

# POTERI EMERGENZIALI E DEROGHE AL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, M. T. Rörig*

## Presentazione

## FRANCIA

### 1. Introduzione

### 2. I poteri emergenziali previsti dalla Costituzione e nella legislazione

- 2.1. I poteri eccezionali del Presidente della Repubblica
- 2.2. Lo stato di assedio
- 2.3. Lo stato di emergenza

### 3. La teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali

### 4. L'espansione dei poteri di polizia del sindaco

- 4.1. L'urgenza
- 4.2. Le circostanze locali particolari...
  - 4.2.1. ... *nelle funzioni di polizia generale*
  - 4.2.2. *Segue: ... nei casi in cui la funzione di polizia generale si compenetra con quella di polizia speciale: l'esempio della moralità pubblica*

## GERMANIA

### 1. Introduzione

- 1.1. Il primato della legge
- 1.2. La riserva di legge

### 2. Poteri emergenziali e deroghe all'assetto istituzionale

- 2.1. La disciplina costituzionale federale
- 2.2. La sospensione o la limitazione di diritti fondamentali e le deroghe alla disciplina costituzionale nelle varie situazioni estreme
- 2.3. Osservazioni conclusive e breve cenno alle (altre) norme che possono consentire alcune limitate restrizioni a diritti costituzionalmente garantiti

## SPAGNA

### 1. Cenni sulla disciplina delle situazioni di emergenza previste in Costituzione

- 1.1. Le previsioni costituzionali
- 1.2. Lo stato di allarme

*1.2.1. La disciplina normativa*

*1.2.2. La prassi*

1.3. Lo stato di eccezione

1.4. Lo stato di assedio

## **2. La compressione del principio di legalità motivata da situazioni di urgenza**

2.1. *I reglamentos de necesidad*

2.2. *I bandos de urgencia* del sindaco

*2.2.1. Il contesto istituzionale: brevi cenni sulla potestà normativa degli enti locali*

*2.2.2. L'art. 21, comma 1, lettera m) della LRBRL*

*2.2.3. La giurisprudenza del Tribunale supremo*

## Presentazione

Il presente quaderno ha ad oggetto quelle situazioni che, per il loro fuoriuscire dalla «normalità», conducono, o possono condurre, all'affievolimento delle istanze connesse al rispetto del principio di legalità, da declinarsi, per quanto qui rileva, principalmente avendo riguardo all'azione amministrativa.

Il riferimento va, essenzialmente, ai poteri di emergenza, variamente definiti, che sono conferiti a determinati organi o soggetti e che sono caratterizzati – quanto meno in determinate circostanze – dal conferimento di poteri nell'ambito dei quali l'autorità può essere dispensata dal rigido ossequio a norme di rango legislativo e, talora, finanche di rango costituzionale.

Pur senza addentrarsi nelle problematiche evocate dalle teorie che configurano la necessità, in sé e per sé considerata, alla stregua di una fonte del diritto, i contributi che seguono mirano ad offrire un panorama, per quanto sintetico, delle fattispecie di eccezionalità enucleabili negli ordinamenti presi in esame.

In sede di presentazione, è peraltro opportuno fornire alcune precisazioni in ordine all'oggetto ed al metodo della ricerca condotta.

Innanzi tutto, si è operata una delimitazione delle situazioni emergenziali considerate, relativamente alle quali soltanto quelle che danno luogo all'esercizio di poteri amministrativi «speciali» sono state approfondite. È stata quindi pretermessa l'indagine inerente ai casi nei quali vengano attribuiti poteri normativi (per lo più di rango primario) diretti a fronteggiare una situazione di necessità o di urgenza. La *ratio* dell'esclusione è da rintracciarsi, essenzialmente, nella constatazione che siffatti poteri non entrano in collisione (salvo, ovviamente, un esercizio patologico, che dia luogo a fonti *extra ordinem*) con il principio di legalità, essendo gli atti stessi rispondenti a previsioni normative superiori e ponendo essi norme destinate ad imporsi agli operatori giuridici proprio in ossequio al principio di legalità. Come è chiaro, ben possono darsi casi nei quali l'attribuzione di poteri particolari si traduce nella concentrazione di potestà normative e di potestà amministrative: a tal proposito, la pretermissione di cui sopra non poteva dunque essere riproposta.

Da un punto di vista metodologico, l'esame sommario delle diverse situazioni emergenziali è stato completato dalla ricerca di fattispecie definibili come di «emergenza non dichiarata», nelle quali una riscontrata peculiarità delle circostanze fattuali giustifica (o può giustificare) l'allontanamento dalla rigorosa osservanza da prestarsi alle norme di legge.

Il principio di legalità cui si è fatto riferimento nello svolgimento della ricerca è connotabile in senso formale. È, questo, un presupposto che, per un verso, ha condizionato la scelta degli ordinamenti da prendere in considerazione, che sono tre fra quelli storicamente ed istituzionalmente più prossimi al nostro (Francia, Germania e Spagna), e, per l'altro, ha consigliato il mancato richiamo ad esperienze anglosassoni, nella cui tradizione si riscontrano divergenze rispetto al continente europeo troppo marcate per potersi prestare ad essere oggetto di una micro-comparazione quale quella che si presenta. Ci si vuol riferire, in primo luogo, alla valenza inevitabilmente anche sostanzialistica che è insita nel concetto di *rule of law*, ma non possono non rilevarsi, altresì, la estrema difficoltà (invero non ignota ai sistemi di *civil law*) di distinguere tra atti normativi ed atti amministrativi e, soprattutto, la tendenziale impossibilità di strutturare il sistema delle fonti su una logica improntata alla gerarchia formale.

Infine, per quel che attiene agli esiti della ricerca, la selezione di paesi offre – almeno, così si auspica – una certa varietà di soluzioni. Oltre alla gamma – più o meno vasta – di stati di eccezione previsti e disciplinati direttamente in Costituzione (specie in Germania) o nella legislazione (eventualmente organica: Spagna), per i quali le deroghe al principio di legalità sono, se del caso, *ex ante* giustificate ora dal riferimento al principio di legalità costituzionale ora da clausole che rendono le norme di legge suscettibili di essere incise, è da notare il diverso approccio mostrato in relazione soprattutto a quelle situazioni di emergenza che si sono definite come «non (formalmente) dichiarate». Al riguardo, giova sottolineare: (a) la estrema riluttanza tedesca a superare i dati formali in cui il principio di legalità si sostanzia; (b) il riconoscimento della necessità come origine di poteri peculiari che in Spagna è veicolato principalmente da leggi settoriali e dall'attribuzione al sindaco di poteri d'urgenza; (c) l'enucleazione, da parte della giurisprudenza amministrativa francese, di una serie di fattispecie nelle quali alle autorità amministrative è consentito agire (*scil.*, non senza limitazioni) in deroga a norme di legge al fine di adeguare il dettato del diritto positivo a circostanze rese peculiari dalle contingenze di luogo e/o di tempo.

*Paolo Passaglia*

# FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

## 1. Introduzione

Secondo l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, "ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione". La "sacralizzazione" della legge avvenuta nel periodo rivoluzionario ha posto le basi del principio di legalità come condizione dell'attività dell'amministrazione. L'urgenza ed i poteri di crisi mettono in dubbio questa concezione.

L'ordine pubblico, nel diritto francese, costituisce un obiettivo di valore costituzionale<sup>1</sup>, che l'amministrazione è chiamata, con la sua azione c.d. di polizia<sup>2</sup>, a salvaguardare. Si tratta di un "ordine finalizzato" alla costruzione di uno Stato liberale<sup>3</sup>, indispensabile – anch'esso – alla garanzia dei diritti e libertà costituzionali.

Alla trilogia tradizionale che compone l'ordine pubblico (sicurezza, salubrità e tranquillità pubblica<sup>4</sup>), può forse essere aggiunta una quarta componente, quella della moralità pubblica<sup>5</sup>, che incide indubbiamente sulla concezione della libertà.

Deriva dalla funzione stessa della funzione c.d. di polizia che essa non possa essere esercitata da un soggetto diverso dall'autorità pubblica, donde l'ulteriore necessità che le autorità pubbliche dotate di un potere di polizia, generale o speciale, siano elencate in modo rigido e che la loro attività sia disciplinata dalla legge.

Così, a livello nazionale, sono autorità di polizia generale il Primo ministro, in virtù degli articoli 21 e 37 della Costituzione e dei suoi poteri propri<sup>6</sup>, ed il Presidente della Repubblica, che interviene tramite decreto deliberato in Consiglio dei ministri o in virtù dei pieni poteri di cui dispone nel caso eccezionale previsto dall'articolo 16 della Costituzione. Le autorità di polizia speciale sono più numerose, come, ad esempio, i diversi ministri (dell'interno – sulle pubblicazioni destinate ai giovani –, della cultura – relativamente alla polizia degli spettacoli –, dei trasporti – in ordine alla

---

<sup>1</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Decisione n. 82-241 DC del 27 luglio 1982.

<sup>2</sup> Giova ricordare, nell'ambito delle attività poste in essere dall'amministrazione, la differenza tra la funzione di polizia amministrativa (prevenzione), su cui si esercita il sindacato del giudice amministrativo, e quella di polizia giudiziaria (repressione), il cui sindacato è di spettanza del giudice ordinario. Distinzione, questa, riconosciuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale: cfr. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, decisione n. 77-75 DC del 12 gennaio 1977, nella quale la necessità di distinguere i due tipi di azione della polizia è stata riconosciuta come un'esigenza costituzionale, anche se è stata ammessa, al fine di salvaguardare la libertà individuale, la possibilità di affidare alla polizia giudiziaria le due missioni (CONSEIL CONSTITUTIONNEL decisione n. 81-127 DC dei 19 e 20 gennaio 1981).

<sup>3</sup> E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984.

<sup>44</sup> Formalizzata poi all'articolo L 2212-2 del *Code général des Collectivités Territoriales*.

<sup>5</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Vol. 1., Montchrestien, Paris, 2001, p. 705 e s.

<sup>6</sup> Cfr. la giurisprudenza amministrativa, in particolare CE, 8 agosto 1919, *Labonne*, CE, 4 giugno 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, ed il dibattito sulla natura di questo potere (proprio, autonomo o di esecuzione delle leggi).

Il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 87-149 L del 20 febbraio 1987, ha affermato che "l'articolo 34 della Costituzione non ha sottratto al capo del Governo le attribuzioni di polizia generale che esercitava in precedenza, in virtù dei suoi poteri propri ed al di fuori di ogni abilitazione legislativa (...)" (*Considérant 7*).

polizia del traffico aereo –, ecc.), alcune autorità amministrative indipendenti ed altri soggetti ancora.

A livello locale, invece, due figure dispongono del potere di polizia generale: il sindaco ed il prefetto. Il sindaco, in virtù dell'articolo L 2212-1 del *Code général des collectivités territoriales* (il codice generale delle autonomie territoriali; d'ora innanzi, CGCT) “è incaricato della polizia municipale”. Esercita questa funzione in nome del comune, nell'ambito dei suoi poteri propri. Agisce, invece, in nome dello Stato per l'esecuzione delle misure di “sicurezza generale” adottate dal governo o dal prefetto<sup>7</sup>. Il prefetto (a livello dipartimentale) esercita il potere di polizia generale, in nome dello Stato, quando le misure necessarie da adottare per salvaguardare l'ordine pubblico si estendono su più comuni. Nei *comuni c.d. a polizia statalizzata*<sup>8</sup>, il prefetto è responsabile (in luogo del sindaco) per una parte della c.d. “tranquillità pubblica”. Dispone poi di un potere di sostituzione in caso di vacanza del sindaco (articolo L 2215-1 CGCT). Sono, invece, titolari di poteri di polizia speciale, non solo il sindaco, ma anche – relativamente al demanio pubblico – il Presidente del Consiglio generale (a livello provinciale) ed il prefetto, sia a livello provinciale (per caccia, siti protetti, ecc.) che a livello regionale (monumenti storici, ecc.).

La Costituzione, la legge ed i giudici si sono mostrati sensibili alla opportunità/necessità di affrancare, in certe circostanze, le autorità amministrative dello stretto obbligo di osservare le regole che disciplinano, in via ordinaria, la loro azione.

Il principio di legalità è stato quindi adattato, in varie forme, a seconda delle circostanze eccezionali che si possano di volta in volta verificare<sup>9</sup>.

La legge e la giurisprudenza amministrativa ritengono che, in casi di urgenza o in presenza di circostanze locali particolari, alcune decisioni che, in altre circostanze di tempo e di luogo sarebbero state dichiarate illegittime, possano, al contrario, essere considerate legittime<sup>10-11</sup>.

Queste deroghe saranno minime quando l'urgenza si traduca in un imprevisto che faccia, in un certo senso, parte della normalità. Per i casi più gravi, tuttavia, sono stati previsti veri e propri “regimi di crisi”. La dottrina non è unanime nella considerazione delle conseguenze che questi regimi eccezionali hanno sul rispetto del principio di legalità. Alcuni autori considerano che si tratti di “una legalità in periodi eccezionali”, che permette “infrazioni” alla legalità: secondo tale ricostruzione, in sostanza, voler applicare i testi normativi in situazioni che i loro autori non avevano previsto equivarrebbe a disconoscere le vere intenzioni degli autori medesimi. Inoltre, quando sia in gioco la sopravvivenza dello Stato, che è condizione di ogni legalità, un'impostazione rigidamente formalista implicherebbe la distruzione delle fondamenta della stessa legalità<sup>12</sup>. Altra

---

<sup>7</sup> P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 244.

<sup>8</sup> E cioè nei comuni capoluogo di province o in quelle di più di 20.000 abitanti o ancora in quelli in cui esiste una realtà di delinquenza urbana. Cfr. articoli L e R 2214-1 CGCT.

<sup>9</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., p. 1085.

<sup>10</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2007, p. 187 e s.

<sup>11</sup> Così, ad esempio, una manifestazione religiosa ha potuto, legittimamente, visto le circostanze di tempo e di luogo, essere vietata (CE, 19 febbraio 1909, *Abbé Olivier* in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 114 e s.). Successivamente, uno sciopero nazionale da parte dei lavoratori delle ferrovie dello Stato ha permesso al Governo, per assicurare la continuità del servizio pubblico, di utilizzare tutti i mezzi legali di cui disponeva, come ad esempio precettare i lavoratori per un periodo di 20 giorni (CE, 18 luglio 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*).

<sup>12</sup> J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2004, p. 273 e 278.

parte della dottrina ha, invece, lamentato la formalizzazione di vere dittature (in particolare con riferimento all'articolo 16 della Costituzione), pur riconoscendo che tale formalizzazione, in un certo senso, può essere apprezzata, non foss'altro nella misura in cui disciplini ed inquadri fenomeni che pongono a repentaglio la tenuta dello stato di diritto<sup>13</sup>.

## 2. I poteri emergenziali previsti dalla Costituzione e nella legislazione

Due norme costituzionali permettono di derogare alla Costituzione di fronte ad un contesto di crisi e/o di emergenza: l'articolo 16 della Costituzione, riguardante i poteri eccezionali del Presidente della Repubblica, e l'articolo 36 della Costituzione, relativo allo stato di assedio.

A completare il quadro si pone lo stato di emergenza, disciplinato dalla legge n. 55-395 del 3 aprile 1955.

### 2.1. I poteri eccezionali del Presidente della Repubblica

L'articolo 16 della Costituzione francese (in combinato disposto con l'articolo 5) è sintomatico del rilevante ruolo del Presidente della Repubblica nella Costituzione francese: arbitro e garante di essa in tempi normali, potrà concentrare in sé poteri legislativi, regolamentari ed amministrativi in condizioni eccezionali, sulla base dell'articolo 16<sup>14-15</sup>.

Quest'ultimo è sicuramente stato l'articolo più contestato della Costituzione francese del 1958. G. Vedel ha addirittura affermato che con l'articolo 16 della Costituzione, il Presidente della Repubblica<sup>16</sup> diventa un "dittatore nel senso romano del termine"<sup>17</sup>, in quanto la crisi gli permette di disporre della concentrazione di tutti i poteri dello Stato che ritiene necessari, donde la possibilità di paragonare questa situazione a quella della Repubblica romana che, quando era minacciata nella sua esistenza, permetteva al Senato di invitare i consoli a designare un dittatore investito per sei mesi della totalità del potere<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Economica, Paris, 2008, p. 349

<sup>14</sup> M. DE VILLIERS e T.S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2010, p. 480.

<sup>15</sup> "Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale.

Egli ne informa la nazione con un messaggio.

Tali misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio costituzionale è consultato al riguardo.

Il Parlamento si riunisce di pieno diritto.

L'Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali.

Passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano. Il Consiglio si pronuncia nel più breve tempo possibile tramite un parere pubblico. Procede di pieno diritto a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali e in ogni altro momento oltre tale durata".

<sup>16</sup> Cfr. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2008, p. 459 ; A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, cit., p. 350.

<sup>17</sup> J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 274.

<sup>18</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, cit., p. 459.

Devesi però precisare che, durante il periodo in cui il Presidente esercita i poteri di cui all'articolo 16 della Costituzione, il legislatore e l'esecutivo possono continuare ad esercitare le loro competenze secondo le forme ordinarie, nella misura in cui il Presidente non ritenga necessario intervenire in prima persona su determinati settori.

Due condizioni sono necessarie perché possa ricorrersi all'articolo 16 della Costituzione: quando “le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata” e “il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto”.

Si tratta di condizioni cumulative, anche se ciascuna di esse lascia un certo margine di interpretazione<sup>19</sup>. Il *Conseil constitutionnel* ha optato per un'interpretazione ampia di queste condizioni, riferendosi alle circostanze che ostacolavano un funzionamento regolare (e non del tutto interrotto)<sup>20</sup>, come avvenuto per la ribellione e l'usurpazione del potere da parte di ufficiali militari in Algeria, da cui derivavano l'impossibilità per i poteri pubblici costituzionali di far dare applicazione alle loro decisioni su una parte del territorio ed il rischio di una paralisi totale in caso di invasione.

L'articolo 16 della Costituzione è stato utilizzato, in effetti, una sola volta, per il periodo dal 23 aprile 1961 al 29 settembre 1961, a seguito del tentativo di *putsch* ad Algeri. Il tentativo terminò nella notte tra il 25 ed il 26 aprile, e il 26 aprile 1961 le autorità normali furono restaurate. Il Presidente della Repubblica, tuttavia, fece applicazione dell'articolo 16 sino al 29 settembre 1961, dando adito a contestazioni in merito alla durata, da alcuni ritenuta eccessiva, del regime speciale. Siffatte contestazioni hanno condotto, con la revisione costituzionale del 2008, all'aggiunta dell'odierno ultimo comma, con cui si attribuisce al *Conseil constitutionnel* il potere di verificare la persistenza delle condizioni che legittimano l'esercizio dei poteri eccezionali.

Sul piano procedurale, il Presidente, onde ricorrere all'applicazione dell'articolo 16, deve ufficialmente consultare diverse autorità pubbliche: il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee parlamentari ed il *Conseil constitutionnel*. Queste consultazioni sono obbligatorie, ma non danno luogo a pareri vincolanti. La dottrina ha rilevato che queste consultazioni, nel 1961, avevano seguito di 48 ore il trasferimento<sup>21</sup> dei poteri derivanti dall'articolo 16. M. Waline, durante i dibattiti del *Comité consultatif constitutionnel*, aveva proposto di inserire un termine di 24 ore, proposta che non fu accolta. Allo stesso tempo è stato sostenuto che, se le condizioni del paese fossero state così gravi da impedire dette consultazioni, la *force majeure* avrebbe potuto (e potrebbe) giustificare il mancato rispetto di queste formalità<sup>22</sup>.

Nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 16 della Costituzione, il Presidente della Repubblica può adottare *tutte le misure* che ritiene necessarie (con l'eccezione della modifica della

---

<sup>19</sup> J. LAMARQUE, *Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, in JCP, I, p. 1711 ; J. LAMARQUE, *L'article 16*, in RDP, 1961, p. 609-13 ; L. FAVOREU e L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Parigi, 2003, n. 10. p. 121 ; F. SAINT-BONNET, *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in RDP 1998, n. spécial (5-6) Les quarante ans de la Constitution du 4 octobre 1958, p. 1699 ; L. FONTAINE, *Pouvoirs exceptionnels vs garantie des droits*, in *Revue du droit public*, 2009, n. 2, p. 351 e s.

<sup>20</sup> Sulla prima delle due condizioni suddette la dottrina era unanime, mentre sulla seconda ci sono state divergenze. Cfr. L. FAVOREU e L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 122, per maggiori dettagli sulle differenti posizioni dottrinali.

<sup>21</sup> Cfr. L. FAVOREU e L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 119.

<sup>22</sup> In questo senso: G. VEDEL; J. LAMARQUE, L. FAVOREU e L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 120.



Costituzione<sup>23</sup>), potendo quindi incidere anche su atti legislativi e regolamentari, a prescindere dal riparto competenziale tra i due. Può anche adottare provvedimenti limitativi di libertà fondamentali. Sugli atti presidenziali si esprime il *Conseil constitutionnel*, con un parere che non viene però reso pubblico.

Nel caso concretamente prospettato, nel 1961, il Presidente della Repubblica ha adottato numerose decisioni, tra le quali: istituzione di un tribunale militare speciale, riforma della procedura penale, sospensione dell'inamovibilità dei magistrati, destituzione o collocamento in ferie di alcuni funzionari e militari, modifica della normativa sull'avanzamento delle carriere nelle forze armate, divieto di pubblicazione a stampa, restrizione della libertà individuale.

Le decisioni adottate dal Presidente nell'ambito dell'articolo 16 della Costituzione non hanno tutte lo stesso regime giuridico: bisogna, infatti, distinguere la decisione stessa di farvi ricorso da quelle che intervengono in materia legislativa, da quelle che intervengono in materia regolamentare e da quelle di natura provvedimentoale.

Per quanto riguarda la prima, nell'ambito della consultazione obbligatoria del *Conseil constitutionnel*, tale organo è chiamato a verificare se le condizioni richieste dall'articolo 16 della Costituzione sono integrate, operando quindi in un certo senso un controllo della decisione del Presidente della Repubblica, che ha il valore, dal punto di vista giuridico, di un semplice parere, obbligatorio, ma non vincolante. L'esigenza di motivazione e di pubblicazione controbilancia l'assenza di effetti giuridici con la pesante ipotesi, da un punto di vista politico, sull'operato del Presidente della Repubblica.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la decisione di ricorrere all'articolo 16 costituisce un atto di governo e non è, come tale, sindacabile nel merito davanti alla giurisdizione amministrativa (CE, 2 marzo 1962, *Rubin de Servens*<sup>24</sup>). Il suo controllo si limita al controllo della *régularité externe* (o formale) dell'atto. Ci si è quindi limitati ad accertare che le consultazioni richieste dall'articolo 16 fossero state effettuate<sup>25</sup>, senza scendere nel merito delle circostanze di fatto che permettevano il ricorso ai poteri eccezionali<sup>26</sup>.

Il Consiglio di Stato declina la propria competenza anche sulla durata dell'applicazione dell'articolo 16 della Costituzione, di talché non può verificare se una misura adottata in questo ambito sia giustificata dalle circostanze. Discostandosi da alcuni orientamenti dottrinali, il Consiglio di Stato non ha applicato la sua giurisprudenza sulle circostanze eccezionali<sup>27</sup>. Questa posizione si può essere forse motivata dalla consultazione del *Conseil constitutionnel* nella fase di ricorso all'articolo 16 della Costituzione, come confermato sia dalla Corte di cassazione che dal commissario di governo presso il Consiglio di Stato<sup>28</sup>.

La riforma costituzionale del 2008, come accennato, ha aggiunto un ultimo comma all'articolo 16. È stato così previsto che “trascorsi trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio

---

<sup>23</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 92-312 DC del 2 settembre 1992. *Considerant* 19.

<sup>24</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 529 e s.

<sup>25</sup> Su questo punto le giurisprudenze amministrative e ordinarie convergono (Cass. Crim., 21 agosto 1961, *Forhan*, Boll. 1961 n. 659; Cass. Crim., 10 maggio 1962, *Dovecar et Piegts*, JCP 1962, II, 12736).

<sup>26</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 533.

<sup>27</sup> Cfr. *infra*.

<sup>28</sup> Cfr. L. FAVOREU e L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 123.

costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano". Certo, si tratta ancora solo di un parere, ma l'obbligo di pubblicazione dovrebbe garantirgli una certa efficacia.

Per il caso di mancato ricorso al *Conseil constitutionnel*, è stato inoltre previsto che esso si pronunci automaticamente, alle stesse condizioni di cui sopra, allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali ed in ogni altro momento oltre tale durata.

Per quanto riguarda, invece, le decisioni adottate dal Presidente della Repubblica nell'ambito dell'articolo 16, esse sono oggetto di vari controlli.

Il primo, previsto al comma 3 dell'articolo 16, è operato dal *Conseil constitutionnel*. Si tratta di un parere simile a quello del Consiglio di Stato sui progetti di legge e di atti regolamentari. A differenza del parere sulla decisione di ricorrere all'articolo 16, non è richiesta la sua pubblicità (come per il parere del Consiglio di Stato sui progetti normativi del potere esecutivo); il Consiglio di Stato distingue tra gli atti che intervengono in materia legislativa e gli altri (regolamenti ed atti amministrativi), per escludere la possibilità di sindacare i primi (CE, 2 marzo 1962, *Rubin de Servens*). Alla luce dell'esperienza del 1961, non si hanno esempi di contenzioso avverso atti aventi carattere regolamentare. Per gli atti amministrativi, invece, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla distinzione tra materia legislativa o regolamentare, al fine di sancire la impossibilità di provvedere all'annullamento di atti adottati sul fondamento di una decisione del Presidente della Repubblica riconducibile alla materia legislativa, perché ciò avrebbe significato un controllo indiretto sulla potestà legislativa (CE, 13 novembre 1964, *Livet*; CE, 22 aprile 1966, *Société de l'Union africaine de presse*)<sup>29</sup>. Di contro, è stato affermato il potere di controllare alcuni atti amministrativi quando da essi emergesse la violazione di una norma legislativa o di un principio generale del diritto, cui la decisione presidenziale non intendeva derogare. Così, ha, ad esempio, ritenuto illegittimo l'atto del 10 ottobre 1961 che ha messo in congedo speciale un militare in applicazione della decisione del 7 giugno 1961, in quanto l'interessato non era stato posto in grado di conoscere il suo *dossier*; le circostanze alla data dell'adozione dell'atto individuale non giustificavano, infatti, l'omissione di tale formalità. Il Consiglio di Stato si è ispirato, nell'adottare questa decisione, al controllo che effettua nell'ambito della teoria delle circostanze eccezionali (CE, Ass. 23 ottobre 1964, *d'Oriano*). Di diverso segno è stata la decisione che ha invece ritenuto legittima la decisione del ministro dell'interno che metteva in congedo speciale un funzionario che era in convalescenza, durante i disordini della primavera del 1961, in seguito ad un'ablazione del rene, perché il comportamento generale, l'attitudine professionale o fisica non gli avrebbe permesso di fare fronte efficacemente a disordini simili a quelli della primavera del 1961 (CE, 13 luglio 1965, *Gauthier*; in senso contrario erano state le conclusioni del Commissario del governo Kahn). Le due decisioni da ultimo citate dimostrano come il Consiglio di Stato abbia valutato caso per caso la legittimità degli atti individuali adottati in applicazione delle decisioni del Presidente della Repubblica.

## 2.2. Lo stato di assedio

---

<sup>29</sup> Cfr., *amplius*, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 557 e s.

Lo stato di assedio è previsto all'articolo 36 della Costituzione<sup>30</sup>, che ha così formalizzato a livello costituzionale l'istituto disciplinato dalle leggi del 9 agosto 1849 e del 3 aprile 1878. È oggi codificato nel codice della difesa dall'articolo L 2121-1 a L2121-8, ed è dichiarato in caso di pericolo imminente dovuto alla guerra o ad un'insurrezione armata.

Lo stato di assedio è dichiarato con decreto adottato in Consiglio dei ministri. La durata prevista è di dodici giorni. Una qualunque proroga deve essere autorizzata dal Parlamento. È altresì previsto che un decreto adottato in Consiglio dei ministri debba precisare il territorio sul quale si applica, nonché la sua durata precisa. Non c'è un limite temporale specifico, ma è previsto che siano i decreti a determinare – su autorizzazione del Parlamento – la durata dello stato di assedio. È comunque previsto che la firma della pace metta automaticamente fine allo stato di assedio.

Nello stato di assedio, l'autorità militare diviene competente in materia di polizia, in luogo delle autorità civili: può decretare il coprifuoco, perquisire di giorno e di notte i domicili privati, adottare misure di allontanamento di persone solo sospette, requisire armi e munizioni. Può anche limitare o sospendere alcune libertà fondamentali, come la libertà di riunione, la libertà di movimento e la libertà di espressione.

Allo stesso tempo, si estende la competenza delle giurisdizioni militari, anche se per i non militari la sottoposizione alla giurisdizione militare è limitata ad una serie di reati elencati nell'articolo L 2121-3 del codice della difesa militare.

Le autorità civili continuano ad esercitare le altre funzioni che sono loro proprie.

Da notare è che, nel corso della Quinta Repubblica, lo stato di assedio non è mai stato dichiarato.

### **2.3. Lo stato di emergenza**

Lo stato di emergenza, disciplinato dalla legge n. 55-395 del 3 aprile 1955, può essere dichiarato in caso di gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di calamità pubbliche su tutto o su parte del territorio.

La legge del 1955 relativa allo stato di emergenza aveva previsto un intervento del legislatore ai fini della relativa dichiarazione, ma un decreto del 15 aprile 1960 ha uniformato al procedura a quella dello stato di assedio. Così, anche lo stato di emergenza deve essere dichiarato con decreto adottato in Consiglio dei ministri. Come per lo stato di assedio, la proroga al di là dei dodici giorni deve essere autorizzata dal Parlamento; del pari, un decreto adottato in Consiglio dei ministri deve anche precisare il territorio sul quale si applica, nonché la durata della sua applicazione.

Un tale stato implica un'estensione dei poteri di polizia in capo al ministro dell'interno o ai prefetti, che possono adottare provvedimenti di vario tipo.

Il ministro può imporre gli arresti domiciliari a qualunque persona la cui attività sia considerata pericolosa per la sicurezza e l'ordine pubblico, può limitare alcune libertà fondamentali ordinando la chiusura di luoghi di spettacolo, di somministrazione di bevande e di luoghi deputati a riunioni; può inoltre precettare personale militare.

I prefetti possono vietare, attraverso coprifuoco, la libertà di circolazione di persone, in luoghi ed orari precisi (determinati con atto generale), possono anche istituire zone di protezione o di

---

<sup>30</sup> “Lo stato d'assedio è decretato dal Consiglio dei ministri.

Non può essere prorogato oltre dodici giorni senza autorizzazione del Parlamento”.

sicurezza nelle quali la circolazione è specificamente disciplinata e possono limitare la libertà delle persone che intralciano, in qualsiasi maniera, l'azione dei poteri pubblici.

Tanto il ministro quanto i prefetti possono, con provvedimento scritto, perquisire domicili privati di giorno e di notte e possono adottare ogni misura diretta ad assicurare il controllo della stampa.

Con un decreto che lo preveda espressamente, la giurisdizione militare può diventare competente in materia di reati connessi alle ragioni per cui è stato dichiarato lo stato di emergenza.

Le misure che possono essere adottate nell'ambito dello stato di emergenza sono, in definitiva, simili a quelle dello stato di assedio, anche se esse sono più circoscritte e restano, in linea di principio, di spettanza di autorità civili. La restrizione delle libertà fondamentali è, in entrambi i casi, comunque molto forte<sup>31</sup>.

Nel corso della V Repubblica, lo stato di emergenza è stato applicato in diversi periodi: nel quadro di forti disordini in Algeria o a Parigi, nel contesto algerino prima della sua indipendenza (la legge stessa è stata adottata in relazione a questa contingenza), in Nuova Caledonia nel 1985 e nel 2005, alla luce di un clima caratterizzato da violenze urbane. Gli stati di emergenza dichiarati hanno avuto durata variabile: nel 1955 è stato prorogato due volte per 6 mesi, e si è quindi esteso su un anno; in Nuova Caledonia è durato 6 mesi, mentre nel 2005 la legge lo ha prorogato per 3 mesi. Bisogna precisare che, in quest'ultimo caso, il voto sulla legge di proroga, di iniziativa dell'esecutivo, era stato condizionato dalla circostanza che, al momento dell'esame da parte dell'Assemblea nazionale, i disordini persistessero; i disordini erano stati però sedati al momento del voto del Senato. Ciò nondimeno, la legge di proroga è stata comunque votata. L'esecutivo ha poi mantenuto lo stato di emergenza per più di un mese, mettendovi fine prima della scadenza dei tre mesi autorizzati dal Parlamento.

Per quanto attiene al regime giuridico degli atti, le misure adottate nell'ambito dello stato di emergenza devono essere distinte tra quella che tale stato decreta e quelle adottate durante la sua vigenza.

Quanto alla prima, la sentenza del Consiglio di Stato CE, Ass. 24 marzo 2006, *Rolin e Boisvert*<sup>32</sup> relativa allo stato di emergenza dichiarato nel 2005, ha permesso di chiarire il regime giuridico della decisione del Presidente della Repubblica di dichiarare tale stato, non essendo stata essa riconosciuta come un atto di governo, ciò che si evinceva, peraltro, già dalle decisioni del giudice amministrativo in sede cautelare (CE, ord. 14 novembre 2005, *Rolin*<sup>33</sup>). Il Commissario del governo M.-H. Mitjaille giustificava la differenza di regime giuridico sul punto tra lo stato di emergenza ed il ricorso all'articolo 16 della Costituzione, in quanto nella prima si aumentano semplicemente i poteri di polizia, mentre con il secondo si incide sull'insieme dei poteri di diversi organi costituzionali, incrementando i poteri presidenziali. Nel procedimento cautelare, non ha disposto la sospensione dello stato di emergenza, anche se i disordini erano diminuiti, effettuando un controllo dell'*erreur manifesto*<sup>34</sup>, non ritenuto sussistente nella specie. Nella decisione del marzo 2006, il Consiglio di Stato non si è poi pronunciato sul merito della decisione di ricorrere allo stato di

---

<sup>31</sup> R. DRAGO, *L'état d'urgence et les libertés publiques*, in *Revue du Droit Public*, 1955, p. 570, cit R. CHAPUS.

<sup>32</sup> C. LANDAIS e F. LENICA, *Contentieux de la légalité de l'état d'urgence*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2006, p. 1033.

<sup>33</sup> P. CHRESTIA, *Rejet de la demande de suspension de l'état d'urgence*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2006, p. 501.

<sup>34</sup> Quindi limitandosi a controllare, non già tutti gli errori sui fatti o sulla loro qualificazione giuridica, ma solo quelli che risultassero manifesti.

emergenza, ma solo perché ha ritenuto che essa era fosse stata convalidata dalla legge che aveva prorogato detto stato<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda le misure adottate nel corso dello stato di emergenza, la natura del controllo del giudice ha subito un'evoluzione<sup>36</sup>.

In un primo tempo, il Consiglio di Stato operava un *contrôle restreint*<sup>37</sup> sulle decisioni dell'autorità amministrativa (CE, Ass. 16 dicembre 1955, *Dame Bourokba*).

Nel 1985, in occasione del controllo delle decisioni adottate dalle autorità di polizia nell'ambito dello stato di emergenza, ha esteso il suo controllo all'*erreur manifeste d'appréciation*, valutando la normativa applicabile in funzione delle circostanze della specie (CE, 25 luglio 1985, *Mme Dagostini*<sup>38</sup>).

Da notare, conclusivamente, è che, in occasione della dichiarazione dello stato di emergenza in Nuova Caledonia (legge del 25 gennaio 1985) si erano espressi forti dubbi sulla costituzionalità della legge del 1955. Il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985, non si è tuttavia pronunciato sulle disposizioni anteriori alla Costituzione.

### 3. La teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali

La “teoria delle circostanze eccezionali”<sup>39</sup> è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa (CE, 28 giugno 1918, *Heyres* e CE, 28 febbraio 1919, *Dmes Dol et Laurent*; cfr GAJA), nel contesto della prima guerra mondiale, all'epoca nella forma della “teoria dei poteri di guerra”, ma risulta a tutt'oggi valida e applicabile.

Essa permette un'estensione dei poteri dell'amministrazione (in realtà, le autorità che possono fare uso di poteri particolari vanno dall'amministrazione nazionale, locale o periferica, fino addirittura a privati) per il *tempo necessario* affinché possa adottare le decisioni necessarie per superare le circostanze eccezionali.

Il giudice amministrativo, conscio del pericolo di generalizzare le circostanze eccezionali e di lasciare la “porta aperta alla soppressione di ogni legalità”, ha comunque circoscritto detta nozione, esigendo che siano integrate varie condizioni<sup>40</sup>.

La prima è lo sviluppo improvviso di eventi gravi ed imprevisti: un'insurrezione, la guerra (CE, 28 giugno 1918, *Heyriès*), un cataclisma naturale – terremoto, eruzione vulcanica (CE, 18 maggio 1983, *Rodes*) –, lo sciopero in servizi pubblici di particolare ampiezza e durata (CE, 18 aprile 1947, *Jarrignon*; CE, Ass. 18 gennaio 1980, *Synd. CFDT des P et T du Haut-Rhin*, secondo cui un caso di

---

<sup>35</sup> *A contrario*, il controllo di ricorrere allo stato di emergenza sarebbe dunque possibile nel caso in cui lo stato di emergenza non fosse prorogato dalla legge.

<sup>36</sup> Cfr. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 80 e s. ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit. p. 193.

<sup>37</sup> All'epoca, il giudice amministrativo, nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, non controllava gli errori dell'amministrazione sui fatti o sulla loro qualificazione giuridica.

<sup>38</sup> V. conclusioni B. LASSERRE in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 1985, p. 558.

<sup>39</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Vol. 1, cit. p. 1086 e s. ; J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, cit. p. 276 e s.

<sup>40</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 191 e 192.

“estrema emergenza” può essere considerato come fondamento di circostanze eccezionali). Gli eventi del maggio 1968 non sono stati invece riconosciuti come circostanze eccezionali, ma solo come circostanze particolari<sup>41</sup>.

La seconda condizione è data dall'impossibilità per l'amministrazione di agire nel rispetto del principio di legalità (ad esempio, impossibilità per il governo di riunirsi: CE, Ass. 16 aprile 1948, *Laugier*).

La terza è l'esigenza della persistenza di circostanze eccezionali alla data in cui è stato adottato l'atto contestato (CE, 7 gennaio 1955, *Andriamsera*). Esigenza, questa, che non è richiesta dall'articolo 16 della Costituzione, in quanto il giudice amministrativo non controlla la sussistenza delle circostanze in relazione al singolo atto (cfr. *infra*).

Infine, è necessario che sia in gioco un interesse particolarmente importante (difesa nazionale, ordine pubblico, principio di continuità dei servizi pubblici nazionali/locali) che giustifica la deroga al principio di legalità, ma l'azione – derogatoria – dell'amministrazione è ammessa solo per fronteggiare la situazione del momento (CE, 4 giugno 1947, *Entreprise Chemin*).

Con la teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali, si è creata “una vera dottrina dei poteri di crisi”, la quale giustifica la modifica della disciplina vigente relativa alle regole di competenza, di forma e di merito degli atti amministrativi. Non viene, in ogni caso, ritenuto legittimo un atto che si riveli inutile o non corrispondente al fine per il quale è ammesso il sussistere dei poteri eccezionali<sup>42</sup>.

Per quanto riguarda la deroga alle regole di competenza, il Consiglio di Stato ha ammesso che in tempo di guerra l'amministrazione possa delegare i suoi poteri in assenza di qualunque disposizione esplicita o di qualunque norma, permettendo una delega ad un altro soggetto pubblico (CE, 1° agosto 1919, *Société des établissements Saupiquet*) o addirittura privato (CE, Ass. 7 gennaio 1944, *Lecocq*). L'amministrazione può anche intervenire in ambito legislativo (si pensi, ad esempio, alla deroga al riparto di competenza ed alla sospensione di efficacia di una legge: cfr. CE, 28 giugno 1918, *Heyriès*, che ha avallato l'azione del Governo che aveva sospeso, con decreto, per la durata della guerra, l'applicazione di una legge). Il Consiglio di Stato ha, però, sempre precisato che tale misura debba cessare il giorno in cui l'autorità regolarmente competente possa di nuovo esercitare i suoi poteri (CE, Ass. 16 aprile 1948, *Laugier*).

Il giudice amministrativo ha consentito anche deroghe alle regole di procedura: così, in circostanze eccezionali, non ha sanzionato l'atto che sospendeva la norma relativa alla comunicazione del *dossier* nelle procedure di revoca dei militari (CE, 28 giugno 1918, *Heyriès*) né gli atti che avevano decretato la requisizione di beni senza tentare, come richiesto dalla legge, di ottenere un accordo preliminare con i proprietari (CE, 10 novembre 1944, *Auvray*).

Sulle deroghe nel merito degli atti, nell'ambito delle circostanze eccezionali, l'amministrazione ha potuto adottare misure che sono state riconosciute legittime, ma che in periodi normale sarebbero state sanzionate dal giudice amministrativo: così un privato ha potuto istituire nuove tasse (CE, 7 gennaio 1944, *Lecocq*) e le autorità pubbliche hanno potuto limitare alcune libertà pubbliche e

---

<sup>41</sup> Così solo alcune limitate deroghe al principio di legalità sono state legittimate (CE, Ass. 12 luglio 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Etienne*; CE, 28 novembre 1973, *Bertand*); per maggiori dettagli sul punto, cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 191.

<sup>42</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit. p. 188.

costituzionali (CE, 28 febbraio 1919 *Dmes Dol et Laurent* 8 maggio 1983, *Rodes*, in occasione dell'attività vulcanica verificatasi in Guadalupa). Da notare è, infine, che, mentre le violazioni arbitrarie della libertà individuale, da parte dell'amministrazione, in circostanze normali, vengono qualificate come *voie de fait* e sono contestabili di fronte al giudice ordinario, in caso di circostanze eccezionali esse sono di competenza del giudice amministrativo (TC, 27 marzo 1952, *Dame de la Murette*).

## 4. L'espansione dei poteri di polizia del sindaco

Se “nella logica di uno Stato unitario e della gerarchia delle competenze, le decisioni adottate a livello centrale per l'insieme del territorio si impongono alle autorità locali”<sup>43</sup>, la giurisprudenza ha però ammesso che l'urgenza e le circostanze locali possano essere all'origine di una espansione dei poteri di polizia dei sindaci.

### 4.1. L'urgenza

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'urgenza permetta una certa deroga al principio di legalità<sup>44</sup>, per alcune regole di procedura e di forma (come la mancata richiesta di un parere obbligatorio: CE, 9 aprile 1976, *SGEN*; o come la mancata effettuazione di un'ingiunzione: CE, 25 marzo 1994, *Alvarez*), ma anche per le regole di competenza (come l'intervento immediato del sindaco per requisire degli alloggi, astrattamente di spettanza del prefetto: CE, 29 dicembre 1997, *Préfet du Val de Marne*).

La legge dell'11 luglio 1979 prevede, all'articolo 4, che gli atti amministrativi adottati in situazioni di urgenza non saranno dichiarati illegittimi nel caso in cui difetti la motivazione (un tale orientamento è stato fatto proprio anche dalla giurisprudenza: CE, 30 giugno 1982, *Malley*).

In virtù dell'articolo L 2212-2-5° CGCT, spetta al sindaco, al fine di “prevenire, attraverso adeguate precauzioni, e di fare cessare, con il dispiegamento dei soccorsi necessari, gli incidenti e le calamità locali, nonché gli inquinamenti di ogni natura, gli incendi, le inondazioni, la rottura di dighe, le frane di terra o di roccia od altri incidenti naturali, le malattie contagiose, il potere di adottare d'urgenza tutte le misure di assistenza e di soccorso e se necessario di richiedere l'intervento dell'amministrazione superiore”. In via pretoria si è anche affermato uno dei principi-cardine in materia, in base al quale il sindaco può esigere l'esecuzione immediata e con la forza pubblica delle sue decisioni (TC, 2 dicembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*<sup>45</sup>).

In quest'ambito, il potere di polizia del sindaco è molto delicato, in quanto il loro mancato esercizio implica un venir meno ai suoi obblighi legali (CE, 23 ottobre 1959, *Doublet*). Altrimenti detto, queste previsioni, combinate con il principio di precauzione, pongono i sindaci in una situazione di difficoltà, in quanto la mancata adozione di provvedimenti può essere all'origine della responsabilità del comune, mentre la loro adozione riconosciuta può essere all'origine della

---

<sup>43</sup> P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, cit. p. 246.

<sup>44</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit. p. 1089 e s.

<sup>45</sup> Per maggiori approfondimenti, cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 61 e s.

responsabilità del comune, allorché l'atto motivato da un rischio che non si sia tradotto in un evento calamitoso abbia cagionato un danno (CE, 31 agosto 2009, *Comune di Cregols*<sup>46</sup>).

## 4.2. Le circostanze locali particolari...

La nozione giurisprudenziale di circostanze locali particolari ha permesso di ampliare il potere di polizia dei sindaci che legittima l'adozione di misure di polizia più rigorose adottate a livello nazionale. Non è invece in alcun caso possibile per il sindaco affievolire gli obblighi imposti ai consociati dalla normativa nazionale.

### 4.2.1. ... nelle funzioni di polizia generale

Emerge dal considerando di principio della decisione CE, 1902, *Comune de Nérès-les-Bains*<sup>47</sup> che «se (la legge) autorizza il prefetto ad adottare regolamenti di polizia municipale per tutti i comuni della provincia o per più di uno di essi, nessuna disposizione vieta al sindaco di un comune di adottare sullo stesso oggetto per il suo comune, per motivi propri di questa località, misure più rigorose». Nella specie, mentre la regolamentazione nazionale aveva posto il divieto di gioco d'azzardo, ponendo però talune deroghe, il sindaco aveva invece disposto un divieto assoluto ed inderogabile nel suo comune: il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo l'atto regolamentare locale, proprio in quanto giustificato da circostanze locali. Questa decisione va letta in combinato con la decisione CE, 8 agosto 1919, *Labonne*<sup>48</sup>, che, oltre a riconoscere il potere regolamentare proprio del Presidente della Repubblica (ora transitato, con la Costituzione del 1958, in capo al Primo ministro), ha disciplinato l'articolazione delle diverse polizie generali, permettendo sia al prefetto che al sindaco (titolari di polizia generale al livello locale) di completare le misure di polizia generale nazionale, sul presupposto che, se le circostanze locali lo esigono, quella la polizia locale ben può aggravare gli obblighi disposti da quella nazionale,.

Il principio fissato con la giurisprudenza *Labonne*, relativo a misure di polizia stradale, combinato con quello di quella emergente dalla decisione *Nérès-les-Bains*, è stato poi specificamente ripreso a livello normativo dall'articolo R 411-8 del codice della strada<sup>49</sup>.

Il controllo delle misure di polizia amministrativa da parte del giudice, quando sono in gioco libertà pubbliche o costituzionali, si pone come un vero e proprio controllo di proporzionalità tra la misura di polizia e la sua finalità, donde la tendenza a non ritenere legittimi i divieti generali e assoluti in assenza di circostanze locali (CE, 19 maggio 1933, *Benjamin*<sup>50</sup>). Al contrario, divieti

---

<sup>46</sup> Cfr. J. GATE, *La prévention des fléaux calamiteux par le maire ou la délicate exigence d'une juste prudence*, in *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2009, n. 51, p. 22 e s.

<sup>47</sup> Per maggiori approfondimenti, cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 56 e s.

<sup>48</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 213 e s.

<sup>49</sup> Nello stesso codice, si ha una ulteriore dimostrazione della validità del principio: all'articolo R 413-3 si consente, in determinati centri urbani, di portare la velocità massima da 50 a 70 chilometri orari; tale previsione si spiega con l'impossibilità per le autorità locali di attenuare il rigore di misure, e dunque con la necessità di provvedere in tal senso da parte degli organi nazionali.

<sup>50</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 280 e s.



“limitati”, ed in presenza di circostanze locali, saranno ritenuti legittimi dalla giurisprudenza amministrativa.

In applicazione di questi criteri, invero piuttosto vaghi, non sono mancate note critiche nei confronti di decisioni giurisprudenziali relative a provvedimenti che ordinavano il coprifuoco<sup>51</sup> e che vietavano l’accattonaggio.

Ad esempio, durante l’estate 2001, diversi sindaci, tra cui quello di Orléans, hanno adottato atto che vietavano, dal 15 giugno al 15 settembre 2001, in certe aree della città, dalle ore 23 alle ore 6, la circolazione dei minori di 13 anni non accompagnati da un maggiorenne. Il giudice amministrativo, intervenendo con procedimento d’urgenza (CE, Ord. 9 luglio 2001, *Préfet du Loiret* e CE, Ord. 27 luglio 2001, *Ville d’Etampes*), ha ritenuto la legittimità di dette misure perché in presenza di circostanze locali particolari il sindaco può, in virtù dei poteri di polizia generale di cui dispone, contribuire alla protezione dei minori, vietandone la circolazione nelle forme indicate. Il giudice ha però imposto il rispetto di due condizioni: che le misure siano giustificate dall’esistenza di rischi particolari nelle aree in riferimento alle quali sono state adottate e che rechino contenuti corrispondenti all’obiettivo di protezione preso in considerazione<sup>52</sup>.

La limitazione *rationae loci*, *rationae personae* e *rationae temporis* appare qui fondamentale per giustificare la misura restrittiva, e sarà ripresa anche in relazione al divieto di accattonaggio: al riguardo, il Consiglio di Stato (CE, 9 luglio 2003, *M. Lecomte, Association AC Conflent*<sup>53</sup>) ha riconosciuto la legittimità di alcuni atti c.d. “anti-accattonaggio”, sul presupposto che il divieto fosse limitato ad alcune zone della città, al periodo dal 10 giugno al 30 settembre 1996, ai giorni compresi dal martedì alla domenica, dalle ore 9 alle ore 20.

#### **4.2.2. Segue: ... nei casi in cui la funzione di polizia generale si compenetra con quella di polizia speciale: l’esempio della moralità pubblica**

In deroga ad un principio che impone la separazione tra polizia generale e polizia speciale, in alcuni casi il giudice amministrativo consente l’intervento della autorità incaricata della funzione di polizia generale nel caso in cui l’autorità responsabile della polizia speciale non abbia adottato misure sufficienti per garantire l’ordine pubblico.

Così, il sindaco (polizia generale) ha potuto adottare misure amministrative nell’ambito della polizia speciale del cinema, in virtù di circostanze locali. In quell’ambito, la giurisprudenza ha conosciuto un’evoluzione relativa tanto al problema della tranquillità pubblica quanto a quello della moralità pubblica.

Nella decisione del 18 dicembre 1959, *Société “Les films Lutetia” et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il «sindaco, responsabile dell’ordine nel suo comune, può ... vietare sul suo territorio la diffusione di un film che [pure] dispone del visto ministeriale, se la proiezione è suscettibile di creare disordini gravi o di essere

---

<sup>51</sup> G. ARMAND, *Le couvre-feu imposé aux mineurs : une conception nouvelle de la sécurité*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2002, p. 351.

<sup>52</sup> La verifica di dette condizioni ha permesso di escludere la validità degli atti adottati limitatamente ad alcune delle aeree urbane indicate.

<sup>53</sup> Per maggiori dettagli Cfr T. OLSON, (Conclusioni del Commissario del governo, *A quelles conditions un arrêté “anti-mendicité” est-il légal ?*, in *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2003, n. 11, p. 816 e s.

arrecare danno, in ragione del carattere immorale del film e delle circostanze locali, all'ordine pubblico”.

L'evoluzione della giurisprudenza permetterà al giudice di valutare la legittimità di misure di polizia più restrittive indipendentemente dal rischio di lesione della tranquillità pubblica, andando a verificare caso per caso le circostanze locali. In 11 sentenze del 19 aprile 1963 concernenti il divieto di proiezione di uno stesso film, il Consiglio di Stato si è riferito alla composizione particolare della popolazione, alle varie proteste locali, alle prese di posizioni di personalità locali per ritenere legittimo o meno il divieto posto. Il Commissario del Governo, P. Frydman, aveva avvertito del pericolo della dilatazione della nozione di circostanze particolari locali: “non bastano ovviamente alcune testimonianze di indignazione isolate per autorizzare il sindaco a vietare uno spettacolo, altrimenti l'esercizio del potere di polizia rischierebbe di diventare il terreno d'intervento privilegiato dei gruppi di pressione di ogni parte”<sup>54</sup>. E dando seguito a questo avvertimento, il giudice amministrativo ha optato per misure meno incisive rispetto al divieto generale ed assoluto della proiezione, come il divieto di visione per certe categorie di persone (minori, minori di 16 anni). Da ciò si è ricavata la circoscrizione e l'irrigidimento della nozione di circostanze locali, di talché, oggi, per limitare la diffusione di pellicole cinematografiche, è sempre più difficile giustificare divieti con il riferimento a siffatte circostanze<sup>55</sup>.

Il binomio circostanze locali – (tutela della) moralità pubblica si è però riproposto in altri ambiti, finendo per ampliare la competenza dei sindaci. Il riferimento va all'affissione di cartelloni pubblicitari, il cui divieto può essere motivato in ragione del loro carattere licenzioso o pornografico (CE, 11 maggio 1977, *Ville de Lyon*, sul divieto di cartelloni pubblicitari di un *sexy shop* vicino al monumento della resistenza a Lione; CAA Versailles, 13 marzo 2008, sul divieto di apertura di un *sexy shop* presso luoghi pubblici destinati ai bambini, presso la biblioteca municipale e presso diverse scuole<sup>56</sup>).

Significativa è anche la soluzione del giudice che, senza fondarsi sulla nozione di circostanze locali particolari né, almeno esplicitamente, su quella della tutela della moralità pubblica, ma riferendosi alla dignità della persona, ha ritenuto legittimo il divieto del sindaco imposto al “gioco del lancio di nano” (CE, 27 ottobre 1995, *Comune de Morsang-sur-Orge*<sup>57</sup>). Questa soluzione non appariva scontata, in quanto non si riscontravano circostanze locali che giustificassero di per sé la competenza del sindaco e, d'altro canto, il divieto avrebbe potuto essere posto nell'ambito della funzione di polizia speciale (quella relativa agli spettacoli).

La dottrina<sup>58</sup> ha potuto rilevare come l'evoluzione della nozione di circostanze locali particolari e quella di ordine pubblico, comprensiva in un certo senso della della moralità pubblica<sup>59</sup>, implica l'integrazione, in chiave di tutela, di alcuni diritti fondamentali, che si concepiscono allora in una dimensione sia soggettiva che oggettiva. Da ciò deriva, tuttavia, anche la legittimità di restrizioni di

---

<sup>54</sup> Cit. in HUL. S., *Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2005, p. 1851 e s.

<sup>55</sup> P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, cit. p. 241.

<sup>56</sup> Cit. SOYKURT-MACAIRE S., *L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de « circonstances locales particulières »*, in *Droit administratif*, 2009, n. 7, p. 7 e s.

<sup>57</sup> Cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 701 e s.

<sup>58</sup> V. G. ARMAND, *Le couvre-feu imposé aux mineurs : une conception nouvelle de la sécurité*, cit.. anche per il quadro delle diverse posizioni dottrinali.

<sup>59</sup> V. R. CHAPUS e P. FRYDMAN.

talune libertà in nome di questa rinnovata concezione dell'ordine pubblico. Così, mentre la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata alla base della nozione di ordine pubblico si attenua, il principio dell'autonomia privata, consacrato all'articolo 4 della Dichiarazione del 1789, nel quale la libertà è definita come il potere di fare tutto ciò che non nuoce ad altri, si evolve, divenendo “una tutt'altra libertà”, concepita come “il potere di fare tutto ciò che non nuoce [non solo agli altri, ma anche] alla società”<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Vol. 1, cit. p. 712, cit. da G. ARMAND, *Le couvre-feu imposé aux mineurs : une conception nouvelle de la sécurité*, cit.

# GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

## 1. Introduzione

L'analisi del tema dei poteri emergenziali e delle c.d. deroghe al principio di legalità non può, con riferimento all'ordinamento tedesco, prescindere da una preliminare illustrazione del principio di legalità che vige in Germania e che, ovviamente, vincola l'esecutivo ed in particolare l'amministrazione (c.d. *Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung*).

In base a tale principio fondamentale dell'ordinamento tedesco, l'amministrazione è vincolata alle leggi ed assoggettata al controllo della giustizia amministrativa che esamina il rispetto delle leggi da parte dell'amministrazione nell'ambito delle rispettive competenze. Il principio di legalità, che vuole che siano riconoscibili e certi i presupposti in base ai quali è possibile addivenire ad una limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti, ha due componenti, che sono il principio del primato o della supremazia della legge (*Vorrang des Gesetzes*) ed il principio della riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*).

### 1.1. Il primato della legge

Il principio del *Vorrang des Gesetzes* esprime il legame e la subordinazione dell'amministrazione alle leggi vigenti e prevede, da un lato – in senso positivo –, che quest'ultima debba agire in conformità con le leggi e, dall'altro – in senso negativo –, che essa non debba assumere alcuna misura o emettere alcun provvedimento in contrasto o, appunto, in deroga alle leggi.

Il principio del *Vorrang des Gesetzes* vale in maniera assoluta e incondizionatamente per l'intera amministrazione. Ciò deriva dall'obbligatorietà delle leggi vigenti e viene confermato dall'art. 20, comma 3, Legge fondamentale che recita quanto segue:

*“Il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo ed il potere giurisdizionale alla legge ed al diritto”.*

L'art. 20, comma 3, LF si riferisce *in primis* alle leggi formali ovvero parlamentari, ma si applica anche alla legislazione delegata, alle ordinanze normative ed agli statuti (*Satzungen*) nell'ambito della delega. Come si vedrà meglio *infra*, il *Vorrang des Gesetzes* trova inoltre applicazione con riferimento alle leggi emanate nell'ambito della c.d. *Notstandsgesetzgebung* (procedure legislative di emergenza, art. 115e LF) nonché nello *stato di emergenza legislativo* (art. 81 LF).

La questione se l'art. 20, comma 3, LF assoggetti l'amministrazione direttamente alla Costituzione è invece controversa, alla luce della formulazione della norma costituzionale, che sembra prevedere un tale vincolo solo in capo al potere legislativo. Alcuni sostengono pertanto che l'amministrazione sia vincolata solo indirettamente – tramite le leggi ovvero il vincolo del legislatore le cui leggi essa deve rispettare – all'ordinamento costituzionale, oltre ad essere comunque direttamente vincolata mediante l'art. 1, comma 3, LG al rispetto dei diritti fondamentali. L'art. 1, comma 3, LF sancisce, infatti: *“I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili”.* Altri sostengono invece

che la subordinazione dell'esecutivo all'ordinamento costituzionale si possa tuttavia dedurre dalla *ratio* dell'art. 20, comma 3, LF. La controversia ha ad ogni modo una rilevanza essenzialmente teorica, in quanto può *de facto* riguardare solo i casi eccezionali in cui l'amministrazione agisce in uno spazio non disciplinato per legge in cui, per di più, non incidono i diritti fondamentali, oppure i casi in cui sussiste un contrasto tra la Costituzione e la legge. Per quest'ultima evenienza, però, la Legge fondamentale ha previsto la disposizione dell'art. 100, comma 1, LF<sup>1</sup> (controllo di legittimità da parte del Tribunale costituzionale federale) che, insieme con la legge istitutiva del Tribunale (*BVerfGG*), produce quantomeno l'effetto di un vincolo indiretto alla Costituzione.

Si evidenzia che il vincolo previsto dal principio di legalità trova applicazione, non solo a livello federale, ma anche in relazione ai *Länder*, e quindi alle autorità amministrative degli stessi, in quanto gli ordinamenti dei *Länder* devono essere conformi ai principi dello Stato di diritto, ai sensi della Legge fondamentale<sup>2</sup>. Si discute, in realtà, se tale vincolo derivi direttamente dall'art. 20, comma 3, LF o se si debba dedurre solamente dall'art. 28 LF<sup>3</sup>. Sta di fatto che, secondo l'opinione unanime, l'intera amministrazione, sia del *Bund* che dei *Länder* (ivi inclusi i Comuni: cfr. art. 28, comma 2, LF), è assoggettata al principio del *Vorrang* e del *Vorbehalt des Gesetzes*. I *Länder* possono ovviamente prevedere nelle proprie costituzioni ulteriori disposizioni al riguardo.

Il principio del *Vorrang des Gesetzes* funge anche come regola di risoluzione di conflitti tra i vari atti nella gerarchia delle fonti normative (tale gerarchia si evince in realtà da varie disposizioni della Legge fondamentale, come ad esempio dall'art. 100, comma 1, LF). Una fonte di livello inferiore non deve essere in contrasto con una fonte di livello superiore (*lex superior derogat legi inferiori*). Con riferimento alla gerarchia delle norme, che rileva nel contesto del *Vorrang des Gesetzes*, si richiama inoltre l'art. 31 LF, secondo cui “*il diritto federale prevale sul diritto del Land*”.

Si segnala, infine, che il principio di cui all'art. 20, comma 3, LF gode della particolare tutela dell'art. 79, comma 3, LF, ai termini del quale “*non è consentita alcuna modifica della presente*

---

<sup>1</sup> Articolo 100, comma 1, LF

Se un tribunale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso; qualora si tratti della violazione della Costituzione di un *Land*, deve essere chiesta la decisione del tribunale del *Land* competente per le controversie costituzionali, qualora si tratti della violazione della presente Legge fondamentale, deve essere richiesta la decisione del Tribunale costituzionale federale. Ciò vale anche se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale da parte del diritto di un *Land* o dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con una legge federale.

<sup>2</sup> Articolo 28 LF

(1) L'ordinamento costituzionale dei *Länder* deve essere conforme ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei *Länder*, nei Distretti (*Kreisen*) e nei Comuni il popolo deve avere una rappresentanza che emerga da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. Nei Comuni, l'assemblea dei cittadini del Comune può sostituire l'organo elettivo. Per le elezioni nei Distretti e nei Comuni hanno diritto di voto e sono eleggibili, secondo il diritto delle Comunità europee, anche persone in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri della Comunità europea.

(2) Ai Comuni deve essere garantito il diritto di regolare, sotto la propria responsabilità, tutti gli affari della comunità locale nell'ambito delle leggi. Anche i consorzi di Comuni godono di autonomia amministrativa, nei limiti delle competenze loro attribuite dalle leggi. La garanzia di autonomia amministrativa comprende anche i fondamenti della propria responsabilità finanziaria; questi fondamenti comprendono una risorsa fiscale basata sul potenziale economico, di cui i comuni beneficiari fissano l'aliquota impositiva.

(3) La Federazione garantisce la conformità dell'ordinamento costituzionale dei *Länder* ai diritti fondamentali ed alle disposizioni di cui ai commi primo e secondo del presente articolo.

<sup>3</sup> Il Tribunale costituzionale federale stesso ha volutamente non deciso tale questione, lasciando ai *Länder* tuttavia un certo margine di manovra in relazione a questioni che sono di scarsa rilevanza per la portata dell'art. 20, comma 3, LF (*BVerfGE* 90, 60, 86) e che quindi non incidono sul contenuto essenziale del principio dello Stato di diritto.

*Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20*".

## **1.2. La riserva di legge**

L'altra componente del principio di legalità è il *Vorbehalt des Gesetzes*, secondo cui l'attività amministrativa deve trovare, in principio, una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati da una legge e solo nei modi da questa prescritti. Sebbene tale principio non possa essere analizzato in maniera esaustiva in questa sede, si segnala brevemente come la sua deduzione ed il suo campo di applicazione, nel dettaglio, siano controversi.

Sul primo profilo, mentre alcuni richiamano nuovamente l'art. 20, comma 3, LF come fonte (così anche BVerfGE 40, 237, 248; 77, 170, 230), altri distinguono tra le riserve di legge previste dagli stessi diritti fondamentali e la generale riserva di legge che troverebbe il suo fondamento nel principio democratico ed in quello dello Stato di diritto.

Con riferimento al secondo profilo, in origine la riserva di legge fu ritenuta necessaria solamente per la c.d. *Eingriffsverwaltung*, quindi quella parte dell'attività amministrativa che trova esplicazione, sostanzialmente, attraverso l'emanazione di atti amministrativi c.d. restrittivi, ossia di atti amministrativi cui siano ricollegabili conseguenze giuridicamente negative per il destinatario. In seguito si è discusso della possibile estensione di tale principio anche ad altri settori dell'amministrazione, come a quello della *Leistungsverwaltung*, quindi a quell'ambito dell'azione dell'amministrazione caratterizzato, sostanzialmente, dall'adozione di misure amministrative ampliative (ovvero di prestazione). Sebbene molte questioni siano rimaste ad oggi controverse, giova ricordare che il Tribunale costituzionale federale ha sviluppato una formula, la c.d. *Wesentlichkeitstheorie*, secondo cui quantomeno le decisioni essenziali, che incidono sui diritti fondamentali, devono essere disciplinate dal legislatore stesso e quindi essere oggetto del *Vorbehalt des Gesetzes*. Si osserva infine che la c.d. *Leistungsverwaltung*, in caso di emergenza, può o deve agire anche senza che sia prevista una base legale per la sua attività (c.d. *Notkompetenz*).

## **2. Poteri emergenziali e deroghe all'assetto istituzionale**

### **2.1. La disciplina costituzionale federale**

Il principio di legalità e del *Vorrang des Gesetzes* trova applicazione anche nelle c.d. situazioni di emergenza disciplinate dalla Legge fondamentale. Alla luce della nota esperienza storica, la Costituzione tedesca del 1949 non conteneva, in linea principio e salvo alcune disposizioni relative allo stato di emergenza interno, norme straordinarie in ordine allo stato di guerra o al diritto di necessità dello Stato (*Staatsnotstand*) che legittimassero un regime di deroga ai diritti ed alle libertà costituzionalmente garantiti<sup>4</sup>. Tuttavia, in un clima di allarme sociale causato da violenti attentati terroristici della *Rote Armee Fraktion*, è stata introdotta, a seguito della 17° revisione della Legge fondamentale del 1968, una dettagliata disciplina costituzionale degli stati di eccezione, con una

---

<sup>4</sup> Cfr. S. GAMBINO e A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 1497, 1539 ss.

serie di articolati strumenti atti a fronteggiare le situazioni di crisi, disciplina che, nonostante sia rimasta finora sostanzialmente inapplicata, è stata oggetto di forte dibattito.

La normativa costituzionale tedesca degli stati di emergenza ha un impianto garantista, che si fonda sul primato del Parlamento in materia di diritti fondamentali e di dichiarazione di stati d'eccezione. Da questo punto di vista, c'è stato un netto ribaltamento rispetto alla impostazione della Costituzione di Weimar, che invece si caratterizzava per il ruolo determinante del Capo dello Stato nelle situazioni di emergenza<sup>5</sup>.

L'aspetto fondamentale della disciplina costituzionale degli stati di crisi consiste, quindi, nel riconoscimento della legge parlamentare quale unica fonte competente ad incidere sui diritti e sulle libertà garantiti<sup>6</sup>. È solo il Parlamento che può autorizzare il Governo ad assumere decisioni in deroga ai diritti costituzionalmente garantiti, mentre l'esperienza tedesca in materia di lotta contro le minacce alla sicurezza, con riferimento particolare al fenomeno del terrorismo, si è caratterizzata per una prevalenza dell'elemento poliziesco-amministrativo su quello legislativo (con quanto ciò comporta in termini di rischi per le garanzie formali e sostanziali, anche se – si deve precisare – eventuali abusi del potere esecutivo trovano sempre un contrappeso nell'attività del potere legislativo e nella giurisdizione, mentre – almeno in astratto – le violazioni operate dal legislatore possono introdurre squilibri più duraturi nel sistema)<sup>7</sup>.

In altre parole, il Governo federale non dispone della facoltà di adottare autonomamente atti di rango legislativo in casi di straordinaria necessità ed urgenza. Si noti, al riguardo, che, indipendentemente dalle riserve di legge (formale) contenute in norme costituzionali (v. *infra*), incluse quelle relative ai limiti alle deleghe legislative (art. 80 LF, che richiede una precisa determinazione del contenuto, dello scopo e della misura della delega all'esecutivo<sup>8</sup>) ed ai diritti

---

<sup>5</sup> C. SBAILLO, *Accentramento di potere in caso di emergenza in Germania*, in *Sicurezza e libertà fondamentali*, Istituto di Studi politici, "S. Pio V" a cura di E. PFÖSTL, Roma, 2008, p. 147-154.

<sup>6</sup> Ciò non ha impedito, tuttavia, che, ad esempio nel corso della grave crisi interna degli anni settanta, si apportassero misure fortemente limitative dei diritti fondamentali, che sono state oggetto di critica in dottrina; cfr. per ulteriori dettagli S. GAMBINO e A. SCERBO, *op. cit.*, p. 1540 ss. Sebbene all'epoca non sia stato dichiarato formalmente lo stato di difesa, sono state approvate varie leggi antiterrorismo che hanno comportato modifiche al diritto penale e processuale, tra cui rilevano ad esempio la legge del 1972 con cui è stato disposto l'arresto e la carcerazione preventiva in tutti i casi in cui vi fosse il sospetto che il reo potesse ripetere il reato che gli veniva attribuito, o anche la c.d. *Kontaktsperregesetz* del 1975, che prevede la possibilità di applicare il regime della detenzione senza possibilità di contatti con l'esterno ai detenuti colpevoli di reati di terrorismo ed a quelli in attesa di giudizio sulla base del medesimo capo d'imputazione.

<sup>7</sup> C. SBAILLO, *op. cit.*

<sup>8</sup> Articolo 80 [Emanazione di ordinanze normative]

(1) Il Governo federale, un ministro federale o i governi dei *Länder* possono essere delegati per legge a emanare ordinanze normative. Detta legge deve determinare il contenuto, lo scopo e la misura della delega concessa. Inoltre, nell'ordinanza normativa dovrà essere indicato il proprio fondamento giuridico. Se la legge prevede che la delega possa essere ulteriormente trasferita, sarà necessario un'ordinanza normativa per il trasferimento della delega stessa.

(2) Se il legislatore federale non dispone diversamente, occorre l'approvazione del *Bundesrat* per le ordinanze normative del Governo federale o di un ministro federale relative ai principi generali e alle tariffe per l'utilizzazione dei servizi postali e delle telecomunicazioni, ai principi generali concernenti le tariffe per l'utilizzazione delle linee ferroviarie della Federazione, alla costruzione e all'esercizio delle ferrovie, così come per le ordinanze normative emanate in base a leggi federali, che necessitano dell'approvazione del *Bundesrat* oppure che vengono eseguiti dai *Länder*, per incarico della Federazione o come materia propria.

(3) Il *Bundesrat* può inviare al Governo federale proposte per l'emanazione di ordinanze normative che richiedono il suo assenso.

(4) Nel caso che con legge federale o sulla base di leggi federali i governi dei *Länder* siano delegati a emanare ordinanze normative, i *Länder* possono provvedere anche con legge.

fondamentali stessi, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che il legislatore parlamentare non sia neppure autorizzato a conferire deleghe legislative al potere esecutivo circa questioni che sono essenziali per la realizzazione dei diritti fondamentali<sup>9</sup>.

## **2.2. La sospensione o la limitazione di diritti fondamentali e le deroghe alla disciplina costituzionale nelle varie situazioni estreme**

La “costituzione degli stati di emergenza”<sup>10</sup> prevista nella Legge fondamentale, disciplina le seguenti situazioni:

- 1) lo stato di difesa (*Verteidigungsfall*), vale a dire lo stato d'emergenza esterno (artt. 115 a<sup>11</sup>, 115 l LF<sup>12</sup>), disciplinato nel titolo Xa della Legge fondamentale, in cui vengono stabiliti le competenze ed i presupposti dello stato di difesa nonché le modalità di intervento degli organi rappresentativi;

---

<sup>9</sup> Cfr. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 185 con rif. a BVerfGE 40, 237, 248; 49, 89, 126; 61, 260, 275; 88, 103, 116.

<sup>10</sup> Per una dettagliata analisi della disciplina costituzionale degli stati di emergenza cfr. L. MEZZETTI, *Comando costituzionale delle forze armate e gestione degli stati di crisi nella Repubblica federale di Germania*, in *Diritto e società*, 1991, p. 307 ss.

<sup>11</sup> Articolo 115a [Constatazione dello Stato di difesa]

(1) Il *Bundestag*, con l'approvazione del *Bundesrat*, constata che il territorio federale è oggetto di aggressione armata o che tale aggressione è imminente (stato di difesa). La constatazione ha luogo su richiesta del Governo federale; per essa, è necessaria una maggioranza pari ai due terzi dei voti espressi e, almeno, la maggioranza dei membri del *Bundestag*.

(2) Se la situazione richiede inderogabilmente un intervento indifferibile ed esistono ostacoli insormontabili per riunire tempestivamente il *Bundestag*, oppure quest'ultimo non è in condizione di deliberare, la constatazione è effettuata dalla Commissione comune con una maggioranza pari ai due terzi dei voti espressi e, almeno, la maggioranza dei suoi membri.

(3) La constatazione è proclamata dal Presidente federale e pubblicata nella Gazzetta ufficiale federale ai sensi dell'art. 82. Se ciò non è possibile in modo tempestivo, la proclamazione ha luogo diversamente; la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale federale va effettuata non appena le circostanze lo permettano.

(4) Se il territorio federale è oggetto di aggressione armata e gli organi federali competenti non sono in condizione di effettuare immediatamente la constatazione di cui al precedente n. 1, prima frase, la constatazione si intende effettuata e la sua proclamazione avvenuta nel momento in cui l'aggressione ha avuto inizio. Il Presidente federale rende noto tale momento non appena le circostanze lo permettano.

(5) Dopo che è avvenuta la proclamazione dello stato di difesa e si è verificata l'aggressione armata del territorio federale, il Presidente federale può, con l'approvazione del *Bundestag*, emettere dichiarazioni di diritto internazionale sull'esistenza dello stato di difesa. Ricorrendo le condizioni di cui al precedente n. 2, la Commissione comune si sostituisce al *Bundestag*.

<sup>12</sup> Articolo 115 l [Abrogazione delle norme straordinarie – conclusione della pace]

(1) Il *Bundestag* può in ogni momento, con l'approvazione del *Bundesrat*, abrogare leggi emanate dalla Commissione comune. Il *Bundesrat* può richiedere che il *Bundestag* adotti una deliberazione al riguardo. Gli altri provvedimenti adottati dalla Commissione comune o dal Governo federale per contrastare il pericolo sono abrogati se così deliberano il *Bundestag* e il *Bundesrat*.

(2) Il *Bundestag* può in ogni momento, con l'approvazione del *Bundesrat*, dichiarare la cessazione dello stato di difesa con deliberazione soggetta a proclamazione da parte del Presidente federale. Il *Bundesrat* può richiedere che il *Bundestag* adotti una deliberazione al riguardo. La cessazione dello stato di difesa deve immediatamente essere dichiarata, ove non sussistano più i presupposti della sua constatazione.

(3) La decisione sulla conclusione della pace è adottata con legge federale.



- 2) lo stato di tensione (*Spannungsfall*), anteriore allo stato di difesa (art. 80a LF<sup>13</sup>);
- 3) limitazioni, per esigenze difensive, delle libertà di lavoro, attraverso il servizio militare e civile obbligatorio (art. 12a LF<sup>14</sup>);
- 4) lo stato di catastrofe (*Katastrophennotstand*) (art. 35, commi 2 e 3, LF<sup>15</sup>);

---

<sup>13</sup> Articolo 80a [Stato di tensione]

(1) Nei casi in cui la presente Legge fondamentale o una legge federale in materia di difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, stabilisca che determinate norme giuridiche possono essere applicate solo in conformità con quanto disposto dal presente articolo, la loro applicazione, salvo il caso dello stato di difesa, è ammessa soltanto se il *Bundestag* constati la sussistenza di uno stato di tensione, oppure se sia specificamente approvata dal *Bundestag*. La constatazione dello stato di tensione e l'approvazione specifica nei casi previsti dall'art. 12a, nn. 5, prima frase, e 6, seconda frase, richiedono la maggioranza di due terzi dei voti espressi.

(2) I provvedimenti adottati in forza di norme giuridiche ai sensi del precedente n. 1 devono essere abrogati ove lo richieda il *Bundestag*.

(3) In deroga al n. 1, l'applicazione di tali norme è altresì ammessa in base e conformemente a una risoluzione adottata da un organo internazionale nell'ambito di un trattato di alleanza, con l'approvazione del Governo federale. I provvedimenti adottati ai sensi del presente paragrafo devono essere abrogati se lo richieda il *Bundestag* a maggioranza dei suoi membri.

<sup>14</sup> Articolo 12a [Servizio militare e civile obbligatorio]

(1) I cittadini di sesso maschile che hanno compiuto il diciottesimo anno di età possono essere chiamati a prestare servizio nelle Forze armate, nella Guardia federale di Frontiera o in una unità di protezione civile.

(2) Chi rifiuta, per motivi di coscienza, il servizio in armi, può essere obbligato a un servizio sostitutivo. La durata del servizio sostitutivo non può essere superiore a quella del servizio militare. La regolamentazione è stabilita con legge, la quale non può pregiudicare la libertà di decidere secondo coscienza e deve altresì prevedere una possibilità di servizio sostitutivo al di fuori delle unità delle Forze armate e della Guardia federale di Frontiera.

(3) Le persone soggette agli obblighi di leva che non sono chiamate a prestare uno dei servizi di cui ai nn. 1 e 2 possono essere obbligate per legge o in base a una legge, in caso di proclamazione dello stato di difesa, a prestare lavoro nell'ambito di servizi civili con finalità di difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile; possono essere imposti obblighi derivanti da un rapporto di servizio di diritto pubblico solo nell'esercizio di funzioni di polizia o di quelle funzioni sovrane della pubblica amministrazione che possono essere esercitate solo nell'ambito di un rapporto di servizio di diritto pubblico. I rapporti di lavoro ai sensi della prima frase possono essere costituiti nell'ambito delle Forze armate, nel settore del rifornimento di queste ultime, nonché nell'ambito della pubblica amministrazione; gli obblighi relativi a rapporti di lavoro nel settore del rifornimento della popolazione civile sono ammessi soltanto per soddisfare i bisogni di prima necessità di quest'ultima o per garantire la sua protezione.

(4) Qualora in caso di proclamazione dello stato di difesa il fabbisogno di servizi civili presso infrastrutture sanitarie civili, come pure presso ospedali militari in pianta stabile, non possa essere soddisfatto su basi di volontariato, le donne di età non inferiore ai diciotto anni e non superiore ai cinquantacinque possono essere assegnate, per legge o in base a una legge, a tali servizi. In nessun caso possono essere obbligate a prestare servizio con le armi.

(5) Per il tempo che precede lo stato di difesa, gli obblighi di cui al n. 3 possono essere motivati solo in base all'art. 80a, n. 1. Per la preparazione alla prestazione di servizi ai sensi del n. 3, per i quali siano necessarie speciali conoscenze e capacità, può essere resa obbligatoria, per legge o in base a una legge, la partecipazione a corsi di formazione. In questo caso, non trova applicazione quanto disposto nella prima frase.

(6) Qualora in caso di stato di difesa non possa essere coperto su basi di volontariato il fabbisogno in forza lavoro nei settori menzionati al n. 3, seconda frase, la libertà dei tedeschi di abbandonare l'esercizio di una professione o il posto di lavoro può essere limitata, per legge o in base a una legge, al fine di coprire tale fabbisogno. Nel periodo che precede lo stato di difesa si applica per analogia quanto disposto dal n. 5, prima frase.

<sup>15</sup> Articolo 35 [Assistenza giuridica ed amministrativa, aiuti in caso di calamità]

(1) Le autorità dello Stato federale e dei *Länder* nel loro complesso si prestano reciproca assistenza giuridica e amministrativa.

(2) Per il mantenimento o il ripristino della sicurezza o dell'ordine pubblico, un *Land* può, in casi di particolare gravità, richiedere l'intervento di unità e mezzi della Guardia federale di Frontiera in appoggio alle proprie forze di polizia, qualora queste ultime, in mancanza di tale intervento, possano non essere in grado di assolvere un compito ovvero di assolverlo solo con notevoli difficoltà. Per il soccorso in caso di calamità naturale o di incidente

- 5) limitazioni della segretezza epistolare, postale e delle telecomunicazioni (art. 10 LF<sup>16</sup>);
- 6) lo stato d'emergenza interno, previsto nel testo originario della Legge fondamentale, cui sono state apportate modifiche ed integrazioni, al riguardo, con la revisione precitata del 1968 (artt. 11,<sup>17</sup> 91<sup>18</sup>, 87a, comma 4, LF<sup>19</sup>);
- 7) la clausola di garanzia nel rapporto di lavoro (*Arbeitsschutzklausel*) che vige nello stato di

---

particolarmente grave, un *Land* può richiedere l'intervento di forze di polizia di altri *Länder*, unità e infrastrutture di altre amministrazioni come pure della Guardia federale di Frontiera e delle Forze armate.

(3) Se la calamità naturale o l'incidente incombe sul territorio di più di un *Land*, il Governo federale può, ove ciò sia indispensabile per contrastare efficacemente tali pericoli, impartire ai governi dei *Länder* l'ordine di porre forze di polizia a disposizione di altri *Länder*, nonché far intervenire unità della Guardia federale di Frontiera e delle Forze armate in aiuto delle forze di polizia. I provvedimenti adottati dal Governo federale ai sensi della prima frase vanno in ogni momento sospesi su richiesta del *Bundesrat* e, in ogni caso, immediatamente dopo la cessazione del pericolo.

<sup>16</sup> Articolo 10 [Segretezza della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni]

(1) Il segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni è inviolabile.

(2) Le limitazioni possono essere disposte solo in base ad una legge. Se la limitazione è finalizzata a salvaguardare l'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia o la stabilità o la sicurezza dello Stato federale o di un *Land*, la legge può disporre che essa non sia resa nota all'interessato e che al rimedio giurisdizionale subentri il controllo di organi, e di ausiliari di questi ultimi, designati dal parlamento.

<sup>17</sup> Articolo 11 [Libertà di circolazione]

(1) Tutti i tedeschi hanno diritto di circolare liberamente nell'intero territorio federale.

(2) Questo diritto può essere limitato solo per legge o in base a una legge ed esclusivamente nei casi in cui manchino sufficienti mezzi di sostentamento e alla collettività possano derivare particolari oneri, oppure quando ciò sia necessario per scongiurare un pericolo imminente per la stabilità o l'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia nello Stato federale o in un *Land*, o la minaccia di epidemie, calamità naturali o incidenti particolarmente gravi, per proteggere i giovani dall'abbandono o prevenire azioni criminose.

<sup>18</sup> Articolo 91 [Stato di emergenza interno]

(1) Un *Land* può, al fine di scongiurare un pericolo imminente per la stabilità dell'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia dello Stato federale o di un *Land*, richiedere ad altri *Länder* l'ausilio di forze di polizia, nonché quello di unità e mezzi di altre amministrazioni e della Guardia Federale di Frontiera.

(2) Se il *Land* nel quale il pericolo incombe non è preparato o in grado di contrastarlo da solo, il Governo federale può assumere il comando delle forze di Polizia di tale *Land* nonché delle forze dell'ordine di altri *Länder*, come pure impiegare unità della Guardia Federale di Frontiera. Il provvedimento deve essere revocato dopo la cessazione del pericolo e, inoltre, in ogni momento ove lo richieda il *Bundestag*. Se il pericolo si estende oltre il territorio di un singolo *Land*, il Governo federale può impartire direttive ai Governi dei *Länder*, sempreché ciò sia necessario ai fini dell'efficacia della lotta al pericolo; resta salvo quanto disposto nella prima e nella seconda frase.

<sup>19</sup> Articolo 87a [Forze armate]

(1) Lo Stato federale predispone le Forze armate per la difesa. Il suo organico e le linee direttrici della sua organizzazione devono risultare nel bilancio di previsione.

(2) Al di fuori della difesa, l'impiego delle Forze armate è ammissibile solo nei casi espressamente consentiti dalla presente Legge fondamentale.

(3) In caso di stato di difesa o di tensione, le Forze armate sono autorizzate a compiere operazioni di protezione degli obiettivi civili e di regolamentazione del traffico, in quanto ciò sia necessario per l'assolvimento dei loro compiti difensivi. Inoltre, in caso di stato di difesa o di tensione, alle Forze armate può altresì essere affidata la protezione di obiettivi civili a sostegno di misure di polizia; le Forze armate collaborano all'uopo con le autorità competenti.

(4) Per scongiurare un pericolo imminente per la stabilità dello Stato federale o di un *Land* o per il loro ordinamento fondato sui principi di libertà e democrazia, il Governo federale può, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 91, n. 2, e le forze dell'ordine e la Guardia federale di Frontiera non siano sufficienti, disporre l'impiego di Forze armate a sostegno delle forze dell'ordine e della Guardia federale di Frontiera, al fine di proteggere obiettivi civili e contrastare insurrezioni organizzate e armate militarmente. L'impiego delle Forze armate deve essere sospeso qualora lo richieda il *Bundestag* o il *Bundesrat*.

eccezione (art. 9, comma 3, alinea 3<sup>20</sup>) e la disciplina del diritto di resistenza (*Widerstandsrecht*) (art. 20, comma, 4 LF<sup>21</sup>).

La sospensione o la limitazione nel godimento di alcuni diritti fondamentali, nonché la deroga ad alcune norme costituzionali, è minuziosamente regolamentata dalla Legge fondamentale in base ai diversi tipi e livelli di emergenza in cui la nazione si può trovare.

La Legge fondamentale consente, infatti, la limitazione di alcuni diritti costituzionalmente garantiti in relazione alla deliberazione dello “stato di tensione” (*Spannungsfall*) e dello “stato di difesa” (*Verteidigungsfall*), ma prevede che durante tali periodi siano mantenuti almeno a livello federale gli essenziali principi organizzativi della Costituzione: è vietato abrogare, modificare, disapplicare la Legge fondamentale, si mantengono l’operatività e le funzioni del Tribunale costituzionale (art. 115g LF), è vietato lo scioglimento del *Bundestag*, è previsto il ricorso ad una Commissione parlamentare comune al *Bundestag* ed al *Bundesrat* in caso di impossibilità di funzionamento del primo<sup>22</sup>.

Lo stato di tensione, *Spannungsfall* (art. 80a LF), è il presupposto per l’applicazione per le *Schubladengesetze*, le c.d. “leggi nel cassetto”, ovvero ordinanze aventi forza di legge in base ai quali possono essere limitate alcune libertà fondamentali, come, ad esempio, la libertà della professione (riconosciuta dall’12a LF). Le ordinanze normative emanate o adottate in forza del regime dello stato di tensione devono essere abrogate se il *Bundestag* lo richiede. Viene anche prevista la possibilità che tali ordinanze vengano emanate sulla base di una decisione adottata da un organo internazionale, con l’approvazione del Governo federale, nel quadro di un trattato di alleanza.

Durante lo stato di tensione o di difesa, le forze armate hanno il potere di proteggere gli obiettivi civili e di assumersi la cura dei compiti inerenti alla regolazione del traffico, nella misura in cui ciò sia necessario per l’espletamento del loro compito difensivo. Inoltre, nel caso di stato di tensione o di difesa può essere trasferita alle forze armate anche la protezione di obiettivi civili in appoggio ai provvedimenti della polizia; in tale caso le forze armate collaborano con le autorità competenti (art. 87a, comma 3, LF).

Lo stato di difesa, *Verteidigungsfall*, disciplinato negli artt. 115a-115 l LF, comporta, sotto diversi aspetti, un accentramento di poteri in capo all’Esecutivo nonché una deroga all’assetto federale dello Stato. Innanzitutto, il potere di comando delle forze armate passa dal ministro federale della difesa (art. 65a LF) al Cancelliere (art. 115b LF), che è però vincolato ad operare, fin dall’inizio delle diverse situazioni di crisi, mediante la collaborazione di un altro organo, costituzionale (*Bundestag*) o internazionale (art. 80a LF).

---

<sup>20</sup> Articolo 9, comma 3

Il diritto di fondare associazioni per la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni economiche e di lavoro è garantito ad ognuno e ad ogni professione. Le intese dirette a restringere o ad ostacolare l’esercizio di questo diritto sono nulle e le misure adottate a tal fine illegali. Le misure ai sensi degli artt. 12a, 35, nn. 2 e 3, 87a, n. 4, e 91 non possono dirigersi contro le vertenze di lavoro organizzate da associazioni ai sensi del n. 1 per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni economiche e di lavoro.

<sup>21</sup> Articolo 29, comma 4

Contro chiunque tenti di sovvertire questo ordinamento, tutti i tedeschi hanno il diritto di opporre resistenza, quando altri rimedi non siano possibili.

<sup>22</sup> Cfr. P. BONETTI, *op. cit.*, p. 190.

Rilevanza non marginale sembra doversi riconoscere, secondo alcuni<sup>23</sup>, all'ipotesi prevista dal già citato l'art. 115a, comma 4, LF, che sembra concretarsi in una clausola che legittima l'autoassunzione dei poteri necessari da parte del Governo federale conseguente al fatto stesso dell'aggressione e derivante dall'esigenza di farvi fronte con mezzi congrui. Si ritiene che tale clausola rappresenti una *costituzionalizzazione del principio della necessità come fonte-fatto* e contribuisca a temperare, introducendo nel sistema una valvola di sicurezza, la rigidità inevitabilmente connessa al tentativo di codificare in schemi e moduli precostituiti i diversi stati di crisi.

Inoltre, la deroga al principio di separazione dei poteri si concretizza in un incremento delle attribuzioni federali. Il *Bund* esercita, con la necessaria approvazione del *Bundesrat*, della legislazione concorrente anche per le materie che appartengono alla competenza legislativa dei *Länder* (art. 115c LF<sup>24</sup>). In base ad una legge federale soggetta ad approvazione del *Bundesrat*, si può derogare alla disciplina dell'amministrazione e dell'ordinamento finanziario dello Stato federale e dei *Länder* prescritto nei titoli VIII, VIII a e X. Si realizza quindi un accentramento della potestà legislativa a livello federale. Possono essere, poi, introdotte limitazioni al diritto di proprietà ed alla libertà personale<sup>25</sup>, nonché all'autonomia finanziaria degli Enti locali. Il Governo federale può, durante lo stato di difesa, nella misura in cui lo richiedano le circostanze, inviare la polizia di frontiera federale in tutto il territorio federale e può impartire istruzioni, oltre che all'amministrazione federale, anche ai governi dei *Länder*. Di tutto ciò comunque, va data informazione al *Bundestag* ed al *Bundesrat* o alla Commissione comune.

L'emergenza può anche giustificare, di contro, un'accentuazione dell'autonomia dei *Länder*. Se, infatti, gli organi federali non sono in grado di assumere i provvedimenti necessari per rimuovere il

---

<sup>23</sup> Cfr. L. MEZZETTI, *op. cit.*, p. 347.

<sup>24</sup> Articolo 115c [Ampliamento della competenza legislativa dello Stato federale]

(1) In caso di stato di difesa, lo Stato federale assume del pari la competenza legislativa concorrente per le materie rientranti nella competenza legislativa dei *Länder*. Le relative leggi sono soggette ad approvazione del *Bundesrat*.

(2) Sempreché la situazione durante lo stato di difesa lo richieda, con legge federale per lo stato di difesa è possibile:

1. stabilire in via provvisoria gli indennizzi per le espropriazioni, in deroga a quanto disposto dall'art. 14, n. 3, seconda frase;

2. stabilire per i provvedimenti di privazione della libertà un termine differente da quello previsto all'art. 104, n. 2, terza frase, comunque non superiore a quattro giorni, per il caso in cui un'autorità giudiziaria non possa provvedere entro il termine normalmente in vigore.

(3) Ove ciò sia necessario per la difesa da un'aggressione in atto o imminente, una legge federale soggetta ad approvazione del *Bundesrat* può disciplinare, per la durata dello stato di difesa, l'amministrazione e l'ordinamento finanziario dello Stato federale e dei *Länder* in modo differente da quanto prescritto nei titoli VIII, VIIIa e X; al riguardo vanno salvaguardate le esigenze vitali dei *Länder*, dei Comuni e dei Consorzi di Comuni, in particolare anche per quanto riguarda gli aspetti finanziari.

(4) Le leggi federali adottate ai sensi dei precedenti nn. 1 e 2, punto 1, possono trovare applicazione, a fini della preparazione della loro esecuzione, già prima della proclamazione dello stato di difesa.

<sup>25</sup> La legge federale per lo stato di difesa può modificare il diritto agli indennizzi per le espropriazioni in deroga all'art. 14, comma 3, LF, ed alcuni profili della disciplina per la privazione della libertà personale, può cioè portare a 4 giorni il termine entro il quale deve essere comunicato dalla polizia al giudice l'avvenuto arresto di una persona. Altre restrizioni di alcuni diritti fondamentali derivano dalle c.d. semplici leggi di emergenza (*einfache Notstandsgesetze*), come ad esempio la legge per la tutela della popolazione civile in caso di guerra, *Zivilschutzgesetz* del 25 marzo 1997, che prevede la facoltà di stabilire che nessun cittadino possa lasciare il proprio luogo di residenza senza permesso speciale, o, al contrario, che tutta la popolazione di una regione minacciata debba essere evacuata. Tale legge, come richiesto dall'art. 19 LF, enumera – come fanno tra l'altro le leggi di polizia - tutti i diritti fondamentali suscettibili di restrizione, cioè l'integrità fisica, la libertà della persona, la libertà di circolazione, l'inviolabilità del domicilio.

pericolo e la situazione richiede immediatamente una pronta azione indipendente nelle singole parti del territorio federale, i governi dei *Länder*, o le autorità, o gli incaricati da essi indicati sono autorizzati a prendere, nei rispettivi ambiti di competenza, i provvedimenti necessari ad affrontare il pericolo (art. 115i LF<sup>26</sup>). La traslazione riguarda però solo le competenze dell'esecutivo (oggetto dell'art. 115f LF), senza che possa darsi alcuna incidenza sul potere legislativo: i *Länder* non hanno, dunque, in alcun caso, poteri straordinari nell'ambito legislativo.

Anche il processo legislativo subisce una netta contrazione durante lo stato di difesa. Laddove una proposta di legge federale sia considerata urgente dal Governo, questa deve essere sottoposta contemporaneamente al *Bundesrat* e al *Bundestag*, che devono discuterla immediatamente. Si rafforzano, di conseguenza, anche i poteri della Commissione comune che, in pratica, si sostituisce al *Bundestag* e al *Bundesrat*, salvo che per l'adozione delle leggi che le siano precluse (e cioè quelle di revisione costituzionale e quelle di cui agli artt. 23, n. 1, secondo periodo<sup>27</sup>, 24, n. 1,<sup>28</sup> o 29 LF, quest'ultimo relativo al riordino del territorio federale). In altri termini, il *Vorrang* della Costituzione (art. 20, comma 3 LF) cui il legislatore è vincolato si applica anche con riferimento alla Commissione comune nel procedimento di legislazione durante lo stato di emergenza. Le leggi emanate durante gli stati di eccezione, tra cui quelle della Commissione, sono tra l'altro considerate leggi federali che, in base al principio del *Vorrang des Gesetzes*, prevalgono sulle leggi dei *Länder* (art. 31 LF) e rispetto alle ordinanze normative (*Rechtsverordnungen*).

Particolare attenzione merita la disposizione di cui all'art. 115k LF, che disciplina la durata della validità delle norme straordinarie e delle relative deroghe alla disciplina legislativa ordinaria: (1) *Per la durata della loro applicazione, le leggi emanate ai sensi degli artt. 115c [quindi leggi emanate per lo stato di difesa], 115e<sup>29</sup> e 115g<sup>30</sup> [leggi della Commissione comune] nonché le*

---

<sup>26</sup> Articolo 115i [Poteri dei Governi dei *Länder*]

(1) Nel caso in cui gli organi federali competenti non siano in condizioni di adottare i provvedimenti necessari per contrastare il pericolo e la situazione richieda inderogabilmente un intervento indifferibile e autonomo in singole parti del territorio federale, i Governi dei *Länder* o le autorità da essi designate o delegate sono autorizzati a prendere, entro la loro sfera di competenza, i provvedimenti di cui all'art. 115f, n. 1.

(2) I provvedimenti di cui al precedente n. 1 possono essere in ogni momento abrogati dal Governo federale e inoltre, rispetto alle autorità dei *Länder* e alle autorità federali sottordinate, dai Presidenti dei Consigli dei ministri dei *Länder*.

<sup>27</sup> Articolo 23, comma 1

Al fine di realizzare un'Europa unita, la Repubblica federale di Germania concorre allo sviluppo dell'Unione Europea che è vincolata al rispetto di principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi, e del principio di sussidiarietà, garantendo una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quella assicurata da questa Legge fondamentale. La Federazione può a tal fine, mediante legge che richiede l'assenso del *Bundesrat*, conferire diritti di supremazia. Alla fondazione dell'Unione Europea, ai mutamenti delle sue basi pattizie e alle disposizioni analoghe che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa Legge fondamentale si applicano i commi 2 e 3 dell'art. 79.

<sup>28</sup> Articolo 24, comma 1

Lo Stato federale può, con legge, trasferire poteri sovrani ad organizzazioni internazionali.

<sup>29</sup> Articolo 115e [Poteri della Commissione comune]

(1) Se durante lo stato di difesa la Commissione comune dichiara a maggioranza di due terzi dei voti espressi e, almeno, a maggioranza dei suoi membri che sussistono ostacoli insormontabili perché si riunisca tempestivamente il *Bundestag*, o che quest'ultimo non è in condizioni di deliberare, la Commissione comune assume le funzioni del *Bundestag* e del *Bundesrat* e ne esercita i poteri in modo unitario.

(2) Le leggi della Commissione comune non possono né modificare né abrogare o rendere inapplicabile in tutto o in parte la Legge fondamentale. La Commissione comune non è abilitata ad emanare leggi ai sensi degli artt. 23 n. 1, seconda frase, 24, n. 1, o 29.

<sup>30</sup> Articolo 115g [Corte costituzionale federale]

*ordinanze normative adottate in base a tali leggi rendono inapplicabili le norme contrarie. Tale principio non vale per le norme anteriori che siano state emanate ai sensi degli artt. 115c, 115e e 115g.*

*(2) Le leggi deliberate dalla Commissione comune ed i ordinanze normative adottate in base a tali leggi cessano di essere in vigore, al più tardi, sei mesi dopo la cessazione dello stato di difesa.*

*(3) Le leggi contenenti disposizioni derogatorie rispetto agli artt. 91a, 91b, 104a, 106 e 107 [quindi relativi ai compiti comuni e all'ordinamento finanziario] restano in vigore, al più tardi, sino alla fine del secondo esercizio finanziario successivo alla cessazione dello stato di difesa. Dopo la cessazione dello stato di difesa, esse possono essere modificate con legge federale soggetta ad approvazione del Bundesrat, per ristabilire la conformità alla disciplina di cui ai titoli VIII a e X.*

Ne discende che, mentre per le leggi emanate dal *Bundesrat* e dal *Bundestag* secondo la procedura semplificata di cui all'art. 115d LF (che non trova menzione nel citato art. 115k LF) si applica, salva diversa previsione del legislatore, il regime ordinario (quindi il principio *lex posterior derogat priori*), le leggi emanate ai sensi degli artt. 115c, 115e, 115g LF hanno solamente un effetto *sospensivo* in relazione alle norme contrarie (fatta salva la disciplina emergenziale precedente) per la durata della loro applicazione. Alla scadenza di questo termine – stabilita per le leggi emanate ai sensi degli artt. 115e e 115g LF nel comma 2 dell'art. 115k LF – “rivive”, pertanto, la disciplina *sospesa*. Per le leggi emanate ai sensi dell'art. 115c LF, cioè ai fini della difesa, vale lo stesso criterio, sebbene la loro durata non venga regolamentata dall'art. 115k LF. La scadenza della loro efficacia, corrispondente alla cessazione dello stato di difesa, si evince però dalla loro stessa natura.

Per lo stato di eccezione c.d. *interno* non è, invece, prevista a livello costituzionale una definizione. Non avviene una proclamazione formale né dell'inizio né della fine dello stato eccezionale, manca ogni disposizione su una limitazione temporale dello stato di emergenza, i provvedimenti possibili devono essere assunti in conformità alle leggi normali che regolano anche le possibili restrizioni delle libertà fondamentali. Il significato e la portata dello stato di emergenza interno si possono soltanto inferire dal combinato disposto degli artt. 35, commi 2 e 3, 91 e 87a, commi 2, 3 e 4 LF. Si distingue tra due tipi di stato di emergenza interno: a) lo stato di catastrofe regionale o sovraregionale indicato come catastrofe naturale o disastro particolarmente grave che può colpire un *Land* (art. 35, comma 2, LF) o il territorio di più *Länder* (art. 35, comma 3, alinea 1 LF); b) lo stato di emergenza interno in senso stretto, che è descritto dall'art. 91 LF come pericolo imminente per l'esistenza e per l'ordinamento fondamentale liberale e democratico del *Bund* o di un *Land*.

L'art. 87a, commi 2, 3 e 4 LF è da ritenersi in rapporto con lo stato di emergenza interno in senso stretto soltanto in quanto prevede l'intervento delle forze armate all'interno.

La Legge fondamentale precisa gli effetti dello stato di emergenza interno soltanto in due casi: in primo luogo, l'art. 9, comma 3, LF prevede che le misure assunte ai sensi degli artt. 35, commi 2 e

---

La posizione costituzionalmente riconosciuta alla Corte costituzionale federale e ai suoi giudici, come pure l'esercizio delle loro funzioni costituzionali, non possono essere pregiudicati. La legge sulla Corte costituzionale federale può essere modificata con legge adottata dalla Commissione comune soltanto nei limiti in cui tale modifica sia, anche secondo la valutazione della Corte costituzionale federale, indispensabile per preservare la capacità di funzionamento della Corte. Fino all'emanazione di una legge di tal genere, la Corte costituzionale federale può adottare le misure necessarie per garantire il suo funzionamento. Le decisioni di cui alle frasi seconda e terza sono prese dalla Corte costituzionale federale a maggioranza dei giudici presenti.

3, 87a e 91 LF non possano applicarsi alle vertenze sindacali organizzate da rappresentanti delle parti sociali per salvaguardare o migliorare le condizioni economiche di lavoro, sicché non è legittimo l'impiego delle forze di polizia, né della polizia federale di frontiera, né delle forze armate contro scioperi legalmente organizzati; in secondo luogo, la libertà di circolazione prevista dall'art. 11 LF può essere limitata dalla legge o in base ad una legge<sup>31</sup>. I presupposti di queste emergenze sono appunto indicate dall'art. 35 commi 2 e 3 LF, ma senza chiare delimitazioni: a) casi particolarmente pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica, b) casi di catastrofi naturali o c) casi di calamità particolarmente grave.

Inoltre, alla minaccia *interna* l'ordinamento tedesco consente di rispondere attraverso una declinazione in chiave di sicurezza del principio del federalismo cooperativo<sup>32</sup>. Allorché, infatti, vi sia un pericolo che minacci l'esistenza o l'ordinamento democratico della Federazione o di un *Land*, un *Land* può richiedere l'aiuto delle forze di polizia di altri *Länder*, nonché delle forze e delle istituzioni di altre amministrazioni e della polizia di frontiera federale (art. 91 LF). Là dove, poi, il *Land* sul quale incombe il pericolo, non sia nelle condizioni di fronteggiarlo, il Governo federale può sottoporre alle proprie istruzioni la polizia di tale *Land* e le forze di polizia di altri *Länder*, e può altresì impiegare unità della polizia di frontiera federale. Un ruolo importante, ovviamente, assume, in questi casi, il *Bundesrat*, che può chiedere la revoca dell'ordinanza una volta che sia cessato il pericolo.

Con precipuo riguardo al rapporto tra la sicurezza e le libertà fondamentali, rilevante – almeno attualmente – soprattutto con riferimento ai fenomeni del terrorismo, viene posta la domanda se lo Stato di diritto sia ancora in grado di tutelare la sicurezza collettiva tramite modalità di intervento tradizionali, preservando sempre e comunque i tratti caratteristici del proprio assetto istituzionale<sup>33</sup>. Sebbene dopo l'11 settembre 2001 si siano avuti alcuni mutamenti, questi hanno riguardato non il regime delle deroghe, bensì quello delle norme costituzionali poste a salvaguardia della Legge fondamentale stessa, contro chi si serve delle garanzie democratiche per minacciare la democrazia stessa<sup>34</sup>. Si riscontra, quindi, la difficoltà del legislatore tedesco di adottare leggi che, da un lato, siano conformi ai principi dello Stato di diritto e che, dall'altro, soddisfino le più gravi esigenze emergenziali, ad esempio per prevenire e regolare una situazione simile a quella verificatasi in altri paesi in occasione di massicci attacchi terroristici. La nuova sintassi del terrore sembra mettere in crisi i codici di difesa elaborati con i paradigmi dello stato nazionale territoriale. Una possibile soluzione è stata indicata nell'equiparazione dell'odierna minaccia terroristica alle calamità naturali. In tal senso è stata impostata la legge tedesca sulla sicurezza della navigazione aerea del 2004, con cui si è cercato di disciplinare il caso in cui un aereo civile venisse trasformato in un'arma impropria, in grado di provocare migliaia di vittime. La disciplina prevedeva di attribuire la gestione del dirottamento alla competenza del Ministro della Difesa, che è anche capo dell'esercito. A questo punto, spettava al Ministro della Difesa stabilire quale sia l'azione più opportuna per sventare il pericolo. Egli, dunque, poteva anche decidere l'abbattimento dell'aereo.

---

<sup>31</sup> V. *supra*, nota 17.

<sup>32</sup> P. BONETTI, *op. cit.*, p. 188.

<sup>33</sup> In merito a tale tematica, cfr. anche A. JAKAB, *German constitutional law and doctrine on State of emergency – paradigm and dilemmas of a traditional (continental) discourse*, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/6/99.pdf>.

<sup>34</sup> In questo senso, è diventata più severa la disciplina costituzionale del divieto di dar vita ad associazioni i cui scopi ed i cui valori siano in contrasto con la Legge fondamentale e che minaccino la tolleranza ed il dialogo tra i popoli.

La Corte costituzionale ha, però, dichiarato parzialmente incostituzionale tale normativa (BVerfGE, 1 BvR 357/05)<sup>35</sup>. Innanzitutto, si poneva una ragione di principio, vale a dire il rispetto del diritto alla vita ed alla dignità delle persone innocenti a bordo dell'aereo dirottato. Quando, infatti, si decida l'abbattimento dell'aereo, si decide consapevolmente per la soppressione di vite umane per ragioni di sicurezza. In altri termini, non si sta colpendo l'aereo, ma si sta procedendo all'eliminazione di persone fisiche per salvaguardare la sicurezza nazionale.

Inoltre, la disciplina emergenziale prevedeva che l'aiuto ai *Länder* fosse finalizzato proprio a mettere questi ultimi nelle condizioni di affrontare autonomamente il pericolo, senza che vi fosse uno snaturamento dell'attività svolta, ovvero la sua mutazione da civile a militare. L'intervento militare era visto essenzialmente come sussidio tecnico-logistico, che non poteva comportare la regolamentazione dell'emergenza in oggetto con norme di natura bellica. Ora, non è possibile, per la Costituzione tedesca, applicare strumenti decisionali di tipo militare a situazioni che riguardano civili, a meno che non vi sia una dichiarazione dello stato di guerra. E, anche in questo caso, i limiti sono molti. La Legge fondamentale prevede, inoltre, che le decisioni in merito alla catastrofe naturale vengano prese di concerto tra il Ministro della Difesa e quello dell'Interno. Laddove, inoltre, l'emergenza riguardi più *Länder*, al Governo federale spetta ogni decisione circa l'impiego dell'esercito. Ma per scopi diversi dalla difesa, le forze armate possono essere impegnate soltanto nella misura in cui la Legge fondamentale lo ammetta esplicitamente (art. 87a LF).

Nella suddetta sentenza, il Tribunale ha dunque fissato i limiti interpretativi ed applicativi della disciplina costituzionale in materia e, in concreto, dell'impiego delle forze armate all'interno del territorio tedesco. Sono così stati salvaguardati i principi fondamentali, ma al contempo la sentenza ha reso evidente il problema che deriva dal fatto che la legalità formale può in stati di crisi anche incidere negativamente sull'efficacia degli strumenti di tutela della sicurezza collettiva, ad esempio di fronte agli attacchi terroristici descritti<sup>36</sup>.

### **2.3. Osservazioni conclusive e breve cenno alle (altre) norme che possono consentire alcune limitate restrizioni a diritti costituzionalmente garantiti**

Il principio di legalità e del *Vorrang des Gesetzes* trova, come si è visto, applicazione anche nelle c.d. situazioni di emergenza disciplinate dalla Legge fondamentale. Non sembrano sussistere casi e norme che consentano all'esecutivo, in maniera esplicita, il "mancato rispetto del principio di legalità". Al riguardo, si evidenzia tuttavia che la presente analisi si è limitata ad uno scrutinio della disciplina costituzionale federale delle situazioni di emergenza e non ha potuto sostanziarsi una indagine a tappeto sulla vastissima legislazione a livello federale, nonché a livello dei 16 *Länder* in materia di sicurezza, polizia, catastrofi ed altre emergenze, etc., nelle pieghe delle quali non è escluso, almeno in teoria, che possano rintracciarsi fattispecie che siano ricostruibili come una legittimazione ad agire *praeter* e – ma più difficilmente – *contra legem*.

Si segnala, peraltro, che esistono ovviamente norme di legge (e non solo norme costituzionali) che sono specificamente configurate come suscettibili di deroga da parte di determinate leggi; del pari, diritti garantiti in generale possono venire compressi in presenza di determinate circostanze. Questo non vale solo per i c.d. casi estremi, ovvero quelli di emergenza, per i quali la disciplina

---

<sup>35</sup> V. la nota alla sentenza di A. DE PRETIS, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 729 ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. SBAILO, *op. cit.*, secondo cui il sistema tedesco continua a respingere la logica dell'emergenza; e P. BONETTI, *op. cit.*, p. 190.



costituzionale ha, come si è detto, minuziosamente regolamentato le deroghe alle norme ed ai diritti garantiti in circostanze “normali”: si danno, infatti, norme costituzionali che consentono in via ordinaria alcune limitate restrizioni a diritti costituzionalmente garantiti. I diritti fondamentali stessi contengono delle c.d. riserve di legge, secondo cui il legislatore e, di conseguenza, in ultima analisi anche l'esecutivo, vengono autorizzati ad una determinata e *proporzionata* limitazione degli stessi. Al riguardo, si ricorda, però, quanto imposto dall'art. 19, comma 1, LF: “*Nella misura in cui, in base alla presente Legge fondamentale, un diritto fondamentale possa essere limitato con una legge o in base ad una legge, tale legge deve valere in generale e non per il caso singolo. Inoltre, la legge deve individuare il diritto fondamentale indicando l'articolo interessato*”. In base all'art. 19, comma 2, LF, poi, “*in nessun caso un diritto fondamentale può essere lesa nel suo contenuto essenziale*”.

In buona sostanza, l'esecutivo dovrà pur sempre agire nel rispetto del “principio di proporzionalità”, che ha rango costituzionale e la cui origine si fa risalire al diritto di polizia, ma il cui ambito di applicazione si estende in generale a tutti i provvedimenti posti in essere dalla Pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni (e quindi all'intera sfera d'azione del diritto dell'amministrazione)<sup>37</sup>. Particolare rilievo esplica tale principio, tra l'altro, nell'ambito delle c.d. “clausole generali di polizia” nelle varie leggi dei *Länder* (a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico), ai termini delle quali, là dove le competenze della polizia e delle autorità amministrative non abbiano una disciplina speciale, la polizia e le autorità amministrative possono comunque adottare i provvedimenti necessari per fronteggiare un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico.

In base alle c.d. clausole generali poste a tutela della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, nei vari *Länder* alcuni Comuni (*id est*, i sindaci, con il consenso del consiglio comunale) hanno, tra l'altro, emesso alcuni provvedimenti o ordinanze (*Polizeiverordnungen*) che hanno vietato in maniera generale determinate condotte in luoghi pubblici, tra cui anche l'accattonaggio sulle strade pubbliche (in alcuni casi tale divieto è stato introdotto qualificando l'accattonaggio come una c.d. illegittima *Sondernutzung* [uso particolare] del demanio pubblico ai sensi delle leggi stradali, che non può essere oggetto di autorizzazione)<sup>38</sup>.

Nel *Land* Brema, invece, tale tipo di divieto è previsto da un'apposita disposizione di legge (§ 3a des *Gesetzes über die Rechtssetzungsbefugnisse der Gemeinde*) secondo cui “*i comuni possono disciplinare tramite legge locale, qualora ciò non si ponga in contrasto con le leggi del Bund o del Land, ordini o divieti al fine di impedire pregiudizi derivanti da: 1. Immissioni sonore, 2. Odori, 3.*

---

<sup>37</sup> La base giuridica di tale principio secondo cui le limitazioni alla libertà individuale non devono mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario e secondo cui il mezzo più incisivo deve essere *l'ultima ratio* è stata individuata dalla giurisprudenza sia nel principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) contenuto nell'art. 20 LF che, anche nell'art. 19, comma 2, LF e quindi, nell'essenza stessa dei diritti fondamentali; cfr. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 13 ss.

<sup>38</sup> Si noti tuttavia che la giurisprudenza, in particolare la Corte amministrativa di Mannheim (VGH 6.7.1998, in *NwZ* 1999, 560; cfr. anche VGH Mannheim del 6.10.1999 e del 29.4.1983), ha ritenuto il divieto generale dell'accattonaggio (quantomeno dell'accattonaggio “silenzioso” e non aggressivo), illegittimo in quanto non sarebbe giustificabile alla stregua di un pericolo concreto e nemmeno astratto per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico. Ciò non impedirebbe, nel caso singolo in cui sussistesse un pericolo concreto, che la polizia o l'autorità competente potesse adottare le necessarie misure di tutela.

Solamente la Corte amministrativa di Monaco di Baviera ha, in un'ordinanza del 27.10.1982, considerato che l'accattonaggio *ut sic* sia una c.d. illegittima *Sondernutzung* e possa in quanto tale essere proibito in via generale (contrariamente a quanto stabilito successivamente dalla Corte di appello (OLG) Saarbrücken, 15.9.1997, e dall'OVG Schleswig, 16.6.1999, cfr. per i particolari T. FINGER: *Bettel- und Alkoholverbote im Spiegel der Rechtsprechung*, in *KommJur* 2006, 441).

*Degrado di cose destinate all'uso pubblico, 4. Allevamento di animali, 5. Propagazioni di fumi, 6. Accattonaggio aggressivo o abuso di bambini al fine dell'accattonaggio, 7. Consumo di stupefacenti in luoghi pubblici, 8. Accampamento durevole in luoghi pubblici finalizzato al consumo di alcol in misura tale da limitare, in maniera irragionevole, l'utilizzo dei luoghi da parte di altre persone”.*

In conclusione, il supporto ad un'efficace e penetrante azione dei pubblici poteri per fronteggiare pericoli e situazioni di emergenza tecnica e politica è offerto dalle possibilità, previste nelle singole leggi sulla sicurezza e sull'ordine pubblico vigenti nei diversi *Länder*, di incidere, sotto una molteplicità di profili, sui diritti dei consociati. Una siffatta incidenza, tuttavia, avviene generalmente sulla base di un'autorizzazione legislativa e, comunque, non può tradursi nella facoltà di prescindere dal rispetto delle norme legislative: il margine di azione dell'amministrazione è comunque delimitato dalla legge, per cui a variare non è il tipo di potere esercitato, quanto semmai il grado di puntualità delle norme (che possono essere specifiche, ma anche solo generali) cui il potere è astretto.

# SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

## 1. Cenni sulla disciplina delle situazioni di emergenza previste in Costituzione

### 1.1. Le previsioni costituzionali

Come reazione all'esperienza della dittatura franchista, la rilevanza che avrebbe dovuto rivestire il principio di legalità nella Costituzione spagnola del 1978 era scontata (esso è infatti menzionato negli artt. 9, comma 3, 97 e 103, comma 1)<sup>1</sup>; del pari, si sarebbe rivelato fondamentale, per il costituente, prevedere direttamente in Costituzione la disciplina degli stati di emergenza<sup>2</sup>, in relazione ai quali si è ritenuto di stabilire con precisione alcune deroghe alla Costituzione, onde mantenere nei limiti del possibile la normalità ed evitare concentrazioni di potere atte a logorare lo stesso assetto costituzionale.

La Norma fondamentale contempla esplicitamente le situazioni costituzionali eccezionali o di emergenza negli artt. 116 (dedicato agli stati di allarme, eccezione e assedio), 55 (casi in cui è possibile sospendere i diritti fondamentali e le libertà dei cittadini) e, marginalmente, negli artt. 117, comma 5 (divieto di tribunali eccezionali) e 117, comma 6 (competenza della giurisdizione militare durante gli stati di eccezione e di assedio). Si prevede anche che, per motivi di urgenza, il Governo possa approvare decreti-leggi (art. 86)<sup>3</sup> ed adottare le misure necessarie nel caso in cui una Comunità autonoma non adempia agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle leggi, o agisca in un modo che attenti gravemente all'interesse generale della Spagna (art. 155)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 9, comma 3, Cost.: "La Costituzione garantisce il principio di legalità [...]".

Art. 97 Cost.: "Il Governo [...] esercita la funzione esecutiva e la potestà regolamentare conformemente alla Costituzione e alle leggi".

Art. 103 Cost.: "La Pubblica amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento, deconcentrazione e coordinamento, con piena sottoposizione alla legge ed al diritto".

<sup>2</sup> Sui precedenti della disciplina degli stati emergenziali nell'esperienza costituzionale spagnola si veda A. CARRO MARTINEZ, "Las emergencias constitucionales en España", in AAVV, *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 67-93.

<sup>3</sup> Art. 86 Cost.: "1. In caso di straordinaria e urgente necessità, il Governo potrà adottare disposizioni legislative provvisorie che prenderanno la forma di decreti-legge e che non potranno modificare l'ordinamento delle istituzioni basilari dello Stato, i diritti, i doveri e libertà dei cittadini regolati nel Titolo primo, il regime delle Comunità autonome, né il diritto elettorale generale.

2. I decreti-legge dovranno essere immediatamente sottoposti ad esame e votazione da parte dell'Assemblea della Camera dei deputati, convocata a tal fine ove non fosse già riunita, nel termine di trenta giorni successivi alla loro promulgazione. La Camera dovrà pronunciarsi espressamente entro tale termine sulla convalida o sul rifiuto, per cui il suo regolamento stabilirà un procedimento speciale e di urgenza".

3. Durante il termine stabilito nel comma precedente le Cortes potranno inoltrare [i decreti-legge] come progetti di legge con procedura d'urgenza.

<sup>4</sup> Art. 155 Cost.: "1. Ove la Comunità autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità autonoma e, ove questa sia disattesa con l'approvazione della maggioranza assoluta del

Limitando l'attenzione agli stati emergenziali, possiamo osservare che si fa riferimento a tre situazioni diverse, che la Costituzione non definisce, in cui, nonostante il potere esecutivo abbia un ruolo centrale, non si esclude l'intervento della Camera bassa del Parlamento, che sarà più intenso a seconda della gravità dei fatti. Inoltre, risulta esplicita l'intenzione di assicurare il normale funzionamento dei poteri costituzionali e non si esime da responsabilità il Governo per il suo operato.

L'art. 116 Cost. così recita:

*1. Una legge organica disciplinerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, le competenze e le limitazioni corrispondenti.*

*2. Lo stato di allarme sarà dichiarato dal Governo mediante decreto adottato dal Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di quindici giorni, riferendo alla Camera dei deputati riunita immediatamente a tale scopo, senza la cui autorizzazione detto periodo non potrà essere prorogato. Il decreto determinerà l'ambito territoriale cui si riferiscono gli effetti della dichiarazione.*

*3. Lo stato di eccezione sarà dichiarato dal Governo mediante decreto adottato dal Consiglio dei Ministri, previa autorizzazione della Camera dei deputati. L'autorizzazione e proclamazione dello stato di eccezione dovrà determinare espressamente gli effetti dello stesso, l'ambito territoriale cui si riferisce e la sua durata, che non potrà eccedere i trenta giorni, prorogabili per un altro periodo di uguale durata, con gli stessi requisiti.*

*4. Lo stato di assedio sarà dichiarato dalla maggioranza assoluta della Camera dei deputati, su proposta esclusiva del Governo. La Camera determinerà il suo ambito territoriale, la sua durata e le sue condizioni.*

*5. Non potrà procedersi allo scioglimento della Camera durante la vigenza di alcuno degli stati compresi nel presente articolo, venendo le Camere convocate automaticamente qualora non fossero in periodo di sessione. Il loro funzionamento, come quello degli altri poteri costituzionali dello Stato, non potrà interrompersi durante la vigenza di tali stati. Se si producesse alcuna delle situazioni che danno luogo ad uno qualsiasi di detti stati, quando la Camera sia sciolta o sia scaduto il suo mandato, le competenze della Camera saranno assunte dalla sua Deputazione permanente.*

*6. La dichiarazione degli stati di allarme, di eccezione e di assedio non modificheranno il principio di responsabilità del Governo e dei suoi agenti riconosciuto nella Costituzione e nelle leggi.*

D'altra parte, l'art. 169 Cost. vieta che si possa intraprendere una riforma costituzionale in tempo di guerra o durante la vigenza di alcuni degli stati emergenziali previsti nell'art. 116 Cost. e l'art. 55 Cost. elenca gli unici diritti fondamentali e libertà pubbliche che possono essere sospesi negli stati di eccezione o di assedio o nei confronti di certe persone indagate per terrorismo<sup>5</sup>:

*1. I diritti riconosciuti negli artt. 17, 18 comma 2 e 3, artt. 19, 20 comma 1 a) e d) e 5, artt. 21, 28 comma 2 e art. 37 comma 2, potranno essere sospesi quando venga adottata la dichiarazione dello stato di eccezione o di assedio nei termini previsti nella*

---

Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi.

2. Il Governo potrà dare istruzioni a tutte le autorità delle Comunità autonome per l'esecuzione delle misure previste nel comma precedente<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> A questo proposito si veda, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Il Mulino, 2006, pp. 180-184, 316-317 e 319.

*Costituzione. Resta escluso da quanto sopra stabilito il comma 3 dell'art. 17 nel caso di dichiarazione dello stato di eccezione.*

*2. Una legge orgánica determinerà la forma ed i casi in cui, per singoli procedimenti e con il necessario intervento giurisdizionale e con l'adeguato controllo parlamentare, i diritti riconosciuti negli artt. 17 comma 2, e 18 comma 2 e 3, possono essere sospesi nei confronti di determinate persone, in relazione ad investigazioni connesse all'azione di bande armate o di elementi terroristi. L'utilizzazione ingiustificata o abusiva delle facoltà riconosciute in tale legge orgánica produrrà responsabilità penali, in quanto violazione dei diritti e libertà riconosciuti dalle leggi.*

La mancata attuazione dell'art. 116 Cost. fece sì che, durante il colpo di Stato militare avvenuto il 23 febbraio 1981, non si potessero applicare le previsioni costituzionali; l'emergenza costituzionale diede comunque l'*input* necessario affinché si approvasse la legge *orgánica* n. 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, eccezione ed assedio<sup>6</sup>.

La legge *orgánica* n. 4/1981 prevede alcune disposizioni comuni ai tre stati: la loro dichiarazione quando concorrano circostanze straordinarie che rendano impossibile il mantenimento della normalità attraverso l'esercizio dei poteri ordinariamente spettanti alle autorità competenti; l'adozione di misure proporzionate per il tempo strettamente necessario; la perdita di vigenza delle misure adottate una volta finito lo stato emergenziale, eccezion fatta per le sanzioni definitive (art. 1); la pubblicazione immediata della dichiarazione nel *Boletín Oficial del Estado* e la diffusione obbligatoria nei mezzi di comunicazione pubblici e privati della suddetta dichiarazione e degli altri provvedimenti emanati dall'autorità competente (art. 2); l'impugnabilità degli atti e delle disposizioni adottate, nonché il diritto di indennizzo a beneficio delle persone che abbiano subito danni personali o materiali (art. 2).

## **1.2. Lo stato di allarme**

### **1.2.1. La disciplina normativa**

Lo stato di allarme è stato concepito per fronteggiare le situazioni di emergenza "naturali" – per usare l'espressione di Cruz Villalón, "politicamente neutrali" –, che si elencano (non tassativamente, ad avviso della dottrina) nell'art. 4 della legge *orgánica* n. 4/1981: *a)* catastrofi, calamità o disgrazie pubbliche, quali terremoti, inondazioni, incendi urbani o boschivi, o incidenti di grande magnitudo; *b)* crisi sanitarie, quali epidemie e situazioni di grave contaminazione; *c)* paralisi dei servizi pubblici essenziali per la comunità, quando non venga garantito quanto previsto dagli artt. 28, comma 2, e 37, comma 2, Cost. [relativi al diritto di sciopero e alle vertenze collettive] e ricorra alcuna delle altre circostanze o degli casi previsti da questo articolo; e *d)* situazioni di carenza di prodotti di prima necessità.

Lo stato di allarme, che può coinvolgere tutto o parte del territorio nazionale, è dichiarato dal Governo con decreto adottato in Consiglio di ministri (art. 6, comma 1), d'ufficio o su richiesta di un Presidente autonomico, nel caso in cui la sciagura interessi esclusivamente, *in toto* o in parte, il territorio di una Comunità autonoma (art. 5).

---

<sup>6</sup> V. P. CRUZ VILLALÓN, "El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2, maggio-agosto, 1981, pp. 93-128; ed *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

Il Governo darà conto alla Camera dei deputati della dichiarazione (fornendo ad essa le informazioni che richieda), nonché dei decreti che emani durante lo stato di allarme (art. 8), ritenuti dalla dottrina, come si vedrà *infra* 2.1., un esempio di *reglamentos de necesidad*.

Il decreto di dichiarazione dovrà specificare: l'ambito territoriale, la durata (massimo 15 giorni) e gli effetti dello stato di allarme (art. 6, comma 2). Lo stato di allarme si potrà prorogare solo con autorizzazione espressa della Camera, che in questo caso può intervenire, stabilendo la portata e le condizioni vigenti durante la proroga (art. 6, comma 2).

Lo stato di allarme non ha, in via di principio, alcun effetto sulla vigenza dei diritti fondamentali, dato che la sua dichiarazione implica solo che tutte le autorità civili della Pubblica amministrazione del territorio coinvolto, compresi i corpi di polizia (art. art. 9), siano collocate sotto gli ordini diretti dell'autorità competente: il Governo o, per sua delega, il Presidente di una Comunità autonoma (art. 7). La costituzionalità di codesta concentrazione di poteri è stata incidentalmente confermata con la STC 133/1990, del 19 luglio (FFJJ 5 e 6). In questa decisione, come già nella STC 123/1984, del 18 dicembre (FJ 4), il Tribunale ha giudicato alcuni conflitti di competenza tra i Paesi Baschi e lo Stato in materia di protezione civile. Orbene, pur riconoscendo le competenze autonome in materia, il Tribunale ha dichiarato che esse sono subordinate alle superiori esigenze dell'interesse nazionale nei casi in cui questo potesse essere messo a repentaglio, come ad esempio nel caso dello stato di allarme, eccezione ed assedio di cui alla legge *orgánica* n. 4/1981.

Ad ogni modo, sussiste la possibilità di limitare la libertà di circolazione (art. 19 Cost.). L'art. 11 della legge *orgánica* n. 4/1981 autorizza il Governo a imporre limiti alla circolazione o alla permanenza di persone o veicoli in ore e luoghi determinati, praticare requisizioni temporanee di beni, imporre prestazioni personali obbligatorie, occupare transitoriamente ogni tipo di industrie, aziende o locali (ma non i domicili privati), razionalizzare il consumo di articoli di prima necessità ed imporre gli ordini necessari per assicurare il funzionamento dei servizi coinvolti in uno sciopero o in una vertenza collettiva. Alcuni autori richiamano l'attenzione sulla circostanza che non si preveda la limitazione o la sospensione dei diritti di sciopero, che potrebbe essere all'origine della dichiarazione dello stato di allarme.

In caso di emergenza sanitaria, l'autorità competente potrà adottare autonomamente le misure previste dalla legislazione in materia di lotta alle malattie infettive, tutela dell'ambiente e delle acque e contro gli incendi boschivi (art. 12, comma 1). Inoltre, il Governo potrà assumere il controllo di imprese e servizi, nonché decretare la mobilitazione del personale al fine di assicurare il loro funzionamento (art. 12, comma 2).

### ***1.2.2. La prassi***

Fino al 2010, non era mai stato dichiarato alcuno degli stati emergenziali sanciti dalla Costituzione, ricorrendo sempre alle normali vie di risoluzione delle emergenze (collaborazione tra autorità competenti, applicazione della normativa statale e autonoma in materia di protezione civile, ecc.).

Nel corso del 2010, però, si sono prodotti duri scontri tra i rappresentanti della categoria professionale dei controllori di volo ed il Governo, intenzionato ad effettuare mutamenti del contratto collettivo che implicavano, tra l'altro, anche un taglio agli stipendi. La situazione è giunta al suo momento più critico il 3 dicembre, quando, nel pomeriggio, dopo l'annuncio dell'approvazione di un decreto-legge che disciplinava il computo delle ore massime del loro

lavoro, il 70% dei controllori di volo ha abbandonato il posto di lavoro, costringendo a chiudere lo spazio aereo spagnolo per 18 ore. Il gabinetto di crisi del Governo, ha deciso di fronteggiare la situazione utilizzando lo strumento dello stato di allarme.

Il regio decreto n. 1673/2010, del 4 dicembre, con cui si dichiara lo stato di allarme per la normalizzazione del servizio pubblico essenziale del trasporto aereo, ha così motivato la decisione assunta: “l’art. 19 della Costituzione spagnola riconosce a tutti gli spagnoli il diritto alla libera circolazione su tutto il territorio nazionale. Tale diritto è parimenti riconosciuto a tutte le persone nei trattati ed accordi internazionali di cui la Spagna è parte. Le circostanze straordinarie che concorrono alla chiusura dello spazio aereo spagnolo, come conseguenza della situazione provocata dal mancato adempimento dei loro obblighi da parte dei controllori civili di transito aereo, impediscono l’esercizio dell’anzidetto diritto fondamentale e determinano la paralizzazione di un servizio pubblico essenziale per la società qual è il servizio di trasporto aereo. Tutto ciò costituisce, senza alcun dubbio, una calamità pubblica di enorme magnitudo per il numero molto elevato di cittadini coinvolti, l’entità dei diritti conculcati e la gravità dei pregiudizi causati”<sup>7</sup>.

La dichiarazione dello stato di allarme interessava, in tutto il territorio nazionale, la totalità delle torri di controllo degli aeroporti e dei centri di controllo gestiti dall’ente pubblico statale *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea*, AENA (art. 2).

Sulla scorta della dichiarazione governativa, tutti i controllori di volo al servizio di AENA sono stati considerati personale militare e sottoposti agli ordini diretti delle autorità designate ed alle leggi penali e disciplinari militari (art. 3). L’autorità delegata del Governo è stato il Capo di Stato Maggiore dell’Esercito dell’Aria e le autorità militari da questo designate (art. 6).

In linea di principio, era previsto che lo stato di allarme durasse 15 giorni, ma il Governo temeva nuovi incidenti durante il periodo natalizio e chiese alla Camera dei deputati la proroga dello stato di allarme. La proroga fu autorizzata dal *plenum* nella seduta del 16 dicembre 2010, alle stesse condizioni e per altri 15 giorni, e formalizzata successivamente con il regio decreto n. 1717/2010, del 17 dicembre<sup>8</sup>.

La decisione del Governo di dichiarare lo stato di allarme e di chiederne la proroga è stata messa in discussione da vari studiosi di diritto costituzionale, in quei giorni intervenuti sui *mass-media*<sup>9</sup>. I

---

<sup>7</sup> Le compagnie aeree, alberghiere ed il settore turistico hanno quantificato le perdite in più di 300 milioni di euro. Ricordiamo che era previsto un lungo ponte tra il fine settimana, le feste nazionali dell’anniversario della Costituzione (6 dicembre) ed il giorno dell’Immacolata (8 dicembre), e che più di 300.000 persone sono rimaste bloccate negli aeroporti senza giungere a destinazione.

<sup>8</sup> Dove così si è motivata la decisione: “È stata, senza dubbio, una misura efficace in quanto ha fatto sì che, dopo la sua proclamazione, i controllori riprendessero servizio e, sotto la direzione dell’Esercito dell’Aria, lo abbiano prestato in condizioni di normalità.

“I fatti che hanno interessato il traffico aereo in Spagna sono stati di un’enorme gravità, sia per il numero di cittadini coinvolti, sia per i pregiudizi economici causati, sia per il danno originato all’immagine internazionale della Spagna, sia, infine, per l’allarme sociale generato nell’insieme della cittadinanza che, da un lato, ha respinto l’espressione di un conflitto in spregio a tutte le previsioni legali e che ha coinvolto l’insieme della società fino al punto di impedirle di godere in maniera assoluta di un servizio essenziale per la comunità, e che, dall’altro lato, ancora oggi teme che fatti simili possano riprodursi immediatamente.

“Tuttavia, ancora oggi non si può affermare che il funzionamento del sistema aeroportuale sia identico a quello delle situazioni di normalità anteriori. La complessità dell’organizzazione dello spazio aereo, tanto nell’ambito nazionale quanto nell’ambito europeo, è stata tanto radicalmente alterata dai fatti accaduti la scorsa settimana che sta esigendo, ed esigerà ancora per settimane, un sforzo [di ricostituzione] considerevole”.

<sup>9</sup> V. le risposte dei professori ordinari Roberto Blanco, Javier Corcuera, Enrique Álvarez e José A. Portero Molina ai questi del giornale ABC, nell’articolo “*La dudosa legalidad de un decreto*”, del 12/12/2010,

punti critici o che hanno generato le maggiori perplessità sono stati i seguenti: *a)* non è stata convocata la Camera dei deputati prima di dichiarare lo stato di allarme; *b)* la paralizzazione dei servizi pubblici idonea ad autorizzare l'approvazione dello stato di allarme dovrebbe essere collegata ad una delle circostanze menzionate dall'art. 4 della legge *orgánica* n. 4/1981, circostanza che potrebbe non essere stata sussistente nella specie; *c)* esistevano altre misure di negoziazione con i controllori, per cui quella adottata non sarebbe stata una misura necessaria né proporzionata; *d)* la sottoposizione della popolazione civile alla giurisdizione militare sarebbe contraria alla Costituzione, che la prevede solo negli stati di eccezione e assedio; *e)* non si davano le circostanze che giustificassero la proroga, poiché, nonostante l'utilizzo dello stato di allarme si fosse rivelato efficace per normalizzare il traffico aereo, non era legittimo utilizzare un siffatto strumento a fini preventivi, per evitare problemi durante il periodo natalizio.

### 1.3. Lo stato di eccezione

Lo stato di eccezione può essere dichiarato “quando il libero esercizio dei diritti e delle libertà dei cittadini, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali per la comunità, o qualsiasi altro aspetto dell'ordine pubblico, risultino così gravemente compromessi che l'esercizio dei poteri ordinari si riveli insufficiente per il loro ristabilimento e mantenimento” (art. 13, comma 1, della legge *orgánica* n. 4/1981).

La dichiarazione spetta, in questo caso, in primo luogo alla Camera dei deputati. Il Governo, nella sua richiesta di autorizzazione, dovrà specificare: gli effetti dello stato di eccezione, con menzione esplicita dei diritti fondamentali la cui sospensione viene richiesta (ricordiamo che potranno essere sospesi solo i diritti elencati nell'art. 55, comma 1, Cost.), le misure da adottare riguardo a questi diritti, l'ambito territoriale dello stato di eccezione, la durata massima (non superiore a 30 giorni), e l'ammontare massimo delle sanzioni pecuniarie che l'autorità governativa può imporre per la violazione delle disposizioni emesse durante lo stato di eccezione. La Camera può approvare quanto richiesto dal Governo o introdurre modifiche (art. 13).

Ottenuta l'autorizzazione della Camera, la dichiarazione verrà adottata con decreto del Consiglio dei Ministri con il contenuto concordato in sede parlamentare (art. 14).

La dichiarazione dello stato di eccezione può generare la sospensione di diversi diritti fondamentali, entro i termini fissati dall'art. 55, comma 1, Cost. e dalla legge *orgánica* n. 4/1981 (artt. da 16 a 24).

- a)* L'autorità governativa può procedere alla detenzione per un massimo di dieci giorni di qualunque persona su cui ricadano sospetti fondati di provocare alterazioni dell'ordine pubblico, informando il giudice entro le ventiquattro ore successive e nel rispetto delle garanzie del detenuto stabilite nell'art. 17, comma 3, Cost. e del procedimento di *habeas corpus* dell'art. 17, comma 4, Cost.
- b)* Decretata la sospensione dell'art. 18, comma 2, Cost. (inviolabilità del domicilio), l'autorità governativa può disporre ispezioni e perquisizioni domiciliari per chiarire la sussistenza di fatti presumibilmente delittuosi o per il mantenimento dell'ordine pubblico. La perquisizione

---

<http://www.abc.es/20101212/espana/estado-alarma-201012120237.html>. Si veda, altresì, M. PULIDO QUECEDO, “La prórroga del estado de alarma «por incertidumbre»”, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 813, del 27 gennaio 2011, <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/813/tribuna/la-prorroga-del-estado-de-alarma-por-incertidumbre>.



sarà realizzata dalla stessa autorità governativa o dai suoi agenti, muniti di ordine scritto, e in presenza del titolare o di un suo incaricato della abitazione o, in loro assenza, di un parente maggiore di età o di due vicini, redigendo un verbale scritto delle circostanze della perquisizione. La causa ed i risultati della perquisizione saranno immediatamente comunicati al giudice.

- c) La sospensione del segreto delle comunicazioni di cui all'art. 18, comma 3, Cost., se è necessaria per chiarire la sussistenza di fatti presumibilmente delittuosi o per il mantenimento dell'ordine pubblico, autorizza l'autorità governativa ad intervenire su ogni comunicazione, postale, telegrafica e telefonica, dandone conto con atto scritto motivato al giudice competente.
- d) Nel caso in cui si autorizzi la sospensione della libertà di circolazione e residenza di cui all'art. 19 Cost., l'autorità governativa può proibire la circolazione di persone e veicoli nelle ore e nei luoghi segnalati e delimitare zone di sicurezza. Solo in base a fondati motivi inerenti alla pericolosità di alcune persone per il mantenimento dell'ordine pubblico, l'autorità governativa può esigere da determinati cittadini la comunicazione con due giorni di anticipo dei loro spostamenti fuori dalla località di residenza o imporre transitoriamente una residenza a determinate persone (a spese della stessa autorità).
- e) Si potrà autorizzare la sospensione di ogni tipo di pubblicazione, emissione radiofonica e televisiva, proiezione cinematografica e teatrale ed il sequestro di pubblicazioni, sebbene non si ammetta la censura preventiva, sull'assunto che l'art. 20, comma 2, non risulta citato nell'art. 55, comma 1, Cost.
- f) Riguardo ai diritti dell'art. 21 Cost., sarà possibile sottoporre ad autorizzazione preventiva o proibire la celebrazione di riunioni e manifestazioni, eccezion fatta per quelle convocate da partiti politici, sindacati ed associazioni di imprenditori per il perseguimento dei fini loro affidati dagli artt. 6 e 7 Cost. Per penetrare nei locali in cui abbiano luogo le riunioni, gli agenti delle forze dell'ordine devono essere provvisti di ordine formale e scritto, a meno che si stiano producendo alterazioni gravi dell'ordine pubblico costitutive di reato o aggressione alle forze di sicurezza o in ipotesi di flagranza di reato.
- g) Gli scioperi e le vertenze collettive potranno essere proibiti.
- h) Nel caso degli stranieri, si dispone l'obbligo di comparire dinanzi all'autorità competente e di adempiere alle prescrizioni che si dettino sul rinnovamento o il controllo dei permessi di residenza. In caso di inadempimento alle prescrizioni emesse durante lo stato di eccezione o qualora gli stranieri agiscano in connivenza con le persone che alterino l'ordine pubblico, si potrà decretare la loro espulsione, previa giustificazione sommaria della misura.

I funzionari che favoriscano l'attuazione dei comportamenti che alterano l'ordine pubblico saranno sospesi (art. 29).

Se il giudice ritiene che siano stati commessi atti contrari all'ordine pubblico o alla sicurezza dei cittadini, decreterà, sentito il pubblico ministero, la carcerazione preventiva del presunto colpevole, carcerazione che verrà mantenuta, secondo il suo apprezzamento, durante tutto lo stato di emergenza (art. 30).

Altre misure previste dalla legge *orgánica* durante lo stato di eccezione sono: il controllo di ogni tipo di trasporti e del loro carico (art. 21), il sequestro di armi ed esplosivi (art. 25), l'assunzione del

controllo su imprese o servizi o la sospensione temporanea dei loro servizi e la chiusura provvisoria di sale di spettacoli o stabilimenti che forniscono bibite (art. 26).

Il Governo può, con decreto del Consiglio dei Ministri, porre fine allo stato di eccezione prima che scada il termine per il quale è stato dichiarato, informando immediatamente la Camera dei deputati; il Governo può altresì chiedere alla Camera modificazioni alle misure durante lo stato di eccezione o l'autorizzazione alla sua proroga per un termine massimo di trenta giorni (art. 15). Tale proroga seguirà le stesse formalità della dichiarazione iniziale.

Quando lo stato di eccezione interessa esclusivamente, *in toto* o *pro parte*, il territorio di una Comunità autonoma, l'autorità governativa potrà coordinare l'esercizio delle sue competenze con il Governo della Comunità autonoma (art. 31).

#### **1.4. Lo stato di assedio**

Lo stato di assedio è dichiarato dalla Camera dei deputati (a maggioranza assoluta), su proposta del Governo, “quando si verifichi o minacci di verificarsi un'insurrezione o un atto di forza contro la sovranità o l'indipendenza della Spagna, la sua integrità territoriale o il suo ordinamento costituzionale, che non possa essere risolto con altri mezzi” (art. 32). La dichiarazione deve determinare l'ambito territoriale, la durata (alla quale la Costituzione non pone limiti) e le condizioni.

Lo stato di assedio è l'ultima *ratio* del sistema, perché, oltre a permettere la massima restrizione dei diritti fondamentali (tutti quelli che possono sospendersi nello stato di eccezione ed inoltre le garanzie giuridiche del detenuto previste nell'art. 17, comma 3, Cost.)<sup>10</sup>, implica una militarizzazione della situazione di anormalità.

In virtù della dichiarazione di stato di assedio, il Governo, che dirige la politica militare e di difesa *ex art. 97 Cost.*, assumerà tutte le facoltà straordinarie previste nella stessa e nella legge *orgánica* n. 4/1981 e designerà l'autorità militare che, sulla base delle sue direttive, curerà l'esecuzione delle misure che vengano adottate (art. 33).

L'autorità militare diffonderà i *bandos* opportuni, recanti le misure – anche di tipo preventivo – necessarie, conformemente alla Costituzione, alla legge *orgánica* n. 4/1981 ed alle condizioni fissate nella dichiarazione dello stato di assedio (art. 34). Le autorità civili continueranno nell'esercizio delle facoltà non conferite all'autorità militare e forniranno ad essa le informazioni saranno richieste e le notizie relative all'ordine pubblico giunte a loro conoscenza.

In conformità con l'art. 117, comma 5, Cost., nella dichiarazione dello stato di assedio la Camera dei deputati potrà determinare i reati che durante la sua vigenza saranno sottoposti alla giurisdizione militare (art. 32), disciplinata dalla legge *orgánica* n. 4/1987, del 15 luglio, sulla competenza ed organizzazione della giurisdizione militare. A tal proposito, può notarsi che la giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha avuto modo di sottolineare che la giurisdizione militare è sottoposta nella sua organizzazione e nel suo funzionamento ai principi costituzionali e che la sua estensione oltre l'ambito militare può prodursi solo eccezionalmente, come accade durante stato di assedio (STC 113/1995, del 6 luglio).

---

<sup>10</sup> Risulta dunque incompressibile soltanto l'*habeas corpus* di cui all'art. 17, comma 2, Cost.

## 2. La compressione del principio di legalità motivata da situazioni di urgenza

### 2.1. I *reglamentos de necesidad*

Lo studio dei poteri di emergenza porta ad analizzare, oltre alle situazioni di emergenza individuate nella Costituzione, la problematica dei c.d. “*reglamentos de necesidad*”, chiamati anche regolamenti *contra legem*, sebbene quest’ultima caratteristica non sia connaturale a tutti gli atti che vengono qui in rilievo.

La denominazione “*reglamentos de necesidad*”, creata dalla dottrina ed accettata poi in giurisprudenza, è volta a spiegare ed a giustificare una prassi anomala: “l’emanazione senza base costituzionale di disposizioni su materie riservate alla legge o in violazione di norme legali, per fronteggiare situazioni di anormalità quali sono le alterazioni dell’ordine pubblico interno, stati di emergenza provocati da cause economiche o da catastrofi, periodi dominati da regimi politici provvisori e, soprattutto, situazioni di guerra”<sup>11</sup>.

Nel caso spagnolo, spesso sono le stesse leggi – generali e settoriali – ad includere clausole generali che attribuiscono il potere di approvare questi regolamenti di necessità in situazioni di emergenza.

L’elenco che segue è meramente esemplificativo, per quanto – almeno, così si auspica – piuttosto significativo:

- a) l’art. 8, comma 2, della legge *orgánica* 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, eccezione e assedio (decreti emanati dal Governo durante lo stato di allarme);
- b) l’art. 26 della legge n. 14/1986, del 25 aprile, generale sulla sanità, secondo cui: “1. Nel caso in cui esista o si sospetti ragionevolmente l’esistenza di un rischio imminente e straordinario per la salute, le autorità sanitarie adotteranno le misure preventive che ritengano pertinenti, come la confisca o il blocco di prodotti, la sospensione dell’esercizio di attività, la chiusura di imprese o delle loro installazioni, il controllo di mezzi materiali e personali e le altre [misure che] si considerino giustificate da un punto di vista sanitario. 2. La durata delle misure cui si riferisce il comma precedente, che si fisseranno per ciascun caso, senza pregiudizio per proroghe successive accordate con decisioni motivate, non eccederà quello che esiga la situazione di rischio imminente e straordinario che le ha giustificate”;
- c) l’art. 58 del regio decreto legislativo n. 1/2001, del 20 luglio, con cui si approva il testo *refundido* della legge sulle acque<sup>12</sup>, secondo cui: “in circostanze di siccità straordinarie, di sovrasfruttamento grave di bacini acquiferi, o in simili stati di necessità, urgenza o concorso di situazioni anomale o eccezionali, il Governo, mediante decreto adottato in Consiglio di Ministri, sentito l’organismo responsabile del bacino, potrà emanare, per il superamento di tali situazioni, le misure che siano necessarie in relazione all’utilizzo del

---

<sup>11</sup> Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, Madrid, p. 329.

<sup>12</sup> Che sostituisce l’art. 56 dell’abrogata legge n. 29/1985 sulle acque, su cui si era pronunciato il Tribunale supremo con sentenza del 12 luglio 1993, nella quale si riconosceva la natura di regolamento di necessità di uno di questi decreti, in virtù del fatto che esso era “di carattere eccezionale e differente dei regolamenti esecutivi, e [previsto] per un tempo determinato, adottato, non in attuazione di una legge, ma nell’esercizio delle facoltà che la legge concede al Governo per fare fronte alla situazione di siccità esistente”.

demanio pubblico idrico, anche se è stato oggetto di concessione. L'approvazione di tali misure recherà implicita la dichiarazione di utilità pubblica delle opere, perforazioni e studi necessari per porle in essere, e gli effetti dell'occupazione temporanea ed espropriazione forzosa di beni e di diritti, nonché quella di urgente necessità dell'occupazione”;

- d) l'art. 21, comma 1, lettera m), della legge n. 7/1985, del 2 aprile, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*, secondo cui il sindaco può “adottare personalmente, e sotto la sua responsabilità, in caso di catastrofe o di calamità pubblica o di gravi rischi delle stesse, le misure necessarie e adeguate rendendo conto immediatamente al consiglio municipale”.

Le suddette previsioni legali permettono di notare che l'emergenza dà la possibilità di ricorrere ad una potestà regolamentare eccezionale che: a) è di natura temporanea, poiché si può esercitare soltanto durante l'esistenza di una situazione di emergenza, e la validità delle norme emanate è limitata al periodo in cui persiste la situazione eccezionale; b) in generale, è esercitata da organi diversi dai titolari ordinari della potestà regolamentare in situazioni di normalità; c) stabilisce un regime giuridico transitorio differente da quello vigente in situazione di normalità, giacché questi regolamenti mancano di efficacia derogatoria delle norme ordinariamente applicabili; semplicemente, sospendono la loro applicazione, sostituendo il loro contenuto con uno diverso; e d) non è applicabile il procedimento generale per l'elaborazione di regolamenti<sup>13</sup>. Trattandosi, inoltre, di norme provvisorie, non richiedono una abrogazione esplicita, poiché la loro vigenza decade dal momento in cui vengono meno le condizioni straordinarie che le hanno originate (*cessante razione legis cessat et ipsa lex*).

Alla luce di quanto rilevato, l'espressione “*reglamentos de necesidad*” può apparire effettivamente fuorviante, poiché queste situazioni solitamente danno origine ad atti amministrativi piuttosto che a veri e propri regolamenti; tuttavia, non si può escludere – quanto meno in taluni casi – che si tratti di misure aventi un carattere necessariamente normativo<sup>14</sup>.

La dottrina distingue due tipi di regolamenti di necessità: quelli che, nonostante siano adottati in situazioni di necessità, sono previsti dalle leggi (che non devono, quindi, essere chiamati regolamenti *contra legem*, come solitamente accade), e quelli che non hanno una abilitazione legislativa, la cui *ratio* discende dalla circostanza che non è possibile coprire tutti i casi che si possono presentare e che le situazioni di necessità possono richiedere normative provvisorie, che implicino la sospensione provvisoria di determinate norme, per salvaguardare valori fondamentali dell'ordinamento<sup>15</sup>. Il regolamento di necessità potrà essere, in quest'ultimo caso, un regolamento “costituzionale” (*id est*, conforme alla Costituzione), anche se recante a *rigori* una violazione del principio di legalità, poiché dettato per salvaguardare beni giuridici superiori. Ad ogni modo, si tratta sempre di norme sottoposte a controllo giurisdizionale, il che potrà comportare la non applicazione o l'annullamento nel caso in cui si constati la violazione, non solo dell'ordine legale vigente, ma anche dei principi e valori costituzionali. Ne discende che, sebbene siano ammissibili i regolamenti di necessità contrari alla legge, non lo sono quelli contrari ai principi fondanti

<sup>13</sup> Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...*, cit., pp. 330-331.

<sup>14</sup> Cfr. F. BALAGUER ED ALTRI, *Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 172.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 172-173. Nello stesso senso, v. M. REBOLLO PUIG, secondo cui “è un fenomeno generale, ammesso a volte al di fuori di ogni previsione legale, che uno degli effetti giuridici delle situazioni di necessità sia l'abrogazione e l'adattamento delle regole ordinarie di competenza alle esigenze della situazione straordinaria che si presenti” (“*Artículo 21*”, in AAVV, *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, consultato in versione elettronica).

dell'ordinamento, che non abbiano una chiara giustificazione<sup>16</sup>. Tutto ciò si potrà constatare più chiaramente nel paragrafo successivo, relativo alle norme emanate dai sindaci in situazioni di emergenza.

In conclusione, e per riprendere le parole di García de Enterría, queste norme “possono giustificarsi unicamente in uno stato di necessità o in una situazione di urgenza, la cui eccezionalità pone in primo piano il vecchio principio *salus populi suprema lex*, e ciò anche al di là dello stesso principio di supremazia della legge, poiché c'è una riserva di potere ultimo nell'Amministrazione che non solo permette, ma obbliga ad agire in situazioni di circostanze eccezionali per salvare i valori sociali supremi, essendo i suoi limiti quelli della temporalità della vigenza [delle norme prodotte], correlativa all'esistenza di circostanze eccezionali che mirano a risolvere, e fino a quando non queste vengano meno”<sup>17</sup>.

## 2.2. I *bandos de urgencia* del sindaco

### 2.2.1. Il contesto istituzionale: brevi cenni sulla potestà normativa degli enti locali

La Costituzione spagnola riconosce, agli artt. 137 e 140, l'autonomia locale e la legge n. 7/1985, del 2 aprile, *Reguladora de las Bases del Régimen Local* (d'ora in poi, LRBRL) attribuisce agli enti locali “la potestà regolamentare e la potestà di auto-organizzazione” (art. 4, comma 1, lettera *a*), conferendo poi al consiglio comunale il compito relativo a “l'approvazione del regolamento organico e delle ordinanze” (art. 22, comma 2, lettera *d*), mentre spetta al sindaco la emanazione di *bandos* (art. 21, comma 1, lettera *e*).

In base al regio decreto legislativo n. 781/1986, del 18 aprile, con cui si approva il testo *refundido* delle disposizioni vigenti in materia di regime locale, “nella sfera della loro competenza, gli enti locali potranno approvare ordinanze e regolamenti ed i sindaci emanare *bandos*. In alcun caso essi conterranno norme contrarie alle leggi” (art. 55). Questo articolo induce in errore, in quanto porta a ritenere che i regolamenti, le ordinanze o i *bandos* siano fonti normative, ma così non è per tutti<sup>18</sup>. In effetti, a differenza dei primi due, lo scopo dei *bandos* dei sindaci non è quello di creare norme, bensì quello di esortare i cittadini all'osservanza degli obblighi e doveri stabiliti nelle leggi e nelle ordinanze e regolamenti municipali, di ricordare loro il contenuto di tali obblighi ed i termini stabiliti per il compimento loro adempimento, nonché di convocare la popolazione in casi di manifestazioni d'interesse per i cittadini (una festa locale, ecc.). Il bando è un atto amministrativo che non crea diritto e che, pertanto, non si inserisce nel sistema delle fonti, a differenza del regolamento e dell'ordinanza<sup>19</sup>. Solo in un caso, nel concorso di circostanze

---

<sup>16</sup> Cfr. F. BALAGUER ED ALTRI, *Derecho...*, cit., pp. 172-173.

<sup>17</sup> Citato da J. C. LORENTE ESPESO, “*Seguridad, interior y protección civil*”, in AAVV, *Derecho Público de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 1356.

<sup>18</sup> In questo senso, si veda A. SERRANO PASCUAL, “*El sistema de fuentes de las entidades locales (II)*”, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 3, ottobre 2003, pp. 30-31.

<sup>19</sup> Da notare è che, in Spagna, l'approvazione di “ordinanze civiche” (che vietano l'accattonaggio, la prostituzione, ecc.), emanate sulla base delle competenze ordinarie dei comuni, è stata non di rado oggetto di polemiche per la presunta violazione del principio di legalità, e dunque del mancato rispetto del criterio di gerarchia cui si conforma il sistema delle fonti. Sul tema si vedano, tra gli altri, R. GRACIA RETORTILLO, “*Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona*”, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 17, giugno 2008, pp. 99-133; A. E. ORTUÑO RODRÍGUEZ, “*La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las*

straordinarie, è ammessa la sua natura normativa, vale a dire con riferimento ai *bandos de urgencia*, norme provvisorie che possono comportare, di fatto, una violazione del principio di legalità, ordinaria o costituzionale.

### **2.2.2. L'art. 21, comma 1, lettera m) della LRBRL**

L'art. 21 LRBRL indica quali siano le competenze del sindaco. Nel comma 1 troviamo la lettera k), secondo cui il sindaco può agire “in caso di urgenza, in materia di competenza del consiglio comunale”, e la lettera m), che gli permette di “adottare personalmente, e sotto la sua responsabilità, in caso di catastrofe o di calamità pubblica di grave rischio delle stesse, le misure necessarie ed adeguate, dando conto immediatamente al consiglio comunale”<sup>20</sup>.

Certamente, la lettera k), più che riconoscere una competenza del sindaco, incorpora una regola che, in caso di necessità, permette di alterare il sistema normale di distribuzione di competenze tra il sindaco e il consiglio comunale, ma la disposizione-chiave è quella della lettera m), che conferisce al sindaco un potere che va molto oltre l'assunzione temporanea delle competenze del consiglio comunale, arrivando a legittimare atti che possono esorbitare dalle competenze degli enti locali, nella misura in cui ciò sia necessario e proporzionato.

Nonostante parte della dottrina ritenga discutibili l'indeterminatezza dei requisiti che permettono al sindaco di agire, nonché la concreta estensione dei poteri del sindaco che la norma di fatto produce o la forma mediante cui si può circoscrivere questa competenza straordinaria<sup>21</sup>, si riconosce la legittimità di queste normative, denominate spesso regolamenti di necessità, regolamenti *contra legem* o *bandos normativos* (tuttavia, assumono sovente il *nomen* generico di “decreti”).

### **2.2.3. La giurisprudenza del Tribunale supremo**

La giurisprudenza del Tribunale supremo<sup>22</sup> conferma la legalità delle misure che il sindaco può dettare in caso di urgenza *ex art. 21, comma 1, lettera m)*, LRBRL. Nei singoli casi prospettatisi, ha ammesso che il sindaco possa agire in violazione delle norme ordinarie del procedimento amministrativo o perfino della riserva costituzionale di legge; del pari, si è ammesso che la misura adottata non abbia una durata estremamente limitata. Di seguito si darà sommariamente conto dei casi che si sono avuti nella prassi.

#### *a) Controllo su un'impresa motivato da una situazione di siccità*

Nella STS (*sala de lo contencioso*) del 19 dicembre 1991 (ric. n. 3762), era oggetto di scrutinio la risoluzione di un sindaco in cui si chiedeva ai proprietari di una proprietà rustica di astenersi dall'utilizzare un loro pozzo, sul presupposto che si riteneva che esso captasse buona parte delle acque sotterranee che alimentavano l'unica sorgente di acqua potabile esistente in un quartiere

---

*ordenanzas cívicas*”, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 20, pp. 23-52; e P. RANDO CASERMEIRO, “*El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador*”, in *InDret*, gennaio 2010, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>20</sup> Nell'identico senso, v. l'art. 124, comma 4, lettere h) e l), LRBRL.

<sup>21</sup> M. REBOLLO PUIG, “*Artículo 21*”, cit.

<sup>22</sup> Le pronunce del Tribunale supremo possono essere consultate *on line* all'indirizzo <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

limitrofo; tutto ciò in un momento di siccità che faceva temere per la sufficienza della fornitura di acqua alla popolazione.

Il Tribunale supremo ha ritenuto che si trattasse di uno dei casi dell'art. 21, comma 1, lettera *m*) [allora *j*)], LRBRL per cui l'atto non è stato dichiarato nullo (fondamento di diritto 4), ma ci si è limitati a confermare la condanna del comune, pronunciata nei precedenti gradi di giudizio, a corrispondere un indennizzo per la notifica irregolare dell'atto amministrativo (fondamento di diritto 5).

Nella STS del 29 marzo 1996 (ric. n. 7431/1994), era sottoposta a controllo la decisione di un sindaco, all'uopo autorizzato dal consiglio comunale, di assumere il controllo di un'impresa privata che somministrava acqua ad alcune urbanizzazioni (impresa che non aveva un rapporto diretto con il municipio), sempre durante un periodo di siccità. L'art. 128 Cost. esige che l'intervento su una impresa, sulla base di motivi di politica economica, si faccia attraverso una norma di rango legislativo<sup>23</sup>, per cui il Tribunale supremo ha dichiarato che l'atto municipale era contrario a diritto; tuttavia, si è riconosciuto che, “senza alcun dubbio, [l'atto] sarebbe stato adeguatamente fondato in diritto se fossero state invocate le facoltà riconosciute al sindaco dall'art. 21, comma 1, lettera *j*), LRBRL, facoltà di cui può far uso in caso di calamità pubblica. L'invocazione di tale articolo avrebbe permesso al sindaco, dando conto al consiglio comunale, di adottare una misura di emergenza volta a ristabilire la fornitura di acqua, senza che si potesse escludere dal quadro di misure urgenti un controllo momentaneo e temporaneo dell'attività di fornitura delle acque allo scopo di assicurare il servizio. Controllo che, se del caso, avrebbe dovuto dare luogo alla corrispondente compensazione economica per i danni prodotti se si fossero effettivamente prodotti” (fondamento di diritto 2).

#### *b) Il blocco dell'attività di una fabbrica per una situazione di crisi sanitaria*

La STS del 21 ottobre 2003 (ric. n. 8422/1998) ha riconosciuto la legalità della decisione di blocco immediato di una fabbrica – uno stabilimento deputato alla produzione di acido solforico – di fronte ad una situazione di crisi sanitaria (emissione di sostanze inquinanti) nell'ambito della quale erano state ricoverate in ospedale varie persone, ed una di esse era morta.

Ha dichiarato il tribunale che “ciò che si attribuisce [...] al sindaco [nell'art. 21, comma 1, lettera *m*), LRBRL] è la competenza ad adottare una misura cautelare che, come tale o come è proprio della sua stessa natura giuridica, si basa su una situazione di urgenza. Questa situazione [contrariamente a quanto argomentato dai ricorrenti] è incompatibile con l'esigenza che, in ogni caso, l'adozione della misura sia preceduta da alcuni accertamenti [...] preventivi che attribuiscono indubitabilmente la causa della catastrofe, dell'infortunio pubblico o del grave rischio dell'una o dell'altro al destinatario o all'attività destinataria della misura cautelare.

“Quello che il precetto esige, in un'interpretazione conforme al suo spirito ed alle sue finalità (art. 3, comma 1, del Codice civile), è l'esistenza di elementi di giudizio sufficienti per ritenere ragionevolmente, e mai di modo capzioso o arbitrario, che per frenare quelle situazioni di

---

<sup>23</sup> Art. 128 Cost.: “1. Tutte le risorse economiche del paese, nelle loro differenti forme e indipendentemente dalla loro titolarità, sono subordinate all'interesse generale.

2. Si riconosce la pubblica iniziativa nell'attività economica. Mediante legge potranno riservarsi al settore pubblico risorse e servizi essenziali, con particolare riferimento al caso di monopolio, e così pure decidere l'intervento imprenditoriale quando lo esiga l'interesse generale”.

catastrofe, calamità o gravi rischi sia necessaria ed adeguata la concreta misura cautelare che si adotta.

“Giudizio di ragionevolezza che si individua[va] con sufficiente chiarezza nei fatti della sentenza oggetto di ricorso, perché da essi si evince[va]: a) che nei giorni immediatamente precedenti [...] [alla decisione] già si erano verificate anomalie nel funzionamento della fabbrica [...], che avevano richiesto che lo stabilimento industriale fosse fermato in due occasioni; b) che nelle prime ore di quel giorno, la polizia municipale e l'ufficio dell'ambiente sembravano coincidere nell'attribuire le cause determinanti di quel che senza dubbio era un grave rischio per la salute, a una fuga di diossido di zolfo proveniente da quella fabbrica; e c) che quell'opinione coincidente non dovette essere intesa come carente di fondamento dai responsabili dell'impresa, poiché furono essi stessi che procedettero a fermare di nuovo lo stabilimento.

“Se a tutto ciò si aggiunge[va] che, né nella sentenza né [...] nel motivo di cassazione si offr[iva]no dati che dimostr[asser]o o che semplicemente si appunt[asser]o sulla mancanza di fondamento di quell'attribuzione di causalità, [doveva] concludersi che il giudice aveva giudicato correttamente la questione, ritenendo che l'attuazione municipale era giustificata e legittimata ex art. 21, comma 1, lettera j) [ora m)], della legge n. 7/1985. Si trattava, come bene afferma[va], di una situazione di emergenza che obbligava l'autorità municipale all'adozione di una misura ugualmente di emergenza.

“Dal resto, la misura cautelare adottata, di blocco immediato dello stabilimento, era anche, alla luce di un criterio di proporzionalità, quella che si mostrava come necessaria ed adeguata per porre un freno a quel grave rischio per la salute dei cittadini” (fondamento di diritto 5).

### *c) La chiusura di un campeggio per il pericolo di inondazioni*

Paradossalmente, se si pensa a quanto detto a proposito della temporaneità dei regolamenti di necessità, il Tribunale supremo ha ammesso che le misure adottate in virtù di questa competenza non debbano essere sempre avere una efficacia molto limitata nel tempo. La STS del 5 dicembre 2001 (ric. n. 5801/1996) ha confermato la decisione di un sindaco con cui si ordinava la chiusura, senza alcun indennizzo, di un campeggio per le inondazioni avvenute giorni prima.

“La facoltà di adottare misure necessarie ed adeguate di fronte a calamità straordinarie che è prevista dall'art. 21, comma 1, lettera j) [ora m)], della legge n. 2/1986, e, in modo complementare, dagli artt. 41, comma 24, del regio decreto del 28 novembre 1986 e 1, comma 1, par. 5°, lettera c), e 6 del decreto del 17 giugno 1955, può essere esercitata dai sindaci senza che si possa esigere che la si limiti temporalmente al preciso istante in cui avviene materialmente la calamità, soprattutto quando si tratta di eventi tanto gravi e generalizzati nella zona come quelli che hanno motivato l'adozione della decisione [del sindaco]. Una catastrofe di considerabile magnitudo, che abbia causato o possa causare molti danni personali e materiali, può richiedere misure immediate che blocchino un'attività turistica o industriale in modo preventivo, senza che le circostanze del momento permettano di valutare se sia possibile o meno che continui con il suo esercizio senza prolungare il rischio di nuovi eventi calamitosi. Ed identica conclusione potrebbe dedursi da quanto disposto nel regio decreto del 27 marzo 1981, artt. 1 e 2.

“Avendolo adottato in tale forma, non si può ritenere infranto alcuno dei precetti denunciati, nel momento in cui non si sia attestato – cosa che in questa sede non è avvenuta – che la misura cautelare adottata non potesse considerarsi in quel momento adeguata né necessaria per la finalità



perseguita. Non avrebbe senso denunciare l'invasione delle competenze delle autorità in materia di turismo o di protezione civile, se l'unica cosa da decidere nel processo è la possibilità che il comune disponga la chiusura cautelare di un campeggio nel caso di un'inondazione dovuta ad un corso straordinario delle acque che lo ha lasciato isolato, causando perfino vittime tra i suoi occupanti, quando sia possibile prevedere razionalmente la persistenza di una situazione di pericolo per la popolazione, nonostante si fossero già prodotti i gravi effetti dell'inondazione e la distruzione del camping. Per sostenere il contrario sarebbe necessario provare [...] che si è proceduto di modo consapevolmente ingiusto, o almeno con grave negligenza" (fondamento di diritto 2). Questione diversa è che, se i ricorrenti ritengono che il diniego di riapertura del camping per 7 anni sia stato contrario a diritto: avverso il diniego di riapertura, essi potranno, ovviamente, interporre i ricorsi che ritengano opportuni.