amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Natura e limiti del potere amministrativo *extra ordinem*.

di Francesco Scalia

(Professore Straordinario presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale)

Sommario

1. Premessa. – 2. Il potere di ordinanza extra ordinem come applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di lacuna normativa. – 3. Il limite dei "principi generali dell'ordinamento". – 4. Segue. Il bilanciamento come forma di applicazione dei principi. – 5. La riserva di legge. – 6. Segue. La riserva di legge come principio. – 7. Segue. La possibile applicazione diretta praeter legem da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento anche in materie coperte da riserva assoluta di legge. – 8. Segue. La tesi di Cardone. – 9. Integrazione piuttosto che deroga alla legislazione vigente. – 10. Il sistema della protezione civile. – 11. Segue. Le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti. – 12. Considerazioni conclusive: diritto "eccezionale", "ordinario" e "speciale" dell'emergenza.

Abstract

The jurisprudence of the Constitutional Court establishes the compliance with the general principles of the legal system, the constitutional norms and the matters of exclusive legislative competence as limits to the extra ordinem administrative power. While recognizing that in practice the limits set by the Constitutional Court are often surpassed, the doctrine agrees on this approach. The purpose of this article is to investigate the nature of the limitations set by the constitutional case-law on extraordinary power in the emergency and to assess wheter the practice commonly assumed in violation of these limits is rather a consequence of that nature.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa*.

Anche nel vigore dello Statuto albertino, nonostante il carattere flessibile dello stesso, il potere *extra ordinem* – sia legislativo che amministrativo – in situazioni di necessità ha posto alla dottrina dell'epoca dubbi di costituzionalità[1], come problemi di inquadramento giuridico hanno posto gli stessi decreti diretti a proclamare lo "stato di assedio"[2].

Le difficoltà di sistematizzazione teorica del fenomeno del potere amministrativo *extra ordinem* aumentano con l'avvento della Costituzione repubblicana, dovendo la dottrina e la giurisprudenza confrontarsi con i capisaldi del nuovo ordinamento costituzionale: rigidità costituzionale, riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, ampio ricorso, in questa materia, alle riserve di legge, tipicità e tassatività delle fonti primarie di produzione del diritto, distribuzione del potere legislativo tra parlamento e governo secondo il principio di supremazia del primo sul secondo (art. 70 Cost.), tipizzazione degli atti di governo con forza di legge e previsione, per questi, di limiti costituzionali stringenti e giustiziabili (artt. 76 e 77 Cost.), principio di separazione tra legislazione e amministrazione e principio di legalità dell'amministrazione anche in funzione di limite dello stesso legislatore (art. 97 Cost.), controllo di costituzionalità degli atti legislativi (art. 134 Cost.)[3]. Tanto che

---

[1] F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, p. 199 faceva discendere dall'art. 6 dello Statuto («[i]*l re nomina a tutte le cariche dello Stato; e fa i decreti e regolamenti necessarii per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne*») il divieto assoluto di ordinanze o regolamenti diretti a sospendere la legge e la Costituzione. Cfr. F. RACCIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Torino, 1909, p. 319, i quali distinguevano le ordinanze in esecutive e «*autonome*»: le prime «*vincolate e condizionate all'esistenza della legge cui si riferiscono*», le seconde «*senza l'occasione di una legge*, [...] *spaziano nel campo in cui si svolgono, sempre però rispettando le leggi dello stato, le quali in regime libero sono giuridicamente intangibili al governo*». Mentre, per contro, A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1988, qualificava i provvedimenti di necessità (c.d. «*decreti-statuti*») «*leggi eccezionali, cioè norme o misure, in momenti di suprema urgenza, stabilite dal Governo, a ragion veduta contrarie al diritto nazionale e tuttavia efficaci, per il tempo della loro durata, come se fossero state stabilite mediante statuti*», concludendo che «*il principio secondo il quale il regolamento non può contenere nulla di contrario al diritto nazionale non viene, dalla possibilità di questi atti eccezionale, menomamente infirmato, poiché essi non sono regolamenti*».

[2] L'opinione prevalente era che lo stato di assedio fosse un atto pienamente legittimo e conforme allo Statuto, legittimato dallo stato di necessità («*azione violenta, scoppiata in una parte del paese, contro la sicurezza dello stato e l'ordine giuridico costituito*», così O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV1, Torino, 1904, p. 1163), essenziale per la difesa politica dello Stato e della sua costituzione, espressione di una funzione propria del governo, soggetto solo a controllo politico (cfr. per tale tesi L. ROSSI, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1984, fasc. 2, e ID., *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1936, pp. 261 ss.). Altri Autori, all'opposto, ritenevano si applicasse al decreto di stato d'assedio lo stesso regime del decreto-legge, ritenuto illegittimo, in quanto in contrasto con il divieto statutario di sospendere leggi e Costituzione, e, pertanto, se non convertito in legge, poteva valere solo come «*stato di fatto*» (F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., pp. 121 ss. e A. GAMBERINI, *I decreti d'urgenza in teoria e pratica*, Bologna, 1903).

[3] Così A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 148-149.

ISSN 2036-7821

Mortati, in una delle prime edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico*, aveva affermato che le norme sui poteri di ordinanza *extra ordinem*, «*emesse sotto il vigore dello statuto prima vigente, non trovano più un valido fondamento nella nuova costituzione, che ha circoscritto in modo preciso le sfere di competenza normativa e devono quindi ritenersi decadute dopo l'entrata in vigore di queste*»[4].

La Corte costituzionale, sin dalle prime sentenze sul potere di ordinanza contingibile e urgente, indica, come condizioni di compatibilità costituzionale dello stesso, la sua conformità ai «*principii dell'ordinamento giuridico*»[5], «*dovunque tali principi siano espressi*

[4] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Padova, 1952, p. 369. Si vedano, per la tesi della incompatibilità con il sistema costituzionale delle norme attributive del potere di ordinanza *extra ordinem* sul presupposto che l'art. 77 Cost. disponga già una disciplina costituzionale dell'emergenza, prevedendo in ogni caso l'intervento del Parlamento: G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, spec. p. 424, e F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 193 ss.. La tesi riprende i dubbi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 866 ss., circa la costituzionalità del potere d'ordinanza del Governo per violazione dell'art. 77 Cost., cui si contrapponeva L. PALADIN, *Decreti-legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 540 ss., il quale non vedeva nell'ordinamento costituzionale alcuna preclusione in tal senso. Si veda anche, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 2185 ss., il quale individua, con riferimento alle ordinanze di protezione civile della l. n. 224 del 1992, quattro ragioni che devono indurre a considerare il fenomeno del potere *extra ordinem* come elusivo della disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza: *a*) il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare lo stato di emergenza, demandando ad altre autorità il compito di decidere con ordinanza; *b*) tale decisione sfugge al controllo di costituzionalità; *c*) esclude il Parlamento e *d*) sottrae anche al Presidente della Repubblica ogni possibilità di intervento in materia. Recentemente, per il decreto-legge quale strumento di chiusura del sistema, che dà alla straordinaria necessità ed urgenza un canale positivo di esplicazione, A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers On Federalismi*, n. 1, 2021, spec. pp. 7 ss.. Ritiene invece che l'art. 77 Cost. possa essere considerato una fonte costituzionale, sia pure indiretta, del potere di ordinanza *extra ordinem*, F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 970. L'Autore, per quanto concerne l'attribuzione del potere in questione ad organi diversi dal governo, prospetta che la dizione "governo" indichi sia, in senso stretto, il Consiglio dei Ministri che, in senso ampio, l'esecutivo in genere. Ciò legittimerebbe il potere di ordinanza attribuito al Prefetto, quale organo governativo con competenza territoriale su base provinciale, e al Sindaco, quale ufficiale del Governo. Tale tentativo di ricondurre il potere di ordinanza nell'alveo dell'art. 77 Cost. incontra il suo limite nell'attribuzione dello stesso a organi non inquadrabili anche in una nozione ampia di Governo, quali il Sindaco, quale rappresentante della comunità, e i Presidenti di Provincia e Regione.

[5] Corte Cost. 2 luglio 1956, n. 8, (IT:COST:1956:8), in *Giurisprudenza Costituzionale* con note di V. CRISAFULLI, *Questioni di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, pp. 929 ss., e di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, pp. 994 ss.. Commentata anche G.E. LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 t.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1957, pp. 25 ss.. Evidenzia A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 351, che con la sentenza n. 8/1956 «*si inaugura il processo ermeneutico-giudiziario – destinato a proseguire per tutta l'esperienza repubblicana – che porta ad interpretare la natura e i limiti* [delle ordinanze di necessità e urgenza] *in maniera da renderli compatibili con l'ordinamento costituzionale e da smorzarne la portata tendenzialmente eversiva del principio di legalità*». Rileva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in AA.VV., *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario AIDPA 2015, Napoli, 2016, pp. 93 ss. (114), che l'obbligo di soggezione delle ordinanze d'urgenza ai principi generali era stato affermato anche nel periodo statutario. Si vedano, in proposito, F. CAMMEO, *Sanità pubblica fonti e organizzazione*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV,

ISSN 2036-7821

o comunque essi risultino»[6], ed in particolare a «*quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*»[7], escludendo conseguentemente che questo possa derogare a norme di legge in materie coperte da riserva assoluta, nelle quali rimane «*inibito il potere di disposizione, sia in via generale che singolare, non solo*

---

parte II, Milano, 1905, pp. 205 ss., spec. p. 288, che invoca il rispetto dei principi generali della legislazione, e S. LESSONA, *Le ordinanze sanitarie d'urgenza*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1919, p. 400, che richiama i limiti contenuti «*nel disposto di leggi che sanciscono principi fondamentali del viver civile*». Osserva ancora Morbidelli che «*la Corte nella sentenza 3 aprile 1987, n. 100, è andata oltre i principi fondamentali, perché ha fatto riferimento ai "principi fondamentali ed inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici", e ai "profili essenziali dei principali istituti giuridici", sicché si tratta di una categoria ben più estesa, in quanto abbraccia i principi degli istituti, non solo i principi dell'ordinamento*» (cfr. *op. cit*., p. 119). In realtà, la Corte, nella sentenza citata, ha richiamato la giurisprudenza amministrativa che si è espressa sul contenuto precettivo della norma denunciata di incostituzionalità (l'art. 4 del d.l. 27 febbraio 1982, n. 87, relativo al terremoto che ha colpito la Campania e la Basilicata) e che ha ritenuto che tale norma non comprendesse «*atti che importino violazione "dei principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici": del che è stata fatta applicazione in una delle fattispecie concrete esaminate, nella quale il giudice amministrativo ha pronunciato l'annullamento di un'ordinanza di requisizione, perché priva del termine finale*». Quindi, il limite dei "principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici" non è stato posto dalla Consulta quale limite del potere di ordinanza contingibile e urgente, ma rinvenuto dalla giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione della norma oggetto del giudizio di costituzionalità.

[6] Corte Cost. 27 maggio 1961, n. 26, (IT:COST:1961:26), par. 5. La Corte in particolare afferma che «*i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*». La dottrina dell'epoca si era divisa sulla portata di tale sentenza tra chi riteneva che la Corte avesse espunto dall'ordinamento l'art. 2 del t.u.l.p.s. e chi invece affermava che la Corte avesse dichiarato l'incostituzionalità della disposizione impugnata per quella parte in cui andava contro Costituzione, dovendosi dedurre che la stessa disposizione restava in vita per quella parte in cui attribuiva poteri di ordinanza non contrari a Costituzione (così. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 95 ss. spec. p. 98). In particolare, avevano ritenuto che la Corte avesse annullato la disposizione C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1961, pp. 898 ss., (il quale, in un precedente scritto, aveva affermato l'impossibilità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 cit.; cfr. C. LAVAGNA, *L'art. 2 del testo unico di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, in *Democrazia e diritto*, 1960, fasc. 2, p. 78) e G. AMATO, *La difficile agonia dell'art. 2 t.u.l.p.s.*, in *Democrazia e diritto*, 1961, pp. 303 ss.. Invece, L. MONTESANO, *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui «testi legislativi ambigui»*, in *Foro italiano*, 1961, I, pp. 1283 ss., riteneva che la Corte avesse annullato l'art. 2 del t.u.l.p.s., non contenendo criteri delimitativi della discrezionalità, e che l'affermazione della sopravvivenza dei poteri di ordinanza si riferisse alle diverse altre disposizioni che nell'ordinamento prevedono tali poteri in capo al Prefetto. V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1961, pp. 886 ss., riteneva legittima l'attribuzione ai Prefetti dei poteri *ex* art. 2 «*soltanto in materie non regolate in sede costituzionale, per le quali nessuna riserva di legge sia costituzionalmente apprestata, (neppure relativa, stante la rilevata mancanza di criteri idonei a circoscrivere la discrezionalità dell'organo agente)*». In senso contrario, M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie* ex *articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1961, pp. 379 ss. (381-382), per il quale i provvedimenti d'urgenza del Prefetto non incontrerebbero neanche il limite della riserva assoluta, trattandosi di atti di produzione di norme che svolgono una funzione integrazione del sistema disciplinando fattispecie non previste.

[7] *Ibidem*. V. CRISAFULLI, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1961, pp. 886 ss. (889-890), rileva che la novità della sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale consiste nell'aver enunciato l'inderogabilità di tutti i precetti costituzionali, anche di quelli che non esprimono principi.

ISSN 2036-7821

contra, *ma anche* praeter legem»[8]. Mentre, in caso di riserva relativa di legge, la norma attributiva del potere di ordinanza «*deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale*»[9].

Tale orientamento è comunemente condiviso dalla dottrina che sul tema si è espressa nel tempo[10].

Uniche eccezioni paiono rappresentate da Scudiero e Satta.

---

[8] *Ibidem*.

[9] Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 201, (IT:COST:1987:201).

[10] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., pp. 94-96, ritiene che le norme attributive di poteri di ordinanza legittimino atti della pubblica amministrazione che incidano, anche in deroga a leggi preesistenti, in materie non coperte da alcuna riserva di legge, né assoluta né relativa. Ma mentre per le riserve assolute «*non è ammissibile riconoscere un potere derogatorio ad altri atti che non siano le leggi e gli atti dalla Costituzione equiparati alle leggi*», nelle materie coperte da riserva relativa di legge, le ordinanze *contra legem* sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. Quanto al limite dei principi generali dell'ordinamento, però, l'Autore, in altro scritto afferma di dubitare sull'esattezza e praticabilità del rispetto sempre e comunque: «*il principio di congruità e proporzionalità tra evento e misura assorbe, e limita nello stesso tempo, il presunto principio del rispetto dei principi generali dell'ordinamento*» ed è «*ragionevole immaginare un'emergenza tale da esigere, in un caso specifico, la deroga anche ad un principio generale dell'ordinamento (naturalmente la cosa andrà adeguatamente motivata e resta sotto il controllo dei giudici)*» (G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2198, nt. 25); R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 14, introduce il suo saggio affermando, citando Sandulli, che l'efficacia in deroga del potere di ordinanza non può mai involgere i «*precetti costituzionali e i principî generali dell'ordinamento*» e, in ogni caso, deve avvenire nel rispetto delle riserve assolute e relative fissate dalla Costituzione. L'Autore argomenta affermando che il carattere amministrativo delle ordinanze contingibili e urgenti può ritenersi pienamente sussistente solo ove insieme alla forza di legge si escluda altresì conseguentemente che tali provvedimenti possano assumere autonomamente contenuti riservati agli atti di esercizio della funzione legislativa. Si assisterebbe altrimenti al paradosso di atti amministrativi che, pur non possedendo forza di legge, sono ammessi a statuire limitazioni ai diritti soggettivi che nel nostro ordinamento sono consentiti solo agli atti che tale forza possiedono, trasformando così in un concetto inconsistente ogni asserita delimitazione del potere in esame, ad opera dei princìpi dell'ordinamento giuridico e delle riserve di legge imposte al legislatore (p. 117). Giannini, modificando radicalmente le posizioni assunte in un saggio del 1948 (M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione*, 1948, pp. 388 ss.), declina il limite dei principi dell'ordinamento affermando che le ordinanze d'urgenza non possono contrastare con norme costituzionali e non possono intervenire in materie che la Costituzione copre di riserva di legge assoluta, né possono essere in contrasto con norme primarie imperative, potendo quindi derogare solo a norme primarie dispositive in materie non aventi rilevanza costituzionale (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, 1988, pp. 706-707). F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XXII, 1990, pp. 1 ss. (3), osserva che il campo cui sono ammissibili ordinanze – anche in deroga a legge e a fonti ad essa subordinate – si restringe agli spazi liberi da riserve di legge, sia assolute, sia relative. Ha una posizione particolare C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario 2005, AIDPA, Milano, 2016, spec. pp. 22-28, il quale sostiene la compatibilità costituzionale di un potere straordinario nella versione che lui definisce "forte", affermando che l'emergenza costituisce un parametro costituzionale che implica una diversità di contenuto dispositivo-precettivo: «*un contenuto straordinario, perché individuabile sulla base di un contesto in cui l'ordine ed il valore delle entità da bilanciare è diverso da quello che opera in situazione non di emergenza e dunque da inquadrare in un ambito di regole e principi costituzionali in qualche punto diversi da quelli ricavabili quando il profilo dell'emergenza non viene in questione*». Tale potere, però, trova comunque un limite invalicabile nelle materie coperte da riserva assoluta di legge.

ISSN 2036-7821

Il primo, nel commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, ne contesta l'assunto secondo cui il potere prefettizio di ordinanza non possa svolgersi in materie coperte da riserva assoluta di legge; ciò in quanto le ordinanze sono «*atti di produzione di norme che, disciplinando fattispecie non previste dall'ordinamento giuridico, adempiono ad una funzione di integrazione del sistema normativo*»[11]. Tale tesi si fonda sulla teoria di Santi Romano della necessità come fonte produzione normativa[12].
Il secondo, se ribadisce che «*i principi generali costituiscono la cornice, entro cui il potere di ordinanza può essere esercitato, anche in deroga alle norme positive*», non affronta il tema delle materie coperte da riserva di legge, ma chiosa che, oltre ai principi generali, «[a]*ltri limiti, per così dire esterni, le ordinanze di necessità ed urgenza non incontrano*»[13].
La dottrina più recente[14] ribadisce pacificamente i limiti posti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, salvo poi denunciare che nella prassi tali limiti sono

[11] M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie* ex *articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, cit., pp. 381-382.

[12] L'Autore richiama sul punto T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, I, p. 191, il quale però escludeva che la necessità fosse fonte del diritto, affermando che «*lo stato di necessità ha una qualsiasi rilevanza giuridica in quanto è contemplato da una norma dell'ordinamento giuridico* [...] *tale norma è essa stessa una norma sulla produzione giuridica:: su di essa si fonda l'atto necessitato di produzione giuridica*». La concezione della necessità come suprema fonte della legittimità dell'ordinamento giuridico risale, anni addietro, all'elaborazione teorica di Santi Romano, secondo cui «[n]*ella vita dello Stato hanno talvolta luogo dei momenti di crisi in cui l'efficacia del suo diritto viene, se non distrutta, sospesa: in modo che non dal diritto, ma da energie al diritto estranee esso viene sorretto fino al momento in cui la crisi è risolta*» (S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, (1901), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano 1950, p. 134). Nella costruzione di Santi Romano, il primato della necessità come fonte originaria di produzione di norme giuridiche si rivelerebbe, anzitutto, al momento dell'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento, il quale risulterebbe legittimato per la propria necessità storico-sociale – per il fatto solo di esistere – , non per rispondenza al diritto positivo anteriore, decaduto e sostituito. La medesima fonte suprema può operare anche in costanza di un ordinamento dato, come forza che lo difenda e protegga, quando siano riusciti vani i mezzi contemplati in norme positive. Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pp. 351 ss. – p. 261: «*nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè lo Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale in un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali. Può cioè verificarsi una data condizione di cose che costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forze sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo*».

[13] F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 4 e 5.

[14] Cfr. tra i tanti, A. CAMAIANI-S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, in S. FOÀ -A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, 2022, p. 134, nt. 16; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, pp. 67 ss. (p. 74); A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 558 ss.; E. ZAMPETTI, *Legalità e potere straordinario di ordinanza*, in *Diritto e Società*, n. 1/2019, pp. 477 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., in particolare, per il limite dei principi, p. 99, e per l'assunto che le ordinanze contingibili e urgenti non possano riguardare materie coperte da riserva assoluta, p. 118; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit.,

ISSN 2036-7821

sovente travalicati[15], peraltro in genere con l'avallo della giurisprudenza amministrativa[16].

Il tentativo che si svolgerà nelle prossime pagine è indagare la natura dei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale al potere straordinario nell'emergenza e valutare se la prassi che si assume comunemente in loro violazione non sia piuttosto conseguenza di tale natura.

Prima di tale indagine, però, occorre porre la tesi che consente, a mio parere, di comprendere il fenomeno delle ordinanze contingibili e urgenti – anche nelle sue espressioni più estreme – nei confini tracciati dalla Costituzione.

---

p. 149; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008 pp. 104-109; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A.ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, pp. 60-61; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2005, pp. 641 ss.. Anche Cardone – che pur rileva, sulla scorta di una dettagliata indagine giurisprudenziale, che «[i] *principi dell'ordinamento operano, dunque, come limite intrinseco alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, condizionando dall'interno il contenuto dell'atto contingibile e urgente più che marcando dall'esterno un confine che il potere* extra ordinem *non può superare*» e che nelle materie riservate alla legge il giudice amministrativo non ha mai ritenuto «*precluso il ricorso al potere contingibile ed urgente, come dimostra la circostanza che dall'analisi della giurisprudenza non sono risultati casi né di annullamento dell'atto impugnato in diretta applicazione del divieto di provvedere* extra ordinem *in presenza di riserve, né di promovimento di questioni di legittimità costituzionale delle norme attributive del potere d'ordinanza in materia coperta da riserva di legge assoluta o da riserva relativa senza previa determinazione dei criteri direttivi per l'esercizio della discrezionalità amministrativa*» – conclude il suo saggio affermando categoricamente che «[q]*uanto alle riserve di legge assolute, (…) il potere contingibile ed urgente, come richiesto dalla giurisprudenza costituzionale, si arrest*[a] *dinnanzi ad esse*» (cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., rispettivamente pp. 299, 305-306 e 408.).

[15] V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, pp. 1600 ss.. L'Autore ritiene, però, tali limiti tuttavia essenziali alla definizione dell'istituto. In altro scritto, lo stesso Autore giudica di «*perplessa decifrazione*» il limite dei principi generali, non comprendendosi di quali principi si tratti, trovando in dottrina l'unico supporto in Cammeo, che riduce i principi a quelli «*assolutamente essenziali, del divieto di sopprimere la proprietà o la libertà commerciale, di non conformarsi al principio di uguaglianza, e così via (!)*» (V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 169-170, il quale cita F. CAMMEO, *Sanità pubblica fonti e organizzazione*, cit., pp. 258-259). Si veda, inoltre, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 92, il quale rilevava che le ordinanze si ponessero in fatto «*in dispregio della Costituzione*». Si vedano anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, pp. 317 ss. e F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, il quale rileva che «*alla prova dei fatti, le ordinanze hanno potuto e dovuto incidere anche su libertà e diritti fondamentali per fronteggiare l'emergenza, mettendo talora in crisi le riserve di legge, persino quelle assolute*» (p. 4). Per una disamina recente – ma precedente alla stagione della pandemia – della prassi che si assume violativa dei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale, si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, pp. 75-141.

[16] Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., rispettivamente pp. 305-306, il quale osserva che «*libertà di circolazione, diritto di proprietà, iniziativa economica privata, procedimento amministrativo sono alcune tra le più significative materie coperte da riserve di legge che possono venire in considerazione nell'esercizio del potere di necessità e urgenza. Ciò nonostante, in nessuno dei casi esaminati il giudice amministrativo ha ritenuto precluso il ricorso al potere contingibile ed urgente, come dimostra la circostanza che dall'analisi della giurisprudenza non sono risultati casi né di annullamento dell'atto impugnato in diretta applicazione del divieto di provvedere extra ordinem in presenza di riserve, né di promovimento di questioni di legittimità costituzionale delle norme attributive del potere d'ordinanza in materia coperta da riserva di legge assoluta o da riserva relativa senza previa determinazione dei criteri direttivi per l'esercizio della discrezionalità amministrativa*».

ISSN 2036-7821

2. *Il potere di ordinanza* extra ordinem *come applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di lacuna normativa*.

Diverse disposizioni del nostro ordinamento autorizzano autorità amministrative (in genere, organi politici monocratici) a provvedere in situazione di emergenza[17], adottando le misure idonee a far fronte alla stessa, misure non previamente tipizzate dal legislatore[18].

I presupposti necessari per l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti sono, da un lato, l'impossibilità di differire l'intervento ad altro momento, in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (da cui il carattere dell'urgenza), e, dall'altro, l'inattuabilità degli ordinari mezzi offerti dalla normativa (da cui la contingibilità)[19]. Ricorrendo tali presupposti, si è – per definizione – in presenza di una lacuna dell'ordinamento[20]. Infatti, se vi fosse la norma che individuasse le misure

[17] In quella che Luhmann definisce "fattispecie insolita" (cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, pp. 3-4).

[18] L'art. 2 del t.u.l.p.s. – oggetto delle citate sentenze della Corte costituzionale – autorizza il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ad adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica; l'art. 50, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.) autorizza il Sindaco, *quale rappresentante della comunità locale*, ad adottare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, ovvero in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. L'art. 54, ai commi 4 e 4*bis*, dello stesso decreto autorizza il Sindaco, *quale ufficiale del governo*, ad adottare con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. L'art. 32, comma 1, della l. 23 dicembre 1978, n. 833, autorizza il Ministro della salute ad emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più Regioni. L'art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 dispone che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle Regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. Discorso a parte meritano, come si vedrà, le ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale, disciplinate dall'art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ed il codice della protezione civile, posto dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

[19] Si veda, sul punto, in giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580, (IT:CDS:2019:3580SENT), punto 5: «*presupposti per l'adozione dell'ordinanza sindacale sono la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento (Cons. Stato, V, 18 giugno 2018, n. 3727, tra le altre)*».

[20] Il punto è stato intuito dalla dottrina più risalente. L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953, affermava che il problema del fondamento e della natura del potere di ordinanza costituisce «*un aspetto del grave e generale problema della completezza o non dell'ordinamento giuridico*» (p. 13) e indicava nel potere di ordinanza di necessità e urgenza, il potere attribuito dalla legge a determinate autorità amministrative in casi eccezionali di colmare le lacune «*attraverso l'attività, necessariamente creativa, dello stesso soggetto tenuto a risolvere un conflitto di interessi non risolto dalla norma*». L'Autore concludeva che «[i]*n questi casi eccezionali l'attività della pubblica amministrazione perde il suo carattere di attività amministrativa, intesa come attuazione di una volontà antecedentemente e astrattamente manifestata dal legislatore, per assurgere al valore di una attività creativa o dispositiva*» (pp. 14-15). Giannini, in un suo scritto, sosteneva che «*le ordinanze sono da assimilare a quegli atti creativi di diritto in*

ISSN 2036-7821

adeguate per far fronte alla situazione emergenziale e l'organo deputato ad assumerle, non vi sarebbe spazio per il potere di ordinanza contingibile e urgente, dovendo l'organo indicato dalla norma adottare le misure dalla norma stessa disciplinate, misure che rientrerebbero quindi nella categoria degli *atti necessitati*[21].

---

uno spazio giuridicamente vuoto, che assumono la figura specifica della Rechtsfindung, *regolata dal Codice Federale Svizzero, cioè esse sono atti di produzione originaria di una norma giuridica a contenuto particolare, anche derogatorio rispetto ad altre norme o a principi giuridici gerarchicamente non elevati, ma sempre entro l'ambito dei principi positivi gerarchicamente più elevati, cioè dei principi superiori e dei principi generali*» (Cfr. M.S. GIANNINI, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, pp. 195 ss. (206). Anche la giurisprudenza più risalente sembrava cogliere tale natura del potere di ordinanza *extra ordinem*. Cons. Stato, 6 febbraio 1926, n. 35, in *Foro amministrativo*, 1926, I, II, p. 102, con riferimento al potere del Sindaco «*di fare provvedimenti contingibili e urgenti di pubblica sicurezza e d'igiene pubblica, indipendentemente da qualsiasi disposizione contenuta nei relativi regolamenti*», statuiva che «*se, come nella specie, non esistono norme regolamentari apposite è pienamente legittimo l'operato del sindaco che in vista di un fatto il quale avviene in modo non preveduto e urge un rimedio in cui si ponga fine senza ritardo agli inconvenienti ed ai danni che già ne derivano e ne possono derivare (contingibilità e urgenza) si vale del diritto di ordinanza espressamente conferitogli dalla legge per* creare la norma giuridica *non preveduta dai regolamenti e disporre la immediata esecuzione*». Tale indirizzo è rimasto prevalente fino agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1071; Id., 28 agosto 1968, n. 1164; Id. 7 dicembre 1973, n. 1061. Per la giurisprudenza dei TAR, si veda TAR Lazio, sez. III, 15 luglio 1974, n. 13, che parla di ordinanze aventi «*la funzione di colmare le lacune dell'ordinamento*». In termini, TAR Lazio, sez. I, 30 marzo 1992, n. 431. La giurisprudenza più recente esclude che le ordinanze *extra ordinem* abbiano «*la funzione di colmare eventuali lacune nell'ordinamento, intese nel senso di situazioni di pericolo a fronte delle quali non sia previsto un normale potere di intervento di un'autorità amministrativa a tutela del pubblico interesse*», affermando cha invece «*hanno lo scopo di far fronte ad eventuali lacune di ordine operativo, cioè a situazioni di pericolo che non siano state fronteggiate in modo adeguato*» (TAR Campania, Napoli, sez. III, 15 gennaio 1999, n. 92; C.G.A.R. Sicilia, 28 agosto 1996, n. 129). A me pare, per come si cercherà di argomentare, che quelle che tale giurisprudenza definisce *lacune di ordine operativo* siano pur sempre lacune dell'ordinamento.

[21] In dottrina, l'elaborazione teorica della categoria degli atti necessitati si deve a M.S. GIANNINI, sin dal saggio *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 391, il quale osservava che mentre gli atti necessitati «*sono strumenti che l'ordinamento attribuisce alle autorità per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale*», le ordinanze contingibili e urgenti «*provvedono a situazioni eccezionali in senso giuridico, cioè che richiedono delle deroghe alle norme vigenti*». Si veda anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 703-704. Nella giurisprudenza costituzionale, la distinzione tra "atti" necessitati e "ordinanze" *extra ordinem* risale alla sentenza della Corte Cost. 4 gennaio 1977, n. 4 (IT:COST:1977:4), a mente della quale «*i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni*» (la sentenza è stata commentata da L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, pp. 258 ss., e P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, *ivi*, p. 264 ss.). La distinzione è stata ripresa dalla Corte con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021 (IT:COST:2021:198), con la quale ha posto il suo sigillo sulla legittimità costituzionale della gestione della pandemia da Covid-19 ad opera del Governo, definendo i d.P.C.M. – sulla cui costituzionalità la dottrina si è divisa –"atti necessitati", in quanto emessi in attuazione di norme legislative che ne hanno fissato il contenuto. Tale sentenza è stata commentata, tra gli altri, da: A. CAMAIANI-S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, cit., pp. 125 ss.; A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2021, pp. 2063C ss.; E. RINALDI, *La Corte costituzionale legittima le misure di contenimento del COVID-19, ma la motivazione soddisfa solo in parte*, *ivi*, pp. 2076 ss.; B. SBORO, *Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021*, in *federalismi.it*, n. 9, 2022, pp. 70 ss.; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 11/2022, pp. 158 ss., in particolare pp. 179-182; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in

ISSN 2036-7821

Tale tesi è contestata da Marzuoli, in quanto ritenuta incompatibile con l'assunto del potere come entità costituita dal diritto. L'argomento è che la lacuna significa assenza di diritto e, data la sequenza: prima il diritto e poi il potere, se vi è lacuna (cioè assenza del diritto), non vi può essere potere[22].

Marzuoli rinvia sul punto a Marazzita, il quale, pur riconoscendo che «*la peculiarità di ogni situazione di emergenza*» è che rispetto ad essa manchi «*alcuna previsione legislativa ordinaria*» e che ci si trovi, pertanto, dinanzi a «*lacune normative*», conclude che «[d]*i fronte ad una lacuna non* qualsiasi *rimedio è ammissibile per colmarla, ma solamente quello che è previsto dal diritto positivo o che comunque non vi si pone in contrasto*»[23].

L'argomento non convince.

La lacuna non è "assenza del diritto", ma – muovendo dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile – è assenza della «*precisa disposizione*», ovvero della disposizione[24] da cui trarre la norma applicabile al caso concreto.

Anzi, in presenza di lacuna normativa si invera al massimo grado il diritto, in quanto trovano applicazione i principi generali dell'ordinamento[25].

Quindi: non assenza del diritto, ma pienezza del diritto intesa come completezza dell'ordinamento.

In questi termini può, infatti, convenirsi con l'assioma che l'ordinamento non conosce lacune, in quanto anche un principio, sia espresso in apposita formulazione legislativa, sia implicito o latente nell'ordinamento, costituisce una norma,

---

federalismi,it, n. 25, 2021, pp. 81 ss.; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/1, pp. 1 ss., e A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[22] C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 24-25.

[23] G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 505 ss. (p. 514). Continua l'Autore affermando che «*la considerazione che le ordinanze di necessità possano in concreto soddisfare le esigenze dell'emergenza nulla ci dice sulla loro ammissibilità; ribaltando l'espressione di Schmitt (che, descrivendo l'emergenza, affermava che "lo stato continua ad esistere mentre il diritto viene meno") possiamo dire che, nel sistema vigente, se viene meno il diritto viene meno anche lo stato poiché questo è anzitutto organizzazione della sovranità, modalità e condizioni di esercizio, individuazione dei soggetti cui spetta esercitarla. Per valutare l'ammissibilità del potere di ordinanza occorre allora porci sul piano del diritto positivo, in particolare assumendo a parametro i princìpi che regolano il sistema normativo nonché le norme deducibili dagli artt. 77 e 78 Cost.*».

[24] Si veda per le ragioni dell'importanza della distinzione tra "disposizione" e "norma", G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, pp. 30-34.

[25] Diversa è la posizione di Ferrajoli, che considera vere lacune dell'ordinamento solo quelle che definisce "strutturali" o "in senso forte" quali vizi consistenti nell'inosservanza, per omissione, di norme sulla produzione, di grado perciò sopraordinato al livello normativo cui sono riferite. In questo senso, le lacune sono conseguenti all'inosservanza per omissione di una norma costituzionale e possono essere risolte – non in via interpretativa, ma – solo con l'intervento del legislatore. L'illustre filosofo del diritto riconosce, però, che «*di solito viene chiamata "lacuna" qualunque mancanza di norme, pur se solubile anch'essa dall'interprete con il ricorso all'analogia o ai principi generali del diritto*», e definisce le lacune di questo tipo *lacune in senso debole* (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, II ed., Roma-Bari, 2012, pp. 684-695).

ISSN 2036-7821

«*applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici e privati*», ed unisce all'efficacia vincolante un'efficacia *integrativa*[26].

È compito dell'interprete/operatore del diritto – sia esso il giudice, sia, come ritengo, l'amministrazione nell'esercizio del potere – individuare la "norma" [27], la regola del caso concreto, ricercandola in una "precisa disposizione" ovvero nelle disposizioni (anche in combinato disposto tra di loro) regolanti casi simili o materie analoghe (*analogia legis*) ovvero ancora facendo applicazione dei principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*). In particolare, l'*analogia iuris*, si risolve in un meccanismo integrativo[28] dell'ordinamento che permette al giudice di decidere comunque anche in presenza di lacune normative.

Diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina citata, il potere straordinario nell'emergenza è *costituito* dalle disposizioni legislative che lo affidano a determinate autorità amministrative, consegnandoglielo però senza definirne i contorni e i contenuti neanche di massima. Altrimenti detto, la disposizione legislativa attributiva del potere di ordinanza contingibile urgente indica il presupposto (il fatto

---

[26] Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 72. Il quale continua: «*l'attività di integrazione e di ricerca del diritto – si voglia o non riconoscerle carattere propriamente discrezionale – è pur sempre regolata, nell'ordinamento vigente, da norme giuridiche (principi generali), tra cui bisogna appunto annoverare le norme costituzionali programmatiche*». Si veda anche R. DWORKIN, *On Gaps in Law*, in N. MACCORMICK-P. AMSELEK (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edimburgh, 1991, pp. 84 ss., per il quale il diritto è necessariamente completo in quanto incorpora i principi e valori di una morale oggettiva che contiene una risposta per qualunque caso. Opposta, la posizione giuspositivistica, secondo cui il diritto deriva da fonti sociali, prodotte da atti umani e fraseggiate in un linguaggio, con la conseguenza che il diritto è necessariamente "limitato" (in questi termini, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 243, nt. 60). Cfr. anche J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Yournal*, vol. 81, 1972, pp. 823 ss.; F. SCHAUER, *The Limited Domain of Law*, in *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004, pp. 1909 ss.; E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, pp. 25 ss.. Ferrajoli, muovendo dalla sua concezione della "lacuna strutturale" come lacuna che può essere colmata solo con l'intervento del legislatore, afferma che il «*prezzo che il positivismo giuridico paga alla certezza del diritto non è solo* [...] *la possibile incoerenza del diritto, ma anche la sua possibile incompletezza. Ma si tratta di un prezzo necessario, dato che su di esso si fonda l'intero edificio del garantismo e dello stato di diritto*» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 694).

[27] Sulla "norma" quale prodotto dell'interpretazione si veda ancora V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.. Si veda anche T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi giuridici*, t. 1, Milano, 1959, p. 352, secondo cui «*oggetto dell'interpretazione non è una "norma", ma un testo* […]; *è in forza dell'interpretazione del testo* […] *che si formula la "norma"*». Negli stessi termini, G. TARELLO, *Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 424, per il quale «*ciò che si interpreta, è l'enunciato. Il precetto, la norma, segue come prodotto (e non precede come dato) la interpretazione (che è interpretazione dell'enunciato)*». Infine, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, p. 69: «*la disposizione è la fonte della norma attraverso l'interpretazione*». Per la giurisprudenza si veda Cass. Civ., SS. UU., 3 maggio 2019, n. 11747, (IT:CASS:2019:11747CIV), par. 11.8., a proposito della «*disposizione da applicare alla fattispecie, che sarà poi oggetto di interpretazione, divenendo norma ovvero assumendo,* tramite *l'interpretazione, il suo significato*».

[28] Secondo N. BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 601 ss., ora in ID., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 52 ss. (p. 55), l'*analogia iuris* non è vera analogia trattandosi di applicazione dei principi generali proprio in difetto dalla possibilità di reperire in via di interpretazione analogie fra caso e caso.

ISSN 2036-7821

emergenziale), l'autorità competente a adottare misure per farvi fronte, il fine da perseguire, non anche le misure da adottarsi per conseguire il fine[29]. L'azione della pubblica amministrazione non è previamente disciplinata, né può ritenersi che la stessa – in quanto non contemplata dalla disposizione normativa – sia giuridicamente indifferente; anzi, in quanto diretta alla tutela di interessi primari anche con il sacrificio o la limitazione di libertà garantite dalla Costituzione, è azione di sicura e pregnante rilevanza per l'ordinamento.

Riprendendo la costruzione teorica di Scoca, la norma – strutturata nelle due proposizioni costituite dalla fattispecie e dalla statuizione normativa – descrive (in termini generici e ricorrendo a concetti giuridici indeterminati[30]) il fatto extragiuridico, facendo sì «*che la norma rifletta sul fatto carattere giuridico, operandone il riconoscimento formale*»[31], ma risolve la statuizione normativa nell'investire l'autorità designata del potere-dovere di adottare le misure adeguate per far fronte alla situazione emergenziale, lasciando così al potere discrezionale dell'amministrazione la conformazione della realtà giuridica[32]. Discrezionalità che non trova i suoi limiti

[29] Secondo G. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 93, la norma attributiva del potere di ordinanza contingibile e urgente sarebbe norma sulla produzione giuridica, «*giacché si limita a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti, mentre ogni altra norma attributiva di normali poteri amministrativi è anche e prevalentemente norma di produzione giuridica, giacché anzitutto prevede positivamente che cosa rispetto a una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione*». L'Autore, nonostante ciò, conclude per il carattere amministrativo delle ordinanze, in quanto la natura della norma di attribuzione del potere non sarebbe decisiva per la sua qualificazione in termini normativi. Ma, come correttamente osserva A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., p. 157, nt. 45, il concetto di "norma sulla produzione giuridica" è usato da Rescigno in modo generico, perché non coincide con quello di "norma sulla produzione normativa" – ciò che consente all'Autore citato di escludere la natura di atto normativo alle ordinanze in parola –; se si assume però che tale è una norma che prevede e disciplina atti giuridici, questo requisito, anziché proprio solo delle norme attributive del potere di ordinanza, è utilizzabile per definizione anche per quelle che prevedono qualsivoglia provvedimento amministrativo, pure gli atti necessitati.

[30] Sulla elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) da parte della dottrina tedesca si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 282-289. L'Autore – per quel che si vedrà essere di interesse per la tesi che si intende sviluppare con il presente lavoro – afferma che «*quando il legislatore conferisce un potere amministrativo configurandone i presupposti sulla scorta di un concetto giuridico indeterminato, è evidente che ha inteso devolvere all'amministrazione il potere di individuare i presupposto del potere amministrativo stesso*» (p. 291).

[31] F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 50, citato da S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 122. Per l'illustre Maestro, «[r]*ilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)*» (*ibidem*).

[32] Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 124: «[l]*a relazione di efficacia giuridica intercorre* [...] *fra la statuizione normativa (seconda proposizione costitutiva della norma) e il fatto qualificato, vale a dire il fatto giuridicamente rilevante. A differenza della relazione di rilevanza, che si esaurisce nella conformità morfologica fra fatto e fattispecie, la relazione di efficacia ha una sua connotazione dinamica perché, con il suo contenuto formante, struttura la realtà qualificata*». Per la tesi che nei casi di testi contenenti clausole generali o espressioni altamente indeterminate non si possa parlare propriamente di "interpretazione" quanto di esercizio di una valutazione discrezionale che l'ordinamento demanda all'interprete si vedano: A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle*

ISSN 2036-7821

nella statuizione della disposizione attributiva del potere, tanto che la Corte costituzionale e la dottrina qualificano lo stesso come "libero"[33], ancorché il potere discrezionale non possa mai qualificarsi tale[34].

Guastini, riconduce l'ipotesi descritta alla categoria della "lacuna tecnica": «*una norma raccomanda di perseguire un certo fine, ma nessuna norma stabilisce quali mezzi debbano impiegarsi*»[35].

Satta coglie, con riferimento alle ordinanze *extra ordinem*, i termini della questione nel distinguere l'"ordinamento giuridico" dall'"ordinamento normativo": «*l'ordinamento giuridico nel suo complesso non presenta e non tollera lacune; ma ciò dipende dal fatto che esso esprime nella sua compiutezza il diritto vivente di una società; è dunque inconcepibile che valori, assunti come giuridicamente significativi, rimangano estranei all'ordinamento ripetesi nel suo complesso. Ma per l'ordinamento normativo il discorso è semplicemente inverso: l'ordinamento normativo è quello che è costituito dalle leggi effettivamente emanate dal Parlamento, per regolare le situazioni e le necessità che le singole leggi considerano: "lacunoso", dunque, istituzionalmente, necessariamente lacunoso, perché è impossibile raccogliere, prevedere, disciplinare ogni possibile fattispecie*»[36].

---

decisioni fondate su standards, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, pp. 311 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 380 e T. ENDICOTT, *Legal Interpretation*, in A. MARMOR (ed. by), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, London-New York, 2012, pp. 109 ss., spec. pp. 111-112.

[33] L'aggettivo "libero", riferito alle ordinanze contingibili e urgenti, è stato utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 4/1977 cit., punto 2 in diritto, ove si riconducono i provvedimenti contingibili e urgenti entro la categoria concettuale delle c.d. "ordinanze libere", caratterizzate, in primo luogo, dal fatto che il contenuto dei provvedimenti stessi non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo quanto richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione; in secondo luogo, dal fatto che dette circostanze non sono, a loro volta, previste – né, di regola, sono prevedibili in astratto – da specifiche disposizioni di legge. La Corte ha poi costantemente utilizzato tale aggettivo per qualificare le ordinanze in parola (cfr. ad es. sentenza 30 dicembre 1987, n. 617 - IT:COST:1987:617), sino alla recente sentenza n. 198/2021, cit. Giustamente critico sull'uso di tale aggettivo è F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pp. 970 ss. (978).

[34] Anche il potere amministrativo *extra ordinem* trova i propri vincoli interni nei criteri oggi posti dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990. In altre parole, l'esercizio del potere *extra ordinem* deve pur sempre essere *ragionevole* e circoscritto a quanto strettamente indispensabile al superamento dell'emergenza e, in questi termini, è soggetto al sindacato giurisdizionale.

[35] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 133.

[36] F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, cit., p. 3. L'Autore continua affermando che «[n]*ella realtà delle cose, qualunque lacuna* normativa *si colma per via di interpretazione, cioè attraverso la collocazione del problema, rispetto al quale si pretende che la lacuna si ponga, nel quadro dell'ordinamento generale: criteri di giustizia, principi generali e speciali di diritto, forme di interpretazione estensiva o analogica, determinano la soluzione e dunque il diritto*». L'Autore, evidentemente, usa il termine "norma" come equivalente di "disposizione".

ISSN 2036-7821

La tesi che qui si intende sostenere è che in presenza di una lacuna dell'ordinamento, come il giudice, per il divieto di *non liquet*[37], *decide* sulla base dei principi generali dell'ordinamento, così l'amministrazione *provvede* applicando i medesimi principi.
Credo non sia discutibile che l'amministrazione sia tenuta all'interpretazione giuridica in funzione dell'applicazione delle norme ai casi concreti. Invero, l'amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo, ovvero della capacità giuridica speciale di diritto pubblico che si esprime nella possibilità di produrre, con una manifestazione di volontà unilaterale, effetti giuridici nella sfera dei destinatari[38], applica la norma al caso concreto[39]. L'applicazione della norma presuppone l'interpretazione, ovvero la *sussunzione* del fatto particolare nella fattispecie astratta prevista dalla norma stessa – richiede quindi il rinvenimento nell'ordinamento della norma nella cui fattispecie è sussumibile il fatto concreto –, e si risolve nella determinazione delle conseguenze che la norma riconnette alla fattispecie[40].
Come il giudice, in assenza della *precisa disposizione* e della disposizione relativa a casi simili o materie analoghe, *deve* decidere sulla base dei principi generali

[37] Il divieto di *non liquet*, previsto espressamente dall'art. 4 del *Code civil* francese, è generalmente derivato nell'ordinamento italiano dall'art. 12 delle preleggi. Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro italiano*, V, 1969, pp. 112 ss..

[38] Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022, p. 105. Per la nozione di "potere" quale «capacità di determinare un cambiamento nella posizione giuridica propria o altrui» si veda anche W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913, pp. 16 ss. spec. pp. 44-54.

[39] Cfr. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 50: «[l]*'applicazione-prodotto consiste dunque nell'esercizio di un "potere" attribuito ad un certo soggetto da apposite norme di competenza: una applicazione-prodotto può essere effettuata solo da un soggetto dotato di specifica autorità*». L'Autore osserva che, in termini kelseniani, «*l'applicazione-prodotto consiste nella "derivazione dinamica" di una norma individuale da un'altra norma*». L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. pp. 556-560, definisce «*'applicazione'* [...] *l'atto formale o la decisione obbligatoriamente vincolati, il primo quanto alle forme la seconda anche quanto ai significati, dalle norme, rispettivamente formali e sostanziali, sulla loro produzione*» e «*'rispetto'* [...] *qualunque decisione il cui significato sia deciso in osservanza delle norme sostanziali sulla sua produzione*», concludendo che «[l]*a fenomenologia dell'osservanza delle norme sulla produzione si articola dunque in due ordini di fenomeni: la loro* applicazione *o il loro* rispetto [...], *consistenti l'una in atti formali o in decisioni di cui siano obbligatori la forma e/o il significato, e l'altro in decisioni di cui non sia vietato il significato*» [corsivi nel testo originario]. L'Autore colloca il "potere discrezionale" dell'amministrazione nella categoria del '*rispetto*', («*è osservante delle norme sostanziali sulla sua produzione* [...] *un provvedimento amministrativo le cui disposizioni 'rispettino', ossia non contrastino le norme di legge*» - p. 559), non cogliendo, però, a mio parere, il carattere *doveroso* del potere discrezionale. Ciò che induce l'Autore a concludere che «*solo l'applicazione sostanziale, e non anche il rispetto, suppone la prefigurazione di una "fattispecie" o, comunque, di un presupposto sostanziale che è obbligatorio accertare e qualificare giuridicamente*» (p. 559). Queste distinzioni sono essenziali, a giudizio dell'Autore, all'analisi della fenomenologia del potere nella democrazia costituzionale, in quanto valgono a fondare la distinzione tra «*'*funzioni di governo' [...], *siano esse legislative o esecutive, che sono poteri discrezionali al cui esercizio si richiede il semplice 'rispetto' delle norme sopraordinate e si conviene perciò una legittimazione soprattutto* politica, *e* 'funzioni di garanzia' [...], *quale è tipicamente quella giudiziaria, che sono invece poteri vincolati cui si richiede altresì l''applicazione sostanziale' delle norme sopraordinate e si conviene perciò una legittimazione interamente* legale» (p. 563).

[40] Sulla forma logica delle norme – con poche eccezioni – come "enunciato condizionale" il quale statuisce che cosa si debba fare od omettere se si verificano certe circostanze, si veda R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 18 e la dottrina ivi citata.

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento, non potendo denegare giustizia, così l'amministrazione, a fronte della lacuna normativa svelata dalla emergenza, *deve* provvedere applicando gli stessi principi, non potendo rimanere inerte, ma dovendo perseguire l'interesse pubblico concreto ad essa affidato e – particolarmente nelle situazioni emergenziali – la tutela dei diritti fondamentali[41].
L'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, come si vedrà nel prossimo paragrafo, avviene mediante il bilanciamento degli stessi.

3. *Il limite dei "principi generali dell'ordinamento"*.
I principi possono essere definiti come norme "fondamentali"[42], caratterizzanti l'identità assiologica[43] dell'intero ordinamento o di una sua parte[44]. Possono essere di rango costituzionale o semplicemente legislativo[45], ancorché si sia autorevolmente

[41] Si veda già G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 425: «[l]*e istituzioni, intese qui come istituzioni appartenenti allo Stato, esistono tutte per una destinazione fondamentale che costituisce la loro ragione di vita: esse debbono agire per assicurare il soddisfacimento dei bisogni, ai quali sono indirizzate, la loro funzione si risolve in un vero obbligo giuridico, che è tale anche se non può essere preteso, anche se non si pone come corrispondente diritto subbiettivo nelle persone che sono interessate al suo adempimento. Per il potere legislativo l'attività normativa è un obbligo istituzionale, perché è la sua ragione di esistenza; per il potere esecutivo, considerato nel suo complesso, è obbligo istituzionale il proseguimento dei fini tutti che concernono la collettività*».

[42] In quanto, come sottolinea Guastini, norme *fondanti* e non *fondate*: ossia che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) ad altre norme e a loro volta non richiedono alcun fondamento assiologico (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 173 ss.). L'Autore spiega che i principi, in primo luogo, sono norme fondamentali nel senso che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) a molteplicità di altre norme; in secondo luogo, sono norme fondamentali nel senso che non hanno e non richiedono a loro volta alcun fondamento assiologico, alcuna giustificazione etico-politica, poiché sono percepite, nella cultura giuridica esistente, come norme evidentemente "giuste" o "corrette" (p. 176).

[43] Per la connessione tra principi e valori si veda R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994 (trad. it. a cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 162-197). Secondo Alexy la differenza tra principi e valori si riduce al fatto che i primi in quanto precetti appartengono all'ambito deontico, i secondi vanno ascritti al piano assiologico. Si veda anche J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992 (trad. it. a cura di L. CEPPA, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 303), secondo cui i principi, a differenza dei valori, si impongono al generale rispetto della collettività non perché stabiliscono relazioni di preferenza, ma perché la positivizzazione dell'enunciato normativo conferisce loro la carica deontica di un'obbligazione incondizionata ed universale.

[44] Osserva Bartole che un principio può essere definito principio dell'ordinamento anche se la sua matrice è strettamente circoscritta all'àmbito di un istituto, di una materia, di una branca del diritto, purché il principio medesimo (ovvero la fattispecie cui esso ha riguardo) abbia (o abbiano) una rilevanza tale da qualificare, direttamente o indirettamente, il modo di essere dell'ordinamento intero, ovvero di importanti sue parti componenti (S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 ss.). Secondo la definizione della Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 26 giugno 1956 (IT:COST:1956:6), i principi generali dell'ordinamento sono «*quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare in un dato momento storico il tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico vigente*».

[45] Ad es. il principio di irretroattività della legge fuori della materia penale: art. 11, comma 1, disp. prel. cod. civ..

ISSN 2036-7821

sostenuto che tutti i principi generali dell'ordinamento sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta[46].

Nell'ambito dei principi costituzionali, inoltre, ve ne sono alcuni che non possono essere abrogati o sovvertiti neppure con leggi di revisione costituzionale e, in quanto tali, possono definirsi principi "supremi" dell'ordinamento[47].

I principi a volte sono esplicitati in una apposita disposizione normativa[48], spesso si desumono dalle norme positive attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione crescente ovvero muovendo dagli assetti organizzativi e istituzionali[49]. In ogni caso[50], i principi generali sono il risultato di un'operazione di costruzione giuridica, piuttosto che di interpretazione[51], per la quale Dworkin ha

---

[46] F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss. (p. 17).

[47] Cfr. Corte Cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, (IT:COST:1988:1146): «[l]*a Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984)*».

[48] Ad es. i principi generali dell'attività amministrativa, posti dall'art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241, o i «*Principi fondamentali*» sanciti dagli artt. da 1 a 11 della Costituzione.

[49] La dottrina parla, rispettivamente, di principi "espressi", "inespressi" e "istituzionali". La nozione di principi "istituzionali" si deve a Santi Romano, il quale attribuiva diversa natura sostanziale a due gruppi di principi generali: quelli identificabili mediante l'analogia, i quali farebbero parte del diritto scritto (essendo compresi, sia pure in modo latente, nelle norme scritte, delle quali solo apparentemente rappresenterebbero un'estensione); quelli rivelantisi dalla stessa natura delle istituzioni, considerate in sé a prescindere da ogni disposizione formalmente dichiarata, i quali rappresenterebbero diritto non scritto, ed anzi, non volontario. Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939, pp. 31 ss., e ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, p. 40 e pp. 351 ss.. V. Crisafulli, criticando la dottrina dell'epoca che, in larga prevalenza, riteneva che i principi generali fossero necessariamente inespressi, nell'affermare l'esistenza anche di principi esplicitamente formulati, nega rilevanza alla distinzione tra principi espressi e inespressi, riconducendo gli uni e gli altri alla categoria delle norme giuridiche. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, pp. 41 ss., pp. 157 ss., pp. 230 ss..

[50] Osserva Modugno che, anche se esplicitati in una disposizione, i principi hanno un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico, che rende sempre indispensabile l'opera di valutazione dell'interprete (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3).

[51] S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 496, evidenzia «*l'ambiguità di fondo dei principi generali che li colloca ad un problematico crocevia fra interpretazione, creazione non legislativa del diritto e processi argomentativi propri dell'una e dell'altra*». Per la tesi che i principi inespressi sono «*frutto non propriamente di interpretazione (in senso stretto, cioè ascrizione di senso a specifici testi normativi) ma di costruzione giuridica, ossia di integrazione del diritto ad opera degli interpreti*», si veda R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 185. Si veda ancora F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4: «[i]*l principio generale è dunque* strutturalmente, *una costruzione*

ISSN 2036-7821

inventato la figura di Ercole, giudice filosofo dalla capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani[52].

Questa operazione risente della cultura giuridica del momento, oltre a concorrere a definirla.

Si guardi, a titolo di esempio, alla vicenda delle norme sull'attribuzione ai figli del cognome paterno, la cui matrice riposa nella formulazione, antecedente alla riforma del diritto di famiglia[53], dell'art. 144 cod. civ., il quale (con un testo identico a quello dell'art. 131 del codice civile del Regno d'Italia del 1865) disponeva che: «[i]*l marito è capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza*». Ebbene, la Corte costituzionale ha definito tale sistema di attribuzione del cognome – sopravvissuto (all'epoca della pronuncia) per oltre un quarantennio alla riforma del diritto di famiglia – «*retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna*»[54]. Nondimeno, anche in quell'occasione, come in diverse precedenti[55] – nelle quali aveva invocato l'intervento del legislatore –, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto l'intervento invocato con la ordinanza di rimessione richiedeva una operazione manipolativa esorbitante i suoi poteri. Si sono resi necessari ulteriori dieci anni prima che la Corte, «*in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità*», dichiarasse l'illegittimità costituzionale della norma (di cui agli artt. 262, primo comma, secondo periodo, e 299, terzo comma, cod. civ.), nella parte in cui non consente «*ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno*»[56]. Fino alla recentissima sentenza n. 131/2022[57], con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma,

---

dell'interprete-operatore – a partire dalle norme ritenute vigenti in un dato ordinamento positivo o ritenute implicite nelle sue istituzioni – che consiste in un fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni *di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti, ecc., potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi, di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali, e quindi applicabili a concrete fattispecie*».

[52] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977, p. 105: «*We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules*».

[53] L. 19 maggio 1975, n. 151.

[54] Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61, (IT:COST:2006:61).

[55] Corte Cost., ordinanza, 11 febbraio 1988, n. 176, (IT:COST:1988:176), e ordinanza 19 maggio 1988, n. 586, (IT:COST:1988:586).

[56] Corte Cost. 21 dicembre 2016, n. 286, (IT:COST:2016:286).

[57] Corte Cost. 31 maggio 2022, n. 131, (IT:COST:2022:131).

ISSN 2036-7821

Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU – l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. La Corte ha anche statuito che, ove difetti l'accordo sull'ordine di attribuzione dei cognomi dei genitori, che è parte della regola suppletiva, si rende necessario dirimere il contrasto e lo strumento che le norme vigenti consentono, attualmente, di approntare è quello dell'intervento giudiziale.

Pare significativo osservare che quello che a giudizio della Corte, ancora nel 1988, era una norma limitativa sì dell'eguaglianza dei coniugi, ma desumibile dall'art. 29 Cost., in quanto utilizzava «*una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio*»[58], si appalesa oggi allo stesso giudice come «*il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non* […] *più tollerabile*»[59]. Inoltre, l'operazione manipolativa della norma, ritenuta dalla Corte, ancora nel 2006, esorbitante i suoi poteri, è oggi legittimata – stante la perdurante inerzia del legislatore – dal dovere di rendere effettiva la "legalità costituzionale"[60].

Tale evoluzione del fondamentale principio di uguaglianza è stata sicuramente indotta da modifiche dell'ordinamento positivo, determinate anche dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[61] e da obblighi assunti nell'arena internazionale[62]. Tuttavia, le pronunce della Corte costituzionale appena citate sono tutte – di molto – successive alle innovazioni normative in questione; nondimeno, il semplice confronto tra le stesse rende evidente come sulla trasformazione del principio abbia influito soprattutto il profondo cambiamento del

[58] Corte Cost., ordinanza n. 586/1988, cit..

[59] Corte Cost. n. 61/2006, cit., par. 10.1. Ma ancora Corte Cost., ordinanza, 27 aprile 2007, n. 144, (IT:COST:2007:144).

[60] Cfr. Corte Cost. n. 131/2022, cit., par. 11.2.: «*questa Corte, preso atto che delle numerose proposte di riforma legislativa, presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna è giunta a compimento, non può più esimersi dal rendere effettiva la "legalità costituzionale"*».

[61] La Corte EDU ha invitato l'Italia alla «*eliminazione di ogni discriminazione* [...] *nella scelta del cognome*», sul presupposto che «*la tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'attribuzione a tutti i suoi membri del cognome del marito non p*[uò] *giustificare una discriminazione nei confronti delle donne (si veda, in particolare, Ünal Tekeli v. Turkey, [paragrafi] 64-65)*» (Corte EDU, sentenza 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, par. 66).

[62] Sin dalla fine degli anni Settanta, gli obblighi internazionali, cui si è vincolato l'ordinamento italiano, sollecitano l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari, compresa la scelta del cognome. Cfr. l'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132, nonché le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978.

ISSN 2036-7821

"costume sociale", ovvero della cultura e del sistema valoriale della società, che concorre a plasmare la cultura giuridica del Paese.
I principi generali dell'ordinamento, quindi, esprimono i valori etico-politici che definiscono la fisionomia dell'ordinamento nel momento in cui degli stessi principi si fa applicazione[63].

4. *Segue. Il bilanciamento come forma di applicazione dei principi.*
Alexy sostiene che la ponderazione è «*la forma di applicazione caratteristica dei princìpi*»[64]. E invero, l'illustre filosofo del diritto tedesco afferma che «*i* princìpi (Prinzipien) *sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione,* precetti di ottimizzazione (Optimierungsgebote)*, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche*». Al contrario, le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate e contengono, perciò, *determinazioni* (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile[65]. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti. Ma mentre il conflitto tra regole può essere risolto solo inserendo, in una delle regole, una clausola di eccezione (*Ausnahmeklausel*) che elimini il conflitto oppure dichiarando invalida almeno una delle regole, se due principi collidono, uno prevale sull'altro sotto determinate circostanze, mentre sotto altre circostanze il problema della priorità può essere risolto in maniera inversa. «*Si può intendere tutto questo se si afferma che i principi, nei casi concreti, hanno diverso peso, e che ha la priorità il principio con il peso di volta in volta maggiore*». Quindi, riprendendo le tesi di Dworkin[66], Alexy conclude affermando che «[i] *conflitti di regole hanno luogo nella dimensione della validità, le collisioni di principi*

[63] Osserva Modugno che i principi generali hanno natura essenzialmente implicita, in quanto dotati di contenuto deontologico eccedente la loro possibile formulazione, sia quest'ultima dichiarata in disposizioni normative, sia dichiarata dell'operatore-interprete (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3). La tesi dell'eccedenza del contenuto assiologico o deontologico dei principi è dovuta a Emilio Betti e si accompagna alla negazione della natura normativa dei principi medesimi. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Milano, 1971, pp. 205 ss. (p. 316): «*i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da* un'eccedenza di contenuto deontologico *(o* assiologico*, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema*».

[64] R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 37.

[65] Alexy afferma che la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non di grado. Ogni norma o è una regola o un principio (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 107).

[66] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 26-27: «*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersects* […]*, one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is*».

ISSN 2036-7821

hanno luogo, invece, nella dimensione del peso, al di là della dimensione della validità poiché solo principi validi possono collidere»[67].

In altri termini, se i conflitti di regole sono da risolvere secondo i criteri tradizionali di risoluzione delle antinomie[68], la tecnica di risoluzione dei conflitti tra principi è il bilanciamento, il quale mette in risalto come la dimensione più propria dei principi sia il peso. O, come argomenta altra dottrina, «*i principi* [a differenza delle regole] *non sono mai tra loro incompatibili: sono sempre tra loro concorrenti*»[69] e applicarne uno significa, insieme, applicare tutti quelli con esso concorrenti alla ricerca del modo di sacrificarne ciascuno nella misura minore possibile, compatibile con il rispetto dovuto a ciascun altro.

I principi, quindi, avendo – come afferma Dworkin, nel segnarne la distinzione dalle regole – una struttura che non si presta ad una osservanza in «*all–or–nothing fashion*»[70], sono abitualmente posti a confronto con interessi e valori diversi da quelli alla cui tutela concorrono.

Guastini pare esprimere lo stesso concetto quando indica nella "defettibilità" una delle caratteristiche dei principi, spiegando che «*una norma è defettibile allorché ammette eccezioni inespresse, non stabilite dalla norma stessa né in alcuna altra norma dell'ordinamento, e pertanto totalmente indeterminate*»[71]. Tale caratteristica a me pare

---

[67] R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 101-110. La distinzione tra principi e regole come norme *qualitativamente* diverse si deve innanzitutto a Dworkin, che l'ha elaborata criticando la tesi giuspositivista di Hart, ripresa da Raz, secondo cui la differenza tra regole e principi riguarda fondamentalmente il livello di generalità e vaghezza, in quanto i principi altro non sono che norme molto generali e vaghe. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 564-565, rileva, invece, la «*limitata portata*» della distinzione e contesta la tesi che «*i principi si* rispettano *mentre le regole, siano esse formali o sostanziali, si* applicano», osservando che «[c]*ontrapporre regole e principi come le une applicabili e gli altri solo rispettabili, sulla base di un bilanciamento con altre ragioni di natura diversa dal bilanciamento richiesto in ogni interpretazione sistematica, rischia di fatto di offuscare e depotenziale il valore vincolante dei secondi, tanto più grave se essi rivestono rango costituzionale*».

[68] Quali, ad esempio, il criterio gerarchico, il criterio cronologico, il criterio di specialità e il criterio di competenza.

[69] L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65 ss. (p. 78) (corsivo nel testo).

[70] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 24: «*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case it contributes ntoghing to the decision*».

[71] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 178. Lo stesso concetto esprime L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, cit., pp. 65 ss., quando afferma: «[c]*he una norma valga come principio significa che l'argomentazione in cui consiste la sua applicazione può anche, per quanto paradossale possa apparire, avere una conclusione che si presenta come incompatibile con la formulazione letterale del principio. Ma, a questa conclusione, non si sarà pervenuti per via interpretativa, cioè risolvendo a monte l'incompatibilità (qualificata come meramente apparente) mediante una riformulazione della disposizione da cui la norma vien tratta, in un enunciato dichiarato sinonimo di quello legislativo* [...]. *Che una norma in una argomentazione valga come principio significa che il soggetto argomentante riconosce apertamente (e direi, se mi permettete, onestamente) tale incompatibilità; ed appunto con ciò si impegna a fornire e fornisce, al di là delle acrobazie interpretative sempre possibili ma di corto respiro, le ragioni che militano a favore della conclusione incompatibile con il principio; nonché, evidentemente,*

ISSN 2036-7821

conseguenza del fatto che nella dimensione concreta – nel *farsi* dell'ordinamento[72] – i principi, come i valori che esprimono, non vivono da soli, ma insieme e – spesso – in conflitto con altri principi[73]: dal loro ragionevole bilanciamento scaturisce il contenuto prescrittivo degli stessi, che sarà caso per caso diverso e più o meno ampio in ragione della maggiore o minore forza dei principi (valori) e interessi antagonisti in funzione dell'interesse pubblico concreto e attuale da perseguire[74].

Anche questo concetto è espresso da Alexy quando afferma che le regole sono l'esito di un bilanciamento tra principi, cioè il risultato del processo di ottimizzazione dei principi stessi e, in quanto tali, precetti definitivi, non più suscettibili di ottimizzazione. Le regole derivano quindi dai principi, non per deduzione, ma per bilanciamento[75].

Un esempio può forse aiutare nell'argomentazione.

Principio fondamentale, che esprime un valore basilare del nostro ordinamento, è il principio di uguaglianza in ragione del sesso. Ipotizziamo che si sviluppi e diffonda una particolare forma virale che colpisce solo gli appartenenti ad un determinato sesso. Sarebbero in tal caso ragionevoli misure precauzionali anche fortemente limitative di libertà costituzionali prese nei confronti solo di coloro che appartengono al sesso a rischio di contagio. In tale ipotesi, infatti, le libertà costituzionali (di

---

delle ragioni di secondo ordine o grado, capaci di giustificare la prevalenza attribuita a quelle ragioni su quel principio» (pp. 77-78).

[72] Il riferimento è a E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 126, secondo cui «*l'ordinamento giuridico* [...] *è qualcosa che non è, ma* si fa [...] *proprio per opera assidua di interpretazione*» (corsivo nel testo).

[73] Secondo L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, cit., p. 78, l'essere in concorrenza con altri principi sarebbe il tratto definitorio del concetto stesso di principio. Ma già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, nel porre la sua fondamentale tesi sul potere discrezionale della pubblica amministrazione, affermava che «*un determinato interesse pubblico* non esiste mai isolato nel mondo sociale» [corsivo nel testo] (p. 77) e che «[l]*'apprezzamento politico della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie*» (p. 74).

[74] Dworkin, nel confutare le obiezioni di Raz (in J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit., pp. 823 ss.), alla sua distinzione tra *regole* e *principi* compendia così la sua tesi: «*I argued that principles, like those I mentioned, conflict and interact with one another, so that each principle that is relevant to a particular legal problem provides a reason arguing in favor of, but does not stipulate a particular solution. The man who must decide the 190roblemi s therefore required to assess all of the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as 'valid'*» (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 72). Osserva Modugno che «[m]*entre le norme, in generale, una volte costruite, a partire dagli enunciati normativi, anche in combinazione fra loro, sono già pronte per l'applicazione, le norme ricavabili dai principi presuppongono la elaborata opera di individuazione e ricostruzione (bilanciamento) dei medesimi intesi come valori*» (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 12). Osserva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 121, che «*il limite dei principi si risolve nel limite di una congrua motivazione e di adeguato bilanciamento a fronte di qualsiasi* ius novum, *tanto più serrato quanto più rispondente ad interessi "forti" (come ad e. l'interesse alla tutela dell'ambiente) sia la normativa che si va a derogare*».

[75] La radice di questo argomentare pare rinvenirsi nel pensiero di Kant e nella sua distinzione tra doveri etici «*larghi*» e doveri giuridici «*stretti*». Cfr. I. Kant, *Metafisica dei costumi*, a cura di G. LANDOLFI PETRONE-R. MORDACCI, Milano, 2006, pp. 395 ss. e 467.

ISSN 2036-7821

circolazione, di riunione, di lavoro) possono essere ritenute cedevoli a fronte della necessità di garantire la salute, sia come diritto dei singoli che come interesse della comunità. Il decisore pubblico dovrà, però, adottare le misure precauzionali strettamente necessarie (proporzionate in senso stretto) allo scopo. Saranno, quindi, giustificate in quanto ragionevoli solo le limitazioni imposte agli appartenenti al sesso minacciato. In questo caso, il ragionevole bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco conduce ad una radicale – sia pur necessariamente temporanea – compressione di un principio fondamentale del nostro ordinamento, quale l'uguaglianza in ragione del sesso.

Di quanto fin qui detto si trova evidenza nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che pur, come ricordato, ha posto come condizioni di legittimità costituzionale del potere di ordinanza *extra ordinem*, la sua conformità ai «*principii dell'ordinamento giuridico*» (sentenza n. 8/1956, cit.), ed in particolare a «*quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*» (sentenza n. 26/1961, cit.). Ebbene, già con la sentenza n. 4 del 1977, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 20 del t.u.l.p.s., in ordine alla precettazione di alcuni bidelli, disposta dal Prefetto di Rieti in occasione dello sciopero proclamato dal personale scolastico non docente e motivata sulla base del pericolo di epidemie legato alla mancata pulizia dei plessi scolastici, sostenendo che i limiti al diritto di sciopero trovano nel caso fondamento nell'art. 32 Cost. e nelle ragioni di sicurezza sottese alla tutela dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.. Ed ancora, con la sentenza n. 51 del 1991[76], la Corte ha affermato che «*la libertà di movimento dei beni tra una zona e l'altra del territorio nazionale – garantita in via generale dall'art. 41 della Costituzione e, per quel che concerne il potere di limitazione regionale, dall'art. 120 della stessa Costituzione – dev'essere bilanciata con un complesso di interessi costituzionalmente protetti, riconducibili a diritti fondamentali o a valori collettivi di carattere primario, fra i quali rientrano sicuramente la salute pubblica e, come fine di utilità sociale, la conservazione e lo sviluppo del patrimonio zootecnico*». Fino a ad arrivare, in tempo di pandemia da Covid-19, alla sentenza n. 128 del 2021[77], con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione di legge che ha disposto la seconda proroga della sospensione dei procedimenti esecutivi per il pignoramento immobiliare aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore[78] – al fine di

[76] Corte Cost. 6 febbraio 1991, n. 51, (IT:COST:1991:51), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 388 ss..

[77] Corte Cost. 22 giugno 2021, n. 128, (IT:COST:2021:128).

[78] L'art. 54-*ter* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, introdotto dall'Allegato alla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, ha stabilito che, «[a]*l fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore*». La disposizione è stata prorogata nel termine di efficacia al 31 dicembre 2020, dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020 (come convertito nella legge n. 176 del

ISSN 2036-7821

contenere gli effetti negativi di carattere socio-economico dell'emergenza pandemica – perché il «*bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato*». La Corte premette che il diritto all'abitazione costituisce «*diritto sociale*» e «*rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità in cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione*» e, benché non sia espressamente menzionato, «*deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili*». Ora, in presenza di tale diritto, il legislatore può procrastinare la soddisfazione del diritto del creditore alla tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva, garantito dall'art. 24 Cost., ma deve «*sussistere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite*». Ebbene, il bilanciamento operato dal legislatore è stato ritenuto ragionevole dalla Corte nella prima fase dell'emergenza, ma essendo rimasto invariato in occasione delle due proroghe nei termini inizialmente valutati, è divenuto nel tempo irragionevole in quanto il legislatore «*avrebbe dovuto specificare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell'esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco*».
Tale pronuncia evidenzia non solo – ciò che è pacifico in giurisprudenza e in dottrina – che i limiti temporali della misura incidono sulla proporzionalità della stessa e, quindi, sulla ragionevolezza del bilanciamento dei contrapposti interessi, ma che la stessa ragionevolezza del bilanciamento è condizionata dall'"urgenza dell'emergenza", ovvero dalla vicinanza temporale con il fatto emergenziale e, dunque, dalla capacità o meno di articolare una risposta compiutamente ponderata.
Quindi, si possono trarre le seguenti conclusioni dalle considerazioni sin qui svolte.
I principi generali dell'ordinamento esprimono i valori etico-politici che definiscono la fisionomia dell'ordinamento.
Ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminare al codice civile, i principi generali svolgono una funzione di integrazione dell'ordinamento, consentendo di colmarne le lacune: auto-integrazione, essendo i principi stessi norme dell'ordinamento.
Il giudice quando non rinviene le disposizioni con le quali decidere una controversia, nemmeno ricercandole tra quelle regolanti casi simili o analoghi (*analogia legis*), decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (*analogia juris*). La tesi che qui si sostiene è che analoga operazione è tenuta a fare l'amministrazione quando, operando in condizioni di emergenza in assenza della

2020), e quindi fino al 30 giugno 2021, dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020 (ancora in corso di conversione al momento della proposizione delle questioni di costituzionalità e poi convertito nella legge n. 21 del 2021). Quest'ultima è la disposizione dichiarata incostituzionale dalla Corte.

ISSN 2036-7821

disposizione normativa adeguata, deve rinvenire la norma del caso concreto (la regola) derivandola dai principi generali dell'ordinamento[79].

I principi generali, singolarmente presi, esprimono pienamente il proprio contenuto assiologico, mentre la norma del caso concreto scaturisce dal loro contemperamento e bilanciamento.

I principi generali dell'ordinamento, in quanto termini dell'operazione di bilanciamento, non operano come limiti esterni al potere amministrativo nell'emergenza, ma come limiti interni ovvero come criteri orientatori[80] per il ragionevole – e, quindi, legittimo – esercizio dello stesso[81].

Come ho tentato di argomentare in altro scritto[82], nell'operazione di bilanciamento, lo stato di emergenza può rendere ragionevole (proporzionata in senso stretto) anche la – temporanea – sospensione, ovvero la loro compressione sin nel nucleo essenziale, dei principi in cui si esprimono i diritti e le libertà costituzionali[83]. Ciò con il solo

---

[79] Guastini, nella prospettiva dell'interpretazione e dell'argomentazione, riferisce l'operazione di concretizzazione dei principi costituzionali al giudice costituzionale, per decidere della conformità a costituzione di una norma di legge, e al giudice comune, per colmare la lacuna nella legge (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 201 ss.). Pare evidente, però, che tale operazione, è innanzitutto in capo all'amministrazione e al legislatore. Solo in un secondo momento – eventualmente – il giudice può essere chiamato a valutarne rispettivamente la legittimità e la legalità costituzionale. Sembra cogliere tale aspetto Bartole, quando rileva che in alcune situazioni i principi generali «*operano come "*guidelines*" di decisioni di autorità, non legislative, altrimenti rilasciate all'arbitrio dei loro autori*». In tali ipotesi, «*l'elasticità dei princìpi (che è funzione della generalità delle loro indicazioni) consente a chi è tenuto a farne uso di articolare nel loro àmbito soluzioni adeguate ai casi di specie in ordine ai quali è tenuto a provvedere*» (S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 517).

[80] Sulla definizione dei principi generali dell'ordinamento come *criteri orientatori* si veda G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, ed. XV, Milano, 2021, pp. 29-30.

[81] Questo aspetto mi sembra colto già da G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2185 ss., laddove ammette di avere qualche dubbio sull'esattezza e praticabilità del rispetto, sempre e comunque, dei principi generali dell'ordinamento, osservando che «*il principio di congruità e proporzionalità tra evento e misura assorbe, e limita nello stesso tempo, il presunto principio del rispetto dei princìpi generali dell'ordinamento, nel senso che, se l'ordinanza è congrua e proporzionata alla necessità (ricordando che il giudice può annullarla o disapplicarla, se viziata), in generale essa rispetterà anche i princìpi generali dell'ordinamento* […], *ma è ragionevole immaginare un'emergenza tale da esigere, in un caso specifico, la deroga anche ad un principio generale dell'ordinamento (naturalmente la cosa andrà adeguatamente motivata e resta sotto il controllo dei giudici)*» (nt. 25). Alle medesime conclusioni giunge, come si è già visto, sulla base dell'esame della giurisprudenza amministrativa, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 299, il quale afferma che «[i] *principi dell'ordinamento operano, dunque, come limite intrinseco alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, condizionando dall'interno il contenuto dell'atto contingibile e urgente più che marcando dall'esterno un confine che il potere* extra ordinem *non può superare*».

[82] F. SCALIA, *The Reasonable Balancing of Righths and Interests at the Time of Pandemic*, in *Review of European Adiministrative Law*, vol. 13, n. 4, 2020, pp. 89 ss. e ID., *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 183 ss.

[83] È quanto rileva, sulla base dell'analisi della giurisprudenza amministrativa in tema di ordinanze *extra ordinem*, anche A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 305, laddove afferma che «*nella vita concreta del potere contingibile e urgente il limite dei principi dell'ordinamento, posto dalla Corte nella sentenza n. 8 del 1956 e sviluppato nella successiva sentenza n. 26 del 1961, ha finito per tradursi nel momento del controllo giurisdizionale in un blando scrutinio di adeguatezza del contenuto dispositivo dell'atto di necessità ed urgenza; atto rispetto al quale la portata*

ISSN 2036-7821

limite di quei principi dell'ordinamento la cui sospensione anche nel loro nucleo essenziale in ragione della tutela di altri valori, giudicati – nella situazione data – prevalenti, determinerebbe la rottura della Costituzione stessa. È da ritenere, però, che tale limite non sia rappresentato dai c.d. principi "supremi", se tra questi si ricomprendono – come pare corretto – anche i diritti fondamentali riconosciuti nella prima parte della Costituzione. Anche tali principi, come insegna autorevole dottrina, sono derogabili, ancorché sottratti a revisione costituzionale e immodificabili[84]. A me sembra che l'unico limite, oltrepassato il quale si verificherebbe la rottura della Costituzione, è quello posto dall'art. 139 della stessa (non a caso l'unica disposizione che pone esplicitamente limiti alla revisione costituzionale), ovvero la "forma repubblicana", intesa nel senso – corrispondente al pensiero politico moderno – di governo derivato dal popolo, coincidente, quindi, con la "forma democratica".

5. *La riserva di legge*.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (e la dottrina citata), il potere amministrativo nell'emergenza non può invadere la riserva assoluta di legge[85] e, nel caso di riserva relativa, la norma primaria attributiva del potere deve comunque adeguatamente delimitarne il contenuto discrezionale[86].

Deve innanzitutto tracciarsi la distinzione tra principio di legalità e riserva di legge.

Sul punto pare insuperata la lezione di Crisafulli: il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, non necessariamente posta da legge in senso formale o da atto ad essa equiparato[87]; la riserva di legge esige che la legge (formale o

---

normativa del principio opera dall'interno ma con una "forza" decisamente ridotta e quasi annichilita dalle ragioni dell'emergenza. Sia nel caso dei principi costituzionali in materia di diritti e libertà fondamentali, sia nel caso dei principi generali in materia di concorrenza, di trasparenza e di "giusto procedimento", infatti, la ricostruzione della portata normativa dei principi restituisce un parametro per il sindacato giurisdizionale in gran parte svuotato delle pretese regolative che gli stessi principi ordinariamente avanzano al di fuori dei contesti emergenziali».

[84] Cfr. F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., pp. 12-13: «[c]*ome principi supremi, essi sono dunque immodificabili, ma soggetti a bilanciamento*».

[85] Cfr. Corte Cost. n. 201/1987, cit..

[86] Cfr. Corte Cost. n. 201/1987, cit. e Corte Cost. n. 26/1961, cit. (IT:COST:1961:26).

[87] Si veda sul punto F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, spec. pp. 235 ss., il quale sottolinea che «[l]*a norma può avere qualunque origine e quindi sia essere posta dal parlamento in forma di legge, sia risultare da consuetudini o da prassi o da norme poste dall'amministrazione stessa*» (p. 243). Si veda anche G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. II, Milano, 1971, p. 37 e nt. 54, che propone la sostituzione del principio di legalità con quello di giuridicità, o normatività, dell'azione attraverso il ricorso a fonti anche diverse dalla legge, e, più di recente, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, il quale parla di «*principio di legalità regolamentare*». Sul principio di legalità la letteratura è vastissima. Si segnalano, oltre, ai testi già citati, gli Atti del 53° convegno di studi amministrativi di Varenna del 20-22 settembre 2007, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008. Si vedano inoltre le voci di L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1989, R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, pp. 84 e ss., e S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*,

ISSN 2036-7821

atto ad essa equiparato) regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso, così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto. L'uno è un limite al potere esecutivo; l'altra un vincolo di contenuto della stessa legge formale. Nondimeno, «*riserve "relative" e principio di legalità tendono a identificarsi, ove quest'ultimo debba essere inteso in senso sostanziale, anziché come implicante semplicemente l'esigenza di previa norma di legge attributiva di potere (come mera legalità formale, cioè)*»[88].

La Corte costituzionale ritiene osservato il principio di legalità, nel suo contenuto essenziale, dalla norma attributiva del potere di ordinanza contingibile e urgente, che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto («*il quale, in tal senso, può considerarsi libero*»), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata[89].

Milano, 1973, pp. 659 ss.. Si vedano anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 132 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 157 ss.; G. BERTI, *Dalla legalità formale alla legalità sostanziale*, in *Il diritto della Regione*, 1992, pp. 623 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 319 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Diritto amministrativo*, 1999, pp. 111 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, pp. 708 ss..; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, e ID., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017.

[88] V. CRISFAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, pp. 55-61. Ancorché, come rilevano R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, anche in tal caso i due istituti continuino a rispondere a logiche ed esigenze diverse: l'uno destinato ad operare sul piano dei rapporti tra fonti, l'altro su quello dei limiti all'agire amministrativo.

[89] Così Corte Cost. n. 201/1987, cit. Pare non potersi condividere la tesi di chi indica nel potere *extra ordinem* legittimato dallo stato di emergenza un «*paradigma costitutivo dell'ordine giuridico*» alternativo al sistema della legalità ed evidenzia la contraddizione irrisolvibile tra il potere di ordinanza e il modello dello Stato di diritto, «*trattandosi di potere costituito non dal diritto ma da una realtà di fatto, cioè l'emergenza*» (Così M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 795 ss., che cita G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 16). Tale dottrina, in continuità con l'insegnamento di Santi Romano, individua nella "necessità" una fonte di produzione del diritto alternativa alla legge (superiore, nella concezione romaniana: *necessitas non habet legem*; Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1946, p. 92). Invero, anche il potere di ordinanza *extra ordinem* trova il suo fondamento nella legge, che lo assegna a determinate autorità ed indica nell'emergenza il presupposto fattuale che ne legittima l'esercizio e nel fronteggiare e superare la stessa la finalità da conseguire. Anzi, se è vero che il canone della ragionevolezza opera come parametro di sintesi e misura ultima della legalità sostanziale delle scelte amministrative (in questi termini, G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 104), deve concludersi che anche per le ordinanze contingibili e urgenti operi il principio di legalità sostanziale e che il contenuto delle stesse non sia affatto "libero", in quanto presidiato dai principi che reggono l'esercizio della potestà discrezionale dell'amministrazione. Si veda, in tal senso, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 99-100, laddove afferma che «*la non tipizzazione è compensata dalla necessaria e motivata individuazione dei presupposti previsti dalla legge, che a sua volta deve indicare le motivazioni, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata, dalla rete di principi fondamentali da osservare, come pure dall'obbligo di osservare la normativa dell'Unione europea e gli obblighi internazionali, nonché dalla necessità di adeguata istruttoria, dai principi di proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza che devono legare la situazione emergenziale (da riscontrare con compiutezza) e i provvedimenti idonei a risolverla o comunque a fronteggiarla e a mitigarla.* [...] *Tutti elementi che concorrono a ricondurre le ordinanze entro l'alveo della legalità sostanziale e a consentire così la "raffrontabilità" con le fonti primarie*». Si veda anche P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in*

ISSN 2036-7821

Nel quadro tratteggiato dalla Corte, il principio di legalità – ai fini della legittimazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza – opera nella sua dimensione formale[90], ovvero nel suo «*contenuto minimo*». Altrimenti detto, il principio di legalità pone un vincolo – oltre che al potere esecutivo – al legislatore, vietandogli di conferire a questo poteri senza determinare le finalità, i presupposti, il procedimento, il contenuto, gli effetti[91]. Tale vincolo è di molto attenuato quando il legislatore conferisce i poteri necessari per far fronte a situazioni di emergenza[92]. In

cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 425 ss., per la tesi che attraverso i principi generali dell'azione amministrativa si realizza l'*interpositio legislatoris*, nel senso che si impone alla pubblica amministrazione «*il metodo del procedimento*», con adeguata istruttoria e congrua motivazione in ogni ipotesi di esercizio del potere. Si veda, sul punto, anche Corte Cost. 5 aprile 2018, n. 69, (IT:COST:2018:69); 28 febbraio 2019, n. 28, (IT:COST:2019:28); 23 giugno 2020, n. 116, (IT:COST:2020:116); 13 maggio 2022, n. 121, (IT:COST:2022:121) e 26 aprile 2022 n. 186, (IT:COST:2022:186). In particolare, la prima sentenza della serie afferma: «[è] *nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. In definitiva viene in tal modo garantito il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione. Difatti, a chiusura del sistema, vi è la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale*». In realtà, come si vedrà, le garanzie procedimentali possono essere elise dall'urgenza di provvedere determinata dalla situazione emergenziale.

[90] Il concetto di principio di legalità in senso formale si deve a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., pp. 165 ss., il quale lo ha usato per sostenere l'esistenza di una riserva di amministrazione quale riserva di regolamento e di indirizzo governativo sull'organizzazione amministrativa. Osserva R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 129 che «[o]*ve si ponga mente al rapporto fra disposizione attributiva del potere di ordinanza ed atto amministrativo che del primo sia estrinsecazione (ordinanza di necessità e urgenza) è agevole riconoscere un tipico esempio offerto dall'ordinamento di conformità formale del principio di legalità. Le norme di previsione del potere, infatti, individuano con atto legislativo la competenza, i presupposti, la definizione, esplicita o implicita del fine pubblico e del tipo di attività (autoritativa) di cui l'amministrazione è titolare*». Nello stesso senso F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., p. 3, la quale osserva che «*presupposto per l'ammissibilità delle ordinanze è di interpretare la legalità in senso formale, ritenendo che tale principio sia rispettato allorché il potere trova fondamento in una norma legislativa (sicché l'ipotesi che la norma delimiti il potere mediante criteri direttivi quale condizione per intervenire con ordinanze in campi coperte da riserve relative di legge sarebbe un "di più" rispetto alle esigenze della legalità) senza pretendere che esso viga anche come regola generalizzata di tipicità di ciascun atto della P.A.*».

[91] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., p. 28, il quale conclude che «[u]*na legge che si astenesse dal disciplinare questi aspetti sarebbe costituzionalmente illegittima "per difetto": ossia non per quello che regola ma per quello che omette di regolare*». Si veda anche R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 89 e 96, che sottolinea come il principio di legalità sostanziale rappresenti «*una regola sulla legislazione*», concludendo che il principio valga – peraltro con diversa intensità – solo in relazione a quelle materie che la costituzione riserva alla legge.

[92] Usando le categorie di R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 86, si potrebbe parlare di conformità "in senso debole" dell'atto amministrativo alla legge. Ipotesi che si verifica, secondo l'Autore, quando l'atto è

ISSN 2036-7821

tal caso è sufficiente la previsione legislativa del potere e dell'autorità cui lo stesso è conferito, oltre che della finalità da perseguire[93], non anche la predeterminazione del suo contenuto, negli elementi minimi individuati dalla giurisprudenza costituzionale, nell'enucleazione del principio di legalità sostanziale[94]. Delle due

autorizzato dalla legge. Diversa dalla conformità "in senso forte", che si ha quando l'atto ha la forma ed il contenuto predeterminato dalla legge.

[93] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4705, (ECLI:IT:CDS:2016:4705SENT), part. 7.1.: «[i]*l principio di legalità, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 42, 113 Cost.), impone che la legge predetermini lo scopo da perseguire (cosiddetta legalità-indirizzo) e le modalità, formali e sostanziali, attraverso le quali l'azione amministrativa deve svolgersi (cosiddetta legalità-garanzia). In relazione alle ordinanze di necessità ed urgenza la legge si limita ad indicare, oltre agli organi competenti, il fine da perseguire (nella specie, assicurare l'ordine pubblico) e le caratteristiche tipologiche (necessità ed urgenza) di tali provvedimenti che possono essere declinate nella: i) contingibilità, intesa come urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale od imminente per la tutela di un interesse pubblico, per far fronte a situazione non prevedibili e permanenti; ii) provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporale normalmente limitata. La sostanziale "atipicità" contenutistica e la conseguente dequotazione del principio di legalità-garanzia sostanziale si giustifica in ragione dell'urgenza di provvedere. La variabilità delle situazioni concrete da fronteggiare con immediatezza impedisce al legislatore di prefigurare quale possa essere il contenuto dell'atto più idoneo per regolare la fattispecie concreta. Pur in presenza di tale ampiezza di poteri le ordinanze in questione devono rispettare i principi generali dell'ordinamento e, in particolare, il principio di legalità sia pure nel senso "limitato" sopra indicato*». Si veda anche Corte Cost. n. 201/1987, cit., (IT:COST:1987:201): «[p]*er l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga – ma non anche di abrogazione o di modifica – della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*». Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2019, n. 953, (IT:CDS:2019:953SENT): «[i]*l potere di ordinanza è un "potere atipico" che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a "nominare" il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione*».

[94] Il principio di legalità sostanziale, con riferimento all'amministrazione, è stato enucleato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 2 luglio 1982, n. 150, in ordine al tema degli atti governativi di indirizzo e coordinamento e, in particolare, relativamente alle condizioni che ne legittimano l'esercizio, rendendo tali atti vincolanti per gli organi delle Regioni, anche in materie ad esse trasferite e già disciplinate da leggi regionali contrastanti con quanto disposto dall'atto di indirizzo. La Corte sottolineava che la legittimità di un atto di indirizzo richiedeva la presenza di «*un'ulteriore disposizione legislativa: a quale, in apposita considerazione della materia, che volta a volta esige l'intervento degli organi centrali, vincoli e diriga la scelta del Governo, prima che questo possa, dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia*». A seguito della sentenza n. 150/1982 e fino alla riforma del titolo V della Costituzione, con la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il principio di legalità sostanziale ha operato, nella giurisprudenza costituzionale pressoché costantemente quale parametro di legittimità per gli atti statali di indirizzo e coordinamento. Dopo la riforma del 2001, il principio è divenuto parametro di legittimità costituzionale delle leggi regionali incidenti sulle prerogative statali nelle materie di competenza concorrente. Si vedano, in particolare, Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307, con nota di Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003 e 6 febbraio 2009, n. 32, con nota di A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009. Sulla sentenza n. 307/2003 si sofferma anche F.G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario 2004, AIPDA*, Milano, 2005, pp. 6-7, sottolineando, in particolare, che «[d]*alla lettura di questa rilevante sentenza si ricava che il legislatore (almeno quello regionale) non può attribuire poteri ad organi amministrativi senza contemporaneamente stabilirne le condizioni e i criteri di esercizio: il potere non deve trasformarsi in arbitrio, e potere essere usato in contrasto con l'interesse generale e con i diritti dei privati. Anzi è anche solo il pericolo di arbitraria utilizzazione del potere a determinare la violazione del principio di legalità sostanziale e, di conseguenza, la*

ISSN 2036-7821

declinazioni di tale principio, la "tipicità"[95] e la "nominatività"[96], solo la seconda sarebbe, pertanto, predicabile per le ordinanze contingibili e urgenti[97].

---

illegittimità costituzionale della previsione legislativa. Se il principio di legalità sostanziale venisse assunto dalla Corte con valore generale e applicato anche alla legislazione statale, da esso scaturirebbe un rigoroso limite, consistente in un vincolo nel quid: la legge non potrebbe in nessun caso attribuire poteri senza dettarne la disciplina vincolante per l'amministrazione». Si è visto che la sentenza Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 115, senza arrivare alle estreme conseguenze indicate (e probabilmente paventate) dall'Illustre Autore, ha posto il principio di legalità sostanziale quale canone di legittimità costituzionale di tutte le norme attributive del potere amministrativo. Ma già R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 87, evidenziava per il "principio di legalità in senso sostanziale" «[è] *invalida (costituzionalmente illegittima) ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente*».

[95] Secondo A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, pp. 529 ss.. (537), la tipicità esprime una dipendenza stretta dell'atto alla norma, comportando non solo l'esclusione di provvedimenti 'atipici' (e cioè non contemplati da alcuna norma), ma anche una soggezione del provvedimento alle ragioni e agli interessi salvaguardati dalla norma. Per l'ipotesi che il principio di tipicità non derivi né coincida con il principio di legalità si veda E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019 del 9 giugno 2019, pp. 548 ss.. Secondo tale Autore il principio di tipicità ha contenuti e fondamento che oltrepassano il principio di legalità e rappresenta la sintesi dei principi costituzionali di funzionalizzazione (art. 97 e 98 Cost.), di tassatività (art. 2 e 3 Cost.) e di determinatezza (art. 101, 113 Cost.) degli atti e delle attività amministrative.

[96] Parte della dottrina tende a considerare in modo congiunto (una sorta di endiadi) o in modo fungibile le nozioni di "tipicità" e "nominatività". Secondo F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, IV ed., Padova, 1959, p. 136, la nominatività si traduce nella regola secondo cui i provvedimenti amministrativi costituiscono un numero chiuso e l'amministrazione non può crearne di nuovi. Come osserva A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., pp. 529 ss. (532), così intesa, a ben vedere, la nominatività è una sorta di corollario del principio di tipicità. Infatti, la circostanza che i provvedimenti rappresentino un numero chiuso comporta tutt'al più un chiarimento o una precisazione rispetto alla necessità che a fondamento del potere c.d. amministrativo vi sia una norma giuridica (nei termini modellati dal principio di legalità nella sua formulazione più elementare) e che da quella norma il provvedimento derivi la matrice che definisca anche gli obiettivi e gli interessi perseguiti (profilo che sarebbe sviluppato dalla tipicità dell'atto amministrativo). M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 670 e 678, dopo aver evidenziato che il principio di nominatività «*più che un principio a sé, è aspetto applicativo del principio di legalità*» e che «*per il provvedimento amministrativo sussiste, non tanto una nominatività, quanto una tipicità, la quale non esclude affatto discrezionalità, anche notevolmente ampie, dell'amministrazione*», afferma che «[i]*l principio di nominatività del provvedimento gioca nel senso di dare una "tipicità" al provvedimento medesimo*» e che «[l]a *tipicità comporta una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre*». A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 596-597, ritiene che la nominatività dei provvedimenti amministrativi comporti che ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrispondesse a un tipo di atto perfettamente definito dalla legge, quindi una forma ancor più avanzata di tipicità del provvedimento. La tesi che però pare preferibile è che, se la nominatività si risolve nel fatto stesso della previsione di una di una determinata categoria di provvedimenti da parte del legislatore, la tipicità comporta una predeterminazione normativa estesa a più aspetti ed elementi dell'atto, che costituiscono tratti del tipo (così, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, pp. 40-41. Si veda anche la dottrina citata nella nota che segue). In tal senso anche S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 152-153, ancorché usi i termini "nominatività" e "tipicità" come equivalenti, entrambi riferiti al principio per cui sono provvedimenti amministrativi solo quelli indicati come tali dal legislatore, mentre usa il termine "tassatività" per indicare il principio (da altri indicato come di "tipicità") per il quale il contenuto del provvedimento è prefigurato dalla norma la quale, prevedendo limiti e divieti o imponendo obblighi, stabilisce quale determinazione può assumere l'amministrazione con il provvedimento.

[97] Cfr. D. SORACE-S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021, pp. 96-97, secondo cui la tipicità comporta anche una predeterminazione degli effetti giuridici, quale non si riscontra però per le ordinanze d'urgenza, che sarebbero comunque 'nominate', perché sono comunque previste e definite

ISSN 2036-7821

Con la sentenza n. 115 del 2011[98], la Corte ha invece ribadito, con riferimento a norma attributiva del potere di emanare «*ordinanze di ordinaria amministrazione*»,

---

dall'ordinamento. Soltanto in presenza dei requisiti di contingibilità e dell'urgenza è ammissibile l'attribuzione di poteri autoritativi all'amministrazione pur in assenza di una definizione legislativa degli effetti giuridici ottenibili con il loro esercizio, cioè derogando al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 41, affermano che la distinzione tra tipicità e nominatività si riesce a cogliere se si ha riguardo alle ordinanze di necessità e urgenza: atti nominati, in quanto previsti dall'ordinamento, ma non completamente tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore. A questo proposito, gli Autori parlano di restrizione più che di eccezione del principio di tipicità. Nello stesso senso E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, pp. 477-479, che osserva: «[l]*'ordinamento generale appresta in ogni caso due tipi di limiti a garanzia dei privati: da un lato la predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione (tipicità); dall'altro, la predeterminazione degli elementi (e della connessione fra gli stessi) del potere che può essere esercitato per conseguire quegli effetti (nominatività)*» (p. 478). F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 349 ss., risolve il principio di nominatività nell'affermazione che l'atto amministrativo deve essere necessariamente assunto in vista del diretto soddisfacimento della funzione indicata, a suo riguardo dalla legge. Nelle ordinanze c.d. libere, mentre la tipicità è assente, perché la legge non anticipa la descrizione degli effetti che possono derivarne, la nominatività è invece presente perché anche a loro riguardo la legge deve indicare (in modo espresso o, per mezzo dell'enunciazione dei presupposti provvedimentali, in modo implicito) almeno i motivi che giustificano l'emanazione delle stesse. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 163, definisce, invece, i poteri di ordinanza contingibile e urgente «*poteri del tutto innominati, e quindi derogatori dei principi di tipicità e di nominatività degli atti amministrativi, nonché derogatori rispetto all'ordine normale dell'attribuzione e delle competenze. A una determinata autorità viene conferita la capacità di esercitare, in determinate circostanze (caratterizzate dalla loro assoluta imprevedibilità e transitorietà) ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo*». Come sempre efficace è, infine, la chiosa di Giannini: «*le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; la potestà d'ordinanza è perciò una potestà di creare provvedimenti atipici, al di fuori della previsione normativa, e pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori*» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706). Si veda, però, per la tesi che anche le ordinanze contingibili e urgenti rispettano il principio di tipicità, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 17-18, secondo cui «*la tipicità (in relazione al contenuto) parrebbe non imporre uno schema identico ad ogni atto; si modella secondo un criterio di proporzionalità fra tipo di presupposto del potere e interessi da tutelare. In questo senso, gli stessi limiti che la Corte [costituzionale] indica come aspetti non derogabili poterebbero essere considerati come l'esplicazione del parametro di tipicità in relazione a questo tipo di potere*». D'altronde, osserva F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 12, la «*tutela contro l'arbitrio del potere sta nella tipicità dell'atto*». Per la giurisprudenza amministrativa si veda Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 344, a mente del quale «*per costante giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580; sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; sez. V, 12 giugno 2017, n. 2799), l'esercizio del potere di ordinanza urgente e contingibile da parte del Sindaco, costituendo una deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e ammettendo la possibilità di derogare alla disciplina vigente, presuppone necessariamente situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione*».

[98] Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 115. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti. Tra questi si vedano: G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, Stato governativo*, in *Amministrare*, 2013, pp. 407 ss.,; P. CERBO, *Principio di legalità e "nuove e inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 2012, pp. 215 ss.; A. CELOTTO, *Ibis redibis…: quando ad essere incostituzionale è una sola parola (in margine alla sent. n. 115 del 2011*, in *Giustamm.it*, 2011; A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva relativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 2, pp. 2065 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, cit., pp. 1600 ss.; G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost. n. 115/2011)*, in *Diritto amministrativo*, 2011, pp. 623 ss.; M. CARRER, *Le ordinanze dei Sindaci e le scorciatoie della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115* e S.

ISSN 2036-7821

l'imprescindibile necessità che «*in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto*», principio che non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, con l'effetto di attribuire, in pratica, una totale libertà al soggetto od organo investito della funzione[99].

Con la stessa sentenza, la Corte ha definito l'ambito riservato alla legge con riferimento a provvedimenti amministrativi, non contingibili e urgenti, che imponessero ai destinatari prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti. L'art. 23 Cost. pone, infatti, una riserva relativa di legge, che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione. A giudizio della Corte, però, il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini[100].

La Corte, quindi, conferma l'intuizione di Crisafulli che riserve "relative" e principio di legalità sostanziale tendono a identificarsi[101] ed al più le prime «*potranno differenziarsi per elementi* quantitativi, *vale a dire per una maggiore determinatezza della*

PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva di legge relativa nella sent. n. 115/2011*, entrambi in *www.forumcostituzionale.it*.

[99] La Corte richiama sul punto le proprie sentenze n. 307 del 7 ottobre 2003, (IT:COST:2003:307); n. 32 del 6 febbraio 2009, (IT:COST:32:209) e n. 150 del 29 luglio 1982, (IT:COST:1982:150). Il principio è stato recentemente ribadito da Corte Cost. 18 gennaio 2021, n. 5, punto 5.1. in diritto, (IT:COST:2021:5).

[100] Continua la Corte: «[s]*econdo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (sentenza n. 190 del 2007). È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. «unifica nella previsione i due tipi di prestazioni "imposte"» e «conserva a ciascuna di esse la sua autonomia», estendendosi naturalmente agli «obblighi coattivi di fare» (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di "prestazione", in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare*».

[101] Dal punto di vista oggettivo, non richiedendo il principio di legalità – a differenza della riserva di legge – che la previa norma abbia forza di legge.

ISSN 2036-7821

disciplina che dev'essere dettata dalla legge, rispetto a quella considerata sufficiente affinché sia rispettato il principio di legalità sostanziale»[102].

È opportuno sottolineare, però, che la sentenza della Corte da ultimo citata riguarda una norma attributiva del potere di emanare ordinanze di «*ordinaria amministrazione*», mentre, per norme attributive del potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, la Corte ha sempre ritenuto sufficiente l'osservanza del principio di legalità "formale"[103].

La stessa Corte costituzionale, nel sancire, con la già citata sentenza n. 198 del 2021, la legittimità costituzionale della gestione della pandemia da Covid-19 ad opera del Governo, definendo i famigerati dd.P.C.M. – sulla cui costituzionalità la dottrina si è divisa[104] – "atti necessitati" (sia pure «*per certi versi*»), in quanto emessi in attuazione di norme legislative che ne hanno fissato il contenuto, fa salva la diversa opzione delle «*"ordinanze necessitate" (a contenuto libero)*», adottabili in forza dell'art. 25 del codice della protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018), sottolineando che «[l]'*alternatività dei modelli di regolazione non solleva tuttavia un problema di legittimità costituzionale*».

Non solo, ma prima ancora che venisse dichiarato lo stato di emergenza[105], il Ministro della salute ha potuto, con ordinanze assunte in forza dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sottoporre a controlli sanitari tutti i passeggeri sbarcanti in

---

[102] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984., p. 59. Sostiene che tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge relativa vi sia una differenza di grado o quantitativa, in quanto la seconda sarebbe una figura intermedia tra la riserva assoluta e la legalità sostanziale, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., p. 7 e ID., *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, p. 662.

[103] Per la considerazione che il principio di legalità, nella sua accezione meramente formale, rappresenti un attributo ineliminabile dello Stato di diritto, e in tal modo venga recepito dalla Costituzione insieme alla qualificazione della forma di Stato come Stato di diritto, si veda F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2019, p. 156. Per contro, secondo l'Autore, il principio di legalità sostanziale ha un suo spazio in quanto non sia assorbito da una riserva, sia pure relativa, di legge e in quanto deducibile dalla Costituzione, ma non informa di sé l'interezza dei rapporti tra legislativo ed esecutivo (che sono invece improntati al principio di legalità formale o alla riserva di legge assoluta o relativa) (158).

[104] Si veda per una serrata ed articolata critica, L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa.. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, 23 marzo 2020. Si veda anche per giudizi analoghi: F.R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional,* in *www.lexitalia.it*; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020 del 28 aprile 2020, pp. 142 ss. (spec. pp. 157-158) ed il documento della Commissione Covid-19 dell'Accademia Nazionale dei Lincei del 16 giugno 2020, in *www.lincei.it*. Liquida, invece, le polemiche sull'abuso del d.P.C.M. come «*spicciole (e futili)*», E. GROSSO, *La legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *federalismi.it*, 27 maggio 2020, mentre M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 25-26, giudica corrette, sia pure con qualche "slabbratura", le procedure seguite, afferma, con riguardo all'alternativa tra decreti-legge e d.P.C.M. che «*è tutto da dimostrare che per la garanzia dei diritti sia più efficace la catena fonte primaria / provvedimento applicativo e non quella fonte primaria / fonte secondaria / provvedimento applicativo*».

[105] Lo stato di emergenza sul territorio nazionale per la durata di sei mesi è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020.

ISSN 2036-7821

Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si fosse verificata una trasmissione autoctona di Covid-19, disponendo il loro «*eventuale trasferimento in bio-contenimento*»[106], e, successivamente, interdire il traffico aereo dalla Cina[107]. Lo stesso Ministro della salute, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza, rilevato il primo caso di un contagio in territorio italiano, ha usato il potere di ordinanza contingibile e urgente, attribuitogli dall'art. 32 citato, per creare le prime due zone rosse, disponendo la quarantena e la sospensione di tutte le attività sociali e commerciali in alcuni Comuni lombardi e veneti.
Ebbene, non sono forse, questi, provvedimenti limitativi di libertà costituzionali, presidiate da riserve di legge[108], assunti in forza della mera autorizzazione legislativa

[106] Ordinanza del 25 gennaio 2020, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 21 del 27 gennaio 2020, e Circolare della direzione generale della prevenzione del Ministero della Salute prot. n. 1997 del 22 gennaio 2020, che indicava le misure adottabili.

[107] Ordinanza del 30 gennaio 2020, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020.

[108] Sicuramente la libertà di circolazione (art. 16), limitabile solo con legge in via generale e per motivi di sanità o di sicurezza. Discutibile che tali provvedimenti abbiano disposto un trattamento sanitario obbligatorio, vietato se non in base a disposizioni di legge (art. 32). Autorevole dottrina, infatti, intende per "trattamento sanitario" sole le «*attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o curare le malattie*» (così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 302. Parte della dottrina ha addirittura ritenuto la misura della quarantena limitativa della libertà personale e, quindi, presidiata dalla riserva assoluta di legge e di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost. Si veda per tale tesi M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, pp. 174 ss., il quale sostiene che «*il "divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus", che viene trattata dal legislatore come un'ipotesi di limitazione della libertà di circolazione e soggiorno, ma che, non essendo disposta in via generale, ma nei confronti di quegli specifici individui sottoposti a quarantena parrebbe più ortodossamente da ricondurre tra le forme di limitazione della libertà personale, ex art. 13 Cost.*» (p. 190). Anche F. SAVERIO MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F. SAVERIO MARINI-G. SCACCIA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, p. 66 ritiene molto arduo ricondurre le misure sull'obbligo di non uscire dalla propria abitazione a mere limitazioni della libertà di circolazione e non ricondurle, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.. Si vedano anche, per giudizi analoghi, L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la risposta italiana*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020, e A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, p. 207. Sostiene tale tesi anche la dottrina penalista. Si vedano G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Archivio penale*, 2020, pp. 1 ss., e A. NATALE, *Il decreto-legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020. In realtà, la Corte costituzionale ha chiarito, sin dalla sentenza 30 giugno 1964, n. 68, (IT:COST:1964:68), che l'inciso "in via generale" nella formulazione dell'art. 16 Cost. va inteso «*non nel senso che non si* [possano] *adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si* [possano] *stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi*». Con tale pronuncia, la Corte, portando ad esempio proprio la «*necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose*», ha chiarito che i «*motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale*» e – richiamando i propri precedenti (sentenze n. 2 e 11 del 1956 e 45 del 1960) – ha precisato che la restrizione della libertà personale che ricade nell'art. 13 Cost. è quella che si risolve «*in una sorta di degradazione giuridica*», per aversi la quale «*occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus*». In dottrina, per la tesi che la libertà personale è in giuoco solo quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, A.

ISSN 2036-7821

non tipizzante contenuta nell'art. 32 della legge istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale?[109]

A fronte di tale evidenza, pare utile – piuttosto che continuare a ritenere sottratte al potere amministrativo contingibile e urgente, le materie coperte da riserve assolute o relative di legge[110] – ricercare nel sistema il fondamento costituzionale del potere di limitare libertà costituzionali anche senza previa interposizione del legislatore. Infatti, se si accedesse alla tesi della dottrina e all'orientamento (sul punto, però, tralatizio) della Corte che, nelle materie riservate alla legge, la norma attributiva del

---

BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, p. 121, e G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 25 ss..

[109] L'art. 32, primo comma, si limita a statuire che «[i]*l Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni*». Anche se si accedesse alla tesi – a mio avviso preferibile – che la libertà di circolazione sia coperta da riserva di legge solo relativa (in questo senso F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 131 ss.; U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 820; A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Il Foro italiano*, vol. 81, parte quarta, 1958, pp. 57 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2001, pp. 250 ss.. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione (libertà di)*, Enciclopedia del diritto, vol. VII, Milano, 1960, p. 20), il carattere della norma legislativa abilitante il potere di ordinanza *extra ordinem* è tale da non soddisfare sicuramente i requisiti prescritti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale citata. E comunque, larga parte della dottrina costituzionalista ritiene che la riserva di legge posta dall'art. 16 Cost. abbia carattere assoluto. Si vedano per tale tesi: T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XVI ed. (interamente riveduta da Gaetano Silvestri), Milano, 2022, p. 407, il quale afferma che la riserva assoluta di legge vale nel campo penale (art. 25 Cost.) ed in quello dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini (art. 13, 14, 15, 16, 21, 25, comma 1; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 558 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, cit.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 390; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, Padova, 2002, p. 283; G. DEMURO, *Commento all'art. 16 della Costituzione*, in A. CELOTTO-M. OLIVETTI-R. BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, 2006, pp. 372 ss.; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

[110] Commentando la sentenza n. 198/2021, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, cit., sottolinea – citando dottrina costituzionalistica e amministrativistica (M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pp. 388 e ss. – citazione, come si vedrà, impropria; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 4; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 92 ss.) e giurisprudenza della Corte costituzionale – che la distinzione tra ordinanze e atti necessitati rileva essenzialmente per le materie coperte da riserva assoluta di legge, nelle quali non può essere legittimamente esercitato il potere di ordinanza, mentre possono trovare spazio gli atti amministrativi necessitati, ovvero «*quegli atti che la pubblica amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore ha esaurito la valutazione di tutti gli interessi, limitandosi a dover accertare la sussistenza dello stato di fatto che giustifica l'urgenza di provvedere e a scegliere il tipo di provvedimento tra quelli previsti dalla fonte legislativa*». In altro commento della sentenza si è osservato che «*non può in realtà non ritenersi che restrizioni così incisive dei diritti, quali quelle che sono state introdotte per contenere la diffusione del virus, non avrebbero potuto disporsi con ordinanze della protezione civile*» (O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, cit., p. 183.). Lucarelli conclude il suo commento della sentenza, osservando che «[i]*l principio di legalità, in particolare laddove azionabile in materie coperte* tendenzialmente *da riserva di legge assoluta, per essere garantito, avrebbe dovuto implicare un'attribuzione da parte della fonte normativa di rango sovraordinato, seppur "una volta per tutte", di contenuto dettagliato e circostanziato. Così non è stato*» (A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, cit.).

ISSN 2036-7821

potere di ordinanza contingibile e urgente dovrebbe osservare (almeno) il principio di legalità sostanziale (se nella materia opera una riserva relativa di legge) o, addirittura, dovrebbe disciplinare nel dettaglio il contenuto del provvedimento (nelle materie coperte da riserva assoluta), dovrebbe concludersi per la sostanziale insussistenza del potere amministrativo contingibile e urgente, ovvero del potere di ordinanza c.d. libera. E ciò perché la nostra Costituzione è disseminata di riserve di legge e, in particolare, le libertà personali – sulle quali solitamente (direi, inevitabilmente) incidono i provvedimenti contingibili e urgenti – sono, secondo autorevole dottrina, assistite da riserve assolute di legge[111]. Tant'è – come già evidenziato – che i limiti posti dalla Corte costituzionale, nel confermare la legittimità delle norme attributive dei poteri di ordinanza, sono «*invero spesso non rispettati nella prassi dell'azione di governo*»[112].

Diversi sono stati i tentativi di risposta della dottrina all'ineluttabilità di ordinanze *contra legem* in materie riservate alla stessa.

Ad esempio, Rescigno ha ipotizzato la legalizzazione *ex post* di tali ordinanze, rappresentando le stesse una rottura del diritto, da considerarsi però opportuna e perciò meritevole non di sanzione ma di approvazione[113]. Quindi, il potere di ordinanza in materia riservata alla legge sarebbe incompatibile con la Costituzione, ma, in quanto necessario, il suo esercizio sarebbe sanabile successivamente dal legislatore.

Cavallo Perin ha invece prospettato un'operazione ermeneutica che rendesse compatibile il potere di ordinanza a contenuto indeterminato con il limite derivante dalla riserva di legge, ricercando il contenuto possibile del potere stesso, non già nella relativa norma attributiva, ma in ogni altra disposizione legislativa e osservando che «[s]*e la norma attributiva del potere di ordinanza non determina i contenuti possibili del potere ciò non significa che degli stessi non si debba trovar definizione in altre leggi*»[114]. Ora, in disparte la considerazione che tale operazione varrebbe al più a

---

[111] T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., in nota n. 93. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 152, afferma che sono considerate assolute tutte le riserve in materia di libertà fondamentali, tendenzialmente relative alle altre.

[112] V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, cit., pp. 1600 ss..

[113] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 99. L'Autore non esclude che in fatto la pubblica amministrazione possa essere costretta a derogare a diritto e che questa rottura di per sé illegale possa essere opportuna e perciò meritevole non di sanzione ma di approvazione. In tale ipotesi, però, affinché alla rottura del diritto compiuta per necessità non venga ricollegata una sanzione ma una piena efficacia giuridica, occorre un atto positivo di sanatoria da parte di quegli organi che nell'ordinamento hanno la possibilità di produrre un tale effetto.

[114] R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 146-149. Rileva la contraddittorietà di tale operazione A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., p. 154, nt. 42, il quale osserva che altro è ricorrere al diritto vigente per limitare la discrezionalità dell'agente e l'ambito dei poteri di ordinanza che astrattamente rispettano i limiti costituzionali, altro è utilizzare il diritto vigente per sanare vizi di legittimità delle norme attributive di quegli stessi poteri.

ISSN 2036-7821

rendere compatibile il potere di ordinanza contingibile e urgente con la riserva relativa di legge – e, in questi termini, è dall'Autore costruita –, è un dato che quando l'ordinamento prevede la norma – pur ricavabile da diverse disposizioni legislative – che consente di far fronte all'emergenza in una materia riservata alla legge, definendo sufficientemente il contenuto del provvedimento amministrativo applicativo della misura limitativa del diritto, non può adottarsi l'ordinanza contingibile e urgente per il carattere necessariamente residuale della stessa[115]. Si avrebbe – stando alla classificazione del Giannini – un *atto necessitato* e non vi sarebbe spazio per un'ordinanza contingibile e urgente.

Lo stesso è a dirsi per disposizioni di legge che, per far fronte ad una situazione di emergenza in atto, attribuiscano il relativo potere al Governo o all'amministrazione, definendo criteri orientativi e modalità di esercizio dello stesso. Come si è visto, anche in questo caso, la Corte costituzionale[116] parla di "atti necessitati", ritenendo il fenomeno non inquadrabile nell'istituto dell'ordinanza contingibile e urgente.

Motivata dalla stessa esigenza – e, a mio avviso, del pari non condivisibile – è la tesi del medesimo Autore che vuole assolti i vincoli derivanti al legislatore dalle riserve di legge relative, dalla definizione legislativa astratta del presupposto (necessità e urgenza) e del fine di interesse pubblico dell'atto, consentendo questi – in uno con l'obbligo di motivazione – il riscontro concreto di congruità dell'esercizio del potere, in relazione al contenuto dell'atto. Ciò conduce a ritenere conforme a riserva di legge relativa la norma attributiva di potere di ordinanza contingibile e urgente[117]. Tale tesi però riduce – per il profilo del *quantum* di predeterminazione normativa del contenuto dell'atto amministrativo – l'istituto della riserva relativa di legge al principio di legalità "formale", privando così il medesimo istituto di ogni valenza e svilendolo a vincolo di mera autorizzazione legislativa non tipizzante. Mentre – come già evidenziato – la Corte costituzionale ritiene, perché sia osservato il principio di legalità in senso sostanziale, non sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, in quanto è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa[118].

---

[115] Gli esempi in proposito portati dall'Autore non sfuggono a tale considerazione. In particolare, l'art. 7 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che prevede il potere dell'autorità amministrativa di disporre «*con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti*» della proprietà pubblica «*per grave necessità pubblica*»; e l'art. 258 del r.d. n. 1265 del 1934, il quale dispone che qualsiasi cittadino dimorante in un Comune in cui sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto, nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione, delle quali venga richiesto dal podestà con provvedimento contenente le condizioni di assunzione, preso su parere dell'Ufficiale sanitario.

[116] Corte Cost. n. 198/2021, cit..

[117] R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 170-182.

[118] Corte Cost. n. 115/2011, cit..

ISSN 2036-7821

Marzuoli afferma che, nelle ipotesi in cui si debba incidere per far fronte all'emergenza su materie oggetto di riserva assoluta di legge, si può usare il decreto-legge e pone l'esigenza di uno strumento simile anche a livello di ordinamento regionale[119]. Questa notazione evidenzia, a mio avviso, l'inadeguatezza della decretazione d'urgenza per far fronte alle emergenze locali, che pur possono richiedere la temporanea limitazione di libertà costituzionali. Anche il decreto-legge regionale sarebbe uno strumento al tempo stesso inefficiente (sicuramente intempestivo) e sproporzionato per il Sindaco costretto – ad esempio – ad ordinare ai propri concittadini di non uscire di casa, se un impianto industriale ha sprigionato una nube tossica.
A mio avviso, la soluzione al tema può essere più utilmente ricercata nel vincolo del potere di ordinanza all'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, intesi questi – come si è già argomentato – non come limite esterno al potere stesso, ma come suoi criteri orientativi.

6. *Segue. La riserva di legge come principio*.
La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 26 del 1961, ha ricompreso la riserva di legge (tanto assoluta, quanto relativa) tra i «*principi generali dell'ordinamento*»[120].
Massimo Severo Giannini indica nella riserva di legge uno dei due principi supremi che regolano l'agire amministrativo (l'altro è il principio dell'atto formale)[121], eppure conclude il suo fondamentale saggio del 1948 con l'affermazione che «*gli atti di ordinanza* […] *costituiscono l'unica deroga, fra gli atti amministrativi dispositivi, al*

[119] C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 27-28.

[120] Cfr. Corte Cost. n. 26/1961, cit.: «[p]*er quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere. Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere. Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile - ed in realtà ha reso, di recente, possibile – un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. È, dunque, da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati*».

[121] M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 389: «*l'agire delle amministrazioni è regolato da un insieme di principi generali, che culminano in due principi supremi: quello della riserva di legge, e quello dell'atto formale. Ad essi si collegano, e ne dipendono, quello di legalità (conformità alla legge) dell'azione, quello di nominatività degli atti amministrativi, quello dell'articolazione dell'attività concreta*».

ISSN 2036-7821

principio della riserva di legge»[122]. Vero è che – come si è dato sopra conto – l'illustre Maestro ha poi mutato radicalmente il proprio pensiero. Nondimeno, è utile ai fini del nostro discorso approfondire le intuizioni di quel primo lavoro.

Giannini osserva che, mentre nello Stato assoluto il potere di ordinanza era illimitato, nello Stato costituzionale «*il potere di ordinanza diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una* deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali [corsivo nel testo]». Ciò comporta che l'ordinamento dello stato costituzionale, in conformità con i propri principi, regoli minuziosamente l'attribuzione di tale potere, in ordine alla competenza, alla legittimazione, ai presupposti, ai motivi, all'oggetto.

Continua l'Autore affermando che in materia di atti di ordinanza deve ritenersi vigente un principio generale non scritto, secondo il quale l'autorità può usare di essi solo nel caso in cui ogni altro modo di agire le sia impossibile. Questo principio non scritto «*deriva dalle norme attributive del potere di ordinanza, poste in relazione con i principi generali regolativi dell'azione amministrativa* […] *e cioè, in ultima istanza, con i principi informatori dello Stato moderno*».

In ordine ai motivi, gli atti di ordinanza sono relativamente discrezionali; cioè i motivi sono predeterminati mediante categorie late (ad es. sanità, sicurezza pubblica).

Quanto all'oggetto, le norme attributive del potere di ordinanza «*non contengono nessun utile elemento ai fini della determinazione giuridica diretta dell'oggetto delle ordinanze. Viene determinato, sì l'oggetto materiale della volontà, precisamente mediante indicazione di late categorie che abbiamo detto (polizia locale; sanità, ecc.)* […] *ma non l'oggetto in senso proprio*».

Quindi, l'osservazione – a mio avviso – decisiva: «*osservando i fatti, e riflettendo sui principi, cioè sulle ragioni viste dianzi, per le quali è accolto e codificato negli ordinamenti moderni il potere di ordinanza, si deve constatare che in tanto vi è bisogno di esso, in quanto si renda necessario provvedere, per causa di necessità, in modo derogativo (eccezionale) rispetto alla regolamentazione contenuta nelle norme positive; cioè il potere d'ordinanza, quanto all'oggetto, è essenzialmente* un potere derogatorio necessitato [corsivo nel testo]».

Di qui la distinzione, poi ripresa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 4 del 1977, tra atti necessitati e ordinanze d'urgenza libere: «[g]*li atti ordinari d'urgenza sono eccezionali e derogatori, ma sempre predeterminati dalle norme, e regolati di solito con grande minuziosità, nei presupposti, nei motivi, nell'oggetto, nei fatti di legittimazione, nella*

[122] *Op. ult. cit.*, p. 397. L'illustre studioso continua affermando che gli atti di ordinanza «*invece non derogano, negli ordinamenti moderni, agli altri principi fondamentali che reggono l'attività amministrativa, e primo tra essi quello dell'atto formale: anzi il legislatore, proprio perché costituiscono una deroga al principio della riserva di legge, rafforza per essi in modo pronunciato tutti gli altri elementi riconducibili al principio dell'atto formale ed ai principi con questo connessi*».

ISSN 2036-7821

competenza. Il potere di provvedere d'urgenza mediante tali atti ha carattere eccezionale, ma solo rispetto ai presupposti – principio del resto comune a tutti gli atti necessitati –; non lo ha rispetto all'oggetto. Invece, nelle ordinanze vi è un'eccezionalità anche rispetto all'oggetto: ove si consideri che i principi di riserva di legge e di nominatività degli atti amministrativi dispiegano il loro valore soprattutto nella predeterminazione dell'oggetto degli atti, si può apprezzare nel suo pieno valore la gravità di siffatta deroga».

Conclude Giannini affermando che «*il potere di ordinanza si risolve in una deroga ai principi*» e che «[c]*iò che con le ordinanze non può farsi, è invece di derogare ai principi generali*» (tra i quali, evidentemente non è compreso, in questa prima versione del pensiero dell'illustre studioso, il principio della riserva di legge).

Comunemente, l'origine della riserva di legge viene collocata agli albori della nascita dello Stato moderno[123], ma è con la formazione dello Stato liberale, e in particolare con la forma di governo della monarchia limitata o costituzionale, che il principio acquista significati più pregnanti di garanzia dei diritti economici e delle libertà civili dei singoli nei confronti del Monarca[124].

La *ratio* dell'istituto è legata alla natura del parlamento-legislatore: potere elettivo, rappresentativo del popolo, istanza espressiva della democrazia[125].

La riserva di legge pare però anche il retaggio storico, nella cultura giuridica europea[126], di una certa diffidenza, tipica del pensiero illuminista, verso il potere giudiziario, visto come diretta espressione di interessi corporativi e cetuali[127]. Di qui la proclamazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella Costituzione quali, al tempo stesso, indirizzo e vincolo per il legislatore, chiamato ad assicurarne la (progressiva) attuazione e a disporne le eventuali limitazioni: la Costituzione, quindi, come documento programmatico rivolto innanzitutto al legislatore.

La Corte costituzionale ha però chiarito, sin dalla sua prima sentenza, in tema di libertà di manifestazione del pensiero, che l'illegittimità costituzionale di una legge può derivare anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche[128] e, in sentenze successive, che l'esistenza di norme, ancorché norme di principio, le quali proclamano veri e propri diritti costituzionali, non può

[123] Ancorché la genesi del principio – inteso come necessità di una deliberazione delle città e delle contee su questioni riguardanti l'imposizione tributaria, sia di molto più risalente, potendosi collocarlo nell'ordinamento feudale del XIII secolo (cfr. il n. 2 della *Magna Charta* del 15 giugno 1215, il n. 6 della *Confirmatio Chartarum* del 10 ottobre-5 novembre 1297 e il n. 1 dello *Statutum de tallagio non concedendo* del 30 settembre 1297). Si veda in questi termini R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1207.

[124] R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1212; S. FOIS, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, pp. 11-12, nt. 18.

[125] Così F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 153.

[126] Negli Stati Uniti, invece, con la sentenza *Marbury v. Madison*, del 1803, è emerso, quasi immediatamente, il ruolo del controllo giurisdizionale in funzione di garanzia dei diritti fondamentali.

[127] Si veda, in proposito, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, III ed., Torino, 2014, p. 71.

[128] Corte Cost. 14 giugno 1956, n. 1, (IT:COST:1956:1).

ISSN 2036-7821

ridursi al semplice auspicio di un intervento futuro dell'autorità politico-amministrativa, come suggerirebbe il concetto di norme meramente programmatiche. Dalle norme costituzionali in questione deriva sempre e necessariamente l'obbligo di ricercare una "tutela minima", immediatamente operativa, sottratta alla vicenda politica e direttamente determinabile attraverso l'interpretazione costituzionale dell'ordinamento, anche per mezzo della valorizzazione di tutti gli elementi normativi esistenti, suscettibili di essere finalizzati allo scopo indicato dalla Costituzione[129].

Qualora si verta in materia riservata alla legge – dovendosi, ad esempio, assumere misure limitative di libertà in tal modo garantite dalla Costituzione –, la lacuna normativa svelata dallo stato di emergenza dovrebbe essere colmata dalla legge stessa o da atto avente la sua forza. È quanto è avvenuto nella gestione della pandemia da Covid-19: il Governo, con decreti-legge, ha disciplinato le misure da adottare per far fronte all'emergenza, demandando a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – su parere del Comitato tecnico-scientifico – la loro implementazione e modulazione in ragione dell'andamento della diffusione del contagio. Come visto, la Corte costituzionale ha escluso – a mio avviso, correttamente – che i provvedimenti così adottati fossero qualificabili come ordinanze contingibili e urgenti e li ha ricondotti alla categoria degli atti necessitati.

E però, si è visto anche che, prima che fossero adottati i decreti-legge che hanno disciplinato la risposta all'emergenza, il Ministro della salute ha adottato ordinanze contingibili e urgenti con le quali ha fortemente limitato la libertà di circolazione di coloro che avessero già contratto il virus.

La lacuna dell'ordinamento, pur in materia riservata alla legge, è stata colmata con provvedimenti amministrativi adottati in forza di una mera autorizzazione legislativa.

7. *Segue. La possibile applicazione diretta* praeter legem *da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento anche in materie coperte da riserva assoluta di legge.*

L'applicazione diretta da parte del giudice dei principi generali dell'ordinamento ha riguardato, in particolare, i diritti costituzionali. Si pensi – per fare un solo esempio – al caso Englaro, per il quale la Corte di cassazione ha affrontato, come essa stessa afferma, «*una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali*»[130].

[129] Così, Corte Cost. 19 gennaio 1996, n. 15, (IT:COST:1996:15). In termini, già Corte Cost. 11 febbraio 1982, n. 28, (IT:COST:1982:28)

[130] Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Il Foro Italiano*, vol. 130, n. 11, novembre 2007, pp. 3025 ss.. La Cassazione, facendo perno sugli artt. 32, comma 2, 13 e 2 della Costituzione, afferma il principio che «*il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella*

ISSN 2036-7821

Ora: quel che è imposto al giudice, è consentito (*recte*, imposto[131] anche) all'amministrazione?

Se l'emergenza sia tale – per l'urgenza di provvedere che impone o per il carattere solo locale della stessa – da non consentire o giustificare l'intervento del legislatore (l'*interpositio legislatoris*) in materia ad esso riservata, deve l'amministrazione colmare la lacuna dell'ordinamento facendo diretta applicazione dei principi generali dello stesso e assicurando quella "tutela minima" dei diritti costituzionali, immediatamente operativa, che la Corte costituzionale ha statuito debba essere sempre ricercata?[132]

È stato osservato che l'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione si svolge in uno spazio giuridico residuale ed elastico, variabile in funzione della mobilità di un elemento antagonista che è la legge o – in termini più appropriati – l'eventualità che la legge vincoli l'attività amministrativa, descrivendo per intero la regola del caso concreto[133].

L'opinione diffusa in dottrina[134] è che, per gli aspetti vincolati degli atti, l'applicazione diretta della Costituzione non sia ammessa in quanto coinvolgerebbe implicitamente una decisione incidentale sulla validità della legge stessa, preclusa all'amministrazione dalla riserva di giurisdizione in favore della Corte costituzionale. Diverso può essere, invece, il giudizio per quanto attiene alla sfera discrezionale del potere amministrativo. In tale ambito, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione è – secondo autorevole dottrina – il riflesso dell'efficacia normativa delle sue norme nei confronti della stessa; si pone pertanto come doverosa, trattandosi di un «*vincolo in più rispetto alla legge*», di un «*rafforzamento, quindi* […] *delle garanzie dello Stato di diritto*»[135].

---

terminale»: principio da cui la Corte ricava il corollario che «*deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita*».

[131] Osserva A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 90, che «[s]*e tutti i poteri amministrativi sono doverosi, quello d'emergenza sembra esserlo al massimo grado*», tanto da configurare l'inerzia in una situazione emergenziale quale delitto di rifiuto o omissione di atti d'ufficio, facendo l'art. 328 c.p. specifico riferimento alle fattispecie in cui «*per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità*» l'atto deve essere compiuto senza ritardo.

[132] Corte Cost. n. 15/1996, cit..

[133] Così M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 118 ss. (p. 118).

[134] Con l'eccezione di V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, il quale ha teorizzato il potere della pubblica amministrazione di disapplicare la legge ritenuta incostituzionale.

[135] Così L. CARLASSARE, *L'impegno per l'attuazione della Costituzione*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1994, p. 64, interpretando il pensiero espresso da V.CRISAFULLI in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 71.

ISSN 2036-7821

Crisafulli affermava che «*ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa*»[136]. Vero è che l'illustre Maestro così si esprimeva in ordine al tema – allora dibattuto – dell'immediata obbligatorietà delle norme costituzionali programmatiche; ma la sottolineatura che questa si rivolgesse nei confronti di *ogni potestà statale*[137], non quindi solo nei confronti del legislatore, rappresenta un autorevolissimo viatico per il tentativo di argomentare la tesi della diretta applicabilità da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento (e, tra questi, dei principi costituzionali), anche in materie coperte da riserva assoluta di legge[138].
La dottrina che si è occupata più di recente del tema[139] limita la possibilità di applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione a poche norme costituzionali di immediata e sicura precettività[140], escludendola se la norma costituzionale è programmatica o anche soltanto di principio. E ciò perché «*la discrezionalità amministrativa, a differenza di ciò che si potrebbe dire della libertà interpretativa e della discrezionalità del giudice, non ha in sé gli strumenti operativi per assicurare "direttamente" la legalità costituzionale*»[141]. A giudizio di tale dottrina, «[l]*'efficacia della norma costituzionale verso i poteri discrezionali dell'amministrazione, quantunque possa sfociare in una decisione* del giudice *di fare diretta applicazione della*

[136] V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 77. Nell'introduzione (p. 11) l'illustre studioso sottolineava che «*una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti,* magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non poterebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo,* diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati» (corsivo aggiunto).

[137] Come d'altronde statuisce l'ultimo comma dell'ultima disposizione transitoria: «[l]*a Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato*».

[138] Si veda sul tema A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 366, il quale pur escludendo che il potere *extra ordinem* possa esplicarsi in materie coperte da riserva assoluta di legge, afferma: «[i]*n ambiente costituzionale pluralista, proprio perché si consuma la rottura della separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale e la Costituzione diviene direttamente applicabile alla regolazione/disciplina della realtà sostanziale, per un verso, qualsiasi norma costituzionale ha immediato (nel senso di* non mediato*) bisogno di un'attuazione amministrativa, per l'altro, specularmente, qualsiasi attività amministrativa è direttamente riconducibile alla Costituzione ed alla sua attuazione, ossia al perseguimento dei fini ed alla concretizzazione dei principi che ne definiscono la dimensione normativa*».

[139] R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2019, p. 49; M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit..

[140] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 131, limita tali norme a quelle per cui «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*» (art. 97, comma 3, Cost.); «*lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della repubblica*» (art. 10, comma 3, Cost.); «*l'adempimento del servizio militare non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino*» (art. 52, comma 2, Cost.); «*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione* [...] *in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa*» (art. 36, comma 1, Cost.); «*il lavoratore ha diritto* [...] *a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*» (art. 36, comma 3, Cost.); «*i pubblici uffici sono organizzati* [...] *in modo che sia assicurata l'imparzialità dell'amministrazione*» (art. 97, comma 1, Cost.). Lo stesso Autore in altro scritto evidenzia il rischio che un rapporto diretto tra amministrazione e Costituzione possa avallare la tendenza alla dequotazione del principio di legalità sostanziale (cfr. M. MAGRI, *Democrazia costituzionale,* «ruolo» *dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018, pp. 697 ss.).

[141] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 137.

ISSN 2036-7821

Costituzione all'atto amministrativo, non implica il rovesciamento del principio sul versante dell'amministrazione: non è sempre testimone, cioè – risalendo dal processo alla sostanza – di una retrostante potestà dell'amministrazione di disporre dei poteri "discrezionali", a questa affidati per legge, allo scopo di assicurare la conformità a Costituzione dell'atto amministrativo»[142].

A me pare che tale conclusione contenga in sé una petizione di principio: afferma cioè l'assunto che dovrebbe invece dimostrare.

Il processo descritto – la decisione del giudice sulla legittimità di un atto amministrativo in relazione diretta con la norma costituzionale – a me sembra, invece, logicamente presupporre la necessità che l'amministrazione – in assenza della norma legislativa per il caso concreto – possa (e debba) fare applicazione diretta della norma costituzionale e, più in generale, dei principi generali dell'ordinamento: ovvero, debba ricavare da questi la regola del caso concreto. L'esercizio della giurisdizione segue – cronologicamente, oltre che logicamente – l'esercizio del potere amministrativo. Se il giudice deve ricercare nella Costituzione – o nei principi generali dell'ordinamento – la norma in raffronto alla quale valutare la legittimità dell'atto amministrativo, la medesima operazione ha dovuto prima compiere l'amministrazione nell'esercizio del proprio potere, applicando alla fattispecie concreta la norma così individuata. Trattandosi dell'applicazione di principi generali, la norma del caso concreto sarà il risultato del bilanciamento degli stessi (ovvero degli interessi in conflitto, resi giuridicamente rilevanti dai principi). A tale operazione è chiamato, come noto, il giudice – nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento – e, prima ancora, l'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale[143].

Gli stessi principi che governano l'azione discrezionale dell'amministrazione – già enucleati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato della prima metà del Novecento, nel sindacare la discrezionalità attraverso le figure sintomatiche

---

[142] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 128. Si veda, in termini analoghi, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 228, secondo il quale la Costituzione, come gli altri atti normativi, può essere direttamente applicata dal giudice la cui attenzione sia attratta dal modo in cui l'autorità amministrativa è giunta alla composizione degli interessi, ossia dalle «*regole di condotta cui essa si è attenuta nell'analisi dei fatti e nella selezione degli interessi*». Ma l'*iter* della decisione giurisdizionale, in questo caso, non significa che le norme costituzionali – alle quali la pronuncia si ispira – possano «*funzionare* [...] *quali premesse maggiori nel riscontro oggettivo di altrettanti elementi della decisione amministrativa*».

[143] È quanto osserva, esaminando la giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze *extra ordinem*, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 302, laddove afferma che «*il sindacato giurisdizionale dell'atto contingibile e urgente alla stregua del limite dei principi dell'ordinamento si articola nei due momenti della ricostruzione della portata precettiva che il principio assume in situazioni d'emergenza e della valutazione della conformità del contenuto del potere derogatorio rispetto alla portata precettiva così individuata (e non a quella che caratterizza il principio nella generalità ordinaria dei casi)*».

ISSN 2036-7821

dell'eccesso di potere[144], e oggi enunciati dalla legge sul procedimento amministrativo – hanno assunto, secondo autorevole dottrina[145] e la Consulta[146], valore costituzionale, avendo il loro ancoraggio nei principi di uguaglianza – e quindi, di proporzionalità – (art. 3 Cost.), di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost). Come anche i principi di derivazione europea si impongono non solo al legislatore e alle giurisdizioni nazionali, ma anche direttamente all'amministrazione, chiamata, secondo una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria, a disapplicare la stessa legge statale che si ponga con essi in contrasto[147].

Riprendendo, e parafrasando, le conclusioni della dottrina che qui si critica, a me sembra che la discrezionalità amministrativa abbia in sé – direi storicamente – gli strumenti operativi per assicurare "direttamente" la legalità costituzionale.

Nella dottrina di lingua tedesca dell'Ottocento, ad opera di Edmund Bernatzik e della scuola di Vienna, si sostenne la tesi che il potere discrezionale delle amministrazioni non fosse che l'opera di sussunzione della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, opera che presuppone l'attribuzione di senso a concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)[148]. La tesi è stata ripresa nella metà del secolo scorso da Hermann Reuss, secondo il quale, a fronte della ricorrenza di concetti giuridici indeterminati, l'attività dell'amministrazione sarebbe solo interpretativa (*kognitiver Erkenntnisakt*), proponendosi una sola soluzione legittima[149].

La dottrina italiana ha – con Giannini[150] – da tempo chiarito che la discrezionalità amministrativa non si esaurisce nella sola interpretazione della norma, ma si esplica

---

[144] Ciò che ha portato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 28 gennaio 1961, n. 3, ad affermare che il diritto amministrativo nel suo complesso non risulta composto soltanto da norme positive, ma anche da «*principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema*». F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, pp. 1 ss., individua le norme che definiscono il vizio di eccesso di potere nei «*principî e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa esistenza dell'ordinamento giuridico amministrativo*» (p. 26).

[145] S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, pp. 501 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, il quale afferma che tali principi hanno acquistato rango costituzionale, intorno al principio di imparzialità (art. 97) e formano lo «*statuto costituzionale della funzione amministrativa*» (4).

[146] Si veda, ad esempio, per l'obbligo di motivazione, Corte Cost. 5 novembre 2010, n. 310, (IT:COST:2010:310, e, per il principio del giusto procedimento, Corte Cost. 30 aprile 2015, n. 71, (IT:COST:2015:71).

[147] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 13, (IT:CDS:2021:13OPLE), sull'obbligo di gara e di disapplicazione del regime nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime.

[148] E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886. Sulla dottrina austriaca di fine Ottocento, che vedeva nell'attività amministrativa e nell'attività giurisdizionale l'espressione di una eguale potestà di applicare la legge al caso concreto conferita dall'ordinamento ad un organo dello Stato, si veda A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 65 ss., spec. pp. 69-72.

[149] H. REUSS, *Das Ermessen: Versuch einer Begriffklärung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, pp. 585 ss..

[150] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.. Osserva F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2000, pp. 1149 ss., che l'aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa costituisce uno dei meriti dell'opera di Giannini.

ISSN 2036-7821

nella (e si caratterizza per la) ponderazione comparativa degli interessi in conflitto, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico concreto[151]. Nondimeno, a fronte di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali[152], la discrezionalità amministrativa comprende in sé (e si svolge attraverso anche) un'attività interpretativa.

Perongini descrive nitidamente questo processo distinguendo i due momenti in cui si articola la specificazione devoluta all'amministrazione, in presenza di un concetto giuridico indeterminato: innanzi tutto, «*l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale*»; in secondo luogo, «*gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili*». Conclude l'Autore osservando che «[i]*l concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico. L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale.* […] *L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere*»[153].

È significativo che Perongini sottolinei che, nella sua ricerca della norma da applicare alla fattispecie, l'amministrazione, usando correttamente i canoni ermeneutici eviterà

---

[151] Si riprende la classica definizione di Giannini della discrezionalità quale «*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario* [corsivo nel testo]» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 487), ancorché, come osserva F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., «[s]*e ad agire non è un organo solitario (che deve darsi carico anche di interessi pubblici in cura ad altri organi) ma l'insieme degli organi interessati, è difficile conservare la distinzione tra interesse primario e interessi secondari*». A me pare che la concezione relativa della primarietà dell'interesse, che era già in Giannini, mantenga la sua attualità anche nell'attività coordinata tra più amministrazione, in quanto la presenza di un'amministrazione procedente consente di riferire ad essa l'interesse primario da ponderare con gli interessi pubblici perseguiti dalle altre amministrazioni coinvolte, al fine della individuazione e perseguimento dell'interesse pubblico concreto.

[152] Sulla distinzione tra "clausole generali", "concetti giuridici indeterminati" nel diritto amministrativo si veda R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, pp. 39 ss..

[153] S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 291-292.

ISSN 2036-7821

«*soluzioni che violino il principio di legalità*[154], *optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato*»[155]. In tale prospettiva, il principio di legalità opera sempre nella sua dimensione sostanziale, in quanto, anche per l'ambito latamente discrezionale del potere amministrativo si impone la coerenza con i principi generali dell'ordinamento e con la norma per il caso concreto che dagli stessi deve trarsi[156].

Cognetti rileva che, nel colmare le *sacche* di rarefazione del sillogismo, tanto il giudice civile quanto il giudice penale non interferiscono normalmente con l'esercizio di poteri antagonisti nella determinazione della fattispecie. Ciò invece si verifica nella funzione svolta dai giudici amministrativi – come anche in quella svolta dai giudici costituzionali e dai giudici sovranazionali – che «*sovrappongono la loro opera interpretativa su quella già svolta a monte dalle pubbliche amministrazioni – e dai legislatori nazionali e sovranazionali – interagendo con essa*»[157].

Anche Ramajoli osserva che, mentre solitamente negli altri campi del diritto titolare del potere di concretizzazione valutativa della clausola generale è il giudice, di contro, in ambito pubblicistico «*l'interprete delle clausole generali chiamato a un'opera di integrazione valutativa è anzitutto la pubblica amministrazione e solo in seconda battuta il giudice (amministrativo)*»[158]. E se, come afferma Rosario Ferrara, la clausola generale può essere equiparata in qualche misura ai principi generali dell'ordinamento, evidenziando «*un valore generale e fondamentale dell'ordinamento giuridico, talmente generale da poter essere assunto come parametro (residuale) di interpretazione della legge*»[159],

---

[154] Principio che, se si è correttamente interpretato il suo pensiero, è inteso dall'Autore sempre e necessariamente nella sua dimensione sostanziale.

[155] S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 292.

[156] Si veda anche L.R. PERFETTI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, pp. 280 ss. e 342 ss. e ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 132, nt. 21, per la tesi che la fattispecie legale del caso concreto non sia – nella gran parte dei casi – preesistente all'indagine giuridica sul fatto della vita, quanto, piuttosto, rivenga da un procedimento che è, insieme, di accertamento delle circostanze e di individuazione della fattispecie legale che vi si applica, così come che quest'ultima, in quanto necessariamente combinazione di principi generali, di norme procedurali e di disposizioni puntuali non sarà rintracciabile in un unico precetto normativo essendo piuttosto vero che l'amministrazione, nella sua attività procedimentale che precede l'adozione del provvedimento, costruisce, nel dialogo paritario con gli interessi, la fattispecie legale piuttosto che trovarla già esistente e solo da applicare al caso concreto.

[157] S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012 , pp. 1997 ss. (1997-1998).

[158] Cfr. M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, pp. 48-50. Continua l'Autrice affermando che «[i]*n ambito pubblicistico la presenza di clausole generali chiama in gioco anzitutto i limiti del potere amministrativo d'integrazione valutativa e, successivamente e conseguentemente, l'ampiezza del relativo sindacato giurisdizionale. Dal momento che la questioni di tali clausole non è separabile da quella generale dell'interpretazione normativa, alla sequenza classica caso/norma/giudice si sostituisce nel diritto amministrativo la diversa e più articolata sequenza caso/norma/amministrazione/giudice*» (50).

[159] R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 39.

ISSN 2036-7821

non può negarsi che l'amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, sia usa ad inferire dai principi generali la regola del caso concreto.
Quindi, per concludere sul punto, l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione presuppone un'attività interpretativa, più o meno ampia, pur non esaurendosi in essa, ma risolvendosi nella scelta funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico concreto, all'esito della ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco. La norma attributiva del potere, in genere, definisce l'ambito della discrezionalità ricorrendo a clausole generali e concetti giuridici indeterminati, onde consentire all'amministrazione di scegliere la soluzione migliore nel caso concreto[160], ma – come insegna la Corte costituzionale[161] – non può limitarsi al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. Invece, la norma attributiva del potere *extra ordinem* – come visto, con l'avallo della stessa Corte costituzionale – lascia all'amministrazione un ambito di apprezzamento amplissimo, autorizzandola a porre in essere le misure adeguate per far fronte all'evento emergenziale – senza definirne contenuti e modi – e affidandole il perseguimento di un interesse pubblico, anch'esso definito ricorrendo concetti giuridici indeterminati. In tal caso, in assenza della norma di legge che definisca contenuti e modi dell'azione amministrativa, sarà compito della pubblica amministrazione – nell'esercizio dell'attività interpretativa propedeutica alla scelta discrezionale – inferire dai principi generali dell'ordinamento la regola da applicare al caso concreto. Il punto è se possa farlo anche in materie riservate dalla Costituzione alla legge. Ebbene, a mio avviso, se l'emergenza è tale da precludere l'intervento del legislatore, l'essere la materia presidiata da riserva assoluta di legge, lungi dall'impedire l'intervento diretto dell'amministrazione, lo impone[162]. E ciò argomentando ancora dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.
Già con la sua prima sentenza, la Consulta ha chiarito che «[u]*na disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al*

[160] Afferma M. Clarich, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., pp. 12-13, che la discrezionalità costituisce l'essenza dell'amministrare. Agli apparati amministrativi, in quanto esperti nella cura in concreto degli interessi pubblici, deve essere riservata in molti contesti la possibilità di scegliere, nei limiti della legge, la soluzione migliore nel caso concreto.

[161] Sentenza n. 115 del 2011, cit.

[162] Sia pur non affrontando specificamente il tema della riserva di legge, ma nell'argomentare in generale la compatibilità costituzionale del potere *extra ordinem* dell'esecutivo, giunge ad analoghe conclusioni A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 393 laddove afferma, con riferimento alle ordinanze *praeter legem*, che «*ogni qual volta la pubblica amministrazione adotta un'ordinanza contingibile ed urgente in mancanza di una previsione legislativa che ne disciplini puntualmente criteri, contenuto e limiti, essa non opera affatto nel "vuoto dell'ordinamento" ma non fa altro che applicare direttamente la Costituzione al caso concreto, bilanciando le norme costituzionali eventualmente confliggenti*».

ISSN 2036-7821

perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»[163].

Si può trarre da queste parole – che hanno dato avvio alla ricchissima giurisprudenza costituzionale sul bilanciamento degli interessi e sulla reciproca limitazione dei diritti fondamentali – la conclusione che gli interessi in funzione dei quali devono essere operate limitazioni ai diritti e alle libertà costituzionali – che la Costituzione riserva alla legge – corrispondono, in genere, a diritti e libertà costituzionali potenzialmente in conflitto con il diritto oggetto delle stesse limitazioni[164]. La "tutela minima", immediatamente operativa, di tali diritti deve poter essere garantita anche nell'impossibilità dell'intervento del legislatore[165].

Può aiutare l'argomentazione tornare al caso delle ordinanze del Ministro della salute emanate nella primissima fase dell'emergenza pandemica. In quell'occasione la limitazione della libertà di circolazione è stata funzionale a garantire il fondamentale diritto alla salute, nella sua dimensione di interesse della collettività. L'autorità amministrativa, autorizzata dalla legge a adottare le misure necessarie e adeguate a far fronte all'emergenza pandemica, ha colmato la lacuna dell'ordinamento ed ha rinvenuto la regola da applicare al caso, bilanciando ragionevolmente i diritti costituzionali in conflitto. Tale bilanciamento avrebbe dovuto essere operato dal legislatore, in ragione della riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost.[166], ma l'"urgenza dell'emergenza" ha imposto all'autorità amministrativa, a ciò (semplicemente) autorizzata dalla legge, di sostituirsi al legislatore nell'operazione, al fine di assicurare la tutela dei diritti costituzionali in conflitto.

---

[163] Corte Cost. n. 1/1956, cit., (IT:COST:1956:1).

[164] Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2002, pp. 115 ss. (p. 123): «[p]*ressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali* [...]. *Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto di interessi costituzionalmente rilevanti*». Si veda anche C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., p. 20: «*il limite al diritto finisce per essere non solo il potere pubblico ma un altro diritto di un altro cittadino; il potere pubblico è solo una sorta di intermediario, certo irrinunciabile, ma non tale da cancellare l'ulteriore protagonista*».

[165] Sembra opinare in questi termini F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, cit., p. 6, laddove, con riferimento alla libertà di soggiorno e circolazione, che l'art. 16 Cost. consente di limitare per ragioni di sanità o di sicurezza, ma in via generale per legge, afferma che: «*pare evidente che se sorge una situazione di emergenza, non prevista dal legislatore, del tutto legittimamente l'autorità investita del potere di ordinanza possa colmare la lacuna della legge e quindi imporre limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno*».

[166] È irrilevante ai nostri fini se da ritenere come assoluta o relativa, perché, come già evidenziato, anche se si accedesse a tale seconda tesi, il carattere della norma legislativa abilitante il potere di ordinanza *extra ordinem* è tale da non soddisfare sicuramente i requisiti prescritti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

ISSN 2036-7821

Inoltre, il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze *extra ordinem* garantisce il controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento. Peraltro, tale sindacato – a differenza di quello della Consulta sulla legge – è azionabile direttamente anche dal privato che assuma sproporzionatamente compresso il proprio diritto costituzionale.

D'altronde, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione ha avuto importanti riconoscimenti giurisprudenziali, sia pure con riferimento ai diritti fondamentali "sociali" e, tra questi, in particolare al diritto alla salute, quale diritto alle prestazioni sanitarie e più in generale all'attività pubblica in ambito sanitario.

Si è ricordata la pronuncia della Corte di cassazione sul caso Englaro. Ebbene, a tale sentenza ha fatto seguito il provvedimento di diniego dell'amministrazione sanitaria di ricovero per il distacco del sondino naso-gastrico di alimentazione e idratazione artificiali. Il Consiglio di Stato[167], nel confermare la sentenza di annullamento di tale provvedimento del TAR per la Lombardia[168], ha affermato che il *vuoto normativo* non può risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale[169] e che in capo all'amministrazione sanitaria sussiste un vero e proprio obbligo di *facere*, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente trovi attuazione, né rileva che tale obbligo non sia espressamente affermato dal provvedimento giurisdizionale a carico dell'amministrazione, poiché esso discende direttamente dalla natura e dall'oggetto del diritto riconosciuto al paziente, «*alla luce dei principi costituzionali direttamente applicabili*»[170].

Il legislatore è intervenuto solo dopo tale sentenza, con legge 22 dicembre 2017, n. 219, recependo e sviluppando le conclusioni alle quali era già pervenuta la giurisprudenza ordinaria[171] e amministrativa.

La legislazione oggi vigente, però, se riconosce, a pazienti costretti in una condizione di costante "medicalizzazione", il diritto di lasciarsi morire mediante il rifiuto e l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, non consente ancora l'assistenza

[167] Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

[168] TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, (IT:TARMI:2009:214SENT).

[169] Cons. Stato, n. 4460/2014 cit., punto 45.4 in diritto: «*il vuoto normativo, come anche la mancata previsione di specifiche misure organizzative nella legislazione del servizio sanitario nazionale o nei livelli essenziali di assistenza, non può certo risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e ancor meno, a fronte di tale illegittimo rifiuto, in un diniego di tutela giurisdizionale e conseguentemente, per il principio ubi ius, ibi remedium, nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale, come quello di cui si discute, anzi del più fondamentale e inviolabile dei diritti, quello sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione e nella proiezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, giacché il diritto alla salute ha un nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione "come ambito inviolabile della dignità umana" (Corte cost., sentenza n. 309 del 1999)*».

[170] *Ibidem*, punto 47 in diritto.

[171] Oltre a Cass. Civ. n. 21748/2007, cit., sul caso Englaro, la sentenza sul caso Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049).

ISSN 2036-7821

medica al suicidio, nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato tale divieto, nella sua dimensione assoluta, illegittimo, in quanto lesivo della «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dall'art. 2, 13, 32, secondo comma, Cost.*», e abbia invitato il legislatore a regolare la materia, sospendendo il giudizio e rinviando la trattazione a undici mesi di distanza[172]. Il mancato intervento del legislatore ha quindi determinato il giudice delle leggi a ricavare «*dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*»[173].
Ebbene, dopo qualche incertezza[174], l'amministrazione sanitaria sta dando attuazione diretta – in assenza di norma legislativa – al diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione, così come "rivelato" e conformato dalla Consulta[175].

8. *Segue. La tesi di Cardone*.
L'assunto su cui si fondano le conclusioni del bel saggio di Cardone[176] è che i poteri di ordinanza cui l'ordinamento ricorre nelle situazioni di emergenza trovano un loro diretto fondamento nella superiore prescrittività della Costituzione[177],

[172] Cfr. Corte Cost. 16 novembre 2018, n. 207, (IT:COST:2018:207) sul caso DJ Fabo. Si tratta di pronuncia – per il profilo processuale – assolutamente innovativa. Per casi simili, infatti, in passato la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnandola con un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria a rimuovere il vulnus costituzionale: pronuncia alla quale, ove il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di incostituzionalità. Questa tecnica, però, lascia in vigore, per un tempo non predeterminabile, la norma ritenuta incostituzionale. Con l'ordinanza citata, invece, la Corte facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, ha fissato una nuova udienza di trattazione delle questioni, lasciando al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, ma sospendendo il processo ed evitando così che, nel frattempo, la norma già ritenuta incostituzionale potesse trovare applicazione.

[173] Corte Cost. 22 novembre 2019, n. 242, (IT:COST:2019:242), punto 4 in diritto.

[174] Si veda il caso del rifiuto opposto dall'Azienda Sanitaria delle Marche alla richiesta di un paziente di assistenza medica al suicidio in applicazione dei criteri indicati dalla Corte costituzionale, e la relativa ordinanza del Tribunale di Ancona, 9 giugno 2021 (pubblicata in *questionegiustizia.it*, con commento di Nello Rossi), la quale ha disposto che l'Azienda, previa acquisizione del parere del Comitato etico territorialmente competente, dovesse accertare: «*a) se il reclamante* [...] *sia persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili; b) se lo stesso sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; c) se le modalità, la metodica e il farmaco* [...] *prescelti siano idonei a garantirgli la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile* [...]».

[175] Si veda, a titolo di esempio, il parere n. 2 del 14 febbraio 2020 della Commissione Regionale di Bioetica della Regione Toscana, *Liceità condizionata del suicidio medicalmente assistito e sistema sanitario regionale*, rinvenibile in *www.regione.toscana.it*.

[176] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., opera una pregevole ricostruzione del fondamento del potere di ordinanza *extra ordinem* nel bilanciamento delle norme costituzionali alla luce della portata precettiva che le medesime vengono ad assumere nel contesto emergenziale.

[177] La premessa teorica da cui muove l'Autore è che il potere *extra ordinem* vive oggi nel contesto della declinazione dello "stato costituzionale di diritto" rappresentata dallo "stato costituzionale pluralista", ossia all'interno di un ordinamento in cui, per effetto dell'erompere del pluralismo, si è definitivamente ed irreversibilmente affermata la superiore prescrittività della Costituzione (l'Autore cita sul punto O. CHESSA,

ISSN 2036-7821

rappresentando applicazione diretta della norma fondamentale. E invero, «*se il fondamento del potere sospensivo, a differenza della sua mera disciplina procedurale, non può essere rinvenuto nell'orbita della legge, sia per l'atipicità che contraddistingue il contenuto degli atti* extra ordinem *sia per la portata derogatoria che ne caratterizza gli effetti, allora esso non può che essere cercato nella sfera di precettività di una Costituzione direttamente applicabile come forza regolativa della realtà materiale*». «[S]*ono innanzitutto le norme costituzionali sui diritti e sulle libertà a dover essere applicate in contesti emergenziali, proprio per poter escludere che esse, nello stato di crisi, debbano andare necessariamente incontro ad un annichilimento della propria portata precettiva: l'emergenza funziona, allora, da criterio interpretativo per giungere alla determinazione della misura* ragionevole *in cui le medesime tollerano di essere* sostanzialmente violate, *e quindi allo stesso tempo* residualmente applicate, *per l'adozione degli interventi necessari al superamento dello stato d'eccezione*»[178].

Manca, a mio parere, in questa ricostruzione un passaggio logico-giuridico: perché la norma costituzionale sia direttamente applicabile dall'amministrazione è necessario che quest'ultima si trovi dinanzi ad una lacuna dell'ordinamento. Solo in questa condizione, come si è tentato sin qui di argomentare, l'amministrazione – a ciò autorizzata dalla legge – può individuare ed applicare la regola del caso concreto, ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento e – tra questi – ai principi costituzionali.

La mancanza di questo passaggio porta Cardone a conclusioni a mio avviso non condivisibili e che comunque non spiegano il fenomeno del potere amministrativo *extra ordinem* nella sua complessità.

Innanzitutto, la diretta e immediata (nel senso di *non mediata*) applicazione della Costituzione porta l'Autore ad individuare nel Governo il «*titolare del potere* extra ordinem *a livello costituzionale*», in quanto esso è il soggetto che sarebbe comunque competente a dare attuazione a quegli stessi diritti e libertà che, per il fatto di dover essere esercitati nello stato d'emergenza, richiedono l'attivazione di strumenti derogatori. Cardone muove, sul punto, da quella dottrina che legittima sul piano costituzionale il diritto straordinario nell'emergenza osservando che, «*nel caso in cui dovesse mancare una simile attribuzione ed una disciplina siffatta, ciò evidentemente non significa che la Costituzione escluda il fenomeno dell'emergenza, ma occorre determinare in via interpretativa le regole costituzionali dello stato di eccezione, che, in tal caso,*

Libertà fondamentali e teoria costituzionale, Milano, 2022, *passim*. In particolare, la rottura della separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale «*spiana la strada all'applicazione diretta della norma fondamentale per la risoluzione dei casi controversi e, più in generale, per la disciplina/regolazione della realtà sostanziale*» - cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., spec. pp. 348 ss.).

[178] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 358-359.

ISSN 2036-7821

verosimilmente, sono le medesime della condizione ordinaria e normale»[179]. Se non si è frainteso il pensiero dell'Autore, il riconoscimento della competenza costituzionale del Governo all'esercizio del potere contingibile e urgente deriverebbe dall'esistenza di una specifica disciplina costituzionale di istituti emergenziali diversi, come la decretazione d'urgenza o lo stato di guerra, che individua appunto nel Governo l'organo competente nelle situazioni di emergenza contemplate dalla Costituzione. In disparte, però, la considerazione che le norme costituzionali evocate dall'Autore citato richiedono sempre il concorso anche del Parlamento, la tesi prospettata non spiega il potere *extra ordinem* – immediatamente attuativo di fini costituzionali in situazioni di emergenza – in capo ad altri organi, quali, il Prefetto, il Sindaco, i Presidenti di Provincia e Regione, gli stessi Ministri della salute e dell'ambiente, che pur membri del Governo non possono essere identificati con esso.

In secondo luogo, in conseguenza delle premesse teoriche poste, l'Autore è costretto a distinguere tra ordinanze di necessità e urgenza *praeter legem* e *contra legem*: le prime opererebbero in assenza di una norma che disciplina il potere, le seconde in presenza di una norma che vieterebbe all'atto di necessità e urgenza di assumere proprio il dispositivo che l'amministrazione giudica necessario per il superamento dello stato d'eccezione. Le ordinanze *praeter legem* non porrebbero problemi di sorta, in quanto «*ogni qual volta la pubblica amministrazione adotta un'ordinanza contingibile ed urgente in mancanza di una previsione legislativa che ne disciplini puntualmente criteri, contenuto e limiti, essa non opera affatto nel "vuoto dell'ordinamento" ma non fa altro che applicare direttamente la Costituzione al caso concreto, bilanciando le norme costituzionali eventualmente confliggenti*». Diversamente, le ordinanze *contra legem* impongono all'autore di «*reimpostare radicalmente la questione degli obblighi di condotta che gravano sulla p.a. a fronte della legge costituzionalmente illegittima*». Osserva Cardone che, «[n]*el delineato contesto, infatti, torna di prorompente attualità l'autorevole, ma scarsamente seguita, proposta di ricondurre il problema della possibile disapplicazione da parte dell'amministrazione della legge non conforme a Costituzione nell'alveo del più generale tema dell'individuazione della regola giuridica che disciplina una data fattispecie concreta; operazione cui la p.a. è tenuta come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, prima di porre in essere qualsivoglia determinazione che incida sulla realtà sostanziale*[180]». Pertanto, conclude l'Autore sul punto, «*in caso di ordinanze* extra ordinem *l'autorità amministrativa non opera in spregio del principio di legalità e del dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54 Cost. ma si limita a disapplicare la norma legislativa in contrasto*

[179] P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 116, citato in A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 361.

[180] Il riferimento è alla proposta di V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., *passim*.

ISSN 2036-7821

con le norme costituzionali applicabili al caso concreto, quando esso richiede quel determinato provvedimento contingibile ed urgente che la legge non consente di adottare»[181].

Ebbene, se ci si avvede che il potere amministrativo *extra ordinem* legittimato dal fatto emergenziale opera necessariamente – si è detto, per definizione – in assenza di una norma che ponga la regola del caso concreto, limitandosi la disposizione legislativa ad individuare l'autorità amministrativa competente a provvedere, al più delimitando la materia ed indicando la finalità da perseguire, non può non concludersi che tale potere si esplichi sempre *praeter* (mai *contra*) *legem*. Non rileva che la legge vieti la misura ritenuta dall'amministrazione necessaria – che è quanto normalmente avviene, trattandosi (il più delle volte) di misure limitative di libertà garantite dalla Costituzione –; la norma che pone il divieto non opera nella situazione emergenziale, applicandosi, invece, la disposizione legislativa che autorizza l'amministrazione a adottare le misure adeguate per far fronte alla stessa, traendo dai principi generali dell'ordinamento la regola del caso concreto.

Non vi è quindi necessità, per sostenere la legalità costituzionale del carattere – necessariamente – derogatorio del potere *extra ordinem*, di consentire all'amministrazione quanto non è consentito al giudice: la disapplicazione nella norma di legge incostituzionale. L'amministrazione nell'emergenza non disapplica la norma di legge, applica invece la regola del caso concreto che trae dai principi generali dell'ordinamento, in assenza della norma che consenta di far fronte alla situazione emergenziale.

Su questi presupposti, si dissente anche dalla conclusione cui Cardone giunge in ordine al limite della riserva assoluta di legge. Proprio la considerazione dell'Autore che il potere d'ordinanza «*è il canale che può rendersi necessario per l'attuazione dei fini costituzionali in situazioni di emergenza*»[182] dovrebbe indurlo a concludere che, quando queste siano tali da non consentire l'intervento del legislatore, si impone all'amministrazione l'attuazione dei fini costituzionali anche in assenza di legge.

9. *Integrazione piuttosto che deroga alla legislazione vigente*.

La tesi che qui si sostiene circa la natura del potere amministrativo contingibile e urgente, quale applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di

[181] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 393-409. Le citazioni sono tratte da pp. 393, 397 e 399. Argomenta l'Autore: «[n]*on vi è, infatti, alcuna ragione per escludere che la norma costituzionale, individuata nella sua concreta portata precettiva dell'emergenza, possa fungere non solo da criterio per orientare la selezione della regola super-legislativa da applicare al caso concreto ma anche da parametro per l'esercizio della* Verwefungskompetenz. *E ciò per la fondamentale ragione che una norma legislativa che non consente l'adozione dell'atto contingibile e urgente che sarebbe richiesto dalla norma costituzionale, eccezionalmente declinata in chiave di emergenza come disciplina del caso concreto, non può andare incontro ad un esito negativo della valutazione di compatibilità con la Costituzione formale che l'amministrazione effettua nell'esercizio di quella* Prüfungskompetenz *che non le può in alcun modo essere negata in regime di interpretazione costituzionale diffusa*» (p. 399).

[182] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 363.

ISSN 2036-7821

lacuna normativa svelata dall'emergenza, conduce alla conclusione che le ordinanze adottate nell'esercizio di tale potere (in genere) non deroghino alla legislazione vigente ma, semmai, la integrino. In definitiva, l'amministrazione – a ciò autorizzata dalla legge – non fa altro che rinvenire nell'ordinamento giuridico la norma della fattispecie desumendola dai principi generali e integrando così il complesso delle disposizioni positive vigenti, rivelatesi prive di quella (o quelle, in combinato disposto tra loro) da cui trarre la regola per affrontare e superare la situazione emergenziale.

Uso il termine "integrazione" nello stesso senso in cui lo usano dottrina[183] e giurisprudenza[184] riferendosi all'*analogia juris*, quale meccanismo di integrazione del diritto in presenza di lacune normative. Si tratta, però, di termine improprio in una prospettiva di teoria generale, in quanto i principi generali sono norme giuridiche a tutti gli effetti e rendono, pertanto, l'ordinamento in sé completo, lasciando all'interprete solo il compito di farne applicazione. In altre parole, l'amministrazione – come il giudice – non "pone" la norma (e, quindi, non integra l'ordinamento), ma la applica, avendola ricavata dai principi generali dell'ordinamento.

Su questi presupposti, le ordinanze contingibili e urgenti, come già evidenziato, non sarebbero mai *contra legem*, ma sempre *praeter legem*.

Questa tesi consente di sciogliere il nodo della compatibilità del potere di ordinanza *extra ordinem* con il sistema costituzionale chiuso delle fonti primarie.

La citata giurisprudenza della Corte costituzionale risolve la questione affermando che le ordinanze di necessità e urgenza «*anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano il diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge*», ma «*sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*»[185]. Ora, in disparte l'ossimoro rappresentato da ordinanze (eventualmente) normative non ricomprese tra le fonti del diritto, quella della Corte è affermazione che non elimina la contraddizione di un provvedimento amministrativo legittimo, ancorché derogatorio (e quindi, in violazione) di norme di legge[186]. Detto diversamente: o l'ordinanza di necessità e

[183] Si vedano, oltre al già citato Bobbio, F. MODUGNO, *L'analogia nella logica del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, pp. 1 ss. (20).

[184] Si veda per la distinzione tra analogia in generale e interpretazione, Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2021, n. 8012, (IT:CDS:2021:8012SENT), punto 10.5.1.1.: «*l'interpretazione analogica attiene ai metodi di integrazione del diritto (ed è quindi, secondo talune ricostruzioni, un atto di costruzione normativa), mentre l'interpretazione (anche) estensiva rientra nei metodi interpretativi propriamente detti*».

[185] Corte Cost. n. 4/1977, cit.

[186] Osserva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 112, che l'affermazione della Corte, «*indubbiamente intrisa di perplessità, è la conferma della difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti*».

ISSN 2036-7821

urgenza ha natura normativa (ed è quindi fonte del diritto) autorizzata – o delegata – dalla legge a derogare alla legge stessa[187] o è provvedimento amministrativo, ma in tal caso non potrebbe introdurre deroghe al diritto vigente, se non in forza di disposizione legislativa che non si risolva in mera autorizzazione, ma – analogamente a quanto avviene, in ragione dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, per le leggi di delegificazione – definisca compiutamente criteri ed ambito della deroga[188].
Autorevole dottrina osserva che, a ben riflettere, «*le ordinanze contingibili e urgenti non operano una* deroga *al diritto vigente: concetto che, oltre alla natura normativa dell'atto, dovrebbe implicare il fenomeno della sottrazione, dall'ambito di efficacia di una regola giuridica, di una situazione o di un rapporto rispondente ad una* ratio *diversa (o* ratio derogandi*), ma pur sempre riconducibile a quella della norma derogata, secondo lo schema specie a genere. Le ordinanze, invero, sono autorizzate per legge a* porre una misura eccezionale in relazione ad una situazione *extra ordinem: la razionalità-legittimità delle ordinanze contingibili e urgenti sta tutta in questa situazione* extra ordinem»[189].
Sennonché, anche il lemma "eccezione" – usato dalla dottrina appena citata per qualificare la misura emergenziale – esprime, al pari della deroga, un concetto di relazione[190]: relazione che avrebbe per altro termine la regola, senza la quale l'eccezione non potrebbe concettualmente darsi[191]. E invero, la norma eccezionale si distingue dalla deroga solo per il carattere singolare della norma (quale *jus singulare*)[192], rimanendo pertanto irrisolto il tema della compatibilità con il sistema delle fonti e con il principio di legalità dell'atto amministrativo che operasse un'eccezione rispetto alla legislazione vigente.

---

[187] Fonte normativa che va in tensione con la nota teoria per cui, in un ordinamento costituzionale a costituzione rigida, la legge ordinaria non può validamente istituire, senza idonea copertura costituzionale, fonti "concorrenziali" rispetto a sé medesima, cioè dotate della stessa forza. Si veda per tale teoria V. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 5; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 126, e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 348. Tale teoria può, però, ritenersi superata dal dato positivo della disciplina, con l. n. 400/1988, dei regolamenti di delegificazione.

[188] Ciò che a mio avviso avviene, come, si vedrà, per le ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale disciplinate dall'art. 191 del d.lgs. n. 152/2006.

[189] A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 2019.

[190] Si veda sul punto S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 151.

[191] E in tale senso la norma eccezionale è intesa dal legislatore, laddove dispone che le leggi penali e quelle che *fanno eccezione a regole generali* non si applicano oltre i casi e i tempi in sé considerati (art. 14 disp. prel. cod. civ.).

[192] Tant'è che lo stesso Autore così tratteggia la distinzione tra deroga e norma eccezionale: «*mentre la norma derogatoria è in rapporto ad una norma generale nel senso che la* ratio derogandi *è pur sempre riconducibile a quella della norma derogata, una eccezione riguarda un caso specifico sorretto da una* ratio *esclusiva e singolare. Ad es: tutti i cittadini italiani votano in Italia (norma generale: art. 48.1 cost.), mentre i cittadini residenti all'estero, nello stato di residenza (norma in deroga: art. 48.3 cost.), fa eccezione, però, il caso dei membri e dei discendenti della reale casa Savoia, che non sono elettori in Italia (XIII disp. fin. Cost.)*». L'Autore segnala, altresì, che in concreto, tuttavia, «*la distinzione tra norma in deroga e norma eccezionale tende a sfumare*», ancorché assuma un «*certo rilievo nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti*» (cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 60).

ISSN 2036-7821

Diverso è a dirsi se il lemma "eccezione" viene riferito alla situazione di emergenza – come tale, *eccezionale* –, che, rivelando l'inadeguatezza della legislazione vigente, impone all'amministrazione di non tener conto di questa e di trarre dai principi generali la regola da applicare. Questa sarà solo apparentemente *derogatoria* della (o *eccezionale* rispetto alla) legislazione risultata inadeguata, ma sarà in realtà applicativa della norma desunta dai principi generali.

In ciò sta la "straordinarietà" (*extra ordinem*) del potere di ordinanza contingibile e urgente: non nell'essere *extraneus* all'ordinamento – essendo invece previsto da norme di legge[193] –, ma nella eccezionalità della situazione nella quale si esplica, tale da svelare l'assenza di *precise disposizioni* adeguate a fondare l'azione dell'amministrazione e da indurre questa a ricorrere ai principi generali dell'ordinamento per assicurare il conseguimento dell'intesse pubblico concreto ad essa affidato.

La tesi che qui si sostiene parrebbe in contraddizione con l'art. 42 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33[194] - laddove dispone in via generale che le pubbliche amministrazioni che adottano provvedimenti contingibili e urgenti pubblicano i provvedimenti adottati, «*con la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga*» -, con l'art. 191 del codice dell'ambiente - che, con riferimento alle ordinanze in materia ambientale, parla di «*deroga alle disposizioni vigenti*» - e – salvo quanto si dirà *infra* – con il codice della protezione civile, il cui art. 25 disciplina le ordinanze (anche) in deroga alla legge[195]. Si tratta, però, a mio avviso di contraddizione solo apparente. Quanto sin qui sostenuto non esclude che le ordinanze contingibili e

[193] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, giudica impropria la qualificazione di *extra ordinem* delle ordinanze contingibili e urgenti, essendo queste previste dall'ordinamento.

[194] L'art. 42 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, di riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, ha disposto in via generale obblighi di pubblicazione concernenti gli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente, statuendo che le pubbliche amministrazioni che adottano provvedimenti contingibili e urgenti e in generale provvedimenti di carattere straordinario in caso di calamità naturali o di altre emergenze, ivi comprese le amministrazioni commissariali e straordinarie costituite in base al codice della protezione civile o a provvedimenti legislativi di urgenza, pubblicano: a) i provvedimenti adottati, con la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga, nonché l'indicazione di eventuali atti amministrativi o giurisdizionali intervenuti; b) i termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari; c) il costo previsto per gli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione.

[195] La contraddizione è rilevata da C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., pp. 327-328, nt. 14, con riferimento alle ordinanze di protezione civile disciplinate dalla l. n. 225/1992. L'Autore ritiene non possa esservi terza soluzione rispetto alla seguente alternativa: «*o si ritiene che il potere di ordinanza sia ammissibile in quanto previsto dalla legge, e si tratterà allora di accertare se la legge ne circoscriva a sufficienza l'uso in modo da renderlo compatibile col principio di legalità, oppure è inevitabile ricorrere alla risalente configurazione della necessità come fonte del diritto implicita in quelle prospettazioni che si basano sulla sussistenza di lacune colmabili solo in via di eterointegrazione per giustificare il potere di ordinanza, il che, anche lasciando da parte consolidate obiezioni, non spiegherebbe perché la legge del 1992* [sulla protezione civile] *autorizzi le ordinanze a disporre "in deroga ad ogni disposizione vigente"*».

ISSN 2036-7821

urgenti possano derogare alla legislazione vigente, ma richiede che ciò avvenga sulla base non di una mera autorizzazione legislativa, dovendo il legislatore definire l'ambito di intervento e i criteri del provvedimento in deroga, perché questa possa imputarsi alla legge che l'autorizza.

È ciò che avviene con l'art. 191 citato, il quale lungi dal limitarsi ad autorizzare l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti, ne delimita rigorosamente l'ambito di applicazione[196], oltre a disciplinarne nel dettaglio il relativo procedimento[197] e fissarne il termine massimo di efficacia[198]. In particolare, la norma, qualora si verifichino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente e non si possa altrimenti provvedere, consente ai Presidenti di Regione e Provincia e al Sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti per consentire «*il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti*», anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea e garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. L'oggetto delle ordinanze è, quindi, circoscritto alle *forme di gestione dei rifiuti* e le norme derogabili sono quelle che disciplinano le stesse.

Morbidelli, assumendo la natura (anche) normativa delle ordinanze contingibili e urgenti, riferisce ad esse lo schema del regolamento delegificante, in cui la legge autorizza il Governo a regolare materie coperte da disposizioni legislative, le quali però vengono ad essere abrogate per effetto dell'entrata in vigore del regolamento stesso, ma in forza della legge che autorizza la potestà regolamentare. Lo stesso Autore, però, riconosce che «*a seguire il parallelismo con l'art. 17, comma 2°, l. 23 agosto 1988, n. 400, manca la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e manca anche la indicazione della materia e dunque delle leggi "cedevoli"* », ma ritiene tali carenze superabili ove si tenga conto che lo scopo di detta predeterminazione, funzionale al rispetto del principio di legalità e di confinamento della discrezionalità, viene allo stesso modo perseguita attraverso l'obbligo di osservare i principi generali, tra cui quello di proporzionalità, di adeguatezza, di completezza istruttoria, nonché, e soprattutto, «*attraverso una indicazione del campo di applicazione, e dunque per tale tramite*

[196] Il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti.

[197] Le ordinanze sono adottate, su parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali, dal Presidente della Giunta regionale, dal Presidente della Provincia e dal Sindaco, nell'ambito delle rispettive competenze, e sono comunicate entro tre giorni dall'emissione al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della Regione e all'autorità d'ambito del servizio idrico integrato e, se consentono il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti pericolosi, anche alla Commissione dell'Unione europea. Le ordinanze indicano le norme cui si intende derogare.

[198] Le ordinanze hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi e possono essere reiterate per un periodo non superiore a 18 mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti. Qualora ricorrano comprovate necessità, il Presidente della Regione, d'intesa con il Ministro dell'ambiente, può adottare, dettando specifiche prescrizioni, tali ordinanze anche oltre i detti termini.

ISSN 2036-7821

delle norme interessate dalla deroga»[199]. Sennonché, tali condizioni e requisiti sono sicuramente presenti nel codice della protezione civile e nell'art. 191 del codice dell'ambiente, non anche nell'art. 2 del t.u.l.p.s., nell'art. 32 della l. n. 833/1978 e negli artt. 50 e 54 del t.u.e.l., ove con concetti indeterminati vengono indicate solo le finalità da perseguire.

L'Autore citato inoltre – riprendendo la tesi della "riserva di procedimento", sviluppata in altro scritto[200], che ha di recente ricevuto l'avallo di importante giurisprudenza costituzionale[201] – indica nel "metodo" del procedimento amministrativo, e in specie nella conseguenzialità logica tra istruttoria e motivazione, la struttura idonea ad inverare il principio di legalità anche per le ordinanze contingibili e urgenti, tanto da affermare che «*le norme derogate con provvedimento amministrativo vanno intese come norme cedevoli "per effetto di procedimento", e la cedevolezza ha fonte nella legge*».

E però, le ragioni dell'urgenza possono elidere le garanzie procedimentali, escludendo – così come consente l'art. 7 della l. n. 241/1990 – la partecipazione e, quindi, la completa acquisizione degli interessi da contemperare, e comprimendo la stessa istruttoria, fino a giustificare – come lo stesso Autore citato ammette[202] – la forma orale del provvedimento, da regolarizzare per iscritto solo in un successivo momento.

In realtà, l'analisi della dottrina corrente appare viziata da un errore di prospettiva: il guardare alle ordinanze contingibili e urgenti avendo come parametro la legge sulla protezione civile, considerata «*vera legge quadro dell'istituto "ordinanze libere", sicché tali regole si impongono su ogni categoria di ordinanze di tal genere*»[203]. Ma, come cercherò di argomentare nel paragrafo che segue, il sistema della protezione civile è teleologicamente alternativo alle ordinanze contingibili e urgenti – ancorché di queste difficilmente nella prassi possa fare a meno –, in quanto la gestione dell'emergenza – nella quale trovano ingresso le ordinanze di protezione civile – è intimamente connessa alla prevenzione, ovvero alla pianificazione, in tempo ordinario, della risposta all'evento emergenziale, sia in termini di procedure operative che in termini di strutture da attivare.

---

[199] G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 117-118.

[200] G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit..

[201] Corte Cost. 5 aprile 2018, n. 69, (IT:COST:2018:69); 28 febbraio 2019, n. 28, (IT:COST:2019:28); 23 giugno 2020, n. 116, (IT:COST:2020:116); 13 maggio 2022, n. 121, (IT:COST:2022:121) e 26 aprile 2022 n. 186, (IT:COST:2022:186), citate.

[202] Cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 97. L'Autore cita sul punto M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., p. 680, nt. 151, e G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2196, secondo cui «*a seguire coerentemente la logica dell'emergenza, la forma scritta è la regola, che può essere derogata, in via provvisoria, se l'emergenza è tale da giustificarla, e sempre che vi sia una regolarizzazione in forma scritta non appena è possibile*».

[203] G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 121.

ISSN 2036-7821

10. *Il sistema della protezione civile*.

Il Servizio nazionale di protezione civile è disciplinato dal relativo codice, introdotto con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1[204], con la finalità di riordinare e ricondurre ad un'unita` di sistema le numerose norme che in materia si sono succedute nel tempo[205].

Il servizio è stato istituito con l. 24 febbraio 1992, n. 225, con la quale il legislatore statale ha superato il precedente modello centralizzato[206], per una organizzazione diffusa a carattere policentrico[207].

---

[204] Sul codice della protezione civile si vedano: P. LAZZARA, *Protezione civile*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 961 ss.; A. CONZUTTI, Quandoque bonus dormitat codex? *La strana "quiescenza" del consolidato sistema di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, pp. 393 ss.; G. RAZZANO, *Il Codice della Protezione Civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta on line*, 17 marzo 2020; V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *federalismi.it*, 8 gennaio 2020; S. PALUMBO, *Ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, pp. 375 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018; S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in L. GIANI-M.D'ORSOGNA-A.POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 99 ss..

[205] Il nuovo codice è stato adottato in forza della l. 16 marzo 2017, n. 30, recante delega legislativa al Governo a adottare uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni, in base ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà e nel rispetto dei principi e delle norme della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea. Tra i criteri direttivi anche l'esplicita previsione che i decreti legislativi – allo scopo di evitare il ripetersi di prassi tenute nel passato – devono identificare le tipologie dei rischi per i quali si esplica l'azione di protezione civile con la precisazione che non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative. Il codice è stato modificato puntualmente attraverso il d.l. 28 settembre 2018, n. 109 e il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (convertiti in legge, rispettivamente, con l. 19 novembre 2018, n. 130 e l. 14 giugno 2019, n. 55), finalizzati alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure emergenziali di maggiore impatto. Inoltre, a due anni dall'entrata in vigore, è stato adottato il primo correttivo, con d.lgs. 6 febbraio 2020, n. 4 (in forza dell'art. 1, comma 7, della legge delega).

[206] La storia della protezione civile nel nostro Paese ha origini più antiche ed ha la sua prima norma nel decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 2398 del 1926. La prima disciplina organica è stata introdotta con legge 8 dicembre 1970, n. 996 e con il relativo regolamento attuativo, adottato con d.P.R. 6 febbraio 1981, n. 66, solo a seguito del terremoto dell'Irpinia. Per la ricostruzione del sistema precedente alla legge del 1992 si veda M. DI RAIMONDO, *Protezione civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 494 ss..

[207] Cfr. in questi termini Corte Cost. 30 ottobre 2003, n. 327. Osserva a questo proposito S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2006, pp. 2926B ss., che il sistema della protezione civile, pur permanendo la competenza esclusiva dello Stato «*ha, quanto agli interventi concreti, un andamento a cascata e, perciò, è rappresentabile funzionalmente, sulla base della teoria dell'analisi economica del diritto, applicata al federalismo* (Posner)*, come una piramide: più aumenta l'intensità dell'evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l'alto; determinante è, in tal senso, il rapporto tra dimensione dell'evento e ambito di efficacia della competenza*». E invero, ai sensi della l. n. 225/1992, più volte novellata negli anni, le diverse competenze e responsabilità per gli interventi di protezione civile sono state definite in base a tre diverse tipologie di "eventi": eventi fronteggiabili mediante interventi degli enti e delle amministrazioni competenti in via ordinaria; eventi che comportino l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; calamita` naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, richiedano mezzi e poteri straordinari. Con interventi normativi, che si sono succeduti nel tempo, sono state poi individuate competenze e responsabilità rispettivamente dello Stato, delle Regioni e degli enti locali in funzione della tutela delle collettività interessate. In particolare, alle Regioni

ISSN 2036-7821

Il d.lgs. n. 1/2018 fissa il quadro generale dei principi fondamentali e degli indirizzi della materia, divenuta, con la riforma del 2001 del titolo V della Costituzione, di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni[208].

Il nuovo codice definisce la funzione di protezione civile l'«*insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*»[209] e la articola nelle attività volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, gestione delle emergenze e loro superamento[210].

I quattro ambiti di attività in cui si esplica la funzione di protezione civile sono puntualmente definiti.

In particolare, la previsione consiste nell'insieme delle attività dirette alla identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio[211] possibili, per

---

sono state affidate le attivita` di previsione e prevenzione, senza distinzione di tipologia di eventi (art. 108, comma 1, lettera *a*), del d.lgs. n. 112 del 1998), da esercitare, in ossequio ai principi di sussidiarietà, cooperazione e adeguatezza, tenendo conto degli indirizzi operativi predisposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero dal Ministro dell'interno da lui delegato, d'intesa con le Regioni stesse e gli enti locali, nonché dell'attivita` consultiva e propositiva della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi, degli indirizzi e dei criteri generali formulati dal Dipartimento della Protezione Civile (art. 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 5, commi 2, 3-*bis*, 4-*ter* e 5, del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001). Alle Province e ai Comuni e` stata affidata l'attuazione dei relativi programmi regionali. Per l'attivita` di gestione dell'emergenza, inoltre, e` stata prevista una competenza dello Stato per i soli eventi di natura straordinaria (ovvero calamita` naturali o connesse con l'attivita` dell'uomo che, in ragione della loro intensità ed estensione, avrebbero dovuto, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), a fronte dei quali lo Stato, d'intesa con le Regioni, deliberava e revocava lo stato di emergenza, emanava le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza, predisponeva i piani di emergenza e la loro attuazione (Art. 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 5, comma 4-*bis*, del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001). L'intervento statale era ammesso solo nel caso in cui l'intensità degli eventi calamitosi fosse tale da superare le capacita` di risposta operativa di Regioni ed enti locali, ancorché la gravita` degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficolta` delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse dovessero essere poste in atto, poteva coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche. Sulla l. n. 225/1992 e le relative novelle si vedano: L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile. Commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993; C. MEOLI, *La protezione civile*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, pp. 831 ss..

[207] ID., *Il sistema della protezione civile dopo le modifiche del 2001*, *ivi*, 2002, pp. 716 ss.; V. PEPE, *Il diritto della protezione civile*, Milano, 1996; R. MAYER, *La protezione civile*, in M. STIPO (a cura di), *Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Rimini, 1998, pp. 467 ss..

[208] Ancorché la Corte costituzionale avesse già qualificato come principi fondamentali della materia quelli posti dalla l. n. 225/1992, nonostante fossero stati introdotti con disposizioni anteriori alla revisione costituzionale (cfr. Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 284, (IT:COST:2006:284), commentata da S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, cit., pp. 2926B ss.).

[209] Art. 1, comma 1. Il codice inserisce tra i destinatari della tutela anche gli animali, in linea con la maturazione di una coscienza giuridica che porterà di lì a poco – con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 – a inserire la tutela degli animali (riservata a legge dello Stato) nell'art. 9 Cost..

[210] Art. 2.

[211] La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021 definisce lo scenario di rischio «*il prodotto integrato di una attivita` descrittiva, accompagnata da cartografia esplicativa, e di una attivita` valutativa relativamente agli effetti che possono essere determinati sull'uomo, sui beni, sugli insediamenti, sugli animali e sull'ambiente, dall'evoluzione nello spazio e nel tempo di un evento riconducibile ad una o piu` delle tipologie di rischio di cui*

ISSN 2036-7821

le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e per quelle di pianificazione della protezione civile. Caratterizzante tale ambito di attività è la valutazione del rischio, da condursi con metodo scientifico e con il concorso di soggetti dotati della relativa competenza[212]. Rilevante è il mutamento di prospettiva nella definizione degli scenari di rischio: non più *probabili*, come prescriveva la l. n. 225/1992[213], ma *possibili*; il che impone un innalzamento della soglia di attenzione ed ampliamento dello spettro di eventi rispetto ai quali apprestare strumenti di prevenzione e di mitigazione.

Il codice, su precisa direttiva della legge delega, identifica le tipologie di rischi in cui si esplica l'azione del Servizio nazionale di protezione civile[214] e sancisce che «*non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative*», con ciò consolidando l'esclusione dall'ambito della protezione civile dei c.d. grandi eventi, già operata con la riforma del 2012[215].

La prevenzione consiste nell'insieme delle attività – "non strutturali"[216] e "strutturali" [217] –, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi.

---

al Codice, articolo 16, comma 1, ovvero: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi. Tra dette tipologie possono rientrare i fenomeni valanghivi, le mareggiate e i possibili eventi legati alla presenza di dighe».

[212] Nell'ambito delle attività di previsione e prevenzione, il capo IV del codice definisce e valorizza il ruolo della comunità scientifica (art. 19), la Commissione Grandi Rischi – organo di consulenza tecnico-scientifica del Dipartimento della Protezione Civile (art. 20) e i centri di competenza e collaborazione con gli organismi competenti in materia di ricerca (art. 21).

[213] Art. 3, comma 2.

[214] Art. 16. Le tipologie di rischi sono: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni metereologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi. Per gli incendi boschivi sono fatte salve le competenze organizzative e di coordinamento previste dalla relativa legge quadro, 21 novembre 2000, n. 353. Inoltre, ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della normativa di settore e le conseguenti attività, l'azione del Servizio è suscettibile di esplicarsi, altresì, per le seguenti tipologie di rischi: chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali.

[215] L'art. 1, comma1, d.l. 15 maggio 2012, n. 59 ha sostituito la lettera *c*) dell'art. 2, comma 1, della l. n. 225/1992, la quale originariamente era del seguente tenore: «*calamità naturali, catastrofi o* altri eventi *che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*». L'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 1/2018 espressamente dispone che «[n]*on rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative, in occasione dei quali le articolazioni territoriali delle componenti e strutture operative del Servizio nazionale possono assicurare il proprio supporto, limitatamente ad aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione, su richiesta delle autorità di protezione civile competenti, anche ai fini dell'implementazione delle necessarie azioni in termini di tutela dei cittadini*».

[216] Art. 2, comma 4: a) l'allertamento del Servizio nazionale, articolato in attività di preannuncio in termini probabilistici, ove possibile e sulla base delle conoscenze disponibili, di monitoraggio e di sorveglianza in tempo reale degli eventi e della conseguente evoluzione degli scenari di rischio; b) la pianificazione di protezione civile, come disciplinata dall'articolo 18; c) la formazione e l'acquisizione di ulteriori competenze professionali degli operatori del Servizio nazionale; d) l'applicazione e l'aggiornamento della normativa tecnica di interesse; e) la diffusione della conoscenza e della cultura della protezione civile, anche con il coinvolgimento delle istituzioni

ISSN 2036-7821

Centrale nell'attività di prevenzione è la pianificazione, attività di sistema che deve essere svolta congiuntamente da tutte le amministrazioni, ai diversi livelli territoriali, per la preparazione e la gestione delle attività di protezione civile, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza[218].

Le Regioni, con i propri piani, devono individuare gli ambiti territoriali ottimali e connessi criteri organizzativi[219] e definire gli indirizzi per la predisposizione, la revisione e valutazione periodica dei piani di ambito[220]. Questi ultimi individuano le risorse disponibili e ne garantiscono l'ottimizzazione dell'impiego ai fini dell'efficace gestione delle emergenze, individuando altresì le modalità di supporto ai Comuni nella gestione delle stesse. In tal senso, i piani d'ambito sono necessariamente parti

---

scolastiche, allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità e l'adozione di comportamenti consapevoli e misure di autoprotezione da parte dei cittadini; f) l'informazione alla popolazione sugli scenari di rischio e le relative norme di comportamento nonché sulla pianificazione di protezione civile; g) la promozione e l'organizzazione di esercitazioni ed altre attività addestrative e formative, anche con il coinvolgimento delle comunità, sul territorio nazionale al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile, che possono prevedere scambi di personale delle componenti territoriali e centrali per fini di aggiornamento, formazione e qualificazione del personale addetto ai servizi di protezione civile; h) le attività di cui al presente comma svolte all'estero, in via bilaterale, o nel quadro della partecipazione dell'Italia all'Unione europea e ad organizzazioni internazionali, al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile; i) le attività volte ad assicurare il raccordo tra la pianificazione di protezione civile e la pianificazione territoriale e le procedure amministrative di gestione del territorio per gli aspetti di competenza delle diverse componenti.

[217] Art. 2, comma 5: a) la partecipazione all'elaborazione delle linee di indirizzo nazionali e regionali per la definizione delle politiche di prevenzione strutturale dei rischi naturali o derivanti dalle attività dell'uomo e per la loro attuazione; b) la partecipazione alla programmazione degli interventi finalizzati alla mitigazione dei rischi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo e alla relativa attuazione; c) l'esecuzione di interventi strutturali di mitigazione del rischio in occasione di eventi calamitosi, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; d) le azioni integrate di prevenzione strutturale e non strutturale per finalità di protezione civile di cui all'articolo 22.

[218] L'art. 18 del codice definisce la pianificazione di protezione civile ai diversi livelli territoriali come «*l'attività di prevenzione non strutturale, basata sulle attività di previsione e, in particolare, di identificazione degli scenari di cui all'articolo 2, comma 2, finalizzata: a) alla definizione delle strategie operative e del modello di intervento contenente l'organizzazione delle strutture per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile e della risposta operativa per la gestione degli eventi calamitosi previsti o in atto, garantendo l'effettività delle funzioni da svolgere con particolare riguardo alle persone in condizioni di fragilità sociale e con disabilità, in relazione agli ambiti ottimali di cui all'articolo 11, comma 3, definiti su base provinciale; b) ad assicurare il necessario raccordo informativo con le strutture preposte all'allertamento del Servizio nazionale; c) alla definizione dei flussi di comunicazione tra le componenti e strutture operative del Servizio nazionale interessate; d) alla definizione dei meccanismi e delle procedure per la revisione e l'aggiornamento della pianificazione, per l'organizzazione di esercitazioni e per la relativa informazione alla popolazione, da assicurare anche in corso di evento*».

[219] L'ambito territoriale e organizzativo ottimale è un'innovazione del codice, il quale impone siano definiti i confini geografici dell'ambito e, contestualmente, i criteri organizzativi dello stesso, mediante anche l'individuazione degli enti responsabili per le attività di pianificazione e gestione delle emergenze.

[220] Art. 11, comma 1. Inoltre, le Regioni, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo, favoriscono l'individuazione del livello ottimale di organizzazione di strutture di protezione civile a livello territoriale al fine di garantire l'effettività delle funzioni di protezione civile, individuando le forme, anche aggregate, per assicurarne la continuità sull'intero territorio, nonché l'organizzazione di modalità di supporto per gli interventi da porre in essere in occasione di emergenze, ivi inclusa l'organizzazione dei presidi territoriali.

ISSN 2036-7821

integranti del piano di protezione civile provinciale, che deve includere le pianificazioni di tutti gli ambiti di competenza e deve altresì garantire il coordinamento tra le misure previste dalle stesse, al fine di favorire il raccordo tra i diversi ambiti e assicurare l'uniformità della pianificazione a livello provinciale[221].
Il codice prescrive, inoltre, che la pianificazione "ordinaria" del territorio (i piani e i programmi di gestione e tutela e risanamento del territorio e gli altri ambiti di pianificazione strategica territoriale) sia coordinata con i piani di protezione civile, al fine di assicurarne la coerenza con gli scenari di rischio e le strategie operative ivi contenuti[222], marcando così – anche per tale profilo – la trasformazione del diritto dell'emergenza in un sistema stabile di pianificazione e di valutazione tecnico-scientifica del rischio[223], avviata già con la legge del 1992[224].
Nell'ambito dell'attività di prevenzione dei rischi svolgono un ruolo rilevante i sistemi di allertamento, articolati anch'essi sia a livello nazionale che regionale e costituiti dagli strumenti, dai metodi e dalle modalità stabiliti per sviluppare e

[221] La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021 definisce il piano di protezione civile «*lo strumento necessario ad accrescere in tempo ordinario la consapevolezza del rischio, organizzare e porre a fattor comune le risorse umane e strumentali disponibili, "costruire" capacita` e professionalità e garantire il raccordo tra diverse amministrazioni e enti, sulla base di una strategia condivisa. Un piano di protezione civile non e` quindi solo l'insieme delle procedure operative di intervento in caso di emergenza, ma anche lo strumento attraverso cui definire l'organizzazione operativa della struttura di protezione civile per lo svolgimento delle attivita` di cui all'articolo 2 del Codice*».

[222] Art. 18, comma 3.

[223] In tale prospettiva il Dipartimento della Protezione Civile assicura il coordinamento e la gestione di piani di azioni integrate di prevenzione strutturale, limitate alle strutture e infrastrutture di proprietà pubblica, e non strutturale, volti al complessivo miglioramento della gestione delle emergenze e, più in generale, alla riduzione dei rischi. Sul punto è però severo il giudizio della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del decreto (parere n. 2647/2017): «*dall'esame complessivo del testo non emerge una decisa azione legislativa sulla prevenzione dei rischi e non risulta neppure un sistema di monitoraggio successivo dei risultati. Come e` noto, invece – e come riconosce la stessa documentazione di accompagnamento – una parte degli "eventi di protezione civile" potrebbe anche essere scongiurata attraverso un'azione programmata e incisiva volta a radicare nella collettività la cultura della prevenzione dei rischi. Tale disciplina, pur se in astratto ricompresa nel testo unico in esame, non appare ancora adeguata in termini di efficacia, di effettività, di fattibilità, di verifica ex post delle attivita` messe in campo. Si suggerisce, dunque, di intervenire per introdurre disposizioni ad hoc in tal senso, senza dimenticare poi la necessita`, in linea con gli standard nazionali e internazionali, di monitorarne i risultati*». Sul tema della trasformazione del diritto dell'emergenza in diritto del rischio si vedano L. GIANI-M. D'ORSOGNA-A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., e A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Milano, 2006.

[224] È con la l. n. 225/1992 che nasce in Italia un nuovo sistema di protezione civile, fondato sulla previsione e prevenzione dei disastri naturali o connessi con l'attività dell'uomo oltre che su una adeguata organizzazione dell'attività di soccorso. U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile*, cit., p. 3, critica il codice per la mancata menzione dell'uso della tecnica della microzonazione sismica come strumento di prevenzione che deve procedere la pianificazione. A mio parere il codice non poteva scendere a tale livello di dettaglio, ricompreso comunque nel necessario coordinamento della pianificazione di protezione civile con la pianificazione strategica territoriale. Tant'è che la direttiva del d.P.C.M. del 30 aprile 2021 richiede che «[l]*a redazione del piano di protezione civile prevede l'elencazione delle cartografie e dei dati informativi riguardanti i rischi presenti sul territorio, la documentazione già esistente (le mappe della pericolosità sismica per diversi periodi di ritorno, gli studi di microzonazione sismica, la Condizione Limite per l'Emergenza (CLE), laddove disponibile, le mappe del rischio idrogeologico e idraulico, le mappe delle Autorità di Distretto Idrografico e delle Regioni – Piani di Assetto Idrogeologico, i Piani di Gestione del Rischio Alluvioni) e le mappe contenute all'interno di altre pianificazioni di protezione civile*».

ISSN 2036-7821

acquisire la conoscenza, le informazioni e le valutazioni, in tempo reale, relative, ove possibile, al preannuncio in termini probabilistici, al monitoraggio e alla sorveglianza, in tempo reale, degli eventi e della conseguente evoluzione degli scenari di rischio, al fine di attivare il Servizio nazionale della protezione civile ai diversi livelli territoriali[225].
La gestione dell'emergenza consiste nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione. È in questo ambito che trovano ingresso le ordinanze di protezione civile.

11. *Segue. Le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti.*
Rescigno[226] indicava già nella l. n. 225 del 1992 «*il tentativo probabilmente più ambizioso (anche se* [...] *pieno di incertezze e ambiguità) per razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, tenendo conto nello stesso tempo di princìpi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni*». Tanto che altra dottrina definiva le ordinanze ivi disciplinate «*semi-tipiche*»[227], per segnarne la distanza da quelle definite "libere" dalla Corte costituzionale.
Ebbene, il nuovo codice della protezione civile ha ulteriormente "tipizzato" tali ordinanze, correggendo le incertezze e ambiguità della legge del 1992.
Innanzitutto, le ordinanze di protezione civile devono essere autorizzate dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale. Quindi, il presupposto per l'esercizio del potere di ordinanza – lo stato di emergenza, così come definito dall'art. 7, comma 1, lettera *c*) – deve essere previamente e debitamente accertato dal Dipartimento della Protezione Civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e le Province autonome interessate, delle quali deve essere acquisita l'intesa, e deliberato dal Consiglio dei Ministri.
La delibera del Consiglio dei Ministri può anche conformare il potere di ordinanza, in quanto, ai sensi dell'art. 25 del codice, questo può esplicarsi in deroga ad ogni disposizione di legge, «*nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*», oltre che nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea.

[225] Art. 17 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 febbraio 2021 in materia di allertamento di protezione civile e sistema di allarme pubblico IT – Alert.
[226] G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2185 ss..
[227] F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VI, 2013, pp. 44 ss. (56).

ISSN 2036-7821

Il codice, inoltre, disciplina puntualmente gli elementi essenziali delle ordinanze di protezione civile.

Innanzitutto, i poteri di ordinanza sono in capo al Presidente del Consiglio, il quale può esercitarli – salvo che la deliberazione di stato di emergenza non disponga diversamente – per il tramite del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[228]. La legge n. 225/1992 indicava, invece, direttamente nel Capo del Dipartimento l'autorità competente a adottare le ordinanze di protezione civile[229], ma riconosceva al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare altresì «*ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose*»[230], potere però cassato con la riforma del 2012[231]. Come è stato espressamente abrogato dal codice l'art. 3 del d.l. 4 novembre 2011, n. 245, che consentiva al Presidente del Consiglio dei Ministri di disporre, con proprio decreto, su proposta del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, sentito il Presidente della Regione interessata, il coinvolgimento delle strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile per fronteggiare l'emergenza, prima ancora della relativa dichiarazione, in ragione dell'eccezionalità della situazione emergenziale, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita, consentendo quindi l'adozione di ordinanze di protezione civile.

Quindi, oggi, le ordinanze di protezione civile sono adottate dal Presidente del Consiglio o dal Capo Dipartimento (salvo diversa disposizione della deliberazione dello stato di emergenza), solo una volta dichiarato lo stato di emergenza e non possono essere più genericamente finalizzate ad evitare situazioni di pericolo, dovendo rispettare i requisiti procedimentali e sostanziali posti dal codice e di seguito illustrati.

Per il profilo procedimentale, le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e delle Province autonome territorialmente interessate, sono efficaci dalla data di adozione, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rese pubbliche ai sensi di quanto previsto in generale dal già citato art. 42 del d.lgs. n. 33/2013 e trasmesse, per informazione, al Presidente del Consiglio dei Ministri, alle Regioni o Province autonome interessate e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministero

[228] La disposizione sembra potersi interpretare nel senso che, su indirizzo politico del Presidente del Consiglio, la gestione dell'emergenza è ordinariamente svolta dal Capo del Dipartimento.

[229] Art. 5, comma 2, l. n. 225/1992.

[230] Art. 5, comma 3, l. n. 225/1992. V. PEPE, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Padova, 2006, p. 85, ritiene che, a differenza delle ordinanze del Capo del dipartimento, quelle del Presidente del Consiglio finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o cose erano adottabili anche indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di emergenza, nel caso di gravissime emergenze improvvise, tali da non lasciarne il tempo. Lo stesso Autore dà conto però dell'orientamento contrario di Consiglio di Stato, sez. I, 21 ottobre 1992, n. 2557.

[231] Art. 1, d.l. 15 maggio 2012, n. 59.

ISSN 2036-7821

dell'economia e delle finanze. Oltre il trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, le ordinanze sono emanate previo concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, limitatamente ai profili finanziari. Non sono soggette al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.
Quanto ai requisiti, le ordinanze devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate.
La prescrizione dell'obbligo di motivazione non pare dovuta solo alla circostanza che le ordinanze (normalmente) abbiano – come si vedrà – contenuto di atto amministrativo generale (o, per parte della dottrina, normativo[232]), sfuggendo così all'ambito di applicazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990. Il codice richiede che la motivazione sia "specifica", con ciò ponendo un onere di dettaglio circa le ragioni delle scelte operative e organizzative.
Il codice, inoltre, delinea con sufficiente precisione l'ambito di azione – e, quindi, il contenuto – delle ordinanze di protezione civile. Queste sono funzionali al «*coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale*» e dispongono in ordine ad ambiti definiti dalla norma[233].
Si noti: mentre l'art. 5 della l. n. 225/1992 indicava le ordinanze di protezione civile come mezzo per «*l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza dichiarato*», il nuovo codice limita l'intervento al *coordinamento* dell'attuazione dei medesimi interventi, ciò che muta la natura delle ordinanze in questione.

---

[232] Si vedano, oltre al già citato G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 109 ss. (121-122 e nt. 66), per il quale le ordinanze di protezione civile sono da considerare a tutti gli effetti atti normativi, ancorché di natura non regolamentare, «*tanto che la categoria in cui tali atti si ritenga caratterizzata dalla novità, quanto che si ritenga caratterizzata dalla generalità e astrattezza*», e E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit..

[233] Le ordinanze di protezione civile dispongono in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei Comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea; c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità; d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; f) all'attuazione delle misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione, laddove possibile temporanea, in altra località del territorio regionale, entro i limiti delle risorse finanziarie individuate con delibera del Consiglio dei Ministri, sentita la Regione interessata.

ISSN 2036-7821

"Coordinamento" è termine polisemico che indica sia la relazione organizzativa – di equiordinazione[234] – che intercorre tra soggetti preposti ad attività che, pur essendo distinte, sono destinate ad essere «*ordinate secondo un disegno unitario in vista di risultati di interesse comune*»[235], sia la funzione affidata dalla norma ad uno di tali soggetti, sia infine il risultato al quale si perviene: l'azione coordinata, ovvero l'insieme di atti tesi a imprimere un «*necessario riassetto organico* [...] *all'azione dei pubblici poteri per evitare conflitti, contraddizioni, interventi a fini contrastanti*»[236].

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, oltre a detenere il potere di ordinanza – attraverso il quale *coordina* l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale –, predispone – *in tempo ordinario* – con direttive gli indirizzi per lo svolgimento *in forma coordinata* delle attività di Protezione civile, al fine di assicurare, sul piano tecnico, l'indirizzo unitario, nel rispetto delle peculiarità dei territori[237].

Con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri sono disciplinate anche le modalità di organizzazione e svolgimento dell'attività di pianificazione di protezione civile e del relativo monitoraggio, aggiornamento e valutazione, al fine di garantire un quadro coordinato in tutto il territorio nazionale e l'integrazione tra i sistemi dei diversi territori[238], nonché le modalità di raccordo delle attività connesse all'assistenza alla popolazione, tra i piani di emergenza delle infrastrutture nazionali di trasporto con i piani dei diversi livelli territoriali[239]. Con direttiva sono altresì disciplinate le procedure istruttorie propedeutiche all'adozione della deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale e i relativi adempimenti di competenza dei Presidenti delle Regioni e Province autonome e del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[240].

Le direttive sono atti di regolazione[241], dal contenuto tecnico[242], tali da conformare l'attività dei destinatari[243]; sono adottate su proposta del Capo Dipartimento della

---

[234] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 313, secondo cui il coordinamento dà luogo «*ad un rapporto tra istanze equiordinate, in cui ad un apposito ufficio si attribuisce la potestà di adottare un atto, che la pratica denomina "disegno di coordinamento", il quale vincola tutte le parti del rapporto a comportamenti conseguenti*». Rilevano però D. D'ORSOGNA-F.G. SCOCA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 72, che le ipotesi più interessanti di coordinamento si hanno in alcune figure organizzative complesse in cui si mescolano profili di equiordinazione e profili di sovraordinazione.

[235] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 342.

[236] V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, pp. 630 ss. (631). Sul coordinamento si veda anche F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

[237] Art. 5, comma 2.

[238] Art. 18, comma 4. Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021.

[239] Art. 18, comma 4*bis*.

[240] Art. 24, comma 7.

[241] Riconducibili a mio avviso alla *risk regulation*, su cui si veda A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., spec. pp. 26-34, ancorché la regolazione – di cui la *risk regulation* è parte – abbia per oggetto soprattutto attività private, mentre le direttive in questione hanno per destinatarie le componenti del sistema della protezione civile, ovvero anche

ISSN 2036-7821

Protezione Civile e previa intesa da sancire, in sede Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni – a seconda che le disposizioni ivi contenute interessino competenze di Province e Comuni o competenze regionali –, e pubblicate in Gazzetta Ufficiale[244].

Le direttive sono, quindi, espressione della funzione di coordinamento tecnico, quale attività che si concretizza in indirizzi e criteri destinati a rendere omogenee le metodologie applicative seguite in ambito regionale e locale in relazione a interessi generali (la previsione, la prevenzione, pianificazione e gestione dell'emergenza), che trascendono gli interessi sottoposti alle cure delle istituzioni territoriali[245]. Il coordinamento tecnico si esplica mediante la posizione di norme tecniche[246], ovvero «*prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione*»[247]. A giudizio della Corte costituzionale gli atti di coordinamento tecnico non hanno contenuto normativo, adempiendo esclusivamente al compito di assicurare l'uniformità degli atti su cui incidono[248].

(ma non solo) amministrazioni pubbliche. In generale, sulla regolazione quale funzione diretta al corretto funzionamento di un settore di attività di carattere economico o sociale caratterizzate da un alto livello di specializzazione si veda L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002. Sulla relazione tra regolazione e standardizzazione della tutela del rischio si veda anche M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, spec. pp. 155-218. Infine, per l'analogia tra i regolamenti delle autorità indipendenti e le ordinanze di protezione civile, si veda G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 119-122.

[242] Ciò si evince dall'art. 15 del codice, che al primo comma indica la funzione delle direttive nell'assicurare «*sul piano tecnico*» l'indirizzo unitario e prevede che il Dipartimento della Protezione Civile, nel predisporre la proposta, può promuovere confronti «*in sede tecnica*» con rappresentanze delle componenti del Servizio nazionale, mentre il comma 2 dispone che le stesse possono recare, in allegato, procedure operative riferite agli specifici ambiti disciplinati.

[243] Cfr., in senso analogo, con riferimento alle direttive nel sistema della l. n. 225/1992, F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., p. 57.

[244] Art. 15, comma 1, del codice.

[245] Corte Cost. 17 gennaio 1990, n. 139, (IT:COST:1990:139), punto 7.

[246] Sulle norme tecniche e la loro collocazione tra le fonti del diritto si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018. Si vedano anche F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, pp. 253 ss.; A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, pp. 190 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

[247] Corte Cost. 14 marzo 1997, n. 71, (IT:COST:1997:61), punto 7.

[248] Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46, (IT:COST:2013:46), punto 5.3.1. Per la giurisprudenza più recente si veda Corte Cost. 26 maggio 2017, n. 125, (IT:COST:2017:125), che esclude la natura normativa dello schema di regolamento edilizio adottato sulla base dell'intesa tra Stato, Regioni ed enti locali, ai sensi del t.u.e.l., in quanto esplicante «*una funzione di raccordo e di coordinamento meramente tecnico e redazionale*». Si veda anche Corte Cost. 2 dicembre 2019, n. 246, (IT:COST:2019:246), che, in materia di protezione civile, afferma: «[n]*elle materie di competenza concorrente possono essere attribuite funzioni amministrative a livello centrale allo scopo di individuare norme di natura tecnica che esigono scelte omogenee su tutto il territorio nazionale (sentenza n. 284 del 2016*)». Il principio del coordinamento tecnico – che postula la legittimazione di interventi statali aventi natura meramente tecnica nelle materie di competenza regionale – è stato affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalle sentenze 25 febbraio 1988, n. 217, (IT:COST:1988:217), e 28 luglio 1988, n. 924, (IT:COST:1988:924). Si vedano, in

ISSN 2036-7821

Stante questo quadro normativo, il potere di ordinanza si svolge entro ambiti definiti dalla norma, che ne indica il possibile contenuto, ed è conformato dalla complessiva attività di pianificazione svolta in tempo ordinario dalle varie articolazioni del Servizio sulla base delle direttive emanate dal Presidente del Consiglio, su proposta del Capo Dipartimento della Protezione Civile, acquisita l'intesa della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, a seconda del livello territoriale di governo dalle stesse interessato.

In altre parole, con le ordinanze di protezione civile il Presidente del Consiglio (ovvero il Capo del Dipartimento) tendenzialmente attiva e coordina le misure già predisposte dalle varie articolazioni del Servizio, demandandone l'attuazione, salvo motivate eccezioni, ai soggetti pubblici ordinariamente competenti in via prevalente per le relative attività.

Natura sostanzialmente normativa ha l'ordinanza volta a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale.

Il codice prevede che, almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, venga adottata apposita ordinanza volta a favorire e regolare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariali in via ordinaria nel coordinamento degli interventi, conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati. Ferma in ogni caso l'inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati. Con la medesima ordinanza possono essere, inoltre, consentite eventuali rimodulazioni del piano degli interventi entro il termine della scadenza della contabilità speciale e nel limite delle risorse ancora disponibili, previa approvazione del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[249].

---

dottrina, Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, pp. 739 ss. (spec. 747-752); ID., *Coordinamento tecnico e autonomia regionale speciale*, *ivi*, 1997, pp. 639 ss.; R. BIN, *Coordinamento tecnico e poteri regolamentari del Governo: spunti per un'impostazione «posteuclidea» della difesa giudiziale delle Regioni*, *ivi*, 1992, pp. 1453 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., pp. 104-122; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005. Si veda anche A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 223, il quale riconduce alla categoria dei c.d. decreti non aventi natura regolamentare: gli «*atti amministrativi generali, non normativi, di contenuto vario, politico-amministrativo, o meramente tecnico, emanati da organi del governo nazionale, per indirizzare o coordinare funzioni di regioni, province autonome, enti locali, in nome di esigenze di carattere unitario*».

[249] Art. 26.

ISSN 2036-7821

Si tratta della posizione di una disciplina speciale, derogatoria delle norme in materia di contrattualistica pubblica[250] e di procedimenti autorizzatori, funzionale a favorire il rapido ritorno alla normalità.
Non sembra possibile riferire alle ordinanze di protezione civile – così disciplinate – l'appellativo di "libere" usato dalla Consulta per le ordinanze contingibili e urgenti. In disparte le considerazioni già espresse circa il contenuto discrezionale – quindi, non libero – anche delle ordinanze su cui si è pronunciata la Corte, quelle di protezione civile si connotano per essere espressione di valutazioni e di decisioni tecniche, assunte sulla base della complessa pianificazione della risposta all'emergenza, negli ambiti predeterminati dal legislatore e funzionali al coordinamento degli interventi da attuare[251].
Si tratta, inoltre, di atti amministrativi generali o normativi, espressione della funzione di coordinamento essenzialmente tecnico, e non (in genere) di provvedimenti amministrativi puntuali.
Ciò si evince dalla loro finalità: il *coordinamento* dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale. Ciò si evince anche dalla circostanza che la norma prevede l'attuazione delle ordinanze mediante (ulteriori) *provvedimenti*, soggetti ai controlli previsti dalla normativa vigente, con i quali possono essere nominati commissari delegati che operano in regime straordinario fino alla scadenza dello stato di emergenza[252]. Ciò si evince, infine, dalla lettera dell'art. 25, comma 2, del codice che, nel definire gli ambiti di intervento dell'ordinanze di protezione civile, recita che con queste *si dispone* in ordine agli stessi. Ora, il verbo *disporre*, al pari del sostantivo corrispondente (*disposizione*) indica – nel lessico giuridico – la posizione di norme generali e astratte e si differenzia dal

[250] Rimane difficilmente comprensibile come si possa derogare alla disciplina in materia di contrattualistica pubblica, di diretta derivazione europea, senza violare le *norme* (non i principi) dell'Unione europea. Tanto più che le direttive europee prevedono procedure d'urgenza per l'affidamento degli appalti quando la situazione ne giustifichi il ricorso. E invero, la Commissione UE, con la Comunicazione riguardante gli orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi Covid-19 (COM 2020/C 109 I/01), ha indicato nella procedura negoziata senza previa pubblicazione la soluzione offerta dal diritto europeo «*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 32, paragrafo 2, lettera c) della direttiva 2014/24/UE)*». Il tema del rispetto delle direttive europee in materia di appalti è stato posto dalla Commissione europea avviando alcune procedure di infrazione nei confronti dello Stato italiano, sul presupposto che ordinanze di protezione civile, adottate in forza dell'allora vigente art. 5, l. n. 225/1992, avevano violato le norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Di qui la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004 che disponeva che le ordinanze di protezione civile «*non devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie*».

[251] Parla di «*atti tipizzati in modo abbastanza stringente*» A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021 dell'8 aprile 2021, pp. 143 ss. (153).

[252] Art. 25, commi 6 e 7.

ISSN 2036-7821

provvedere (e da *provvedimento*), che, invece, attiene a – e si risolve in – situazioni definite[253].

Certo, quanto detto non esclude che con le ordinanze di protezione civile si possa anche *provvedere* direttamente all'attuazione degli interventi, negli ambiti previsti dall'art. 25, comma 2, citato. Come non esclude che per fatti emergenziali sfuggiti alla pianificazione e non altrimenti fronteggiabili debba farsi ricorso, comunque, alle ordinanze contingibili e urgenti da parte delle autorità a ciò autorizzate.

Ciò che si vuole dire è che il sistema della protezione civile – proprio in quanto *sistema* – si articola in un complesso di attività coordinate: l'autorità coordinante è – istituzionalmente – il Presidente del Consiglio dei Ministri e – operativamente – il Capo del Dipartimento della Protezione Civile; gli atti di coordinamento sono le direttive *in tempo ordinario* e le ordinanze di protezione civile *nel tempo dell'emergenza*; la finalità del coordinamento è, innanzitutto, assicurare la pronta adozione di misure adeguate – già predisposte in sede di pianificazione – per far fronte a situazioni emergenziali, quindi, assicurare in maniera rapida ed efficace il ritorno alla normalità.

Dalla disciplina del nuovo codice risulta confermata (e rafforzata) l'intuizione di Cerulli Irelli, che classificava le ordinanze di protezione civile, già nella vigenza della legge del 1992, quali una sorta di *diritto speciale* che realizza un modello di intervento differente rispetto al modello tradizionale dei poteri di ordinanza, non solo per il procedimento, ma (soprattutto) «*perché attraverso quel modello interi ambiti di amministrazione (perciò non singoli puntuali interventi a fronte di eventi contingibili) vengono sottratti all'applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina (del tutto speciale), fortemente derogatoria anche rispetto ai principi generali dell'ordinamento, nonostante le affermazioni delle relative norme e delle ordinanze del Governo*»[254].

Quando l'Autore citato scriveva queste parole, la disciplina della protezione civile includeva negli ambiti di intervento, oltre alle calamità naturali, anche fatti di disfunzione amministrativa e i c.d. "grandi eventi". Questi sono stati esclusi dall'ambito di intervento della protezione civile dalla riforma del 2012, ma rimangono possibile oggetto *di disciplina speciale* con leggi *ad hoc*[255], come dimostra

[253] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 26.

[254] V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., pp. 175-176.

[255] Anche in ciò in linea con l'indicazione di Cerulli Irelli, il quale, nello scritto citato, nel contestare la costituzionalità dell'applicazione delle ordinanze di protezione civile ai grandi eventi e a fatti di disfunzioni amministrative, sosteneva la possibilità di «*discipline speciali (cioè ad applicazione non generalizzata) per fatti (categorie di fatti) amministrativi che di esse necessitano dati i loro particolari caratteri*»; fatti che possono presentare caratteri particolari, «*tali da rendere necessaria una disciplina speciale (cioè parzialmente derogatoria rispetto al diritto amministrativo comune), ciò che è sicuramente possibile prevedere (beninteso, in certi limiti, quelli consentiti dai principi dell'art. 97 Cost.), ma con legge o altro atto formalmente normativo che sia legittimato sulla base del sistema costituzionale delle fonti*» (cfr. *op. ult. cit.*, pp. 190-191).

ISSN 2036-7821

l'art. 1, comma 421, della legge di bilancio per il 2022 (l. 30 dicembre 2022, n. 234) che ha previsto la nomina con decreto del Presidente della Repubblica[256] del Sindaco di Roma, quale Commissario straordinario, al fine di assicurare gli interventi funzionali alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025, nell'ambito del territorio di Roma Capitale[257].
Quindi, per concludere, le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti e non è senza significato che il d.lgs. n. 1/2018 non le qualifichi mai tali. Sono invece atti di regolazione, con funzione di coordinamento tecnico, ed hanno un contenuto tipizzato, non solo dal codice – che ne definisce gli ambiti di intervento –, quanto anche dagli atti di pianificazione e programmazione prodotti dalle componenti del Servizio nazionale di protezione civile.
La tesi sin qui prospettata che il potere *extra ordinem* presupponga una lacuna nell'ordinamento non è predicabile per le ordinanze di protezione civile, in quanto queste sono funzionali ad un sistema teso proprio – direi, istituzionalmente – a tipizzare e standardizzare la risposta agli eventi emergenziali.

12. *Considerazioni conclusive: diritto "eccezionale", "ordinario" e "speciale" dell'emergenza*.
La conclusione che può trarsi dalle considerazioni sin qui svolte è che il fenomeno delle ordinanze contingibili e urgenti ha il suo fondamento nella necessità per l'ordinamento di assicurare che l'amministrazione provveda alla cura dell'interesse pubblico e dei diritti fondamentali anche quando l'emergenza svela l'inadeguatezza allo scopo delle disposizioni che regolano ordinariamente l'azione amministrativa, definendone contenuti ed ambiti di esercizio della discrezionalità.
Si può parlare, a questo proposito, di diritto "eccezionale" dell'emergenza, per la straordinarietà della contingenza che abilita autorità amministrative – a ciò autorizzate dalla legge – a colmare la lacuna normativa (l'inadeguatezza dell'ordinamento positivo), facendo applicazione diretta dei principi generali dell'ordinamento e traendo da questi la regola del caso concreto.

[256] Il d.P.R. è stato adottato il 4 febbraio 2022.

[257] Peraltro, l'art. 13 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito in legge 15 luglio 2022, n. 91, attribuisce al Commissario per il Giubileo poteri straordinari per far fronte all'emergenza rifiuti nel territorio di Roma Capitale, così sommando i due "classici" impropri ambiti di intervento della Protezione Civile: grandi eventi e fatti di disfunzione amministrativa. Per la considerazione che condizione essenziale per la nomina di un Commissario straordinario è l'esistenza di una situazione di emergenza, ma questa deve essere intesa in senso oggettivo, senza che assuma rilevanza la causa che in concreto la abbia determinata, «*anche nell'ipotesi in cui essa sia causata da cattivo uso dei poteri amministrativi ordinari*», si veda C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2009, pp. 561 ss. (p. 562). L'opinione dell'Autore è in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene che l'evento legittimante la dichiarazione dello stato di emergenza «*possa essere di origine umana e possa altresì consistere in una situazione risalente nel tempo e perfino endemica, ribadendo però che deve trattarsi pur sempre di un evento avente carattere effettivo e oggettivo*» (Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2795).

ISSN 2036-7821

Diverso è il diritto che potremmo definire – con aggettivo volutamente ossimorico – "ordinario"[258] dell'emergenza. Ovvero il sistema della protezione civile fondato sulla prevenzione e, quindi, sulla pianificazione della risposta all'emergenza, funzionale proprio ad assicurare (preventivamente) misure adeguate a far fronte e superare i diversi possibili eventi emergenziali.

Diverso ancora è il diritto "speciale" dell'emergenza. Ovvero la disciplina che il legislatore può porre per la gestione ed il superamento della singola vicenda emergenziale, tale per durata e dimensione da giustificare un intervento legislativo *ad hoc*, tarato sulle peculiarità della stessa.

È quanto avvenuto per la pandemia da Covid-19 con la catena normativa dei decreti-legge, previdenti le misure di contenimento della circolazione del virus – limitative di libertà costituzionali – e d.P.C.M. di attuazione, modulazione e diversificazione delle misure stesse, in ragione dell'andamento del contagio.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 198 del 2021, ha ricondotto i d.P.C.M. adottati nel corso della pandemia nella categoria degli *atti necessitati*, antitetica a quella delle ordinanze contingibili e urgenti, definite dalla stessa Corte *libere*. La medesima sentenza ha identificato in modo univoco la catena normativa su cui si è fondata la gestione dell'emergenza pandemica, escludendo dalla medesima il codice della protezione civile, sottolineando così l'alternatività tra i due sistemi[259].

In realtà, i due sistemi – pur alternativi – hanno interagito nella gestione dell'emergenza pandemica, il primo assicurando le misure di contrasto al contagio, il secondo cooperando per l'approvvigionamento delle forniture necessarie,

---

[258] Si vuole con l'uso di questo aggettivo valorizzare la trasformazione auspicata da Loredana Giani della cultura dell'emergenza in cultura del rischio, ovvero «*la opportunità di avviare un ripensamento del modello sino ad ora in uso secondo parametri che consentono di incamerare l'evento eccezionale all'interno dell'ordinaria gestione delle cose, ma non nella prospettiva utopica di evitare l'impossibile, ma solo al fine di ricondurre, per quanto possibile anche i profili di emergenza collegati al verificarsi di una fattispecie insolita in un contesto di ordinarietà, di procedure ordinarie in cui trovano comunque applicazione e garanzia quei valori che rappresentano la matrice su cui il sistema giuridico poggia e sulla quale si aggrega la stessa struttura sociale*». Ancorché poi l'Autrice affermi che tale trasformazione non sia stata realizzata con la riforma del sistema della protezione civile, che si porrebbe «*più come una proiezione del rischio in funzione di una futura gestione* extra ordinem *a seguito del verificarsi dell'evento eccezionale, piuttosto che come una inclusione, con valore condizionante i contenuti delle scelte pubbliche, delle fattispecie insolite all'interno dei processi decisionali ordinari* [...]» (cfr. L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI-M.D'ORSOGNA-A.POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pp. 15 ss. (18-19, 30 e nt. 31).

[259] Corte Cost. n. 198/2021, cit., punto 8.1. in diritto: «*malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono* [...] *con le ordinanze di protezione civile, l'emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018*». Ma già E. CATELANI, *I poteri del Governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, p. 729, aveva evidenziato che «[s]*e la normativa contenuta nel codice* [della protezione civile] *fosse stata applicata in modo completo, ne sarebbe derivata, come conseguenza necessaria, anche l'applicazione delle altre parti della normativa, fra cui l'attribuzione delle competenze essenziali e delle funzioni decisorie alla protezione civile, con l'adozione di ordinanze solo dopo aver acquisito "l'intesa" con le Regioni interessate*».

ISSN 2036-7821

l'assunzione del personale, le attività logistiche e l'allestimento di strutture sanitarie[260].

I due sistemi non hanno potuto fare a meno del potere di ordinanza contingibile e urgente.

E invero, pur avendo il legislatore sospeso per la durata dell'emergenza pandemica il potere contingibile e urgente del Ministro della salute, dei Presidenti di Regione e dei Sindaci (ovviamente, limitatamente a situazioni emergenziali riconducibili alla pandemia)[261], ha riconosciuto il medesimo potere al Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, il quale, a norma dell'art. 122, comma 2, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, anche su richiesta delle Regioni, avrebbe potuto adottare in via d'urgenza, nell'ambito delle proprie funzioni, i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale, in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Si tratta del classico potere contingibile e urgente, regolato solo per il profilo soggettivo (l'autorità competente) e procedimentale (la comunicazione immediata alla Conferenza Stato-Regioni e alle singole Regioni su cui il provvedimento incideva, che potevano chiederne il riesame), non anche per il contenuto, per il quale la norma prescriveva soltanto – e ovviamente – che le misure adottate avrebbero dovuto essere in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite.

È questa norma di chiusura del sistema emergenziale costruito dal legislatore del 2020, il quale, consapevole della necessità di assicurare risposte all'emergenza pandemica anche diverse – se necessarie – da quelle tipizzate dal d.l. n. 19/2020, e volendo mantenere la gestione centralizzata della stessa, ha attribuito il relativo potere ad un organo statale costituito *ad hoc*.

---

[260] Più in particolare, ai sensi dell'art. 122 del d.l. n. 81/2020, è stato nominato un Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica. Ebbene, il Commissario straordinario esercitava i propri poteri in raccordo con il Capo del Dipartimento della Protezione Civile, avvalendosi, per il suo tramite, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché del Comitato tecnico scientifico. Mentre le attività di protezione civile sarebbero state assicurate dal relativo Sistema nazionale e coordinate dal Capo del dipartimento di protezione civile in raccordo con il Commissario.

[261] L'art. 3, comma 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ha disposto che, nelle more dell'adozione dei dd.P.C.M., e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, avrebbero potuto introdurre (solo) misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle vigenti, tra quelle previste dallo stesso decreto legge esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Il terzo comma dello stesso articolo ha esteso tale disposizione «*altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente*».

ISSN 2036-7821