenza sanitaria non fronteggiabile con strumenti ordinari (quali regolamenti comunali) che possa giustificare l'adozione del provvedimento contingibile; l'ordinanza, piuttosto, sembra rivestire una funzione prevalentemente sanzionatoria e regolativa, introducendo misure eccezionali a carattere tendenzialmente permanente. Inoltre, essa non reca alcun termine finale di efficacia e risulta, allo stato, tuttora vigente, in evidente contrasto con il principio di temporaneità che dovrebbe connotare in maniera indefettibile gli atti contingibili e urgenti.

⁵⁹ Parla di *spazio giuridico vuoto* G. Trombetta, *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura "realista" dentro i principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 22, 2021, 81.

disposizione. Le ordinanze di necessità, infatti, quali atti urgenti, vengono ad essere sottoposte al regime della mera pubblicità notizia, la cui violazione potrebbe determinare irregolarità non caducanti o trasfondersi, eventualmente, in vizi integranti categorie più ampie in un giudizio amministrativo generale in sede di contenzioso.

Difatti, ex art. 21-*bis*, l. 241/1990 «i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci». Essi vengono sottratti, allora, all'obbligo di tempestiva notificazione o pubblicazione per la loro efficacia.

Rimane in ogni caso un dato incontrovertibile, un'aporia del sistema: le ordinanze contingibili ed urgenti, pur non essendo annoverabili tra le fonti del diritto (poiché, appunto, provvedimenti *extra ordinem* – fuori dall'ordinamento tradizionale), riescono ad incidere sulla operatività di una norma di rango primario. Un provvedimento amministrativo, in questo modo, è idoneo ad intaccare l'efficacia di una legge, gerarchicamente superiore.

Siamo ben oltre i problemi relativi ai regolamenti di delegificazione su cui la dottrina si è a lungo interrogata⁶⁰.

In questi casi, addirittura, la deroga alla legge può provenire non solo da un organo non elettivo (si pensi al Prefetto, appunto), ma addirittura da un organo periferico e non centrale, privo di poteri normativi in senso stretto (si pensi ai Sindaci).

Ebbene, riconoscere alle ordinanze contingibili la possibilità di derogare alla legge, senza una previa normativa che ne delimiti puntualmente il contenuto in termini di esercizio del potere (come nel caso dell'art. 2 T.U.L.P.S.), non solo, a giudizio di chi scrive, mette in crisi ed elude il principio di legalità in senso sostanziale e la riserva di legge nelle materie costituzionalmente garantite, ma determina il riconoscimento, nei fatti, della forza di legge all'atto amministrativo⁶¹, al netto dell'impossibilità di riconoscergli, invece, il valore di legge⁶².

Del resto, della necessità della precisa delimitazione dei contenuti, si era pure occupato il Giudice delle Leggi, il quale aveva stabilito come qualsivoglia provvedimento contingibile debba essere delimitato dalla legge quanto ai presupposti e ai profili contenutistici. Di contro, si appaleserebbe una violazione degli artt. 23 e 97, c. 2 Cost.⁶³.

Rimane allora giuridicamente problematico, alla luce di tale considerazione, l'assetto testuale dell'art. 2 T.U.L.P.S., stante la mancanza, come già evidenziato, di perimetrazione dei poteri d'intervento e di specifiche declinazioni fattuali rispetto alla possibilità di ricorrere al potere d'ordinanza, se non attraverso il ricorso a clausole di stile come «urgenza e grave necessità pubblica» che giustificano la possibilità «adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Il costituzionalista allora, quale studioso della «tecnica della libertà»⁶⁴, non può non

⁶⁰ Per tutti, con relativa bibliografia ivi citata, V. Cocozza, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2025.

⁶¹ Anche se la Corte costituzionale lo ha escluso. Cfr. Corte cost., sent. n. 4/1977 così come, teoricamente, lo ha fatto parte della dottrina per salvarne la legittimità costituzionale, L. Paladin, *art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1977, 69-70; G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., 94. Mentre, a mio giudizio, più condivisibile poiché sostanzialista sul piano degli effetti, F. Modugno, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, 82 ss.: «ammettere la legittimità di tali ordinanze, sia pure nella considerazione restrittiva che si tratti di semplici provvedimenti amministrativi, equivale ad ammetterne tutta la loro potenzialità paralegislative [...] andrebbe posto il problema della sindacabilità delle ordinanze da parte della Corte costituzionale, sempre che non si voglia ritenere questo un caso tipico di scissione tra forza e valore di legge, dal momento che esse hanno senz'altro forza di legge, come capacità di incidenza a livello legislativo».

⁶² Sulla differenza tra forza e valore A. M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1957, 269-276.

⁶³ Corte cost., sent. n. 115/2011.

⁶⁴ N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, 201-202; più in generale, A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide*

interessarsi a questi temi e proporre, nel caso, anche soluzioni decise.

La partita, allora, è tutta giocata sul piano dell'effettività, della mortificazione del principio di preferenza per la legge e del collasso del sistema delle fonti sulla produzione; le quali non solo vengono aggirate, ma molto spesso non riescono a delimitare, neppure a monte, l'esercizio di poteri derogatori, attraverso previsioni puntali e tecnicamente efficienti.

4. Nello specifico, le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. Le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. rappresentano l'esercizio del potere storicamente riconosciuto ai Prefetti della Repubblica: il vertice provinciale della sicurezza pubblica e del relativo ordine. Il Prefetto, infatti, quale autorità provinciale di sicurezza e rappresentante del Governo nella provincia è incardinato nella struttura del Ministero degli Interni e soggiace alle direttive del relativo Ministro, agendo come organo d'amministrazione statale a livello locale. Tra le sue funzioni non c'è solo la gestione della sicurezza sul territorio della Provincia (e, infatti, presiede il Comitato per l'Ordine e la Sicurezza), ma anche la funzione di cinghia e coordinamento tra le varie amministrazioni dello Stato, nonché, soprattutto, di gestione delle emergenze e dei soccorsi in caso di pericolo.

L'art. 2 T.U.L.P.S. si innesta, dunque, nell'ampio novero dei poteri riconosciuti al Prefetto al fine di fronteggiare situazioni d'emergenza, che richiederebbero interventi immediati sul territorio di competenza.

Per dare un esempio della vastità dei poteri riconducibili all'istituto prefettizio (mai formalmente abrogati) contenuti nel T.U.L.P.S., paradigmatico è lo stato di pericolo di cui agli artt. 214 e ss. del testo unico citato.

In particolare, l'art. 214 cit., prevede che «Nel caso di pericolo di disordini il Ministro dell'interno con l'assenso del capo del governo, o i prefetti, per delegazione, possono dichiarare, con decreto, lo stato di pericolo pubblico». Come sia possibile il vigore di una tale disposizione⁶⁵ sotto l'efficacia dell'art. 78 Cost. (unica disciplina d'eccezione⁶⁶ per le libertà fondamentali prevista dall'ordinamento costituzionale) è un interrogativo che dovrebbe fare riflettere.

La successiva disposizione, per l'effetto, apre ad uno scenario ancora più inquietante e contrario ad ogni principio giuridico repubblicano.

Recita infatti l'art. 215 T.U.L.P.S. che «Durante lo stato di pericolo pubblico il prefetto può ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona, qualora ciò ritenga necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico».

Si precisa, ancora una volta, volendo evidenziare tale elemento con vigore, che tali

della maggioranza, in G.M. Bravo (a cura di) *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento (Atti della X Giornata Luigi Firpo, Torino, 29-30 maggio 2003)*, Firenze, 2004.

⁶⁵ In dottrina, infatti, c'è chi ha concluso che la mancata attivazione dei poteri straordinari governativi previsti all'interno del T.U.L.P.S., successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, lasci intendere una loro tacita abrogazione. A parere di chi scrive l'argomento non appare convincente, sicché il nostro ordinamento non conosce l'abrogazione per desuetudine. Anche la strada dell'abrogazione tacita non risulta convincente, se si pensa che altri articoli del T.U.L.P.S., nonostante la loro scarsa compatibilità costituzionale, risultano ancora in vigore ed utilizzati (esempio ne è l'art. 2). A questo proposito, a meno di interventi legislativi di abrogazione espressa, non è escludibile che i poteri di sicurezza possano essere un giorno così riesumati, nel corso di un accadimento particolarmente critico, attraverso un tentativo di orientamento costituzionale. Proprio com'è accaduto all'art. 2 T.U.L.P.S. Tuttavia, propugnano l'abrogazione successiva al vigore della Costituzione, C. Lavagna, *Note sulla abrogazione di bandi militari*, in *Giur. Compl. cass. civ.*, 1949, II, 167; C. Esposito, (voce) *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 886; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 106; F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1961, 158.

⁶⁶ Sullo stato di guerra si veda G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione – Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; S. Labriola, *Difesa nazionale e sicurezza dello stato nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979; G. Ferrari, (voce) *Guerra - Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

disposizioni sono tutt'ora vigenti (almeno formalmente).

Il caso dell'art. 215 T.U.L.P.S. si presenta lapalissiano della logica che intride il testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza e della sua fortissima matrice autoritaria. Tale disposizione, infatti, si presenta in palese contrasto con l'art. 13 della Costituzione, laddove prevede un arresto (sarebbe questo l'unico caso nell'ordinamento) senza convalida da parte del giudice. Nonché in contrasto con l'art. 25 Cost., il principio di legalità, tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici. Infatti, l'art. del T.U.L.P.S. citato, non solo attribuisce al Prefetto il potere di arresto senza convalida, ma dà vita ad un istituto oltre la norma penale in bianco, contrariamente ad ogni tassatività, consentendo non soltanto l'arresto arbitrario senza controllo, ma anche l'arresto per qualunque motivo, pure non penalmente rilevante «qualora ciò ritenga necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico».

Ora, è chiaro che tali disposizioni o si intendono tacitamente abrogate con l'avvento della Costituzione repubblicana⁶⁷ o se ne cerca di dare una interpretazione costituzionalmente orientata, ad esempio prevedendo la possibilità di arresto, ma solo con successiva convalida, nei termini di rito e solo per fatti di reato per cui l'arresto è previsto.

Può apparire questa una digressione eccessivamente fuoricampo, mentre invece, a mio avviso, mette in luce le contraddizioni e la vetustà delle norme contenute all'interno del testo unico di sicurezza pubblica. Invitandoci così a ragionare sulla sua *ratio*, sulla sua attualità e su una sua necessità di riforma organica⁶⁸.

Del resto, il problema è il medesimo con le ordinanze ex art. 2 T.U.L.P.S., anche se non di eguale percezione.

Basti analizzare la formula testuale della norma, che, come si vedrà meglio *infra*, ha necessitato di interventi della Corte costituzionale⁶⁹ prima di essere riportata nell'alveo della vaga tollerabilità costituzionale⁷⁰.

Recita infatti l'art. 2 come «Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

L'indeterminatezza della disposizione emerge con particolare evidenza. La mancata delimitazione concettuale e il conseguente vuoto definitorio di clausole generali come «urgenza» o «grave necessità pubblica» aprono la strada a gravi difficoltà interpretative, traducendosi in margini di discrezionalità difficilmente compatibili con il principio di legalità sostanziale, sancito dagli artt. 25 e 98 Cost.

A ciò si aggiunga che tale potere viene attribuito a un organo monocratico non elettivo, il Prefetto, la cui posizione istituzionale risulta peculiare: pur avendo superato una selezione concorsuale ad inizio carriera, per la massima carica egli è nominato dal Consiglio dei ministri ed è funzionalmente incardinato nell'Amministrazione dell'Interno, soggetto dunque alle

⁶⁷ E, invero, finalità del T.U.L.P.S., nella forma di Stato liberale, era proprio quella di limitare le libertà costituzionali, in apparente conformità al principio di legalità, ponendo limiti materiali all'esercizio di un diritto riconosciuto astrattamente dalla Carta costituzionale, come quello di riunione. Così A. Pace, *La libertà di riunione*, cit., 250 ss.

⁶⁸ S. Foix, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; ma sul tema del rispetto del principio di legalità inteso in via sostanziale nella nostra forma di stato L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.* vol. XVIII, Roma, 1990.

⁶⁹ Corte costituzionale sent. n. 8/1956, e n. 26/1961; M. Losana, *Il sistema delle fonti tra logiche emergenziali, "amministrativizzazione" del sistema e tentazioni monocratiche*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2019; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.; A. Bellavista, *Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*, in *Questione Giustizia*, 27 settembre 2019.

⁷⁰ Difatti, continuano a nutrirsi dubbi di compatibilità a Costituzione, cfr. D. Baudin, E. Falletti, *Brevi riflessioni sul rapporto tra diritti fondamentali e ordinanze prefettizie di necessità ed urgenza*, in R. Falletti, V. Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, 207 ss.

direttive del Ministro. In tale quadro, l'affidamento a una figura amministrativa di derivazione indirettamente politica del potere di adottare «provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica» rischia di compromettere l'equilibrio tra legalità e discrezionalità, ponendo in tensione l'esigenza di effettività dell'azione amministrativa con le garanzie di prevedibilità e di controllo democratico che la Costituzione impone.

Il pericolo, dunque, non è astratto.

Esso attiene al cuore stesso della compatibilità di tali prerogative con il principio di separazione dei poteri e con la garanzia dei diritti fondamentali nella forma di stato democratica, agendo anche sui meccanismi di Governo.

Ben potrebbe profilarsi il rischio che i Prefetti vengano utilizzati come tramite privilegiato dell'Amministrazione centrale per imporre, attraverso atti amministrativi locali, significative limitazioni ai diritti fondamentali, eludendo in tal modo la via maestra della legge formale e il correlato controllo parlamentare e di garanzia costituzionale.

Si tratterebbe, in sostanza, di un'attuazione indiretta di un indirizzo politico di parte, centralizzato, in materia di sicurezza, mediante l'attivazione dei gangli del sistema securitario delineato dall'art. 2 T.U.L.P.S., con l'effetto di aggirare i controlli propri degli organi di garanzia centrale (dalla Corte costituzionale al Presidente della Repubblica, al controllo parlamentare e pubblico del dibattito in assemblea) e di spostare l'operatività della disciplina da un piano primario, sottoposto a rigorose garanzie di legalità e democraticità, a un piano *extra ordinem*, caratterizzato da maggiore fluidità e da minori strumenti di verifica.

Una simile torsione ordinamentale presenta profili critici non solo sul piano teorico, ma anche su quello pratico, poiché il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi incontra barriere di non poco momento: dai termini ristretti di oppugnabilità, al costo del contenzioso, fino alla particolare disciplina della legittimazione ad agire, che non consente di far valere un interesse generale, ma impone la dimostrazione di uno specifico e diretto pregiudizio della parte. Ne deriverebbe, pertanto, un circuito decisionale sottratto al pieno controllo democratico e difficilmente sindacabile, che rischia di determinare una compressione sostanziale dei diritti fondamentali al di fuori delle garanzie costituzionali previste per i limiti alla libertà e alla sicurezza.

Difatti, il Prefetto potrà fare ricorso all'ordinanza contingibile ogniqualvolta ritenga sussistente l'emergenza: un potere di «autoattivazione», proprio degli istituti emergenziali (come il decreto legge a livello nazionale) sullo stato d'eccezione⁷¹.

Tuttavia, le uniche emergenze che giustificerebbero tale potere, nel quadro costituzionale, sarebbero reali e imponenti pericoli, non prevedibili, per l'ordine pubblico: rivolte, catastrofi, disastri ambientali o umani, e così via. Non di certo, situazioni patologiche di devianza o criminalità o, peggio, ancora, ordinarie situazioni di gestione del vivere cittadino (turismo, spaccio, accattonaggio).

A questo proposito, essendo il Prefetto l'Autorità di pubblica sicurezza, non solo dovrebbe dimostrare come ogni strumento alternativo a quello adottato sia davvero inefficace per intervenire sulla situazione di pericolo, ma anche che l'imprevedibilità della situazione non ha dato modo, per tempo, di poter fronteggiare l'urgenza attraverso presidi ordinari e strumenti di controllo normale e programmabili.

L'Autorità, insomma, mai potrebbe giustificare con la propria inerzia precedente l'attivazione dei poteri emergenziali; così come mai potrebbe giustificare l'attivazione dei medesimi poteri nonostante un buon controllo dell'ordine pubblico sul territorio e la mancanza di criminalità diffusa ed elevata.

⁷¹ G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., 10.

Nella sostanza, un qualche episodio di cronaca nera, per quanto efferato, certo non potrebbe giustificare la sussistenza di poteri emergenziali il cui esercizio dovrebbe fondarsi su criticità diffuse, anche soggettivamente, della situazione di pericolo.

5. Le zone rosse napoletane. La vicenda delle cosiddette «zone rosse» istituite a Napoli dal Prefetto della Provincia, ex art. 2 T.U.L.P.S., si colloca in una sequenza di provvedimenti che, per la loro natura reiterata e per le motivazioni addotte, hanno sollevato un dibattito giuridico di particolare rilevanza tra la popolazione, le associazioni e i privati cittadini, nonché nell'ambiente mediatico e accademico⁷². Dibattito conclusosi poi con la determinazione, da parte di alcune associazioni operanti sul territorio partenopeo e consiglieri municipali, nonché di un privato cittadino, d'impugnare le proroghe della prima ordinanza istitutiva delle zone rosse.

La prima ordinanza, su impulso della direttiva ministeriale, risale al 31 dicembre 2024, con la quale il Prefetto della Provincia di Napoli delimitava alcune aree urbane centrali vietandone lo stazionamento a soggetti che avessero assunto condotte «aggressive, minacciose o insistentemente moleste» e che risultassero deferiti per specifici reati, in particolare contro la persona (lesioni, rissa), il patrimonio (furto, rapina) e in materia di stupefacenti. Reati, si dice da subito, particolarmente bagatellari o di delinquenza comune. Venivano inspiegabilmente esclusi dal novero delle segnalazioni di polizia, ad esempio, i reati di estorsione, associazione a delinquere anche di stampo mafioso o, ad esempio, di violenza sessuale. Pure invece contemplabili visto il fine dichiarato della misura.

La *ratio* manifesta del provvedimento risiedeva nel voler fronteggiare «emergenze di ordine e sicurezza pubblica» legate a grandi afflussi di persone, come quelli connessi al Capodanno e ad eventi cittadini, richiamando anche l'esito di operazioni straordinarie di controllo del territorio.

Le operazioni c.d. «ad alto impatto» erano ritenute efficaci anche in termini di controllo sul territorio. Nonostante l'illogicità di affermare il pieno e corretto governo della sicurezza attraverso le operazioni di polizia, il provvedimento indicava di voler procedere ad una sua ulteriore stabilizzazione attraverso strumenti straordinari (*sic*).

L'ordinanza, a carattere contingibile e urgente, era limitata temporalmente a tre mesi, fino al 31 marzo 2025.

In prossimità della scadenza, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del 25 marzo 2025 sollecitava poi la prosecuzione della misura, ritenendo che le esigenze di sicurezza non fossero venute meno. Seguiva, così, la prima proroga del 27 marzo 2025, che confermava integralmente la disciplina originaria fino al 30 giugno 2025, con motivazioni sostanzialmente sovrapponibili alle precedenti.

Nel frattempo, veniva adito il TAR Campania, che con ordinanza cautelare n. 1320/2025 del 17 giugno 2025 rigettava la sospensiva per difetto del *periculum*, stante l'imminente scadenza del provvedimento, ma non mancava di rilevare «profili di possibile fondatezza», specie in ordine alla violazione del principio di temporaneità degli atti *extra ordinem*. Tale passaggio, di natura incidentale, assume rilievo perché anticipava la critica poi sviluppata nella fase di merito dal giudice amministrativo, adito nuovamente con motivi aggiunti nell'impugnativa della terza ordinanza.

E, difatti, il 30 giugno 2025 il Prefetto adottava una seconda proroga, estendendo gli effetti dell'ordinanza fino al 30 settembre 2025.

Le motivazioni, ancora una volta, evocavano generici profili di ordine pubblico e, come elemento aggiuntivo, il «grande afflusso turistico» atteso nei mesi estivi, fenomeno che però,

⁷² A. Lucarelli, *Le zone rosse sono il frutto di una svolta autoritaria*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 16 aprile 2025.

in un contesto come Napoli, non poteva considerarsi né eccezionale né imprevedibile e, anzi, in estate forse meno incidente degli altri mesi rispetto al centro cittadino in cui venivano istituiti i divieti di stazionamento.

La questione giungeva, quindi, nuovamente innanzi alla cognizione dei giudici amministrativi, attraverso, come si è detto, motivi aggiunti al ricorso originario.

Così, attraverso la sentenza n. 5699 del 28.07.2025, il TAR Campania-Napoli, Sez. V, accoglieva le censure, annullando la proroga del 30 giugno e dichiarando pure illegittimo il primo atto di proroga successivo alla scadenza dell'ordinanza di dicembre.

Il Collegio ravvisava un difetto dei presupposti di contingibilità, rilevando come i provvedimenti non facessero emergere situazioni gravi, imprevedute e imprevedibili, in ogni caso non fronteggiabili con strumenti ordinari, ma, piuttosto, problematiche ordinarie e stratificate tipiche di una grande città.

Inoltre, pur volendo ammettere l'esistenza di un'emergenza, la reiterazione delle proroghe aveva trasformato la misura da temporanea a tendenzialmente permanente⁷³, violando il requisito della temporaneità che connota ogni atto contingibile e urgente.

Ulteriori profili di illegittimità venivano ravvisati nell'indeterminatezza delle condotte vietate e nella pericolosa estensione della discrezionalità applicativa degli organi di polizia, in combinazione con la possibilità di applicare il disposto dell'art. 650 c.p., in caso di violazione dell'ordine di allontanamento, con conseguente lesione dei principi di tipicità e determinatezza della fattispecie penale.

5.1. I profili d'illegittimità dell'operato amministrativo in una panoramica generale.

Prima di passare ad un'analisi puntuale della sentenza resa dal TAR Campania, è interessante rilevare, a giudizio di chi scrive, i possibili elementi specifici di illegittimità dell'attività provvedimentale, anche in chiave sistemica.

Difatti, la sentenza resa dal TAR in forma semplificata, ex art. 60 cod. proc. amm., per ragioni di rito e opportunità del provvedimento giudiziale non poteva indagare nello specifico ogni profilo di doglianza eccepito, ma correttamente è intervenuta sui macro profili assorbenti che ne giustificavano la caducazione immediata per manifesta fondatezza delle doglianze di parte ricorrente.

Ebbene, per lo scrivente, i ricorrenti hanno correttamente eccepito, nei motivi aggiunti, come il provvedimento prefettizio ex art. 2 T.U.L.P.S. del 30.06.2025, con cui il Prefetto della Provincia di Napoli aveva ulteriormente prorogato l'efficacia della propria precedente ordinanza del 27 marzo 2025, a sua volta di proroga della prima del 31 dicembre 2024, fossero per più profili da caducare.

Tale nuovo intervento, infatti, estendeva indebitamente nel tempo l'applicazione di una misura straordinaria, senza limiti predeterminati, superando ogni ragionevole soglia di temporaneità⁷⁴ dell'esercizio del potere eccezionale prefettizio.

La reiterazione della misura, lungi dall'essere preceduta da un indispensabile aggiornamento istruttorio, fondato su fatti sopravvenuti, si traduceva in una sostanziale stabilizzazione di un regime eccezionale⁷⁵, introducendo in via emergenziale misure straordinarie in modo tendenzialmente permanente; con ciò tradendo la *ratio* stessa dell'art. 2 T.U.L.P.S., concepito,

⁷³ Realizzando, nella sostanza, un vero e proprio stato d'eccezione territorialmente circoscritto. Per un approfondimento della categoria, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

⁷⁴ Le ordinanze di necessità, secondo granitico insegnamento costituzionale sull'esercizio del potere *extra ordinem*, affinché siano legittime devono necessariamente essere temporanee. Così, più volte, Corte costituzionale, sentenze n. 127 /1995; n. 418/1992; n. 32/1991; n. 617 /1987; n. 8/1956; n. 4 /1977.

⁷⁵ Comportando una normalizzazione costituzionale dell'eccezione. Sul tema, A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

come indicato *supra*, quale strumento a carattere puntuale e temporaneo, ovverosia contingibile e, pertanto, applicabile solo in contesti di emergenza reale, previa istruttoria rigorosa e motivazione rafforzata.

A riprova di ciò, il Tribunale amministrativo, con la prima ordinanza cautelare resa avverso l'impugnativa della prima proroga prefettizia (ordinanza TAR Campania – Napoli n. 1320/2025), aveva già rilevato, *incidenter tantum*, la possibile fondatezza del ricorso originario, richiamando testualmente il vizio di legittimità derivante dal difetto del presupposto di temporaneità dell'ordinanza impugnata. Infatti, l'istanza cautelare avanzata dai ricorrenti nell'atto d'impugnazione principale veniva in quella sede rigettata unicamente per carenza di danno attuale e irreparabile, tenuto conto della prossimità della scadenza naturale dell'atto (il 30.06.2025). La successiva proroga prefettizia, adottata proprio alla data di cessazione dell'efficacia dell'atto precedente, invece, smentiva (a giudizio di chi scrive, ma sul punto condiviso dai giudici napoletani) tale valutazione, e riattiva in pieno il pregiudizio.

Tale dato, lungi dall'essere un mero comportamento amministrativo irrilevante in sede di giudizio, assumeva invece rilievo anche in relazione al carattere meramente apparente dell'istruttoria e della motivazione, contenute nell'atto del 30 giugno 2025, le quali si erano limitate, ancora una volta, a richiamare gli stessi presupposti enunciati già con la prima ordinanza istitutiva del 31.12.2024.

I presupposti di attivazione del potere venivano riprodotti per sostanziale *relationem* senza una reale rivalutazione aggiornata e, dunque, concreta e attuale. Unico riferimento nuovo, degno di nota, presente nell'ordinanza di proroga ultima, era qualche indicazione all'estate che incombeva e ai flussi turistici ad essa legati. Situazione, quella dedotta, sicuramente non eccezionale, anzi prevedibile e prevenibile, e da affrontare con poteri ordinari e sicuramente non straordinari.

Il provvedimento, così strutturato, eludeva i vincoli motivazionali imposti dall'art. 3, l. 241/1990 e produceva una forma surrettizia di consolidamento amministrativo della misura emergenziale, violando i principi di legalità, ragionevolezza e proporzionalità. A cui le ordinanze contingibili, nella limitazione dei diritti e delle libertà, devono pur sempre conformarsi⁷⁶, essendo la proporzionalità un principio generale e cardine dell'ordinamento⁷⁷. L'ordinanza originaria del Prefetto, adottata in data 31.12.2024, disponeva, fuori dai parametri di legalità, un divieto generalizzato di stazionamento rivolto a soggetti che «assumano atteggiamenti aggressivi, minacciosi o insistentemente molesti» in vaste aree del centro cittadino, sulla base di meri precedenti penali o segnalazioni di polizia.

Tale misura, della durata iniziale di tre mesi, è stata prorogata, come indicato, due volte, con aggravamento costante del *deficit* motivazionale e della compressione di libertà fondamentali. Ogni ordinanza è stata adottata a seguito di nuove sedute del Comitato per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica, formalmente intese a rinnovare l'istruttoria, ma che nei fatti si sono limitate a ribadire pedissequamente le stesse valutazioni, in assenza di elementi sopravvenuti idonei a giustificare la reiterazione. Così come è evincibile dalle parti narrative dei provvedimenti e argomentando in maniera contraddittoria, come si dirà meglio *infra*.

Tra ricorrenti, persone fisiche e giuridiche, si annoveravano associazioni di rilievo nazionale come *A Buon Diritto* e *ASGI* (associazione studi giuridici sull'immigrazione).

La reiterazione della misura incideva infatti gravemente: sull'esercizio delle libertà costituzionali, tutelate delle associazioni ricorrenti; sull'attività economica e di relazione dei soggetti coinvolti e sul loro godimento dei diritti; sulla possibilità di agire giudizialmente con utilità, considerato l'effetto paralizzante e reiterato del potere prefettizio che si svolgeva in

⁷⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3726/2008.

⁷⁷ G. Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 602 ss.

maniera frammentata, con proroghe di tre mesi a tre mesi, non consentendo una tutela piena ed effettiva e creando un modo per rispettare formalmente la temporaneità ma eluderla nella sostanza.

Si determinava pertanto, un danno attuale, concreto e non meramente ipotetico, dovuto alla indeterminatezza della durata della misura e alla perdita di certezza giuridica, nonché all'effetto dissuasivo sulle iniziative sociali e associative dei ricorrenti.

Il nuovo provvedimento, ultimo, poi annullato, e pubblicato il 1 luglio 2025, riapriva e prolunga la misura senza alcun limite certo di durata (se non quello di ulteriori tre mesi), determinando un danno sicuramente attuale, in quanto immediatamente lesivo della sfera giuridica dei ricorrenti; grave, perché incideva su diritti fondamentali quali la libertà di iniziativa associativa, la libertà di circolazione⁷⁸, la libertà personale e la partecipazione alla vita pubblica; irreparabile, poiché ogni ulteriore ritardo nella sospensione della misura avrebbe reso vana l'eventuale decisione di merito, consolidando irreversibilmente un assetto *contra legem* e non essendo il danno suscettibile di essere ristorato neppure per equivalente.

In particolare, inoltre, la reiterazione del provvedimento presentava possibili profili di svuotamento del giudicato cautelare implicito dell'ordinanza già resa dal TAR (n. 1320/2025), che aveva riconosciuto l'esistenza di dubbi sulla legittimità della misura prefettizia, rinviando la valutazione al merito solo per assenza di *periculum* a breve termine; ledeva l'affidamento legittimo dei ricorrenti nella cessazione della misura alla scadenza naturale del 30 giugno 2025, con effetto dissuasivo in termini di impugnazione e decisione del giudice; generava una situazione di incertezza normativa e di pressione amministrativa permanente, idonea a compromettere l'esercizio di diritti costituzionali tutelati⁷⁹ (artt. 2, 16, 18, 21 e 24 Cost.); svuotava il principio di temporaneità degli atti contingibili.

Si configurava, pertanto, un quadro di pregiudizio strutturale e sistemico, pur non indicato nel giudice in sentenza, aggravato dalla reiterazione prefettizia e dal meccanismo circolare con cui veniva mantenuto *sine die* un regime di emergenza, senza effettiva emergenza. È proprio questa permanenza forzata dello stato eccezionale a costituire, nel momento dei motivi aggiunti, a giudizio dello scrivente, il *periculum in mora*, secondo una nozione sostanziale e costituzionalmente orientata che il TAR avrebbe potuto accogliere in fase cautelare ma che ha preferito superare attraverso una sentenza resa in forma semplificata, che affrontasse subito il merito.

In questo modo, l'ordinanza prefettizia limitava o condizionava gravemente l'agibilità delle finalità statutarie delle associazioni ricorrenti nei territori interessati, interferendo con l'esercizio di diritti costituzionali garantiti dagli articoli 2, 16, 18 e 21 Cost., nonché dall'art. 11 CEDU.

L'amministrazione, reiterando il medesimo provvedimento sostanziale in forma apparentemente nuova, ma invariata nella sostanza e nei presupposti, imprigionava i ricorrenti in un circolo vizioso procedurale che li obbligava a riattivare indefinitamente la tutela giurisdizionale, sostenendo oneri economici, organizzativi e psicologici incompatibili con una difesa effettiva.

Tale prassi, già oggetto di censura da parte della giurisprudenza amministrativa in quanto suscettibile di configurare una condotta elusiva del sindacato giurisdizionale, determina la cristallizzazione di un danno sistemico. Ciò in quanto il limite intrinseco al riesercizio del

⁷⁸ Peraltro, il richiamo alle ragioni di sicurezza per le limitazioni di cui all'art. 16 Cost. è da molti interpretato come mera incolumità fisica degli individui, non già come ordine pubblico. In questo senso, G. Filippetta, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 391.

⁷⁹ Più in generale sull'atrito costituzionale dell'art. 2 T.U.L.P.S., in senso fisiologico, V. Crisafulli, *Il ritorno dell'art. 2 dell'articolo 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 892.

potere amministrativo risiede nella necessaria salvaguardia del rapporto fiduciario che deve intercorrere tra pubblica amministrazione e cittadini. Ne discende che l'Amministrazione non può reiterare, in sede di nuovo esercizio del potere, le stesse motivazioni già poste a fondamento dei provvedimenti precedentemente annullati o comunque contestati, poiché una simile condotta darebbe origine ad un contenzioso indefinito, caratterizzato da una pericolosa frammentazione processuale, lesiva tanto della effettiva tutela dei diritti soggettivi quanto della pienezza della tutela giurisdizionale⁸⁰. Si tratta, in ultima analisi, dell'effetto patologico di un agire amministrativo che tradisce la sua funzione costituzionale, incrinando l'equilibrio tra comunità e rappresentanza e producendo una frattura nel circuito fiduciario che ne costituisce il presupposto essenziale. D'altronde, è lo stesso Consiglio di Stato, massimo consesso della giustizia amministrativa, ad asseverare come «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»⁸¹.

L'indeterminatezza del potere straordinario, come affermato, esercitato al di fuori di un orizzonte emergenziale concreto, determinava in questo modo un effetto di svuotamento del principio di legalità sostanziale, garantito dagli artt. 1, 97 e 113 Cost.⁸²

La reiterazione ingiustificata del provvedimento potrebbe in questi casi equivalere, in sostanza, a un'esautorazione del ruolo del giudice amministrativo, e a un pericolo sistemico per l'equilibrio tra poteri dello Stato, il che integra una forma di danno grave ed immediato, tale da poter giustificare la sospensione dell'atto in sede cautelare.

Alla luce di quanto sopra, attività amministrative così incisive sulle libertà fondamentali, potrebbero essere tendenzialmente incidenti sulla stessa forma di stato democratico sociale. Ciò poiché i provvedimenti e l'attività alla base, così come esercitati, colpiscono diritti fondamentali e *status* reputazionali essenziali, non da ultimo l'adempimento delle finalità statutarie delle associazioni che operano nel territorio, compromettendo il ruolo del giudice, la garanzia del processo e la regola della legalità.

5.2. La mancanza dei presupposti di contingibilità ed urgenza per l'attivazione dei poteri di ordinanza. I provvedimenti oggetto di giudizio amministrativo non offrivano alcuna motivazione in ordine alla necessità di reiterare la misura, se non attraverso clausole di stile e una motivazione apodittica.

Tale mancanza assoluta di istruttoria e di motivazione concreta, integrava un uso abnorme e arbitrario del potere amministrativo, in radicale violazione dei principi di legalità, proporzionalità e temporaneità, sanciti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa. L'assenza di un termine finale certo, che pareva essere sempre prossimo ma che veniva, invece, puntualmente smentito e la reiterazione del provvedimento, trasformavano un'eccezione in regola, contravvenendo ai vincoli che regolano l'esercizio del potere straordinario prefettizio.

⁸⁰ T.A.R. Napoli, sent. n. 1176/2024; Cons. Stato, sent. n. 3480/2022; T.A.R. Lazio sent. n. 12397/2021; T.A.R. Toscana, sent. n. 917/2021; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sent. n. n. 373/2021.

⁸¹ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1321/2019.

⁸² Avvertiva attenta dottrina come rispetto allo Statuto Albertino e alla Costituzione repubblicana, «nella prassi statutaria la disposizione legislativa legittimante poteva limitarsi al mero conferimento di un potere [rispettando il principio di legalità in senso formale, mentre, dopo la vigenza della Costituzione] la legalità viene ad assumere un valore sostanziale [...] lo stesso potere regolamentare deve trovarsi condizionato almeno dalle indicazioni di fondo e muoversi, appunto, in conformità della legge i cui principi deve rispettare e alle cui opzioni deve attenersi». L. Carlassare, (voce) *Regolamento (dir. cost.)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 622.

Il potere straordinario esercitato dal Prefetto, ai sensi dell'art. 2, r.d. n. 773/1931, può essere azionato solo in presenza di situazioni eccezionali, transitorie e determinate nel tempo. Tale potere, in quanto deroga all'ordinario funzionamento dei poteri pubblici e alla distribuzione delle competenze⁸³, deve essere sorretto da un'istruttoria rigorosa e da una motivazione puntuale e contestualizzata, specie nei casi di reiterazione o proroga⁸⁴.

Nel caso di specie, l'ordinanza prefettizia del 30 giugno 2025 si limitava a rinnovare per la terza volta un assetto eccezionale, già prorogato senza soluzione di continuità, senza fornire alcun elemento sopravvenuto, né un aggiornamento concreto del quadro fattuale che giustificasse la prosecuzione della misura.

In particolare, nell'ordinanza del 30.06.2025 si riscontrava un richiamo meramente formale, ripetitivo e stereotipato a presunte «criticità territoriali» e «necessità di garantire la sicurezza urbana in concomitanza con l'intensificazione dei flussi turistici estivi». Tali argomentazioni, tuttavia, non integravano i presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'attivazione del potere straordinario, ex art. 2 T.U.L.P.S., che può essere esercitato esclusivamente in presenza di situazioni imprevedibili, eccezionali e di urgenza, facendo emergere i sintomi del vizio di eccesso di potere.

Al contrario, l'afflusso turistico (da decenni strutturale nella città partenopea, ampiamente prevedibile e programmabile, peraltro molto più presente in parti dell'anno diverse da quella estiva) non può certo essere qualificato come fattore eccezionale, né come emergenza sopravvenuta. Trattasi, semmai, di una condizione ciclica e fisiologica del contesto urbano napoletano, che esigerebbe pianificazione ordinaria, misure strutturali di gestione del territorio, rafforzamento dei presidi di prossimità, potenziamento del *welfare* urbano e dell'intermediazione sociale⁸⁵.

L'utilizzo dello strumento prefettizio straordinario per governare simili dinamiche finisce, invece, per snaturare l'architettura costituzionale dei poteri amministrativi, trasformando un rimedio eccezionale in uno strumento di supplenza generalizzata delle politiche locali. Tale esito è doppiamente illegittimo.

Da un lato, perché manca qualsiasi sopravvenienza fattuale significativa rispetto al quadro già valutato con il provvedimento originario; dall'altro perché il *novum* è individuabile in relazione ai flussi turistici, non ricoprendo gli stessi né il carattere dell'urgenza, né quello dell'eccezionalità.

Inoltre, l'atto impugnato non offriva alcuna evidenza istruttoria concreta, né dati oggettivi, né episodi specifici o situazioni puntuali riferibili a singole aree della città che possano supportare l'applicazione uniforme della misura, su gran parte del territorio urbano. L'ordinanza si limitava a riportare formule generiche e clausole di stile, sovrapponibili a quelle dei provvedimenti precedenti, confermando la totale assenza di una rivalutazione effettiva del contesto. Nei fatti, ci si riportava sostanzialmente e *per relationem* ai motivi di cui alla prima ordinanza del 31.12.2024.

A ciò si aggiunga che, come emerge dalla lettura comparata del resoconto dei verbali del

⁸³ Sempre in riferimento ai poteri prefettizi F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3609 e ss.

⁸⁴ Peraltro, ogni provvedimento di necessità dovrebbe indicare specificatamente le norme derogate, secondo una parte di giurisprudenza, a pena di vizio del provvedimento. In questo senso, T.A.R. Campania, sent. n. 8255/2006.

⁸⁵ In senso contrario, occorre registrare come nel corso degli anni si sia estesa la potestà *extra ordinem*, consentendo alle amministrazioni locali poteri più ampi, con qualche dubbio di compatibilità rispetto alla tenuta del sistema delle fonti. A questo proposito, cfr. M. Manetti, R. Borrello, *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, *Atti del Convegno*, Santarcangelo di Romagna, 2011; A. Galdi, F. Pizzetti, *I sindaci e la sicurezza urbana. Le ordinanze sindacali e i loro effetti*, Roma, 2012; A. Lorenzetti, S. Rossi, *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009.

Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica, indicato in parte narrativa dei provvedimenti, anche le sedute istruttorie che hanno preceduto l'adozione della nuova ordinanza si sono limitate a recepire informazioni già note, senza apportare alcun elemento nuovo di rilievo che potesse giustificare l'adozione di un nuovo provvedimento di urgenza.

Tale istruttoria meramente formale, documentale e priva di approfondimenti aggiornati, integra sicuramente una violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, e del generale obbligo all'amministrazione di un onere motivazionale rafforzato in tutti i casi in cui si incida su diritti fondamentali e si esercitino poteri *extra ordinem*.

La reiterazione di provvedimenti simili, fondati su presupposti invariati, senza un'istruttoria autonoma e senza che sia dato conto delle ragioni per cui non sia sufficiente l'ordinaria attività delle Forze di Polizia o degli enti locali, configurava, infine, un uso strumentale e surrettizio del potere di proroga, volto a supplire, in forma indiretta e degenerata, all'assenza di politiche pubbliche nel contesto cittadino.⁸⁶

Il difetto assoluto di istruttoria e la genericità motivazionale del provvedimento impugnato connotavano l'atto di manifesta arbitarietà, in contrasto frontale con l'art. 97 Cost. e con i principi di imparzialità e buon andamento, oltre che con gli artt. 3 e 21-*octies*, l. n. 241/1990. Sempre in riferimento all'ordinanza del 30.06.2025, in relazione alla carenza assoluta di istruttoria e motivazione apparente, si deve sottolineare che, oltre a motivare la nuova proroga, con l'incremento dei flussi turistici estivi, l'Amministrazione faceva riferimento alla presenza di generiche «situazioni di insicurezza» e «comportamenti molesti», connessi a non meglio precisati episodi di criminalità o percezioni sociali.

Tali argomentazioni, come già indicato, non solo non integrano i presupposti di eccezionalità, urgenza e imprevedibilità richiesti per l'esercizio del potere di cui all'art. 2 T.U.L.P.S., ma configurano, come evidenziato, un utilizzo distorto e surrettizio di uno strumento emergenziale a fini ordinari di gestione urbana e di ordine pubblico.

Infatti, l'aumento dei flussi turistici durante il periodo estivo è un fenomeno strutturale e ciclico, pienamente prevedibile, che andrebbe affrontato con misure programmate, ordinarie e permanenti (presidi di polizia, regolazione del commercio, supporto ai servizi sociali), e non con strumenti derogatori dell'ordinamento generale⁸⁷.

La «percezione di insicurezza» non può e non deve mai sostituire la rilevazione oggettiva di fatti penalmente rilevanti o situazioni emergenziali concrete. Trattasi, semmai, di un elemento soggettivo che, se isolatamente invocato, conduce a gravi rischi di discrezionalità arbitraria e pregiudizio, specie nei confronti delle fasce sociali marginalizzate. Inoltre, la mancanza di qualsiasi riferimento a eventi critici generalizzati, diffusi, specifici, episodi di violenza, tensioni sociali acute o dati obiettivi aggiornati, che possano rendere ragione di una proroga di poteri eccezionali, risultava evidente.

Inoltre, la stessa tempistica di adozione del provvedimento smentiva la sussistenza di urgenza.

L'ordinanza veniva adottata esattamente al termine della scadenza della misura precedente,

⁸⁶ Un tentativo di utilizzazione normativa, che si basa sull'*humus* culturale dello strumento giuridico come tecnica di disciplinamento delle masse, attraverso la categoria della sicurezza. Sul punto, M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, trad. it., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al collège de France (1977-1978)*, Milano, 2017, *passim*.

⁸⁷ È interessante notare come, secondo parte della dottrina, non si possa derogare, invece, al diritto euro-unitario: R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 63. Sulla possibilità di derogare alle norme primarie, invece, L. Carlassare, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15*, in *Giur. Cost.*, 1982, 98 e ss; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, 108 e ss; S. Bartole, *La primarietà di valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, in *Le Regioni*, 1986, 1283 e ss.; P. Pinna, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1983, 592 e ss.

senza alcun evento sopravvenuto e senza attivare tempestivamente una nuova istruttoria. Ciò evidenziava che non si era in presenza di una necessità improvvisa, ma di un intento continuativo, volto a cristallizzare uno stato d'eccezione come prassi di governo locale dell'ordine pubblico.

Si configurava, pertanto, un possibile sviamento di potere, in quanto il Prefetto aveva utilizzato il potere *extra ordinem*, previsto dall'art. 2 T.U.L.P.S., non per fronteggiare situazioni straordinarie, ma per supplire a carenze strutturali dell'amministrazione ordinaria e per governare, con logiche securitarie, fenomeni sociali complessi e fisiologici (quali il turismo urbano, la presenza di marginalità o la pressione demografica nei quartieri centrali).

Tale modalità operativa è in radicale contrasto con il principio di legalità sostanziale, con il principio di buon andamento e con i vincoli motivazionali rafforzati richiesti in caso di compressione di diritti fondamentali, sanciti dagli artt. 3, 97 e 113 Cost., dall'art. 3, l. 241/1990, come ricordato anche appena sopra.

5.3. L'elusione del merito amministrativo. Il provvedimento di nuova proroga, come già anticipato, interveniva esattamente all'indomani della scadenza del precedente provvedimento (30 giugno 2025) e, per l'effetto, vanificava la tutela giurisdizionale già sollecitata, comportando, di fatto, una elusione surrettizia del vaglio del giudice amministrativo sul merito del ricorso originario.

Tale tempistica, può lasciar vivo il dubbio su un uso strumentale del potere di proroga, finalizzato a conservare *sine die* gli effetti sostanziali del provvedimento impugnato, con evidente compressione del diritto di difesa e della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale (come sancito dall'art. 24 Cost. e dagli artt. 1 e 2 el cod. proc. amm.)

Tale condotta dell'Amministrazione sarebbe potuta essere sintomatica di una strategia dilatoria e resistente, mirata a neutralizzare gli effetti della decisione giurisdizionale cautelare; protrarre *sine die* l'efficacia di un potere straordinario non sottoposto al vaglio del merito; indebolire la posizione dei ricorrenti, impedendogli di giovare di una pronuncia definitiva, entro un contesto fattuale tempestivo e sostanzialmente adeguato.

La giurisprudenza ha più volte censurato simili condotte come elusive del giudicato cautelare e della funzione del processo amministrativo, poiché si risolvono in una alterazione del bilanciamento tra potere pubblico e tutela del cittadino, come già ricordato *supra*⁸⁸.

In questo modo, il processo veniva sostanzialmente disinnescato, non sul piano legale, ma temporale, tramite un uso strumentale della scansione dei provvedimenti, i quali venivano tutti riadottati allo scadere del precedente. Per tale via, l'Amministrazione poteva tendere ad aggirare il giudice, non opponendosi frontalmente, ma sottraendosi al giudizio di merito, impedendo che esso avesse effetti concreti su una situazione ormai superata solo formalmente, ma che si rinnova identica nella sostanza, con un mutamento meramente cartolare dell'atto impugnato. Ne derivava una potenziale violazione diretta dell'art. 24 Cost., che non garantisce solo l'accesso formale alla giustizia, ma l'effettività della tutela giurisdizionale, secondo quanto ribadito anche dalla Corte EDU in tema di ricorsi efficaci ed effettivi sul piano nazionale⁸⁹.

5.4. La violazione dei principi generali dell'ordinamento e la contraddittorietà. In relazione al potere d'ordinanza, come già ricordato, la legge si limita ad attribuire tale competenza a taluni organi al fine di perseguire uno specifico obiettivo.

Epperò, l'ordinanza prefettizia, per quanto dotata di una particolare efficacia attiva e una

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1321/2019.

⁸⁹ *ex multis*, CEDU, sent. M.S.S. c. Belgio e Grecia, 2011.

possibile (a talune circostanze) forza derogatoria, non può essere libera nei fini rispetto al perimetro tracciato dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, i quali si pongono come confine del potere *extra ordinem*.

E, difatti, in tema di ordinanze prefettizie, la Corte costituzionale⁹⁰ ha chiarito come «L'art. 2 [T.U.L.P.S.] conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione». E ancora, «ovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme»⁹¹.

Allo stesso modo, sempre la Corte costituzionale⁹² è intervenuta sulla possibilità che la Pubblica Amministrazione non può adottare provvedimenti talmente tanto discrezionali da incidere sulle libertà costituzionali dei singoli amministrati.

Nello specifico, in riferimento ai poteri *extra ordinem* esercitati dal Sindaco (per cui anche quelli del Prefetto devono essere sottoposti alla medesima disciplina), la Corte ha precisato come questi possano essere attivati solo all'emergere di situazioni tali da giustificare un potere provvedimentale contingibile ed urgente.

E, in effetti, i poteri contingibili ed urgenti non hanno riguardo a situazioni di carattere generale.

La giurisprudenza amministrativa riconduce la contingibilità e l'urgenza a situazioni impreviste e imprevedibili, nonché a questioni non adeguatamente affrontabili attraverso l'utilizzo dell'azione amministrativa ordinaria. Dunque, la potestà *extra ordinem* ricorre solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e imprevisto, frutto di possibili e, soprattutto, concrete ed attuali minacce per l'ordine pubblico o per la sicurezza. E, comunque, sempre limitate nel tempo, con un parametro di riferimento legislativo che sia sempre in grado di valutarne l'uso discrezionale. Per l'esercizio dei poteri *extra ordinem*, allora, si rende necessario che non risulti possibile, in alcun modo, utilizzare i normali strumenti messi a disposizione dall'ordinamento agli organi competenti⁹³.

La necessità che sussista un pericolo concreto per la Sicurezza Pubblica, grave e non altrimenti fronteggiabile è presupposto indefettibile, dunque, per l'esercizio del potere in tale materia⁹⁴.

In ogni caso, le ordinanze in commento devono sempre rispondere positivamente ai test di

⁹⁰ Per la verità, interventi diffusi della Corte costituzionale si sono avuti per tutto il T.U.L.P.S., che ha più volte cercato interpretazioni conformi, dichiarando illegittime le norme solo quando fosse impossibile sottoporle al dettato costituzionale. Sul punto, A Ciervo, op. cit., 19 ss.

⁹¹ Corte cost., sent. n. 26/1961.

⁹² Corte cost. sent. n. 115/2011.

⁹³ Sulla questione prefettizia, cfr. TAR Toscana, sent. n. 823/2019; *ex multis*, in maniera granitica, C.d.S., sent. n. 774/2017.

⁹⁴ Necessità condivisa anche dal massimo consesso della giurisprudenza amministrativa. Cfr., Consiglio di Stato, sent. n. 3580/2019, per cui è illegittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti. La legittimità di tali atti è connaturale all'assoluta necessità di porre in essere, appunto, un intervento non rinviabile.

ragionevolezza e proporzione. Ciò poiché, l'Autorità pubblica, nell'esercizio del potere provvedimentale, e nel bilanciamento degli interessi (costituzionali) in gioco, deve sempre adottare misure gradate e non inutilmente compressive dei diritti, davvero necessarie al raggiungimento dello scopo. Altrimenti, questo metterebbe in crisi la stessa forma di Stato democratica, ex art. 139 Cost.

A tal fine, la parte narrativa dell'ordinanza prefettizia risultava, invece, in evidente e palmare contrasto con la parte dispositiva.

Difatti, l'ordinanza del 31.12.2024 (prorogata poi fino a potenziali mesi 9, in barba alla temporaneità del provvedimento - presupposto e limite dell'esercizio del potere -) assumeva in narrativa come «nel territorio urbano della città di Napoli sono in atto sinergiche strategie di intervento per la prevenzione e il contrasto della criminalità diffusa e di condotte illecite, mediante gli ordinari e articolati dispositivi di controllo del territorio [...] tali problematiche hanno formato oggetto di numerose riunioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, nel corso delle quali sono state pianificate numerose operazioni interforze c.d. ad Alto Impatto, [...] volte ad incrementare i servizi di controllo del territorio con particolare riferimento a persone, esercizi pubblici e veicoli».

Da tali premesse narrative, che parevano garantire come le operazioni di controllo del territorio si stessero svolgendo secondo efficaci mezzi ordinari, l'Autorità prefettizia ha invece tratto una conclusione opposta, tale per cui occorresse mettere «stabilmente in sicurezza i perimetri urbani più problematici», prevedendo il divieto di stazionamento per i soggetti che in dette aree «assumano atteggiamenti aggressivi, minacciosi o insistentemente molesti».

Ragioni queste poi, integralmente, reiterate e richiamate nelle ordinanze di proroga. Sicché, nella parte motiva delle stesse si leggeva, pur con diversa declinazione linguistica, che «continuano a persistere le esigenze di implementazione della sicurezza della cittadinanza in determinate aree del territorio comunale che hanno dato luogo all'adozione del citato provvedimento».

Già tale classificazione, ai fini dell'adozione dei provvedimenti di allontanamento, peccando d'indeterminatezza, in violazione diretta degli artt. 13 e 16 Cost.⁹⁵, non consentiva un margine operativo specifico alle forze dell'ordine, lasciando alla libera interpretazione dell'operatore di polizia la possibilità di applicare la sanzione ivi prevista, con estrema e pericolosa discrezionalità.

Ma ancora, per far scattare la sanzione prefettizia, a tale atteggiamento ostile, secondo l'Autorità di Pubblica sicurezza, era necessaria e sufficiente la sola e mera segnalazione all'Autorità giudiziaria, rispetto alla persona coinvolta, per uno dei seguenti reati: artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/90; artt. 581, 582, 588, 590, 624, 628, 635, 633, 697, 699 c.p., nonché porto o detenzione di armi o oggetti atti ad offendere.

A ben vedere, dunque, anche una denuncia (o segnalazione) per i suddetti illeciti penali avrebbe dovuto ritenersi sufficiente a fondare l'operatività della sanzione, creando una presunzione di pericolosità non accettabile e costituzionalmente illegittima.

Difatti, per la presunzione di pericolosità non si richiedeva neppure l'operatività di una sentenza di condanna in primo grado o di patteggiamento (per non dire passata in giudicato).

Si riteneva sufficiente, appunto, essere gravati da una mera «segnalazione» all'A.G.

A questo proposito, non può non premere di evidenziarsi come per conforme giurisprudenza

⁹⁵ Che, in ogni caso, quandanche sottoposto a riserva relativa, è comunque rinforzata. Cfr. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 324, tale da esigere puntali ragioni (da interpretare in senso restrittivo) per la limitazione della libertà. Sul punto, M. Mazziotti, (voce) *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 20-21.

costituzionale, «nel nostro ordinamento la denuncia, comunque formulata e ancorché contenga l'espresso riferimento a una o a più fattispecie criminose, è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce. Essa obbliga soltanto gli organi competenti a verificare se e quali dei fatti esposti in denuncia corrispondano alla realtà e se essi rientrano in ipotesi penalmente sanzionate, ossia ad accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale»⁹⁶.

I provvedimenti ordinavano, dunque, «l'allontanamento dei trasgressori dalle aree sopraindicate», avvertendo «che le eventuali violazioni della presente ordinanza saranno valutate anche sotto il profilo della configurazione di illeciti di natura penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza di cui al r.d. 18 giugno 1931 e/o dell'art. 650 del Codice Penale».

Il difetto d'istruttoria appariva palese e configurato anche nella omessa indicazione di possibili richiami statistici sulla sicurezza pubblica, i quali avrebbero potuto sostenere come necessaria l'adozione di tale provvedimento.

Inoltre, l'ordinanza, condannata all'irragionevolezza e contraddittorietà, riportava nella parte motiva il controllo pieno sul territorio, anche attraverso le operazioni *ad Alto Impatto*, per poi richiamare, come essenziale, l'utilizzo di poteri eccezionali al fine di assicurare maggiore sicurezza pubblica.

Risultavano così violati i principi generali dell'ordinamento giuridico di cui sopra.

L'aver collegato la situazione di pericolo potenziale ad una mera segnalazione all'A.G. si presupponeva in contrasto diretto con ogni principio di civiltà giuridica, costruendo una presunzione di pericolosità violativa dell'art. 27 Cost., e gravemente compressiva della libertà personale e di circolazione.

Si rivelò, a questo fine, gravemente illogico l'operato dell'Autorità, poiché il provvedimento potrebbe aver avuto come effetto, quello di spostare la supposta condizione di illegalità verso altre aree del territorio comunale, non assoggettate ad analoghi divieti di stazionamento, con il conseguente rischio che l'ordinanza venisse reiterata ed addirittura ampliata ad ulteriori zone della Provincia e della Città. A meno che non si volessero creare veri e propri confini interni cittadini e zone di ghettizzazione. Tale evenienza, peraltro, si ebbe a verificarsi concretamente attraverso un successivo provvedimento prefettizio, che estese la prima ordinanza di «zona rossa» anche ai Comuni di Castellammare di Stabia, Pompei, Pozzuoli e San Giorgio a Cremano.

Un simile *modus procedendi* non può non apparire lesivo dell'art. 3, co. 2, Cost., in quanto in evidente frizione con il principio di ragionevolezza (sia in senso estrinseco che intrinseco) e che avrebbe dovuto invece orientare l'azione amministrativa. Il provvedimento adottato avrebbe potuto produrre esattamente gli esiti che l'Amministrazione dichiarava di voler scongiurare, ovvero la formazione di aree marginali, l'incremento delle condotte criminose, nonché un ulteriore processo, appunto, di ghettizzazione sociale.

5.5. La violazione specifica della ragionevolezza: trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente. L'intrinseca irragionevolezza⁹⁷ dei provvedimenti risultava essere assistita non soltanto dall'aver posto sullo stesso piano condotte penalmente eterogenee al fine di far scattare una presunzione di pericolosità, ma, soprattutto, dall'aver attribuito alle semplici segnalazioni all'Autorità Giudiziaria un valore

⁹⁶ Corte Cost., sent. n. 78/2005.

⁹⁷ Per il limite della ragionevolezza in relazione alle ordinanze contingibili F. Satta, (voce) *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990.

equiparabile a quello dei provvedimenti formali di rinvio a giudizio o, addirittura, di condanna sottoposti al potere del Giudice.

In realtà, possono nutrirsi dubbi sul fatto che fosse la sola sicurezza pubblica ideale il reale obiettivo perseguito dagli atti prefettizi, se si considera che furono escluse dall'elenco dei reati, idonei a fondare la presunzione di pericolosità, proprio fattispecie di estrema gravità per l'ordine e l'incolumità collettiva, e spesso collegati a fenomeni di rilevante criminalità per il territorio napoletano, oltre che riconducibili alla c.d. *malamovida*. Venivano così esclusi dal catalogo dei reati presupposto: l'estorsione, l'usura, l'omicidio volontario, il sequestro di persona, la resistenza a pubblico ufficiale, la violenza sessuale, l'associazione per delinquere, e molte altre ancora.

Sotto tale profilo, l'elenco dei delitti contro la persona e contro il patrimonio omessi dai provvedimenti, avrebbero e sarebbero dovuti essere ulteriormente estesi, se si voleva rispettare coerenza e *ratio* dichiarata del provvedimento.

Venivano anche escluse condotte rilevanti per la normale convivenza civile, come le molestie o il disturbo alle persone; l'ubriachezza e gli atti contrari alla pubblica decenza.

Rimane ancora oggi da comprendere quale fosse stato il criterio giuridico di ponderazione utilizzato dall'Ufficio territoriale del Governo per bilanciare gli interessi in gioco.

L'aver subordinato l'operatività del divieto di stazionamento alla semplice segnalazione all'Autorità giudiziaria poneva problemi di non poco momento, pure in relazione alla compatibilità con l'art. 329 cod. proc. pen., il quale prevede la sottoposizione al segreto istruttorio degli atti di indagine. Inoltre, nel caso di una segnalazione con possibile cestinazione o archiviazione da parte della Procura, cosa sarebbe stato del divieto elevato al soggetto?

Non va trascurato, peraltro, che si sarebbe potuto giungere a situazioni ancora più aberranti giuridicamente: si pensi al caso di soggetto inizialmente denunciato e successivamente assolto in sede penale, nel merito, ma che nel frattempo fosse stato destinatario di un allontanamento da una cosiddetta «zona rossa» e, in astratto, con la possibilità, laddove non avesse ottemperato al divieto, di essere persino perseguito per inosservanza del provvedimento prefettizio ex art. 650 c.p.

Una incongruenza logica, formale e giuridica che svuota il principio di legalità⁹⁸.

I provvedimenti, limitando rilevanti libertà di singoli ed associazioni, soprattutto, la libertà di movimento e di circolazione, senza che ricorressero ragioni di urgenza o di sicurezza concrete e attuali, ha consentito l'applicazione misure illegittime, sulla base di presunzioni e percezioni soggettive. Oltre ad essersi posto in frontale conflitto, con il principio di riserva di legge assoluta di cui all'art. 25 Cost. (nonché, direttamente, di quella relativa prevista dall'art. 23 Cost.), in quanto, ha finito per tipizzare una condotta penalmente sanzionabile ex art. 650 cod. pen. (l'inosservanza al divieto di stazionamento), nonostante fosse posto, tale divieto, al di fuori dai casi consentiti dalla legge, poiché in assenza dei requisiti di specificità e determinatezza che dovrebbero accompagnare il provvedimento amministrativo, allorché vada ad integrare una norma penale in bianco⁹⁹, come, appunto, l'art. 650 c.p.

In particolare, le ordinanze facevano largo uso di condotte fumose, catalogate con termini imprevedibili come «minaccioso» o «insistentemente molesto», rimettendo tale valutazione al totale libero apprezzamento dell'operatore di polizia intervenuto, il quale sarebbe diventato

⁹⁸ Sull'argomento rispetto all'emergenza, V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2007; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, relazione al convegno *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Università Roma Tre, 6 e 7 ottobre 2005 in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, Milano, 2005, 5 ss.

⁹⁹ Sulla questione delle norme penali in bianco, per tutti. G. Fiandaca, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 88 ss. e, sulle tecniche redazionali di rimando, 94 ss.

il vero giudice della condotta. Anche il divieto di stazionare non veniva nel dettaglio esplicitato, senza chiarire, dunque, che cosa con ciò si dovesse intendere.

Anche dal lato sanzionatorio alcune perplessità: chi sarebbero i trasgressori non ottemperanti all'ordinanza per cui scatterebbe la disposizione incriminatrice di cui all'art. 650 cod. pen.? Sarebbero coloro che hanno «stazionato» già in un primo momento e sono stati raggiunti per la prima volta dall'interdizione, oppure coloro che, pur essendo stati invitati ad allontanarsi dalle Forze dell'ordine, si siano indebitamente trattenuti nella zona loro interdetta, pure dopo il formale provvedimento? Forse la seconda ipotesi, o forse anche qui, una eccessiva indeterminatezza, avrebbe potuto legittimamente far sostenere entrambe le ipotesi, con violazione diretta del principio di offensività¹⁰⁰.

6. La sentenza del Tar Campania - Napoli, n. 5699/2025 e l'annullamento dell'ordinanza prefettizia. I profili di illegittimità sopra evidenziati paiono essere stati accolti e condivisi (almeno parzialmente), anche dal giudice amministrativo napoletano.

Infatti, attraverso la sentenza n. 5699 del 28.07.2025, il TAR Campania-Napoli ha in definitiva accolto «il ricorso e i motivi aggiunti, assorbite le ulteriori censure proposte, [...] con conseguente declaratoria di illegittimità dell'ordinanza del 27 marzo 2025 e annullamento di quella del 30 giugno 2025».

In prima battuta, sul piano processuale, in termini di posizione soggettiva, il Tribunale ha riconosciuto la legittimazione attiva ad impugnare non solo alle due maggiori associazioni ricorrenti («ASGI» e «A Buon diritto»), in quanto l'ordinanza avrebbe finito per incidere sulle finalità statutarie proprie delle realtà associative; ma ha anche riconosciuto legittimazione al ricorrente gravato da una sentenza di patteggiamento per il reato previsto e punito dall'art. 73, d.P.R. n. 309/90, benché il soggetto non fosse stato formalmente raggiunto da alcun divieto di stazionamento o deferito all'A.G. per il suo mancato rispetto, in violazione dell'art. 650 c.p.

Il Tribunale ha invece escluso la legittimazione dei due consiglieri di municipalità ricorrenti, i quali eccepivano, in violazione del principio di leale collaborazione, la lesione del loro *munus*, in quanto gli Organi della II municipalità di Napoli (area in cui l'ordinanza aveva avuto un maggiore impatto) non erano stati preventivamente coinvolti o informati, così da poter incidere, attraverso l'esercizio delle loro prerogative pubbliche, sull'attività provvedimentale. Il Tribunale, sul punto, ha ritenuto che «il mancato coinvolgimento del comune di Napoli o di organi comunali nell'istruttoria che ha preceduto l'emanazione degli atti impugnati implica al massimo una lesione dell'interesse del comune e non di prerogative degli appartenenti a organi dell'ente che, quindi, non sono legittimati ad agire a tutela di quell'interesse in sostituzione dell'ente, cui esso è in via diretta imputabile; sotto diverso profilo, i due consiglieri non sono destinatari degli effetti del provvedimento dato che nemmeno affermano di avere a proprio carico deferimenti per uno dei reati indicati dal provvedimento per cui non si comprende in che modo essi vedrebbero limitata la possibilità di svolgere il proprio mandato in una o più delle aree considerate».

Compiendo un piccolo passo indietro, invece, in termini di legittimazione attiva riconosciuta, condivisibile e pregevole appare la tesi sposata dai giudici partenopei in riferimento al soggetto solo gravato da sentenza di patteggiamento per uno dei reati presupposto di cui all'ordinanza, pur essendo privo del requisito della sottoposizione ad un divieto di

¹⁰⁰ Come segnalato da parte della dottrina, derogare a principi basilari così importanti comporta il rischio che si «affievoliscano gli argini teorici espunti nel tempo dal diritto positivo sino al punto in cui perciò si perde ogni rapporto con l'ordinamento vigente dei tempi normali, ricostruendo così un potere di ordinanza che non riesce più ad essere un'eccezione compatibile con un dato ordinamento, ma altro con esso inconciliabile». In questi termini, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza*, cit., p. 2.

allontanamento ritualmente elevato nei suoi riguardi.

L'interesse specifico, non meramente oggettivo, sicché la giurisdizione amministrativa, rimane una giurisdizione di tipo soggettivo, legata alla tutela di interessi puntali¹⁰¹, è stato riconosciuto in pieno.

In tale contesto, la mera sottoposizione ad una sentenza di patteggiamento (che, pure, secondo parte della dottrina non equivarrebbe ad una sentenza di condanna¹⁰² in senso stretto nell'ordinamento penale, poiché, ad esempio, non appare neppure sufficiente a poter legittimare sanzioni disciplinari¹⁰³) è stata ritenuta elemento sufficiente a fondare la legittimazione. Secondo il TAR «è chiaro che, se a rendere possibile l'applicazione dell'ordinanza impugnata è sufficiente un «deferimento» per quel reato, a maggior ragione ciò vale per una condanna per lo stesso reato che il deferimento presuppone». Dunque, all'arretramento delle garanzie rispetto alla presunzione di innocenza contenute all'interno del provvedimento amministrativo gravato, i giudici hanno fatto seguire un obiettivo e condivisibile 'arretramento' dei presupposti oggettivi e soggettivi sulla legittimazione, a garanzia dei valori costituzionali, della legalità amministrativa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale e della giustiziabilità degli atti amministrativi, ex art. 113 Cost. Non ritenendo necessario che fosse legittimato ad agire solo chi fosse stato raggiunto da un divieto di stazionamento.

Ancora, in termini di pienezza della tutela giurisdizionale il TAR, nonostante la scadenza della prima ordinanza di proroga al momento della decisione di merito sui motivi aggiunti proposti avverso la seconda ordinanza di proroga, ne ha dichiarato egualmente l'illegittimità, oltre a sanzionare con l'annullamento l'ultima ordinanza gravata. Ciò poiché, scrivono i giudici «il ricorso principale resta procedibile nonostante gli effetti dell'atto impugnato siano ormai cessati a causa del decorso del termine di efficacia (prima proroga) dell'ordinanza del 31 dicembre 2024; costituisce infatti giurisprudenza consolidata che la declaratoria di sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso può essere pronunciata nei soli casi in cui, per effetto di una modifica della situazione di fatto o giuridica esistente al tempo della proposizione del ricorso, risulti con certezza che un eventuale accoglimento del ricorso sia privo di qualsiasi utilità, anche solo di carattere strumentale o morale, per il ricorrente¹⁰⁴; nella fattispecie, anche in ragione della sopravvenuta proroga, non può ritenersi che una simile situazione si sia verificata per le due associazioni ricorrenti, che mantengono un interesse quantomeno morale a una pronuncia di merito».

Passando dal rito al merito, il Tribunale napoletano condivide in via principale l'assunto del difetto del presupposto della temporaneità dei provvedimenti gravati, denegando la tesi avanza dalla difesa erariale per cui, non avendo i ricorrenti impugnato la prima ordinanza

¹⁰¹ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sent. n. 530/2022.

¹⁰² In realtà, la disputa ha diviso la dottrina; si veda in un senso V. Facchiotti, *Il nuovo patteggiamento alla ricerca di un'identità*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 34; L.M. Marini, *La natura della sentenza di patteggiamento*, in *Giur.it.*, 1998, 547; S. Marotta, *La sentenza penale*, Torino, 1997, 45; T. Trevison Lupacchini, *Natura ed effetti della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1108. In senso opposto, G. Cecanese, *Natura giuridica ed effetti della sentenza di «spatteggiamento»*, in *Giust. pen.*, 1998, III, 558; R. Peroni Ranchet, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Ind. pen.*, 1994, 134 487; M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, 6. In ogni caso, in senso contrario alla possibilità che sia una sentenza di condanna, pregevole la tesi di P. Ferrua, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 401.

¹⁰³ Il d.lgs. n. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) è intervenuto a modificare il comma 1-bis dell'art. 445 c.p.p., disponendo che: «La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. [...]».

¹⁰⁴ cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1336/2025.

istitutiva delle zone rosse, questi non avrebbero potuto sindacare i presupposti originari, la bontà delle motivazioni ivi contenute, nonché la sussistenza dei poteri straordinari. Scrivono invece correttamente i giudici «i motivi aggiunti costituiscono ulteriore e nuovo esercizio del potere previsto dall'articolo 2 del R.D. n. 773 e, quindi, ben possono i ricorrenti contestare la sussistenza dei presupposti del potere, cioè l'esistenza di una situazione di grave emergenza per la sicurezza pubblica non prevista né prevedibile e non fronteggiabile con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento (cd. contingibilità). La circostanza che essi non abbiano impugnato l'ordinanza del 31 dicembre 2024 non implica, quindi, che essi abbiano per così dire perso la possibilità di contestare, in sede di impugnazione delle proroghe, la sussistenza di quello che è il principale presupposto delle ordinanze contingibili e urgenti, dato che gli atti impugnati, benché costituiscano formalmente proroghe di una precedente ordinanza, comunque presuppongono non solo la permanenza ma anche l'esistenza di una situazione di emergenza per la sicurezza pubblica. In definitiva ai ricorrenti è consentito sia contestare il primo presupposto delle ordinanze ex articolo 2 (cioè la contingibilità), che il secondo (cioè la temporaneità degli effetti, nel senso che questi effetti si possono produrre per un periodo di tempo limitato e strettamente correlato alla durata della situazione di emergenza)».

La tesi è anche qui del tutto condivisibile.

Non solo, come indicato dal Tribunale, l'emanazione di un'ordinanza di proroga costituisce in questi casi nuovo esercizio del potere e, come tale, sempre pienamente giustiziabile. Ma, inoltre, la giustiziabilità degli atti di proroga successivi di un primo esercizio di un potere straordinario, deve essere sempre garantita¹⁰⁵ anche in virtù del principio della temporaneità della misura. E, infatti, nonostante l'Amministrazione nelle successive proroghe avesse proceduto a rinnovare formalmente l'istruttoria attraverso nuove riunioni del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica, che ha condiviso la necessità di procedere ad estensioni temporali della prima misura, le motivazioni adottate rimanevano nella sostanza invariate. Certo, in casi siffatti, l'espedito amministrativo di riconoscere all'interno del provvedimento il perdurare delle esigenze di cui alla prima ordinanza, motivando così per *relationem* le ragioni e i presupposti di potere straordinario che dovrebbero legittimare gli atti successivi, non può costituire circostanza elusiva del controllo giurisdizionale. Anzi, con ancora più ragione, legare gli atti attraverso un iter logico – amministrativo così consequenziale e concatenato, rende possibile il sindacato del potere e i suoi presupposti nel suo complesso, sin all'origine dell'emanazione del provvedimento. Il provvedimento originario, infatti, costituisce la fonte di una cascata impetuosa di esercizio del potere amministrativo dilatato, sia nei presupposti che cronologicamente. Denegare la possibilità di eccepire il controllo indiretto sull'atto originario (richiamato nei successivi provvedimenti che, infatti, si atteggiavano a proroghe dello stesso) avrebbe semplicemente significato denegare giustizia effettiva, eludendo il principio di legalità dell'attività amministrativa e dei suoi poteri¹⁰⁶.

Tanto è vero che il Collegio ha ritenuto difettasse sia il carattere della sussistenza (*ab origine*) che della permanenza di una situazione emergenziale; oltre che del presupposto della contingibilità e del carattere della temporaneità.

¹⁰⁵ Anche perché «La qualificazione in termini amministrativi delle ordinanze in argomento ha consentito di portare l'attenzione del sindacato del giudice amministrativo, non solo sugli elementi di fatto [...] su cui si fonda il potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione» motivazione che deve essere sempre astrattamente controllata. Così si esprimeva nel virgolettato F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2004, 242.

¹⁰⁶ Aumentando ciò che è stato definito come stress delle fonti da M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020.

E, infatti, indicano i giudici, «anche a voler ritenere sussistente il primo, è abbastanza chiaro che la duplice proroga del divieto di stationamento – in quanto implicante la sua applicazione senza soluzione di continuità per almeno 9 mesi e in quanto basata su argomentazioni suscettibili di essere utilizzate anche per ulteriori proroghe – implica la violazione del principio della temporaneità degli effetti dei provvedimenti contingibili e urgenti. Per quanto riguarda il primo profilo – e anche tenuto conto che l'amministrazione non ha depositato i verbali delle riunioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica nell'ambito delle quali è stato convenuto di introdurre e mantenere la misura di intervento in contestazione invocando la norma dell'articolo 3, co. 1, lett. a), d.m. 16 marzo 2022 che sottrae ad accesso tutti i documenti inerenti l'attività amministrativa a tutela della sicurezza pubblica – può rilevarsi che dagli enunciati del provvedimento non si desume affatto l'esistenza di una situazione di grave, imprevista e imprevedibile emergenza per la sicurezza pubblica non fronteggiabile con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento; questi enunciati, infatti, fanno piuttosto riferimento agli ordinari problemi di gestione dell'ordine pubblico che sono tipici di una grande città caratterizzata da problemi e tensioni sociali e da grandi e crescenti flussi turistici che si concentrano in alcune aree cittadine; si tratta, quindi, di situazioni che devono essere affrontate e risolte utilizzando i normali strumenti previsti dall'ordinamento, mentre nella fattispecie essi sono affrontati attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo che reca sostanzialmente una normativa generale e astratta che introduce una misura limitativa della libertà di circolazione applicabile a un numero indeterminato di soggetti e a vaste aree della città».

Il Tribunale, in maniera lapidaria, ha così ricordato come attraverso le ordinanze di necessità non possano essere introdotte misure surrettizie di governo del territorio, eluendo i compiti pubblici affidati agli enti di prossimità e da eseguirsi attraverso un'attività ordinaria di governo politico delle comunità¹⁰⁷.

L'uso dei poteri di ordinanza contingibile deve e può essere giustificato solo come *extrema ratio*, laddove ogni ulteriore mezzo ordinario, attraverso una politica programmata risulterebbe vano. Non è un discorso di efficacia o efficienza della misura, ma di impossibilità di derogare, attraverso l'attività amministrativa ordinaria, alla normale divisione dei poteri tra organi e, dunque, dell'impossibilità di introdurre modificazioni genetiche dell'assetto dei poteri e della forma di stato attraverso misure eccezionali¹⁰⁸.

Vi è, poi, un ulteriore piano: quello della impossibilità di rendere cedevoli i precetti costituzionali innanzi ad un'attività provvedimentale contingibile.

L'uso frazionato del potere amministrativo di ordinanza, solo per rendere formalmente conforme l'attività dell'Amministrazione al principio di temporaneità, evitando violazioni dirette attraverso la fissazione di un termine iniziale di vigenza del provvedimento eccessivamente lungo, è parimenti illegittimo perché l'attività amministrativa deve essere valutata nel suo complesso, per il tramite della concatenazione degli atti posti in essere.

Ebbene, scrivono i giudici a questo riguardo che, anche laddove si volesse condividere «l'assunto dell'esistenza di una situazione di emergenza da affrontare con misure straordinarie, sta di fatto che queste misure – tenuto conto della loro ampiezza e incidenza sulle libertà costituzionali (oltretutto di soggetti che, in quanto deferiti ma non condannati per i reati indicati, sono da considerarsi innocenti in base alla presunzione costituzionale di non colpevolezza) – violano il principio della temporaneità degli effetti delle ordinanze

¹⁰⁷ Non da ultimo proprio per l'enorme frizione delle ordinanze di necessità con il principio di legalità che «ne revoca in dubbio il carattere di principio fondamentale». Così M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss.

¹⁰⁸ M. Losana, *Il sistema delle fonti tra logiche emergenziali, "amministrativizzazione" del sistema e tentazioni monocratiche*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2019.

contingibili e urgenti; esse infatti sono state originariamente introdotte per un periodo di tre mesi ma, per effetto delle due proroghe oggetto di impugnazione, il periodo di efficacia è diventato di ben 9 mesi (e, come già si è rilevato, nulla esclude ulteriori proroghe); se si considera che il divieto di stazionamento limita una libertà, quella di circolazione, che è garantita dalla Costituzione (e che sarebbe suscettibile di limitazioni «in via generale»¹⁰⁹ per motivi di sanità e sicurezza solo a mezzo di legge ordinaria; cfr. articolo 16), e se si considera che le due proroghe sono basate su enunciati generali e generici suscettibili di essere posti a base di ulteriori proroghe, risulta, da un lato, confermata la violazione del presupposto della temporaneità degli effetti e, dall'altro, plausibile il sospetto avanzato dai ricorrenti secondo cui gli atti impugnati stravolgerebbero lo schema dell'articolo 2, nel senso che, anziché adottare provvedimenti temporanei per far fronte a una imprevista e imprevedibile situazione eccezionale di pericolo per la sicurezza pubblica, il Prefetto ha introdotto misure straordinarie a carattere tendenzialmente permanente per far fronte a ordinari e stratificati nel tempo problemi di ordine pubblico».

Attraverso l'enunciato finale da ultimo citato: «il Prefetto ha introdotto misure straordinarie a carattere tendenzialmente permanente per far fronte a ordinari e stratificati nel tempo problemi di ordine pubblico», il TAR pone un limite considerevole in favore del principio di legalità sostanziale dei poteri amministrativi.

La riserva di legge e il principio di temporaneità delle ordinanze contingibili e urgenti non rappresentano meri vincoli formali, ma si configurano quali garanzie sostanziali a presidio della legalità costituzionale.

La reiterazione di misure eccezionali, giustificate in astratto da esigenze di ordine pubblico, ma concretamente stabilizzate nel tempo, produrrebbe, altrimenti, una torsione costituzionale, in cui lo strumento straordinario si tramuta in regola e l'intervento legislativo, quale unica sede legittima per comprimere le libertà fondamentali, verrebbe eluso.

A questo proposto, il richiamo diretto all'art. 16 Cost. appare centrale.

La libertà di circolazione può essere limitata, come ricorda il TAR, soltanto «in via generale»¹¹⁰, e attraverso atti aventi forza e valore di legge. Né, a giudizio di chi scrive, potrebbe poi sottovalutarsi la connessione della misura con le garanzie di cui all'art. 13 Cost. La libertà personale, infatti, esprime l'esigenza più generale della riserva assoluta di legge e di giurisdizione per ogni restrizione incisiva dei diritti fondamentali della persona, che incidono sulla libertà dell'*habeas corpus*.

E, allora, non sarebbe forse stata lesa la libertà personale se dal divieto di stazionamento fosse stato raggiunto un soggetto con residenza all'interno della zona rossa da cui sarebbe stato, di fatto, allontanato? Non sarebbe stata questa misura sostanzialmente costitutiva di un regime (neppure troppo attenuato) di detenzione domiciliare, disposto però dall'Autorità amministrativa? Difatti, se il soggetto non avesse più potuto frequentare i luoghi della sua residenza e, dunque, in cui vive, l'alternativa verosimile sarebbe stata quella di dover rimanere chiuso in casa.

¹⁰⁹ Mortati in Costituente intendeva la formulazione «in via generale» come l'insieme dei «limiti imposti con carattere generale della legge», escludendo così limitazioni *ad hoc* con atti non legislativi della libertà di circolazione. L'intervento in Costituente è reperibile al link: www.nascitacostituzione.it.

¹¹⁰ Peraltro, «in via generale», secondo parte della dottrina vorrebbe significare la sola possibilità di ammettere provvedimenti impeditivi della circolazione in specifiche aree del territorio e non invece a limitare, nello specifico, la libertà di circolazione di singoli individui. Così si esprimevano, U. De Siervo, *Soggiorno, Circolazione, Emigrazione (libertà di)*, in Noviss. Dig., XVII, Torino, 1970, 818 ss. e P.F. Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 200 ss. e sulla impossibilità di impedire la circolazione per le qualità morali, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., p. 1054; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 174.

La decisione del giudice amministrativo napoletano deve essere letta, per questi motivi, come una fortissima riaffermazione del principio di legalità sostanziale e costituzionale. L'Amministrazione non può divenire legislatore *de facto*, pena la creazione di un diritto amministrativo eccezionale, dell'emergenza perenne, destinato a consolidarsi in via ordinaria, in aperto contrasto con la logica dei principi costituzionali moderni.

7. Un breve bilancio. La vicenda oggetto di esame conferma, ancora una volta, come l'istituto delle ordinanze contingibili e urgenti si collochi in una posizione di confine tra la fisiologia e l'eccezione del sistema costituzionale¹¹¹.

Strumento nato tempo addietro per fronteggiare emergenze imprevedibili e straordinarie, esso si è progressivamente prestato ad essere utilizzato quale mezzo di governo di problematiche ordinarie, con una conseguente torsione del principio di legalità e problemi di compatibilità con la forma di stato.

In questa prospettiva, la decisione del TAR assume rilievo paradigmatico, fissando confini alla discrezionalità amministrativa nella materia.

Il principio di temporaneità delle ordinanze non è, infatti, una clausola accessoria, bensì una garanzia sostanziale, posta al fine d'impedire che l'Amministrazione si sostituisca surrettiziamente al legislatore.

Da ciò discende l'urgenza di un ripensamento legislativo dell'art. 2 T.U.L.P.S., di epoca profondamente fascista (e voluto dallo stesso Mussolini¹¹²), la cui formulazione generica e datata si presta a derive applicative difficilmente conciliabili con la legalità dei nostri giorni.

Occorrerebbe, in particolare, che il legislatore procedesse ad una tipizzazione delle circostanze eccezionali, in maniera chiara e puntuale, riconducendo il potere a sistema, indicando espressamente i casi in cui il Prefetto può esercitare il potere (disastri ambientali, calamità, disastri innominati e nominati, rivolta pubblica, gravi ed eccezionali disordini, motivi sanitari, ecc.), abbandonando definizioni vuote e clausole di stile, nonché fissandone confini oggettivi e temporali invalicabili, così da neutralizzare in radice il rischio di reiterazioni indefinite, oltre che di esercizio di poteri illegittimi.

Non meno importante, di conseguenza, sarebbe l'introduzione di un meccanismo di controllo successivo all'attività provvedimentale ma, in ogni caso obbligatorio, che, senza pregiudicare l'immediatezza dell'intervento di necessità, imponga la sottoposizione delle ordinanze ad un vaglio giurisdizionale terzo ed imparziale, anche consultivo, entro un termine breve, quale ulteriore garanzia contro la degenerazione di misure straordinarie in prassi ordinarie.

Si renderebbe poi necessario prevedere che, quando il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica è chiamato a discutere misure potenzialmente limitative delle libertà fondamentali, sia assicurata la partecipazione delle realtà associative operanti sul territorio, oltre che delle eventuali municipalità coinvolte, magari assicurando la presenza dei capogruppi di maggioranza e opposizione, ovvero dei soli Presidenti. Un simile ampliamento consentirebbe di arricchire l'istruttoria con contributi esterni qualificati, diretti e di promuovere, già in fase prodromica all'adozione del provvedimento, una forma di incidenza e condivisione capace di rafforzare la legittimazione sostanziale delle scelte amministrative, oltre che, magari, ad evitare il contenzioso.

¹¹¹ Sulle frizioni di tali provvedimenti con la Carta fondamentale, attraverso una profonda disamina, si rimanda a R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 79; inoltre, aveva espresso dirette perplessità rispetto alla compatibilità con la Carta costituzionale V. Crisafulli, *Ordinanza di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, 863 ss.

¹¹² In quegli anni ministro *ad interim* dell'Interno, come ricordato da A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 558.

La prospettiva costituzionale che ne emerge è chiara.

È necessario ricondurre l'Amministrazione entro i confini della legalità sostanziale¹¹³, annullando la possibilità che possa generarsi una «legalità d'eccezione»¹¹⁴, rafforzando i contrappesi giurisdizionali e normativi, affinché l'eccezione resti tale e la tutela dei diritti fondamentali continui a rappresentare il cardine dello Stato costituzionale.

In questa prospettiva, il problema non riguarda unicamente la fisiologia o la patologia delle ordinanze contingibili e urgenti, e l'uso del potere amministrativo per limitare libertà costituzionalmente garantite in genere, ma tocca il cuore stesso della compatibilità tra potere amministrativo e forma di Stato.

Come la dottrina ha mostrato in riferimento al potere regolamentare, non è sufficiente richiamare una generica attribuzione normativa. Occorre sempre un fondamento strutturale e specifico nella legge, altrimenti l'atto amministrativo rischia di collocarsi in uno spazio di legalità apparente, sottratto al circuito democratico¹¹⁵. Laddove invece, come nel caso delle ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S., la legge di copertura si riduce a una clausola in bianco, priva di delimitazioni sostanziali e temporali, il potere amministrativo finisce per assumere una forza di legge di fatto, scardinando la riserva di legge e il sistema delle fonti¹¹⁶. L'ambiguità che connota l'esercizio di tale potestà amministrativa s'incardina, a ben vedere, nella più generale questione del fondamento del potere amministrativo a carattere indipendente da una base legislativa a monte.

La dottrina, sin dagli inizi, ha contrapposto due impostazioni fondamentali: da un lato, quella che riconduce il potere regolamentare dell'Esecutivo ad un fondamento legislativo una volta per tutte, radicato direttamente nella Costituzione o nella legge generale, in ragione del ruolo politico e organizzativo del Governo; dall'altro, quella che insiste sulla necessità di un fondamento caso per caso, cioè di una puntuale attribuzione legislativa che, di volta in volta,

¹¹³ Poiché, anche a voler ritenere possibile le che ordinanze possano intervenire in materia coperta da riserva di legge, c'è bisogno in ogni caso di una norma attributiva del potere sufficientemente limitativa e determinata. Caratteristiche che l'art. 2 T.U.L.P.S. nella sua attuale formulazione non soddisfa. Proprio come indicato, in riferimento alla stessa norma, anche da G. U. Rescigno, *op. cit.*, p. 98, per cui «deve dirsi che le ordinanze *contra legem* in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. In concreto deve dirsi invece che molte delle norme attributive di poteri di ordinanza oggi vigenti non contengono l'indicazione dei criteri direttivi e quindi non legittimano la pubblica Amministrazione (o pretendono incostituzionalmente di legittimare la pubblica Amministrazione) ad adottare provvedimenti in materia coperta da riserva relativa di legge».

¹¹⁴ Di cui parla, in riferimento alla terza repubblica francese A. Ciammariconi, *Le ordinanze emergenziali delle autorità locali: riflessioni a margine delle esperienze di Italia e Francia*, in *DPCE on-line*, 2, 2020, 2422; sulla tensione delle fonti nel modello costituzionale A. Cardone, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" – Firenze, 17-18 giugno 2022, disponibile al link: https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Andrea_Cardone_-_Modello_costituzionale_e_trasformazione_del_sistema_delle_fonti.pdf; sui limiti e sospensione dei diritti fondamentali «nell'esperienza globale» cfr. E. Castorina, *Questioni di diritto costituzionale nell'epidemia globale*, Torino, 2023, 1 ss.

¹¹⁵ A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nella dottrina pubblicistica*, Padova, 1995, *passim*.

¹¹⁶ V. Miceli, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1931, 108 ss., in riferimento alla diversificazione delle funzioni dell'Amministrazione come argine all'Amministrazione stessa ed attuazione del principio della separazione dei poteri. E, di fatto, tale separazione, rendeva possibile per M.S. Giannini, *Profili Storici della Scienza del Diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 2, 190-191. significava altresì: «l'introduzione del principio di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa: secondo tale principio l'azione amministrativa può estrinsecarsi solo con quei poteri esplicitamente, attribuiti dalla legge oppure compresi implicitamente in una sfera di autonomia riconosciuta dalla legge».

legittimi l'esercizio della potestà regolamentare in una determinata materia: legalità sostanziale vs. legalità formale.

Secondo la prima prospettiva, il regolamento (indipendente, ma a questo punto, ogni genere di esercizio amministrativo autonomo) troverebbe la propria legittimazione in una previsione generale e permanente, idonea a conferire all'esecutivo una potestà normativa autonoma, sia pure secondaria. Tale concezione affonda le radici nel pensiero di Jellinek¹¹⁷ per il quale l'Amministrazione non può essere privata di una funzione normativa propria. Questa linea è stata recepita anche dalla scienza pubblicistica italiana di inizio Novecento, con Orlando¹¹⁸ che configurava il regolamento come fonte permanente di produzione giuridica, funzionale a tradurre l'indirizzo politico in norme generali e astratte. Anche Zanobini pur con maggiore cautela, riconosceva al regolamento una fisiologia autonoma, necessaria al funzionamento dell'amministrazione come potere distinto, non interamente dipendente dal legislatore¹¹⁹. Tale ricostruzione ha avuto il pregio di garantire certezza e stabilità, ma ha comportato e comporterebbe, ad oggi, un'erosione della riserva di legge e un rafforzamento dell'indirizzo politico governativo, traducendo il principio di legalità in mera 'copertura' formale dell'attività amministrativa.

La seconda prospettiva, invece, più coerente con lo Stato costituzionale di diritto, nega all'Amministrazione un potere normativo autonomo, e insiste sulla necessità che ogni regolamento sia ancorato ad una previsione legislativa specifica. In questa visione, il regolamento non si emancipa mai dalla legge, ma vi resta costantemente subordinato, come strumento servente ed esecutivo.

La prassi ha mostrato come l'oscillazione tra le due impostazioni non sia mai stata del tutto superata. Su questo punto, l'alternativa non è meramente tecnica.

Accogliere la tesi del fondamento «una volta per tutte» significa ammettere uno spazio di normazione autonoma dell'esecutivo, con uno slittamento verso una forma di Stato a prevalenza governativa, in cui la separazione dei poteri risulta compromessa. Viceversa, la prospettiva del «caso per caso» consente di preservare la legalità sostanziale, riaffermando il Parlamento quale sede esclusiva di tipizzazione e bilanciamento dei diritti.

Il punto è decisivo. Senza un ancoraggio legislativo puntuale, il potere regolamentare rischia di trasformarsi in una fonte di legalità apparente, collocata in una terra di nessuno tra amministrazione e legislazione.

Non è un caso che la giurisprudenza costituzionale, pur non escludendo del tutto il ricorso a forme di potestà amministrativa generale, anche derogatoria, ne abbia sempre richiesto la collocazione entro settori predeterminati e con limiti rigorosi, proprio per scongiurare derive tali da alterare la separazione dei poteri e da svuotare la riserva di legge. Rendendo di fatto imprescindibile che in ogni conferimento di poteri all'Amministrazione venga rispettato il principio di legalità sostanziale, quale fondamento dello Stato di diritto. Tale principio non consente che la legge attribuisca all'autorità amministrativa un potere connotato da assoluta indeterminatezza, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere, in pratica, una «totale libertà» all'organo investito della funzione¹²⁰.

Un ulteriore profilo di riflessione, legato a quanto appena affermato, riguarda il riflesso che le due concezioni del potere regolamentare (*reictus* esecutivo) producono sul piano della forma di governo.

Se si accoglie la tesi del fondamento «una volta per tutte», attribuendo all'esecutivo una

¹¹⁷ J. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1887, 123 ss.

¹¹⁸ A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 135.

¹¹⁹ G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, vol. LXXXVII, ora in Id., *Scritti Vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, *passim*.

¹²⁰ Corte cost., sentt. nn. 307/2003 e 115/2011.

potestà normativa autonoma e permanente, si finisce inevitabilmente per accentuare i tratti monisti della forma di governo, nella quale il Governo si pone come centro di produzione normativa e il Parlamento si riduce a organo di indirizzo politico generale.

Viceversa, la teoria del fondamento caso per caso appare più coerente con un assetto dualista, in cui Governo e Parlamento si distinguono nettamente nelle rispettive funzioni: al primo spetta l'attuazione, al secondo la decisione politica e normativa di principio. In tale prospettiva, il regolamento non si emancipa mai dalla legge, ma resta vincolato a una base legislativa specifica e puntuale, riaffermando la centralità del Parlamento quale luogo in cui avviene la tipizzazione dei diritti e il bilanciamento degli interessi.

Ciò dimostra come anche l'esercizio della funzione amministrativa possa incidere in maniera netta sulla forma di governo; la prima ricostruzione rischia di scivolare verso una forma di governo a prevalenza governativa, mentre la seconda preserva l'equilibrio proprio del parlamentarismo.

Il tema delle separazioni delle funzioni tra potere legislativo e amministrativo, inoltre, in riferimento alla riserva di alcune materie, fa emergere il principio della separazione dei poteri dello Stato (e dunque, diremmo oggi, dell'assetto della forma di stato stessa) come separazione dei campi di attribuzione di competenze e d'intervento su materie come la libertà e la proprietà¹²¹.

Non è un caso che già nell'Inghilterra dell'*Habeas Corpus* del 1769, vi era una distinzione di competenze e ambiti materiali d'intervento sottratti al potere amministrativo, quando questi avessero a che fare con le libertà fondamentali del suddito. Era per queste ragioni già previsto il divieto «di sospendere, abrogare, e dispensare dalle leggi con ordinanze regie»¹²². Il tema si salda, così, con la più ampia riflessione sulla separazione dei poteri. L'ordinanza *extra ordinem* non è un semplice strumento amministrativo, ma una modalità surrettizia con il potere amministrativo (o addirittura suoi organi periferici) assume funzioni proprie del legislatore.

Le ordinanze *extra ordinem* operano come un vero e proprio regolamento amministrativo d'emergenza, svincolato da tipizzazione legislativa e destinato a incidere direttamente su diritti e libertà fondamentali.

È qui che si colloca la frattura con la separazione dei poteri. L'amministrazione assume una veste normativa impropria, sottraendo al Parlamento, organo rappresentativo della sovranità popolare, la competenza esclusiva a limitare i diritti.

La compatibilità delle ordinanze con lo Stato costituzionale non può, dunque, essere valutata soltanto in termini di legalità formale (presenza di una legge di copertura), ma deve essere scrutinata nella prospettiva della legalità sostanziale.

Se il potere regolamentare, quando si emancipa dalla legge, genera già in sé un problema di deviazione dalla Costituzione a maggior ragione le ordinanze contingibili e urgenti diventano ancora più incidenti, quali atti amministrativi generali che comprimono libertà. È un tema, questo, come si è visto, in parte parallelo alle problematiche relative alla legittimità dei regolamenti indipendenti dell'Esecutivo.

E, infatti, il fondamento del potere regolamentare indipendente si è sempre collocato su un crinale ambiguo, come mostra la teoria *supra* analizzata del fondamento permanente. Una

¹²¹ In questo senso la teoretica di G. Arcoleo, *Trattato di Diritto Costituzionale*, 1890, in G. Paolucci, C. Barone, A. Cascelli (a cura di), *Le opere di G. Arcoleo*, Milano, 1985, 114 ss.; G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1907, spec. 162 e 538 ss.

¹²² F. Cammeo, *Manifestazione della volontà dello Stato*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, 1907, 117; Conformemente osservava F.P. Contuzzi, *Atti del Governo*, in *D. I*, vol. IV. pt. II, Torino, 1893-1899, 178, anche l'*Act indemnity* disponeva che il Sovrano non potesse prevedere obblighi per i sudditi che non fossero normativamente contenuti in una legge.

base giuridica oscillante tra una concezione «funzionale»¹²³, che lo riconduce all'indirizzo politico del governo, e una concezione «strutturale»¹²⁴, che lo ancora invece a una previa copertura legislativa. Proprio tale oscillazione segnala la difficoltà di ammettere che un potere normativo, privo di fondamento legislativo puntuale, circoscritto, delimitato, possa essere compatibile con la forma di stato costituzionale moderna, la quale viene a reggersi del Parlamento e si rispecchia, nel sistema delle fonti, nel principio di preferenza per la legge, oltre che sulla centralità della legge stessa come sede di bilanciamento ed eventuale compressione dei diritti fondamentali.

L'esercizio di potestà amministrative a contenuto (di fatto) normativo¹²⁵ (come le ordinanze contingibili), sottratte a tipizzazione legislativa e fondate su clausole che rendono possibile l'attivazione del potere, plasmano lo slittamento dal principio di legalità strutturale al principio di legalità funzionale, nel quale il fondamento del potere non è più la regola giuridica sovraordinata, ma l'obiettivo politico contingente perseguito dall'autorità amministrativa (*rectius* esecutiva).

Il regolamento (e, parimenti, l'ordinanza libera nei fini) diventa lo strumento attraverso il quale si realizza, di fatto, una supremazia dell'Esecutivo sul Legislativo, con un effetto deformante rispetto alla forma di governo parlamentare¹²⁶.

Le zone rosse, intese come provvedimenti amministrativi a carattere normativo (poiché derogatorie di norme anche costituzionali, con effetti valevoli indistintamente in via generale), assumono la medesima natura critica di cui sopra. Esse non solo restringono diritti fondamentali, al di fuori della riserva di legge e della legalità sostanziale, ma lo fanno attraverso una mera legalità apparente, che non rinviene più il proprio fondamento nella Costituzione¹²⁷, bensì nell'opzione politica contingente.

Il nodo, dunque, non è soltanto di legittimità delle singole misure, ma la sostenibilità del sistema delle fonti, laddove l'eccezione si cristallizza e la discrezionalità amministrativa erode il principio di legalità sostanziale che rappresenta il cuore stesso della democrazia costituzionale.

Dal rapporto tra Amministrazione e rispetto del principio di legalità si desume anche lo stato di salute del sistema delle fonti e, dunque, la relazione (anche gerarchica, di osservanza, oltre che di cogenza, che intercorre tra legge e discrezionalità amministrativa)¹²⁸.

Infatti, anche se si discorre di discrezionalità, «è chiaro che, in uno Stato di diritto, quale sicuramente il nostro, non possono essere ammesse potestà di pubblici poteri, il cui esercizio sia sottratto all'osservanza del principio di legalità, se non in quanto la loro ammissione risulti immediatamente legittimata da norme costituzionali»¹²⁹.

La prospettiva costituzionale che ne emerge è chiara: il potere amministrativo, non può essere concepito come spazio normativo alternativo o sostitutivo della legge. Ogni attribuzione di competenze che consenta all'amministrazione di produrre effetti paralegislativi deve

¹²³ G. Arcoleo, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881, 124 ss.

¹²⁴ A. Codacci-Pisanelli, *Legge e Regolamento*, Napoli, 1888, *passim*.

¹²⁵ A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 137.

¹²⁶ L. Carlassare, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 422-423.

¹²⁷ Non è un caso che l'ordine pubblico esordisce testualmente in Costituzione solo a seguito della riforma del Titolo V che, intervenendo sull'art. 117 Cost., elenca nelle materie di esclusiva statale, alla lettera h) «ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale».

¹²⁸ Sul tema della discrezionalità in relazione all'assetto dello Stato G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

¹²⁹ Così, A.M. Sandulli, *Governo e Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 744; *Contra*, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in Aa.Vv., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1993, 184, sostenendo la teoria del principio di legalità in senso formale; *contra*, a sua volta, S. Foix, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1973, 695-696.

rimanere delimitata, tipizzata e temporalmente circoscritta, pena la compromissione dei principi cardine della forma di Stato democratica.

L'esperienza delle ordinanze ex art. 2 T.U.L.P.S. mostra invece come il confine tra normazione amministrativa e normazione legislativa sia divenuto labile, generando una ibridazione che mina la separazione dei poteri.

Come è stato visto, però, attraverso azioni giuridiche promosse dal basso, i principi costituzionali non restino formule astratte, ma trovano continua e nuova vitalità nel tessuto giuridico e sociale, rinnovandosi nell'incontro con i fatti che emergono dai territori. I principi costituzionali riaffermano così la loro duplice funzione di fondamento positivo dell'azione dei pubblici poteri e, al contempo, di limite invalicabile contro ogni forma di arbitrio pubblico. In questo processo di produzione giuridica indiretta e sociale, i cittadini assumono un ruolo decisivo, contribuendo a mantener viva la legalità sostanziale. Il popolo, attraverso tali azioni, partecipa attivamente alla perpetua rigenerazione della Costituzione nella società, ponendosi come garante della sua effettività.

Si tratta, in ultima analisi, di una vittoria contro l'illegalità e l'arbitrio dell'autorità, una riaffermazione della forza dello Stato di diritto, che dimostra di non temere la contrapposizione al potere dei diritti individuali, traducendosi in ricorso agli strumenti di giustizia previsti dall'ordinamento. È il successo di una cittadinanza vigile e consapevole, capace di trasformare la difesa delle libertà in un atto di rinnovamento della forma di stato, dove fonti, diritti fondamentali e principio di legalità sostanziale tornano ad intrecciarsi, quali assi portanti della forma di stato democratica.

Abstract. Le ordinanze prefettizie sulle cd. zone rosse, adottate in varie città italiane, sollevano un problema di compatibilità con la forma di Stato democratica. Strumenti eccezionali, ex art. 2 T.U.L.P.S., concepiti per interventi contingibili, sono divenuti meccanismi ordinari di governo urbano, producendo una surrettizia stabilizzazione dello stato di eccezione, in contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e temporaneità. Il «caso napoletano» (TAR Campania, sent. n. 5699/2025) ne rappresenta la sintesi, evidenziando il rischio di come una emergenza permanente possa erodere i diritti fondamentali e il sistema delle fonti.

Abstract. Prefectoral ordinances establishing the so-called red zones, adopted in several Italian cities, raise a serious issue of compatibility with the democratic form of the State. Exceptional measures under art. 2 T.U.L.P.S., conceived for contingent interventions, have become ordinary tools of urban governance, producing a surreptitious stabilization of the state of exception, in contrast with the principles of proportionality, reasonableness, and temporariness. The «Naples case» (TAR Campania, judgment no. 5699/2025) epitomizes this drift, highlighting the risk that a permanent emergency may erode fundamental rights and the system of legal sources.

Parole chiave. Zone rosse - Emergenza - Sicurezza - Diritti fondamentali - Extra ordinem.

Key words. Red zones - Emergency - Security - Fundamental rights - Extra ordinem.