

## L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLA COSTITUZIONE AD OPERA DELL'AMMINISTRAZIONE PER LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1. Premessa - 2. Il potere di ordinanza *extra ordinem* come applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di lacuna normativa - 3. La possibile applicazione diretta *praeter legem* da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento anche in materie coperte da riserva assoluta di legge

### Abstract

Nei primi giorni della pandemia da Covid-19 il Ministro della salute ha, con ordinanze contingibili e urgenti, limitato fortemente libertà costituzionali presidiate da riserva di legge, al fine della tutela del diritto fondamentale alla salute. L'articolo prende spunto da tale circostanza per indagare la possibilità (e il dovere) per la pubblica amministrazione di applicare direttamente in caso di emergenza – e comunque in presenza di lacune normative – i principi costituzionali a tutela di diritti fondamentali anche in materie presidiate da riserva assoluta di legge.

In order to protect the fundamental right to health during the early days of the Covid-19 pandemic, the Health Minister has severely restricted by extraordinary ordinances Constitutional freedoms covered by the exclusive legislative competence. The article takes inspiration from this circumstance to investigate the possibility (and the duty) for the public administration to directly apply the Constitutional principles protecting fundamental rights even in matters covered by the exclusive legislative competence when in the state of emergency ad in any case in the presence of legal loopholes.

Keywords: State of emergency, extra ordinem ordinance, fundamental rights, exclusive legislative competence, gap in the legal system.

### 1. Premessa

Nei primi giorni della pandemia da Covid-19, ancor prima che venisse dichiarato lo stato di emergenza<sup>1</sup>, il Ministro della salute ha, con ordinanze assunte in forza dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sottoposto a controlli sanitari tutti i passeggeri sbarcanti in Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si fosse verificata una trasmissione autotona di Covid-19, disponendo il loro «eventuale trasferimento in bio-contenimento»<sup>2</sup>, e, successivamente, ha interdetto il traffico aereo dalla Cina<sup>3</sup>. Lo stesso Ministro della salute, dopo la

---

<sup>1</sup> Lo stato di emergenza sul territorio nazionale per la durata di sei mesi è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Ordinanza del 30 gennaio 2020, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020.

dichiarazione dello stato di emergenza, rilevato il primo caso di 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.

Con tali provvedimenti, l'autorità amministrativa ha limitato libertà costituzionali, presidiate da riserve di legge<sup>4</sup>, usando il potere *extra ordinem* conferitole con norma di legge priva dei caratteri essenziali perché a giudizio della Corte costituzionale possa ritenersi soddisfatta anche la sola riserva relativa di legge<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> 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*, Torino, 2020, 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, 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 implicino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, A. 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.

<sup>5</sup> 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*

Invero, 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»<sup>6</sup>, «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino»<sup>7</sup>, ed in particolare a «quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi

---

*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. 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.

<sup>6</sup> Corte cost. 2 luglio 1956, n. 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, 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.

<sup>7</sup> Corte cost. 27 maggio 1961, n. 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

cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria»<sup>8</sup>, 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 *contra*, ma anche *praeter legem*»<sup>9</sup>. Mentre, in caso di riserva relativa di legge, la norma attributiva del potere di ordinanza «deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale»<sup>10</sup>.

L'art. 32, primo comma, della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale si limita a statuire che «il 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», senza fissare alcun criterio direttivo per l'esercizio di una discrezionalità che rimane pertanto amplissima. E ciò proprio – come per tutte attributive di poteri contingibili e urgenti – per consentire all'amministrazione di rispondere con immediatezza all'emergenza adottando le misure più idonee a fronteggiarla.

Il tentativo che si svolgerà nelle prossime pagine è indagare se l'Amministrazione, in presenza di una lacuna normativa – svelata o meno da un'emergenza – possa (e debba) fare applicazione

---

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.

<sup>8</sup> *Ibid.* 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.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Corte cost. 25 maggio 1987, n. 201.

diretta dei principi generali dell'ordinamento e – tra questi – dei principi costituzionali per assicurare la tutela di diritti fondamentali.

## 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<sup>11</sup>, adottando le misure idonee a far fronte alla stessa, misure non previamente tipizzate dal legislatore<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> In quella che Luhmann definisce “fattispecie insolita” (cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, pp. 3-4).

<sup>12</sup> 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 4bis, 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 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. L'art. 191 citato, lungi dal limitarsi ad autorizzare l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti, ne delimita rigorosamente l'ambito di applicazione, oltre a disciplinarne nel dettaglio il relativo procedimento e fissarne il termine massimo di efficacia. In particolare, la norma, qualora si verificano 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 dei principi previsti dalla parte prima del Codice 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. Dal canto suo, 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. In questo ambito, 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. Si tratta di atti amministrativi generali, espressione della funzione di coordinamento essenzialmente tecnico, e non (in genere) di provvedimenti amministrativi

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)<sup>13</sup>. Ricorrendo tali presupposti, si è – per definizione – in presenza di una lacuna dell'ordinamento<sup>14</sup>. Infatti, se vi fosse la norma che individuasse le misure 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

---

puntuali. Quindi, a mio avviso, 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.

<sup>13</sup> Si veda, sul punto, in giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580, 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)».

<sup>14</sup> 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 «in 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 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 che 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.

indicato dalla norma adottare le misure dalla norma stessa disciplinate, misure che rientrerebbero quindi nella categoria degli *atti necessitati*<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>.

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»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> 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, 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, 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*, Torino, 2022, pp. 125 ss.; A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2021, pp. 2063 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 *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](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>16</sup> C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario 2005, AIDPA, Milano, 2016, pp. 24-25.

<sup>17</sup> 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,

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<sup>18</sup> da cui trarre la norma applicabile al caso concreto.

Anzi, in presenza di lacuna normativa si inverte al massimo grado il diritto, in quanto trovano applicazione i principi generali dell'ordinamento<sup>19</sup>. 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, «applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici e privati», ed unisce all'efficacia vincolante un'efficacia *integrativa*<sup>20</sup>.

È compito dell'interprete/operatore del diritto – sia esso il giudice, sia, come ritengo, l'amministrazione nell'esercizio del potere – individuare la “norma”<sup>21</sup>, la regola del caso concreto,

---

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 principi che regolano il sistema normativo nonché le norme deducibili dagli artt. 77 e 78 Cost.».

<sup>18</sup> Si veda per le ragioni dell'importanza della distinzione tra “disposizione” e “norma”, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, pp. 30-34.

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> 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 Journal*, 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).

<sup>21</sup> 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

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<sup>22</sup> 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 emergenziale), l'autorità competente a adottare misure per farvi fronte, il fine da perseguire, non anche le misure da adottarsi per conseguire il fine<sup>23</sup>. 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.

---

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, 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».

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

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<sup>24</sup>) il fatto extragiuridico, facendo sì «che la norma rifletta sul fatto carattere giuridico, operandone il riconoscimento formale»<sup>25</sup>, 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<sup>26</sup>. Discrezionalità che non trova i suoi limiti nella statuizione della disposizione attributiva del potere, tanto che la Corte costituzionale e la dottrina qualificano lo stesso come “libero”<sup>27</sup>, ancorché il potere discrezionale non possa mai qualificarsi tale<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> 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 presupposti del potere amministrativo stesso» (p. 291).

<sup>25</sup> 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, «rilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)» (*ibid.*).

<sup>26</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 124: «la 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 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.

<sup>27</sup> 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), 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. (p. 978).

<sup>28</sup> 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.

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»<sup>29</sup>.

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 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»<sup>30</sup>.

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*<sup>31</sup>, *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<sup>32</sup>, applica la norma al caso concreto<sup>33</sup>. L'applicazione della norma presuppone

---

<sup>29</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 133.

<sup>30</sup> F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 3. L'Autore continua affermando che «nella 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".

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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*

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<sup>34</sup>.

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 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<sup>35</sup>.

### 3. 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 in presenza di lacuna normativa – ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile – ha

---

*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 «la 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).

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Si veda già G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 425: «le 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 subbiiettivo 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».

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»<sup>36</sup>.

Ora: quel che è imposto al giudice, è consentito (*recte*, imposto<sup>37</sup> anche) all'amministrazione?

In presenza, ad esempio, di un'emergenza 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.<sup>38</sup>

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<sup>39</sup>.

L'opinione diffusa in dottrina<sup>40</sup> 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

---

<sup>36</sup> 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 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».

<sup>37</sup> Osserva A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008, p. 90, che «se 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.

<sup>38</sup> Corte cost. n. 15/1996, cit.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

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»<sup>41</sup>.

Crisafulli affermava che «ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa»<sup>42</sup>. 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*<sup>43</sup>, 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<sup>44</sup>.

La dottrina che si è occupata più di recente del tema<sup>45</sup> limita la possibilità di applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione a poche norme costituzionali di immediata e sicura precettività<sup>46</sup>, escludendola se la norma costituzionale è programmatica o anche soltanto di

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 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 potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati» (corsivo aggiunto).

<sup>43</sup> Come d'altronde statuisce l'ultimo comma dell'ultima disposizione transitoria: «la Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato».

<sup>44</sup> 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: «in 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».

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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.).

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»<sup>47</sup>. 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 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»<sup>48</sup>.

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)<sup>49</sup>. A tale operazione è chiamato, come noto, il

---

<sup>47</sup> M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 137.

<sup>48</sup> 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».

<sup>49</sup> Afferma che il bilanciamento è «la forma di applicazione caratteristica dei principi» R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 37. E invero, l’illustre filosofo del diritto tedesco afferma che «i principi (*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

giudice – nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento – e, prima ancora, l'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale<sup>50</sup>.

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 dell'eccesso di potere<sup>51</sup>, e oggi enunciati dalla legge sul procedimento amministrativo – hanno assunto, secondo autorevole dottrina<sup>52</sup> e la Consulta<sup>53</sup>, valore costituzionale, avendo il loro ancoraggio nei principi di uguaglianza (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

---

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. 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, Alexy conclude affermando che «i conflitti di regole hanno luogo nella dimensione della validità, le collisioni di principi hanno luogo, invece, nella dimensione del peso, al di là della dimensione della validità poiché solo principi validi possono collidere». Nei medesimi termini R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977, pp. 26-27: «Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect [...], 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».

<sup>50</sup> 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)».

<sup>51</sup> 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 «principi e norme di carattere generale che sono connotati alla stessa esistenza dell'ordinamento giuridico amministrativo» (p. 26).

<sup>52</sup> 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» (p. 4).

<sup>53</sup> Si veda, ad esempio, per l'obbligo di motivazione, Corte cost. 5 novembre 2010, n. 310, e, per il principio del giusto procedimento, Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71.

all'amministrazione, chiamata, secondo una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria, a disapplicare la stessa legge statale che si ponga con essi in contrasto<sup>54</sup>.

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*)<sup>55</sup>. 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<sup>56</sup>.

La dottrina italiana ha – con Giannini<sup>57</sup> – da tempo chiarito che la discrezionalità amministrativa non si esaurisce nella sola interpretazione della norma, ma si esplica nella (e si caratterizza per la) ponderazione comparativa degli interessi in conflitto, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico concreto<sup>58</sup>. Nondimeno, a fronte di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali<sup>59</sup>, la discrezionalità amministrativa comprende in sé (e si svolge attraverso anche) un'attività interpretativa.

---

<sup>54</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 13, sull'obbligo di gara e di disapplicazione del regime nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> H. REUSS, *Das Ermessen: Versuch einer Begriffklärung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, pp. 585 ss.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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., «se 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 amministrazioni, in quanto la presenza di un'amministrazione precedente 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.

<sup>59</sup> 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.

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»<sup>60</sup>.

È significativo che Perongini sottolinei che, nella sua ricerca della norma da applicare alla fattispecie, l'amministrazione, usando correttamente i canoni ermeneutici eviterà «soluzioni che violino il principio di legalità»<sup>61</sup>, optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato»<sup>62</sup>. 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<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 291-292.

<sup>61</sup> Principio che, se si è correttamente interpretato il suo pensiero, è inteso dall'Autore sempre e necessariamente nella sua dimensione sostanziale.

<sup>62</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 292.

<sup>63</sup> 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*

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»<sup>64</sup>.

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)»<sup>65</sup>. 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»<sup>66</sup>, 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

---

*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.

<sup>64</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, pp. 1997 ss. (1997-1998).

<sup>65</sup> Cfr. M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, pp. 48-50. Continua l'Autrice affermando che «in 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 questione 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» (p. 50).

<sup>66</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 39.

migliore nel caso concreto<sup>67</sup>, ma – come insegna la Corte costituzionale<sup>68</sup> – 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<sup>69</sup>. E ciò argomentando ancora dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Già con la sua prima sentenza, la Consulta ha chiarito che «una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l’attività di un individuo rivolta al 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

---

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Sentenza n. 115 del 2011, cit.

<sup>69</sup> 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, Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 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».

devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»<sup>70</sup>.

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<sup>71</sup>. La “tutela minima”, immediatamente operativa, di tali diritti deve poter essere garantita anche nell'impossibilità dell'intervento del legislatore<sup>72</sup>.

Per tornare da dove siamo partiti, con le proprie ordinanze il Ministro della Salute ha limitato la libertà di circolazione delle persone al fine di garantire il fondamentale diritto alla salute, nella sua dimensione di interesse della collettività. L'autorità amministrativa, autorizzata dalla legge ad 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.<sup>73</sup>, 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.

Inoltre, il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze *extra ordinem* garantisce il controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento. Peraltro, tale sindacato – a differenza di quello

---

<sup>70</sup> Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1.

<sup>71</sup> Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2002, pp. 115 ss. (p. 123): «pressoché 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».

<sup>72</sup> 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».

<sup>73</sup> 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.

della Consulta sulla legge – è azionabile direttamente anche dal privato che assuma sproporzionalmente 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<sup>74</sup>, nel confermare la sentenza di annullamento di tale provvedimento del TAR per la Lombardia<sup>75</sup>, ha affermato che il *vuoto normativo* non può risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale<sup>76</sup> 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»<sup>77</sup>.

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<sup>78</sup> 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 medica al suicidio, nonostante la Corte

---

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>75</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

<sup>76</sup> 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)».

<sup>77</sup> *Ibid.*, punto 47 in diritto.

<sup>78</sup> 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).

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<sup>79</sup>. 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»<sup>80</sup>.

Ebbene, dopo qualche incertezza<sup>81</sup>, 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<sup>82</sup>.

FRANCESCO SCALIA  
Università degli Studi di Cassino  
e del Lazio Meridionale

---

<sup>79</sup> Cfr. Corte cost. 16 novembre 2018, n. 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.

<sup>80</sup> Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242, punto 4 in diritto.

<sup>81</sup> 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».

<sup>82</sup> 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](http://www.regione.toscana.it).