

LE ORDINANZE DI NECESSITÀ E URGENZA
QUALI ATTI AMMINISTRATIVI CAPACI DI REGOLARE LA VITA ASSOCIATA
Il caso delle ordinanze che dispongono agevolazioni a favore di imprese e
cittadini colpiti da calamità naturali*

di
Ambrogio De Siano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ordinanze di necessità ed urgenza disciplinate dalla L. n. 225/1992. – 2.1. *segue*: nella elaborazione della dottrina e del G.A. – 3. I tratti caratterizzanti degli atti amministrativi capaci di regolare la vita associata nella elaborazione della dottrina e del G.A. – 4. Le ordinanze di necessità e urgenza *ex* L. n. 225/1992 quale paradigma di legittimità nei giudizi dinanzi alla Corte di Cassazione. – 5. La definizione della natura giuridica delle ordinanze di necessità e urgenza *ex* L. n. 225/1992 ad opera della Corte di Cassazione attraverso l'analisi dei loro elementi costitutivi. – 6. Il trattamento giuridico applicato alle ordinanze di necessità e urgenza *ex* L. n. 225/1992. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nel corso degli ultimi anni il tema del potere contingibile e urgente della P.A. è stato oggetto di un corposo e autorevolissimo dibattito dottrinale, ciò per effetto soprattutto del suo sempre crescente utilizzo, il quale ha conosciuto una significativa espansione principalmente a causa, da un lato, delle tante e continue calamità naturali che hanno interessato il Paese; da un altro, di diverse (e croniche) situazioni emergenziali, come, ad esempio, quella riguardante lo smaltimento dei rifiuti in alcune Regioni; da un altro ancora, della organizzazione dei cd. ‘grandi eventi’, alcuni dei quali divenuti noti per le vicende giudiziarie che ne sono scaturite¹.

* Il presente contributo riproduce l'intervento al Convegno su “Riflessioni a margine del potere di ordinanza”, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, il 18/6/2015.

* Ricercatore di Diritto amministrativo e professore aggregato di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli.

¹ Benché a tutt'oggi di grandissima attualità, il tema del potere di ordinanza della P.A. è parecchio risalente, affondando le sue radici, tra l'altro, nella teoria del rapporto tra stato di diritto e potere amministrativo: tra i molti contributi di elevatissimo spessore, si v. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, vol. XXVIII, 1948, pp. 389 ss.; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, cc. 863 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XII, 1965, pp. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, pp. 970 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990; F. MIGLIARESE, voce *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990; F. SATTA, voce *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990; B. CAVALLO, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, 1995, vol. X, pp. 434 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e*

Le numerose recenti analisi, nel rilevare la (un po' paradossale) normalizzazione dell'uso di questo potere *extra ordinem*, sono state rivolte soprattutto, per un verso, e più in generale, a verificare la sua conformità al quadro costituzionale e al principio di legalità; per un altro, e più in particolare, ad esaminare i presupposti necessari per farvi ricorso, nonché i requisiti contenutistici che gli atti adottati in virtù di un potere siffatto debbono possedere per superare il giudizio di proporzionalità compiuto dal G.A. (il quale deve accertare che vi sia un ragionevole equilibrio tra le misure adottate e l'evento da fronteggiare)².

Pressoché tutti i contributi hanno comunque dedicato spazio al tentativo di definire la natura giuridica del potere in parola ovvero degli atti esito del suo esercizio; eppure non sono molti quelli che si sono occupati (almeno da ultimo) dell'inquadramento dogmatico delle ordinanze nel sistema delle fonti³, sistema che vive una sempre più problematica e (per questo) spesso non proprio lineare evoluzione, ciò segnatamente per quel che riguarda il potere normativo della P.A., sovente espresso in atti formalmente non normativi⁴.

Come noto, la tesi secondo cui alle ordinanze di necessità e urgenza possa riconoscersi (anche) natura di atto normativo è risalente⁵.

Tuttavia, detta tesi ha trovato non poche obiezioni in dottrina, la quale, soprattutto alla luce della giurisprudenza (in particolare costituzionale), ha spesso dubitato, e non di rado negato, che le ordinanze possano essere atti amministrativi fonte⁶.

altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, n. 3, 1995, pp. 2185 ss. E più di recente si v. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 2, 2007, pp. 345 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubb.*, n. 2, 2009, pp. 317 ss.; R. CAVALLO PERIN, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, agg., 2010, pp. 336 ss.

² Tra gli ultimi lavori sul tema si v. quelli monografici di M. BROCCA, *L'altra amministrazione - Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; e di A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, ai quali si rinvia per la corposa bibliografia in entrambi riportata.

³ Questo tentativo si rinviene in A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza* cit.

⁴ Sulle trasformazioni del sistema delle fonti, tra i tantissimi autorevoli contributi esistenti, si v. quelli ultimi di F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubb.*, aggiornamento, 2010, pp. 192 ss., e L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, 2008, pp. 536 ss.

⁵ Cfr. F. SATTA, voce *Ordine* cit., p. 2, secondo cui le ordinanze di necessità e urgenza sono «atti dal contenuto precettivo ed addirittura normativo che autorità amministrative diverse dal Governo [...] possono adottare in situazioni di particolare gravità o urgenza».

⁶ Tra i diversi autori che hanno sostenuto questa tesi si v. anzitutto G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., il quale, dopo aver registrato che alle ordinanze non veniva fatta applicazione del trattamento giuridico tipico dell'atto normativo – a tal proposito l'A. ha affermato che se fossero atti normativi dovrebbe, tra l'altro, conseguirne che «obbligherebbero indipendentemente da una loro conoscenza secondo il principio

Sicché il presente lavoro si prefigge di verificare la tesi secondo cui le ordinanze di necessità e urgenza possono costituire, al ricorrere di determinati requisiti contenutistici, atti amministrativi fonte di diritto obiettivo⁷.

Al fine di affrontare un tema così controverso, che viene qui studiato limitatamente alle ordinanze della protezione civile, è sembrato necessario adottare una prospettiva di indagine caratterizzata dalla combinazione di diversi metodi.

Dopo una breve illustrazione, dapprima, del paradigma normativo di riferimento, e, subito a seguire, della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale avente ad oggetto la natura giuridica delle ordinanze ex L. n. 225/1992, lo studio si è concentrato sull'analisi della giurisprudenza, con l'obiettivo di inferire, con metodo induttivo, se e in quali termini le ordinanze in parola possano essere annoverabili nella categoria degli atti amministrativi determinativi delle regole della convivenza.

La casistica analizzata è risultata numericamente piuttosto limitata, essenzialmente in ragione del punto di osservazione prescelto. Ed invero, partendo dal presupposto concettuale che l'applicazione di un dato trattamento giuridico discenda dalla natura riconosciuta ad un atto⁸, ed essendo pacifico che tra le diverse prerogative proprie del solo atto normativo v'è quella per cui la sua inosservanza rappresenti motivo di ricorso per Cassazione⁹, l'indagine ha riguardato solamente la giurisprudenza della Corte di Cassazione, così da verificare se e in quali casi la violazione delle ordinanze di necessità e urgenza abbia dato origine al ricorso ex art. 360, n. 3, c.p.c., e cioè per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

nemo ius ignorare censetur», «dovrebbero essere conosciute dal giudice secondo il principio *iura novit curia*», «in caso di loro inosservanza in giudizio darebbero luogo a ricorso per Cassazione per violazione di legge» –, ha concluso che ciò «costituisce una verifica a posteriori della esattezza della tesi che nega alle ordinanze il carattere di atti normativi», pp. 93-94. Ad analoghe conclusioni sono giunti F. MIGLIARESE, voce *Ordinanze* cit., p. 2; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità* cit., p. 357; e L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 540.

⁷ L'espressione richiama quella del titolo del libro di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003.

⁸ La identificazione di un atto come normativo è importante perché, proprio in ragione della funzione che la relativa attività realizza – la funzione amministrativa normativa –, l'ordinamento riconosce agli atti normativi un peculiare regime giuridico. Sicché, sotto il profilo metodologico, sembra corretto preliminarmente individuare la natura giuridica dell'atto, dalla determinazione della quale discende una certa conseguenza formale, ossia l'applicazione del trattamento giuridico che l'ordinamento ha appositamente prescritto per quel tipo di atto: per cui se ci si trova in presenza di un atto normativo questo andrà trattato come l'ordinamento prevede che si trattino gli atti normativi. In questo senso si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte* cit., pp. 81 ss.

⁹ Sul punto, tra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte* cit., pp. 518 ss., e G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., per l'opinione del quale si v. *retro* la nota 6.

È evidente che qualora l'indagine riveli che una ordinanza di necessità e urgenza sia stata utilizzata quale paradigma di legittimità della condotta dei suoi destinatari ciò dimostrerebbe che la Corte le ha riconosciuto natura di atto amministrativo normativo.

Successivamente, l'iter logico-giuridico seguito dalla Suprema Corte e le conclusioni cui è giunta sono stati sottoposti a vaglio critico alla luce delle diverse tesi elaborate dalla dottrina, la quale, nell'occuparsi degli atti produttivi di diritto obiettivo, ha provato, da un lato, ad isolare i loro tratti caratterizzanti (in astratto), e, da un altro, ad individuare un metodo per rilevarne la effettiva presenza (in concreto).

Infine – ma solo dopo aver descritto il trattamento giuridico applicato alle ordinanze di necessità e urgenza – alla luce dei risultati tratti dall'analisi condotta si è giunti a rassegnare una breve conclusione circa la possibile fondatezza della tesi secondo cui talvolta alle ordinanze di necessità e urgenza possa riconoscersi la natura di atto amministrativo normativo.

2. Le ordinanze di necessità ed urgenza disciplinate dalla L. n. 225/1992

Il sistema della protezione civile trova la propria regolamentazione nella L. n. 225/1992, che, al verificarsi di «calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo» (art. 2, co. 1, lett. c), assegna al Consiglio dei Ministri il potere di dichiarare lo stato di emergenza, fissandone la durata, determinandone l'estensione territoriale e «*disponendo in ordine all'esercizio del potere di ordinanza*» (art. 5, co. 1)¹⁰.

Per l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza «si provvede anche a mezzo di *ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*». Dette ordinanze, una volta acquisita l'intesa delle Regioni territorialmente interessate, sono emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile (salvo che sia diversamente stabilito con la delibe-

¹⁰ Corsivo di chi scrive. Anche la revoca dello stato d'emergenza per il venir meno dei relativi presupposti è deliberata nel rispetto della procedura dettata per la sua dichiarazione (co. 1). La durata dello stato di emergenza non può superare i 180 giorni prorogabili per non più di ulteriori 180 giorni (co. 1-bis).

razione dello stato di emergenza), il quale in ogni caso si occupa di curare la loro attuazione (co. 2)¹¹.

È ben noto che uno dei tratti che maggiormente contraddistingue le ordinanze in parola dagli altri atti amministrativi – ordinanze che devono essere motivate (co. 5)¹² e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (co. 6) –, è costituito dal loro poter essere «emanate in deroga alle leggi vigenti», nel qual caso esse devono indicare le principali norme cui si intende derogare (co. 5)¹³.

La possibilità di disporre in deroga alla legge si lega a filo doppio con il principale elemento caratterizzante la categoria delle ordinanze di necessità e urgenza¹⁴, ossia con la mancata predeterminazione a livello legislativo del loro contenuto – che la P.A. deve poter individuare di volta in volta sulla scorta delle diverse situazioni cui deve farsi fronte –, in ragione della quale dette ordinanze sono state comunemente fatte confluire nel novero degli atti amministrativi atipici¹⁵.

Per il vero, di recente il legislatore, ‘rimaneggiando’ ulteriormente l’art. 5, ha definito un elenco di possibili contenuti delle (in tal modo, con ogni probabilità, volen-

¹¹ Corsivi di chi scrive. La disposizione vigente è stata introdotta dall’art. 1, co. 1, lettera c), numero 3), D.L. n. 59/2012. L’art. 5, co. 4, prevede che «il Capo del Dipartimento della protezione civile, per l’attuazione degli interventi previsti nelle ordinanze di cui al comma 2, si avvale delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile [...] coordinandone l’attività e impartendo specifiche disposizioni operative. Le ordinanze emanate ai sensi del comma 2 individuano i soggetti responsabili per l’attuazione degli interventi previsti ai quali affidare ambiti definiti di attività, identificati nel soggetto pubblico ordinariamente competente allo svolgimento delle predette attività in via prevalente, salvo motivate eccezioni. Qualora il Capo del Dipartimento si avvalga di commissari delegati, il relativo provvedimento di delega deve specificare il contenuto dell’incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio. [...] I provvedimenti adottati in attuazione delle ordinanze sono soggetti ai controlli previsti dalla normativa vigente».

¹² Sulla necessità di una previsione *ad hoc* che impone la motivazione delle ordinanze nonostante quella contenuta in via generale nella L. n. 241/1990, si v. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi* cit., pp. 2196-2197, il quale ha concluso per la utilità della disposizione speciale per diverse ragioni, fra le quali v’è anzitutto la seguente: «la l. n. 241, cit. non impone la motivazione rispetto agli atti normativi, e poiché le ordinanze di necessità e urgenza, se generali e astratte, sono sul piano concettuale atti normativi, la l. n. 241, cit. non garantisce affatto che esse vengano motivate».

¹³ Il carattere derogatorio è ritenuto un elemento necessario ma non sufficiente per distinguere le ordinanze dagli altri amministrativi, in quanto esistono altri atti (non ordinanze) che derogano alla legge per effetto di una norma speciale, così G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 92.

¹⁴ La giurisprudenza costituzionale ha da tempo isolato i tratti caratterizzanti delle ordinanze di necessità e urgenza: oltre al contenuto non predeterminato e alla capacità derogatoria (e, dunque, alla incapacità di produrre effetti di tipo abrogativo o modificativo) di norme primarie (nn. 8/1956, 26/1961, 4/1977, 281/1987, 127/1995), le ordinanze hanno i presupposti tipizzati (nn. 4/1977, 201/1987, 125/1995) e una efficacia temporalmente limitata in relazione alla necessità e urgenza (nn. 8/1956, 26/1961). La Corte, in considerazione della loro natura amministrativa, ha ritenuto che debbono essere adeguatamente motivate e pubblicate nel caso non siano dirette ad un singolo destinatario (n. 8/1956). Infine, devono essere rispettose del principio di proporzionalità (n. 127/1995).

¹⁵ In merito cfr. G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 91; A. ROMANO TASSONE, *La normazione* cit., 58; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità* cit., p. 367.

do di fatto apporre un limite contenutistico alle) ordinanze della protezione civile, con le quali (considerate le risorse stanziare) *si dispone*, tra l'altro, in ordine: «a) all'organizzazione ed all'effettuazione dei servizi di soccorso e di assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche [...]; c) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo strettamente connesso all'evento» (co. 2)¹⁶.

È di certo un limite contenutistico (che ai fini del presente lavoro è particolarmente importante sottolineare) quello introdotto con l'aggiunta del co. 5-ter, secondo cui «*i soggetti interessati da eventi eccezionali e imprevedibili che subiscono danni riconducibili all'evento [...] possono fruire della sospensione o del differimento [...] dei termini per gli adempimenti e i versamenti dei tributi e dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. La sospensione ovvero il differimento dei termini [...] sono disposti con legge [...] e disciplinati con decreto del Ministro*»¹⁷.

Proprio alla luce della (rapida) illustrazione della disciplina vigente pare possibile offrire un primo spunto di riflessione (che non potrà trovare ulteriore sviluppo in questa sede in quanto esula dall'oggetto principale dello studio) riguardante le diverse 'fattezze' che le ordinanze della protezione civile stanno via via assumendo rispetto alle ordinanze con le quali condividono i presupposti per la emanazione (la necessità e l'urgenza).

Ed invero, non appare più così attuale l'opinione secondo cui la mancata predefinizione a livello legislativo del contenuto costituirebbe il carattere che consente di 'ricondurre a categoria' le ordinanze di necessità e urgenza¹⁸, per questo motivo sovente qualificate ordinanze libere¹⁹.

¹⁶ Corsivo di chi scrive. Comma modificato dall'art. 10, co. 1, lett. c), D.L. n. 93/2013, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 119/2013.

¹⁷ Corsivi di chi scrive. Con tale disposizione (aggiunta dall'art. 17, co. 2-*quater*, D.L. n. 195/2009) non pare revocabile in dubbio che il legislatore abbia avuto l'intenzione di impedire che si continuasse ad intervenire in materia di prestazioni patrimoniali con le ordinanze in deroga, tale prassi violando la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. Sul punto si v. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza* cit., pp. 246-247.

¹⁸ In questo senso G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 91; A. ROMANO TASSONE, *La normazione* cit., p. 58.

¹⁹ Definite in tal modo in quanto «non hanno limiti di contenuto», così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 67 ss., spec. 70 ss. La categoria è pacificamente riconosciuta a livello giurisprudenziale: in merito si v. Corte costituzionale n. 4/1977, secondo la quale ciò che consente di ricondurre provvedimenti diversi tra loro nella categoria concettuale delle c.d. "ordinanze libere" è il

A ben vedere, e fermo restando che – come è stato fatto notare – la «tipicità è un principio abbastanza... atipico»²⁰, in ragione della disciplina appena richiamata sembra quantomeno discutibile che l'atipicità tradizionalmente riconosciuta alle ordinanze di necessità e urgenza sia ad oggi predicabile nei confronti di quelle della protezione civile.

A tal proposito, la serrata procedimentalizzazione, da un lato, e l'obbligo di motivazione espressamente prescritto, da un altro, erano già stati 'segnalati' in dottrina come elementi sintomatici della tendenza legislativa alla progressiva tipizzazione delle ordinanze della protezione civile²¹; tipizzazione che, vista la predeterminazione in via generale di parte del loro contenuto, attualmente pare essere piuttosto marcata.

Insomma, giusta la disciplina vigente, le ordinanze della protezione civile, diversamente dalle altre ordinanze alle quali sono tradizionalmente accomunate²², a seconda dei diversi significati che vengono attribuiti al principio di tipicità, sembrerebbero poter essere considerate (ancora) provvedimenti atipici, ma solo nella misura in cui lo schema tipo fissato dal legislatore è mancante della prescrizione sui possibili effetti giuridici (peraltro temporalmente limitati ad un massimo di 180 gg.) da essi producibili²³, oppure (addirittura) provvedimenti tipici²⁴.

fatto che il loro «contenuto [...] non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente»; Corte di Cassazione, SS.UU., n. 4364/1996; Sez. lavoro, n. 16450/2007.

²⁰ Così C. MARZUOLI, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5 ss., 17, ad avviso del quale «i modelli ricavabili da dottrina e giurisprudenza, specie in relazione alla tipicità del contenuto, sono i più diversi», per cui «la tipicità (in relazione al contenuto) parrebbe non imporre uno schema identico ad ogni atto». Sulla tipicità si v. M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 319 ss., e più di recente R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 26 ss., cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia riportata.

²¹ La progressiva tipizzazione (non delle ordinanze, bensì) delle forme di esercizio del potere di necessità e urgenza è rilevata da A. CARDONE, *op. cit.*, pp. 235 ss., alla luce della standardizzazione delle fattispecie in cui sono utilizzabili i poteri straordinari, della stringente procedimentalizzazione del potere e dell'obbligo di motivazione.

²² Si pensi a quelle sindacali *ex art. 54*, D.Lgs. n. 267/2000, qualche anno fa 'interessate' dalla sentenza della Corte costituzionale n. 115/2011, sulla quale si v. i commenti di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore cit.*, e di M. BROCCA, *Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del Sindaco*, in *Foro amm. CdS*, fasc. 7-8, 2011, pp. 2278 ss. Sulla atipicità consistente nella mancata predeterminazione del contenuto (da parte della legge) delle ordinanze sindacali si v. da ultimo Tar Molise – Campobasso, sez. I, n. 104/2014.

²³ Se per tipicità si intende la compiuta predefinizione ad opera della legge degli effetti che un atto nominato può produrre: in questo senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 506; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 110. Che le ordinanze della protezione civile abbiano progressivamente perso la loro tradizionale atipicità per effetto della legislazione che le riguarda è opinione anche di F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, 2013, pp. 44 ss., p. 57, il quale, alla luce dell'«elenco di contenuti possibili» inseriti nell'art. 5, co. 2, ha prima osservato in generale che «nel com-

Sulla base di tale ricostruzione pare potersi altresì concludere che sia quantomeno dubbio, per un verso, che le ordinanze della protezione civile siano ancora annoverabili tra le ordinanze libere²⁵; e, per un altro, che la mancata predeterminazione del contenuto ad opera della legge perduri a fungere da principale elemento caratterizzante della categoria delle ordinanze di necessità e urgenza, alla quale quelle della protezione civile di certo appartengono.

2.1. segue: nella elaborazione della dottrina e del G.A.

Negli ultimi trent'anni il diritto amministrativo dell'emergenza è stato oggetto di un densissimo e molto autorevole dibattito dottrinale²⁶, alimentato anche da una copiosa produzione giurisprudenziale.

Al suo interno possono annoverarsi tantissimi profili tematici, diversi (e non sempre così strettamente connessi) tra loro, ma comunque accomunati dal presupposto che legittima il ricorso a questo 'diritto speciale': l'emergenza, appunto. Tra detti profili tematici il servizio di protezione civile è senz'altro quello di maggior attualità e forse quello più interessante sotto l'aspetto tecnico-giuridico, ciò segnatamente in ragione dei poteri straordinari attribuiti alla P.A.²⁷.

A tal proposito in dottrina si è sostenuto che il modello di intervento regolato dalla L. n. 225/1992 «si differenzia rispetto al modello tradizionale dei poteri di ordi-

plso il potere delle ordinanze appare sempre più circoscritto da una serie di elementi diversi tra loro ma convergenti verso una sempre maggiore conformazione», per poi concludere che le ordinanze in parola possono essere definite «semi-atipiche».

²⁴ Sembrerebbe potersi così concludere se si ritiene – così come G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, III edizione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 491 – che un «atto è tipico perché la legge ne stabilisce il contenuto e la finalità».

²⁵ Così come affermato ancora di recente dalla Corte di Cassazione, Sez. lavoro, nn. 4963/2012 e 4526/2011, che saranno oggetto di analisi nei paragrafi successivi.

²⁶ In piccola (ma significativa) parte contenuto in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza* cit., libro al quale si rinvia per l'ampia bibliografia riportata nei diversi saggi. Più di recente si v. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza* cit. Sui modesti risultati ottenuti dalla 'amministrazione dell'emergenza' nella gestione di situazioni di ordinario malfunzionamento della P.A., tra gli altri, si v. la ricostruzione della vicenda dei rifiuti in Campania compiuta da M. GNES, *Le ordinanze di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania*, in *Riv. giu. mezz.*, n. 2, 2008, pp. 433 ss.

²⁷ In generale sul sistema della protezione civile, tra i diversi lavori espressamente dedicatigli, si v. M. DI RAIMONDO, voce *Protezione civile*, in *Enc. dir.*, 1988, vol. XXXVII, pp. 494 ss.; C. MEOLI, *La protezione civile*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2145 ss.; F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2004, pp. 385 ss.; A. FIORITTO, *La riforma della protezione civile*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2012, pp. 1059 ss.

nanza, non solo per il procedimento che [...] è assai più articolato e organico», ma anche «perché attraverso questo modello interi ambiti di amministrazione [...] vengono sottratti all'applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina (del tutto) speciale, fortemente derogatoria anche rispetto ai principi generali dell'ordinamento»²⁸.

Come riferito, la capacità di derogare è disciplinata dall'art. 5, co. 5, secondo il quale «le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate».

Nonostante tale disposizione potesse indurre a concludere che le ordinanze in deroga fossero dotate di forza di legge, una siffatta lettura del dato normativo è stata esclusa da tempo dalla giurisprudenza costituzionale²⁹.

²⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *Principio* cit., 366. Con riguardo agli atti espressione del potere di ordinanza M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *www.giustamm.it*, 2011, ha osservato che «conserva ancora piena validità esplicativa quanto osservava Santi Romano, secondo cui l'elemento tipico di questa categoria di atti amministrativi non è la collisione tra diritto dello Stato e diritto dell'individuo, bensì la sostituzione di un ordinamento giuridico a un altro ("sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obiettivo al diritto obiettivo già esistente")».

²⁹ Della natura delle ordinanze in deroga si è più volte occupata la Corte costituzionale, che fin dalla prima sentenza (n. 8/1956 cit.) ha affermato che queste hanno natura di atti amministrativi, e che quindi «non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti legge, che hanno altro carattere ed altri effetti». La Consulta si è espressa ancor più chiaramente nella sentenza n. 26/1961 cit., nella quale ha osservato che i poteri conferiti alla P.A. per fronteggiare situazioni di emergenza «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato». Per cui – ha concluso – «anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo», provvedimenti siffatti, «ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi». Insomma – così come sostenuto nella sentenza n. 4/1977 cit. – le ordinanze in deroga «anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il solo fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge», per cui esse si pongono al di fuori del campo di applicazione degli artt. 76 e 77 Cost. Per una approfondita disamina della giurisprudenza in parola si v. C. MARZUOLI, *op. cit.*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo* cit., pp. 12 ss. Sempre sulla scorta della medesima elaborazione giurisprudenziale R. CAVALLO PERIN, voce *Ordine* cit., p. 337, ha affermato che «l'assenza della forza di legge definisce la natura amministrativa delle ordinanze di necessità ed urgenza, confermando anche per le ordinanze in esame i limiti posti dall'ordinamento giuridico agli atti amministrativi. Se condivide con gli atti aventi forza di legge la soggezione alle norme costituzionali sostanziali (artt. 13, 21, 41, 42, 32 Cost.) o sulla produzione a differenza di questi le ordinanze di necessità e urgenza non hanno la capacità di derogare alle fonti legislative ordinarie che definiscono norme di principio dell'ordinamento giuridico». Nello stesso senso V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità* cit., p. 370, secondo cui «il valore formale di tali atti, laddove assumono sia contenuto generale e astratto, sia contenuto singolare e concreto, e la loro forza, in nessun modo è paragonabile a quella degli atti legislativi. E la capacità innovativa dell'ordinamento (esattamente negata dalla Corte a tali atti) effettivamente non sussiste, non solo per il carattere del tutto limitato e transuente (contingibilità) delle disposizioni emanate mediante tali atti, ma perché esse restano esercizi di funzione amministrativa, e perciò del tutto rapportabili all'ambito complessivo dell'ordinamento (perciò non innovativi dello stesso)».

Ciò nondimeno, la stessa disposizione ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità che a tali ordinanze possa riconoscersi natura di atto amministrativo normativo: ad esempio, è stato fatto notare che il co. 5 «comincia dicendo “le ordinanze emanate in deroga alla legge”, e quindi fa pensare che si tratti di ordinanze che contengono effettivamente contenuti prescrittivi che derogano ad una o più leggi; poi però essa prosegue dicendo “devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare”, e questo fa pensare a un atto che non contiene ancora disposizioni deroganti, ma che dichiara l’intenzione di derogare, e dunque indica quali leggi sono derogabili, anche se non ancora derogate». In altre parole, nella medesima disposizione «si fa confusione tra deroga (in atto) e derogabilità (e cioè possibilità di deroga)»³⁰.

Sicché, sulla scorta della disposizione in parola, potrebbe accadere che la ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile (la quale, secondo la previgente disciplina, veniva emanata dal Presidente del Consiglio) – ordinanza che, di regola³¹, segue la dichiarazione dello stato di emergenza e con la quale quantomeno viene nominato un Commissario delegato cui vengono affidati svariati poteri, tra cui quello di adottare (se necessario) ordinanze in deroga – non deroghi ad alcuna norma e si limiti a indicare le norme derogabili, per cui gli atti (eventualmente) deroganti che dovranno fronteggiare l’emergenza saranno emanati dal Commissario delegato alla luce della ‘ordinanza base’.

Così ricostruendo il susseguirsi degli atti amministrativi che succedono alla dichiarazione dello stato di emergenza, si è giunti a sostenere che, se la norma attributiva del potere di ordinanza *ex* L. n. 225 (contenente enunciati che attengono all’organo emanante, ai presupposti per l’esercizio del potere, all’interesse pubblico da perseguire, talvolta alla materia di intervento³²) è norma *sulla* produzione, anche l’ordinanza del Capo dipartimento della protezione civile, qualora dovesse avere contenuti analoghi, può essere considerata norma *sulla* produzione, lasciando alle ordinanze successive la

³⁰ Così G.U. RESCIGNO, *Sviluppi* cit., p. 2193.

³¹ La L. n. 225 non prevede che ogni volta debba esserci un’ordinanza-base del Presidente del Consiglio seguita poi da atti successivi a questa ‘subordinati’, e neppure prescrive che, prima di emanare i provvedimenti in deroga alle leggi, debba esserci una previa ordinanza che elenca le leggi derogabili.

³² Per l’esercizio di poteri «con effetto di deroga – ma non anche di abrogazione o di modifica – della normativa primaria, occorre [...] una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell’atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell’intervento e l’autorità legittimata», così Corte cost., n. 201/1987 cit.

deroga al diritto vigente, ordinanze che, per diretta conseguenza, sarebbero norme *di produzione giuridica*³³.

L'appena riferita conclusione non è stata comunque considerata sufficiente per ritenere che le ordinanze in deroga sono atti che producono diritto obiettivo, essendosi affermato che «ciascun ordinamento determina rispetto a sé quali siano gli atti normativi e quali no, sicché l'esame va compiuto per ciascun atto e non secondo criteri generali»³⁴.

Per tanto, ad oggi, il fenomeno giuridico delle ordinanze *ex* L. n. 225 viene sovente considerato un ibrido: ed invero, la configurazione che hanno via via assunto per effetto sia della disciplina che le riguarda, sia della elaborazione giurisprudenziale, sarebbe «differenziata rispetto a quella dei poteri amministrativi tipici (generalmente e puntuali), cui tuttavia sul piano formale sono accomunati (gli atti nei quali si esprimono, le ordinanze, sono atti amministrativi, sottoposti come tali al regime degli atti amministrativi, controlli, giurisdizione, ecc.)», nonché rispetto a «quella dei poteri normativi del Governo e della pubblica amministrazione, cui le ordinanze sul piano formale (ad es., ricorribilità in Cassazione per violazione di esse) non sono accomunate»³⁵.

Non mancano tuttavia autori che non escludono affatto che le ordinanze in deroga possano essere idonee a regolare la convivenza: rilevandosi che il dibattito ad esse relativo si sia concentrato soprattutto sul carattere derogatorio e sulla possibilità di rico-

³³ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi* cit., p. 2194, il quale, dopo aver sostenuto che l'art. 5 «nella parte in cui prevede ordinanze di necessità e urgenza non è la sola norma sulla produzione, ma può essere norma sulla produzione anche l'ordinanza del Presidente del Consiglio, se essa diventa la base, insieme all'art. 5, dei successivi provvedimenti del Commissario delegato», ha poi affermato in conclusione che «tra le ordinanze del Presidente del Consiglio e quelle, eventuali, del Commissario straordinario, si può creare un rapporto di gerarchia, per cui in principio gli atti del Commissario delegato non possono derogare ad atti normativi diversi da quelli elencati nell'ordinanza-base del Presidente del Consiglio». Lo stesso A. aveva già espresso il medesimo concetto nella voce *Ordinanza* cit., p. 93, affermando che «la norma attributiva di un potere di ordinanza è tipicamente ed esclusivamente 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 ad una determinata fattispecie può disporre la pubblica Amministrazione».

³⁴ Ancora G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 93, secondo il quale «la constatazione che le norme attributive dei poteri di ordinanza hanno la struttura caratteristica delle norme sulla produzione giuridica consente di dedurre che le ordinanze emanate in base a quelle norme sono atti di produzione giuridica». Tuttavia, lo stesso A. ha ritenuto la considerazione per nulla decisiva in virtù del fatto che le norme sulla produzione disciplinano anche atti giuridici che normativi non sono, sicché questo non è il motivo per inferirne per forza la normatività (p. 93). Del resto sarebbe vero pure l'inverso, visto che «non tutte le fonti hanno dietro di sé una precisa norma sulla produzione giuridica che ne legittima l'appartenenza al sistema», così L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 538.

³⁵ L'opinione è di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2011, pp. 1600 ss., 1661.

noscere loro forza di legge – forza che viene spesso negata sulla scorta dell’argomento secondo cui sarebbe legata esclusivamente alla possibilità di innovare stabilmente l’ordinamento –³⁶, e ritenendosi che sia da condividere la tesi affermativa – per la quale le disposizioni in deroga innovano a prescindere dalla loro efficacia temporalmente circoscritta –, è stato osservato che le ordinanze possiederebbero forza (di legge, ossia) di ‘influenzare’ la disciplina legislativa, sia che dispongano in via generale e astratta, sia in termini particolari e concreti, perché sarebbe irrilevante che si deroghi per uno o per la generalità dei casi³⁷.

Ancora diversa è la tesi fatta propria dal G.A.: di recente il Consiglio di Stato ha affermato infatti che «le ordinanze commissariali in deroga non rientrano nella categoria delle fonti (attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell’ordinamento giuridico), ma costituiscono atti di alta amministrazione, autorizzati dalla legge, in presenza dei presupposti (sostanziali e formali) dalla medesima indicati, a derogare, per ambiti territoriali e temporali previamente determinati, e fin tanto che vi è persistenza dei citati presupposti, anche norme di rango primario»³⁸.

3. I tratti caratterizzanti degli atti amministrativi capaci di regolare la vita associata nella elaborazione della dottrina e del G.A.

La difficoltà dell’inquadramento dogmatico delle ordinanze della protezione civile nel sistema delle fonti non deriva solamente dalla particolarità (e, a volte, dalla ambiguità) della disciplina contenuta nella L. n. 225/1992, ma anche – come accennato in

³⁶ Sul punto si v. le considerazioni svolte nel paragrafo conclusivo.

³⁷ A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, pp. 60-61. L’A. ha concluso sostenendo che le ordinanze costituiscono «un esempio di come il criterio individuativo fondato sull’astrattezza (e generalità) delle previsioni non sempre riesca ad inquadrare soddisfacentemente i fenomeni normativi: adottando in maniera rigida tale parametro, infatti, o si finisce con negare valore normativo ad atti che, pur particolari e concreti, posseggono tuttavia forza di legge, oppure si è costretti a negare concreta influenza sulla disciplina legislativa (e dunque forza di legge) agli atti ad effetto derogatorio nel loro complesso» (p. 61). Sulla natura delle ordinanze della protezione civile si v. altresì A. CARDONE, *La «normalizzazione»* cit., il quale, all’esito dell’esame del contenuto di un cospicuo numero di ordinanze della protezione civile, ha rilevato una «evidente destrutturazione della forma amministrativa delle ordinanze» (p. 209): ed invero, l’A. ha osservato che molte di quelle scrutinate sono generali e astratte e hanno contenuto regolativo (ad esempio, quelle che dettano prescrizioni in materia di governo del territorio; di attività economiche; di contratti pubblici), e in ragione di ciò ha attribuito loro «carattere paranormativo», il quale «si manifesta [...] in tutti i casi in cui la gestione commissariale viene autorizzata, in deroga alla legge, a porre limiti e vincoli ad attività private ordinariamente consentite oppure ad apporre restrizioni ulteriori a regimi limitativi già normalmente previsti» (p. 214). Ha riconosciuto alle ordinanze di necessità e urgenza una «vocazione paranormativa [che] ha contribuito ad erodere ulteriormente lo spazio per tradizione rimesso al legislatore» anche Q. CAMERLENGO, *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio (nota a Corte cost., sentenza n. 20/2012)*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2012, pp. 559 ss., 560.

³⁸ Così Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5799/2011; da ultimo si v. anche n. 5973/2013.

premessa – dalla complessità del tema delle fonti, storicamente articolato in numerose e intricate questioni, non sempre pacificamente risolte, e oggi complicato ancor di più dal continuo sopraggiungere di interrogativi nuovi e diversi che hanno generato una evidente destabilizzazione del relativo sistema.

In particolare, l'intromissione di fonti 'esterne' rispetto a quelle proprie del nostro ordinamento, da un lato, e la massiccia presenza di atti formalmente non normativi ma comunque considerati (al ricorrere di taluni requisiti) regolativi della convivenza, da un altro, non di rado inducono a credere che il sistema tradizionale sia in qualche misura da rivedere³⁹: è infatti sempre più frequente imbattersi in 'fenomeni normativi' che non si prestano ad essere catalogati con precisione sulla scorta delle consolidate ricostruzioni teoriche generali.

Uno di tali 'fenomeni' è proprio quello delle ordinanze, il quale – stando all'orientamento della Corte costituzionale secondo cui «anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico»⁴⁰ –, sembra costituire un caso significativo nel confermare l'autorevole opinione ad avviso della quale non tutto il diritto oggettivo deriva dalle 'fonti formali' (previamente riconosciute come tali dall'ordinamento)⁴¹.

Ciò nondimeno, assumendo come presupposto che la comprensione di quello che è (nuovo ed ancora) 'in movimento', alla ricerca di una precisa collocazione nel quadro ordinamentale, non possa che essere messo a confronto con quello che è (più vecchio, ma soprattutto) più 'stabile', al fine di provare a verificare se le ordinanze in deroga possano avere natura di atti amministrativi normativi appare indispensabile preliminarmente far luce, attraverso una rapida rassegna della dottrina e della giurisprudenza, sui concetti di fonte, di norma giuridica e di atto normativo, da un lato, e su quale sia il criterio per accertare se un atto amministrativo sia capace di regolare la convivenza, da un altro.

³⁹ Cfr. da ultimo le considerazioni di F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 2, 2014, pp. 1 ss.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 4/1977 cit.

⁴¹ Sulla possibilità che possano esistere norme (valide, efficaci e, dunque) da applicare benché non prodotte da «fonti legali» e sulla conseguente crisi del sistema delle fonti come tradizionalmente inteso si v. ancora F. MODUGNO, voce *Fonti* cit., pp. 197 ss. Sulla destrutturazione del sistema delle fonti anche L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., pp. 537 ss.

In dottrina si conviene che sono fonti (di produzione) del diritto tutti quei «*fatti ed atti giuridici* che, sulla base di norme dell'ordinamento [...], sono da ritenersi normativi, ossia idonei alla produzione di norme giuridiche che nel loro complesso costituiscono il diritto oggettivo»⁴², e che dunque – così parrebbe in buona sostanza – regolano la convivenza.

È noto che quest'ultima trova disciplina soprattutto in atti normativi aventi natura di atto amministrativo, il cui insieme costituisce la cd. 'normazione secondaria'. La eterogeneità degli atti che si è soliti collocare in questo ambito è un dato costante e risalente: gli atti della P.A. che dettano regole di convivenza sono difficili da ricondurre ad unità sotto il profilo formale, essendo diversi, non solo (e non tanto) i soggetti emananti (comunque tutte PP.AA.), ma anche (e soprattutto) i relativi procedimenti di formazione.

In considerazione della richiamata difficoltà, la discussione sui connotati propri dell'atto normativo ha lungamente impegnato la dottrina, che ha elaborato più di una teoria per accertare la capacità di un atto di regolare la vita associata⁴³.

La tesi maggioritaria vuole come discriminante della normatività la combinazione dei caratteri di *generalità* (che sta ad intendere che il destinatario della regola è, non un singolo individuo, bensì una classe di individui) e di *astrattezza* (che sta ad intendere che la regola è potenzialmente applicabile non ad una singola fattispecie, bensì ad una classe di fattispecie)⁴⁴, ai quali di frequente – ma non unanimemente – è stato aggiunto quello della *innovatività* (che sta ad intendere la specifica capacità della norma di creare «nuovo diritto», di modificare «l'ordine giuridico esistente», di far sorgere «diritti e obblighi che prima non c'erano», di dare «vita a rapporti giuridici», di costituire, dunque, «l'ordinamento giuridico»⁴⁵).

⁴² Così F. MODUGNO, voce *Fonti* cit., p. 194. Sostanzialmente identica è la definizione offerta da L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 538, secondo cui sono fonti «tutti gli atti o fatti giuridici idonei a creare, modificare o estinguere norme giuridiche».

⁴³ Nella vastissima produzione dottrinale, si rinvia anzitutto al fondamentale lavoro di G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; e, tra quelli più recenti, si v. F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto* cit., e L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto* cit.

⁴⁴ Cfr., tra gli altri, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, p. 30, secondo cui quando «il criterio di distinzione non si può basare sulla forma, il criterio generale che orienta la soluzione è quello della generalità e astrattezza». Tuttavia, l'A. appena prima aveva precisato che il criterio della generalità e della astrattezza «funziona in negativo, nel senso che la sua assenza è sufficiente per negare la natura di atto normativo [...]. Non sempre funziona in positivo: la presenza dei caratteri della generalità e astrattezza costituisce un indizio importante per concludere a favore del carattere normativo dell'atto, ma può essere paralizzato da altre considerazioni» (p. 22). Nello stesso senso L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 540.

⁴⁵ Così V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, pp. 238 ss., 241.

Questa tesi è quella che, di regola, viene condivisa dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁶. Tuttavia, una parte (per il vero piuttosto consistente) della dottrina ha rilevato che essa non è del tutto convincente, e ciò per diverse ragioni.

Ad esempio, con riguardo al carattere della innovatività è stato fatto notare, per un verso, che sarebbe propria di qualsiasi atto giuridico (anche non normativo); e, per un altro, che sarebbe a rigore predicabile fino in fondo solo per le norme costituzionali⁴⁷.

Una simile 'fragilità', per così dire, è stata sovente attribuita anche ai caratteri di generalità e astrattezza. V'è chi ha osservato che, «seppur in casi marginali, si danno atti precettivi a contenuto astratto e generale che non appartengono tuttavia al novero degli atti normativi»⁴⁸. D'altra parte, non mancano casi in cui gli atti normativi sono stati considerati immediatamente lesivi, e dunque (tutt'altro che astratti, bensì) chiaramente concreti⁴⁹. Del resto, soprattutto nella elaborazione giurisprudenziale, sembra non di rado attribuirsi ai due caratteri un significato non del tutto condiviso⁵⁰.

⁴⁶ Si v. Consiglio di Stato, Ad.Pl., sentenza n. 9/2012, nella quale, da un lato, è stato affermato il principio della tipicità degli atti normativi, sostenendosi che «nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di “fuga dal regolamento” [...] deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti “atipici”, di natura non regolamentare»; da un altro, è stata ribadita la centralità della indagine contenutistica volta a verificare la presenza di generalità e astrattezza, che, «come comunemente si riconosce, contraddistinguono la “norma”».

⁴⁷ Si v., fra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., pp. 66-67, il quale si riferisce alla opinione espressa da F. MODUGNO, voce *Norma giuridica I. – Norma: a) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1978, pp. 328 ss., 370-371. I medesimi dubbi espressi dagli autori appena richiamati si rinvengono in L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 540. Sulla innovatività quale carattere discriminante della normatività di un atto si v. le considerazioni svolte nel paragrafo conclusivo.

⁴⁸ Così A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, p. 53.

⁴⁹ Tra le tantissime decisioni, si v. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 4872/2013.

⁵⁰ Si v. Consiglio di Stato, Ad.Pl., sentenza n. 9/2012 cit., con la quale è stata riformata la sentenza del Tar Lombardia - Milano, sez. IV, n. 2126/2006, nella quale si era escluso il carattere regolamentare di un decreto ministeriale, qualificato invece come atto generale, in quanto rivolto solo agli operatori del settore fotovoltaico, piuttosto che a tutti i consociati. A tal proposito il Consiglio di Stato ha osservato che «il carattere normativo di un atto non può [...] essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore», in quanto generalità e astrattezza «non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)». Il Collegio, prima di concludere per il riconoscimento della natura normativa del decreto ministeriale in questione, ha aggiunto che «in relazione a tale profilo, non può non richiamarsi l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo, utilizza, proprio al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

Sicché il problema di individuare l'attitudine regolativa di un atto sulla scorta di un intrinseco connotato sostanziale resta aperto, l'unico dato pienamente condiviso essendo di natura metodologica: pare, infatti, particolarmente difficile (se non impossibile) determinare in astratto, e secondo criteri generali, la normatività di un atto, essendo, viceversa, necessario condurre una indagine caso per caso⁵¹.

Ritenendo che il criterio sostenuto dalla tesi maggioritaria non sempre appare in grado di consentire l'inquadramento soddisfacente del fenomeno normativo, si è sostenuto che «il vero elemento di discriminazione – sul piano, beninteso, teoretico, e dunque adottando un criterio sostanziale – stia in quella che [...] viene indicata come la differenza che passa tra il *disporre* e il *provvedere*»⁵².

La norma giuridica, pertanto, dovrebbe potersi individuare, da un lato, e sotto il profilo formale, per essere contenuta in un atto che sia esito del procedimento di formazione stabilito da un dato ordinamento; e, dall'altro, sotto il profilo sostanziale, per la sua particolare vocazione e capacità regolativa della convivenza, in tale vocazione/capacità di fatto risolvendosi la combinazione dei caratteri di generalità, astrattezza e innovatività⁵³.

In altre parole, partendo dal presupposto che al 'fallimento' del criterio formale dovrebbe seguire l'utilizzo di quello sostanziale⁵⁴, si è sostenuto che norma giuridica è

⁵¹ Cfr. G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 93; L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., pp. 549 ss., spec. 551.

⁵² Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., pp. 67-68, che si riferisce alla tesi di V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo* cit., ad avviso del quale «sarebbe possibile muovere dall'idea che, negli ordinamenti statali moderni, [...] il principio tendenziale di distribuzione delle funzioni consista nella distinzione tra il *disporre*, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il *provvedere*, caso per caso e in concreto» (p. 255). Sembrerebbe convenire, tra gli altri, L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 551, che, sempre richiamando la tesi di Crisafulli, ha osservato che la sintesi di generalità-astrattezza «è quella che meglio aiuta, pur lasciando incertezze sulle zone di confine; e a risolverle giova la distinzione tra "disporre" e "provvedere"». A questa tesi, sempre in contrasto con quella maggioritaria, se ne affiancano altre: ad esempio quella secondo cui l'elemento discriminante sarebbe la efficacia *erga omnes*, piuttosto che quella *inter partes*, sostenuta da A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. VI, 1991, pp. 409 ss., 410, ad avviso del quale, alla luce della dissociazione tra forma e contenuto dell'atto, «il ricorso al criterio fondato sull'astrattezza e sulla generalità appare sempre meno utile».

⁵³ È questa la conclusione che rassegna G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., pp. 67-68, dopo aver mostrato la «vanità dei diversi tentativi» di precisare i contenuti definatori dei caratteri di generalità, astrattezza e innovatività al fine di distinguere in base alla loro sussistenza atti che esprimono o meno norme.

⁵⁴ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., p. 69, secondo cui i criteri sostanziali «consentono [...] di completare la operazione [di identificazione della norma giuridica], colmando le inevitabili lacune dei criteri formali»; e da ultimo L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 551, la quale, affrontando il tema dei criteri di riconoscimento di una fonte, ha affermato che «in primo luogo si assumono criteri formali. [...] Quando non sono sufficienti si ricorre a criteri sostanziali, guardando al contenuto dell'atto».

«ogni enunciato giuridicamente rilevante volto a disciplinare la vita associata, a prescindere dalla veste formale che esso di volta in volta assuma»⁵⁵. Insomma, sarebbe la sostanza a fare di un atto un atto normativo, sostanza che, a ben riflettere, coincide con l'aspetto funzionale dell'atto, il quale, se è atto regolativo della convivenza, non può che essere espressione del potere normativo della P.A.

L'ampiezza della nozione di norma giuridica – nella tesi in parola – corrisponde all'ampiezza della nozione di normatività ed è la stessa della nozione di atto normativo, in quanto quest'ultimo costituisce soltanto il contenitore al cui interno possono esservi una o più norme giuridiche⁵⁶.

A questo riguardo pare opportuno svolgere una considerazione, già affiorata poc'anzi⁵⁷, sulla quale si tornerà in sede conclusiva.

Sembrerebbe non revocabile in dubbio che l'atto normativo così come appena individuato rappresenti una fonte del diritto, almeno di regola. Tuttavia, la richiamata disordinata trasformazione del sistema delle fonti ha di recente suggerito ad un'autorevole dottrina di manifestare rilevanti dubbi sulla stessa sopravvivenza di detto sistema, finendo per teorizzare un possibile disallineamento fra sistema delle fonti e sistema delle norme⁵⁸.

Dopo aver riferito che cosa la dottrina richiamata ritiene necessario appurare attraverso l'indagine volta a verificare la normatività di un atto mediante il criterio sostanziale, occorre ragionare su come tale indagine vada condotta in concreto: per farlo sarebbe decisivo scrutinare di volta in volta alcuni elementi costitutivi dell'atto, e precisamente «il *contenuto* ed il *fine*, che di esso più intensamente 'segnano' la detta vocazione/capacità, unitamente all'*oggetto*, inteso soprattutto nel senso dei suoi destinatari, epperò anche del bene su cui l'atto produce i suoi effetti»⁵⁹.

⁵⁵ Ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte* cit., pp. 69-70.

⁵⁶ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte* cit., pp. 79-80.

⁵⁷ Cfr. *retro* la nota 41 e la relativa parte nel testo.

⁵⁸ Si fa riferimento a F. MODUGNO, voce *Fonti* cit., pp. 197 ss., il quale ha concluso il percorso argomentativo affermando che «alla produzione normativa predeterminata [...] non corrisponde l'insieme delle norme. Il cosiddetto sistema delle fonti a priori, pur tendenzialmente condizionando la produzione normativa, non la esaurisce, né la impedisce». Lo stesso A. ha ribadito il medesimo concetto più di recente in *Decretazione d'urgenza* cit., p. 2.

⁵⁹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. ult. cit.*, p. 122.

A ben vedere, l'indagine sugli elementi appena elencati verte, sì, anche sui caratteri di *generalità* e *astrattezza*⁶⁰, ma, soprattutto, sull'attitudine dell'atto a *disporre*, ossia a dettare in via preventiva le regole di composizione degli interessi presenti in una comunità, e non a *provvedere*, e cioè a portare ad esecuzione le regole di condotta, fornendo un assetto puntuale di tali interessi.

In particolare, dall'esame dell'oggetto dell'atto – ossia dei destinatari e dei beni cui gli effetti dell'atto sono rivolti – deve desumersi se esso sia generale o particolare. Dall'esame del contenuto si deve appurare la presenza dell'astrattezza, e dunque capire se l'atto regoli o provveda, e cioè se esso prescriva un tipo di comportamento che nel tempo potrà essere inverato un numero indefinito di volte, oppure si riferisca a (e concretamente decida su) una singola fattispecie. Dall'esame della finalità, in ultimo, si deve verificare se l'atto realizzi in concreto la propria funzione regolativa, ossia individui in astratto un interesse pubblico (maggiormente dettagliato rispetto a quello posto dalla legge), il quale richiede la 'posizione' di nuove regole (evidentemente più specifiche) aventi ad oggetto il comportamento della P.A. (attribuendole e disciplinando nuovi poteri) ovvero relazioni intersoggettive⁶¹.

Al fine di concludere che un atto amministrativo è normativo, da una siffatta indagine dovrebbe emergere, dunque, che esso è (generale e astratto, ma soprattutto) capace di regolare *ex novo* la vita associata.

La tesi appena illustrata sembra trovare conferma, sia pur in maniera non proprio esplicita, nella giurisprudenza amministrativa secondo cui *generalità*, *astrattezza* e *innovatività* «sono caratteristiche sintomatiche, anche se non sempre formalmente necessarie, della funzione normativa», di talché «all'identificazione del carattere normativo degli atti autoritativi di provenienza amministrativa si deve procedere avendo riguardo allo *scopo*, alla *funzione* e all'aspetto 'formale' degli atti stessi»⁶².

⁶⁰ Caratteri che (diversamente dalla ricostruzione, tra gli altri, di G.U. Rescigno, ad avviso del quale – come visto – il criterio sostanziale per discriminare la normatività corrisponde alla mera sussistenza di generalità e astrattezza), secondo G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. ult. cit.*, p. 76, nota, 173, sarebbero «*indici* (piuttosto che [...] veri e propri *criteri*) della ricorrenza (del criterio) della vocazione/capacità di regolazione della convivenza».

⁶¹ Sull'analisi degli elementi costitutivi dell'atto amministrativo che influenzano la sua caratterizzazione come normativo o meno si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte cit.*, pp. 126 ss. Come riferito, ad avviso dell'A. l'indagine andrebbe svolta solo su oggetto, contenuto e finalità dell'atto amministrativo, limitatamente a tale scopo essendo irrilevanti il soggetto (sempre una PP.AA.) e la forma (sempre un atto amministrativo).

⁶² Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2731/2005. Corsivi di chi scrive.

4. Le ordinanze di necessità e urgenza ex L. n. 225/1992 quale paradigma di legittimità nei giudizi dinanzi alla Corte di Cassazione

Come si è visto, alla qualifica di atto normativo consegue l'applicazione di un determinato trattamento giuridico, consistente nelle seguenti prerogative: la pubblicazione, l'*ignorantia legis non excusat*, la conoscenza delle regole di diritto da parte del giudice (*iura novit curia*), la ricorribilità in Cassazione avverso le sentenze adottate in loro violazione e la inderogabilità dei relativi precetti da parte della P.A., l'interpretazione secondo le disposizioni sulla legge in generale, la mancanza di motivazione⁶³.

Sicché, qualora ad una ordinanza dovesse riconoscersi natura di atto normativo, le si dovrebbero applicare le prerogative appena richiamate; pertanto, in senso inverso, nel caso in cui dovesse registrarsi che ad una ordinanza sia stato applicato il medesimo trattamento giuridico dell'atto normativo, ciò costituirebbe prova *a posteriori* della sua normatività⁶⁴.

Ebbene, per quanto attiene alla prerogativa della ricorribilità in Cassazione, non sono poche le sentenze pronunciate dalla Suprema Corte su ricorsi *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, originati dalla inosservanza di una ordinanza di necessità e urgenza. E tutte le pronunce recenti hanno ad oggetto ordinanze con le quali il Presidente del Consiglio ha disposto agevolazioni a favore di datori di lavoro e/o lavoratori in difficoltà a causa della calamità naturale che ha investito il territorio sul quale operavano.

1) La Sez. lavoro della Corte di Cassazione, con sentenza n. 16450/2007, ha deciso un ricorso proposto nei confronti dell'INPS da un'azienda, che lamentava la violazione dell'ordinanza della protezione civile, ritenendo che un certo debito contributivo non fosse tale, essendo maturato nel periodo di sospensione dei relativi versamenti disposto dalla ordinanza stessa.

Preliminarmente all'esame del merito della controversia, la Corte si è espressa sulla eccezione dell'INPS, che aveva contestato l'ammissibilità della censura proposta dai ricorrenti in quanto l'ordinanza non avrebbe costituito «una fonte normativa, e, come atto amministrativo, la sua interpretazione è censurabile in cassazione non direttamente bensì solo per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale».

⁶³ Per una approfondita analisi delle prerogative che compongono il regime giuridico dell'atto normativo si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte cit.*, pp. 481 ss.

⁶⁴ Sul punto G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza cit.*, per la opinione del quale si v. *retro* la nota 6.

La Corte ha respinto l'eccezione di inammissibilità, affermando che le ordinanze emanate al ricorrere di una calamità naturale «hanno natura di *ordinanze libere*, tra le quali sono compresi tutti i provvedimenti di autorità amministrative suscettibili di *introdurre una disciplina divergente dall'ordine normativo che risultava in precedenza sulla base di disposizioni legislative*»; e, significativamente, che esse «*hanno contenuto normativo*, sono immediatamente esecutive, e diversamente dagli atti governativi con valore di legge, sono nel loro ambito indipendenti e, nel loro contenuto, soggette solo alla Costituzione ed ai principi generali dell'ordinamento, e *non sono vincolate da altre norme preesistenti che non siano quelle espressamente indicate dalla fonte da cui traggono origine*, il che giustifica, appunto, la loro denominazione di ordinanze libere»⁶⁵.

Alla luce della qualificazione dell'ordinanza come atto normativo, la Corte ha concluso che «il vizio denunciato è perciò riconducibile alla ipotesi di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3».

2) Più di recente la Sez. lavoro della Corte di Cassazione, con le pronunce n. 4963/2012 e n. 4526/2011, ha sentenziato su due diversi ricorsi proposti per la violazione dell'O.P.C.M. n. 3253/2002, la quale, all'art. 7, co. 1, disponeva che «*nei confronti dei soggetti residenti, aventi sede legale od operativa alla data degli eventi sismici iniziati il 31 ottobre 2002 [...], sono sospesi, fino al 31 marzo 2003, i versamenti dei contributi di previdenza e di assistenza sociale e dei premi per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, ivi compresa la quota a carico dei lavoratori*»⁶⁶.

Sulla scorta di questa disposizione, i dipendenti di un'azienda avevano chiesto (e ottenuto) un decreto ingiuntivo per il pagamento delle somme che la società aveva trattenuto a titolo di recupero dei contributi sospesi sugli emolumenti e sul TFR all'atto della cessazione del rapporto, ritenendo che detta disposizione li vedesse destinatari del beneficio della sospensione (al pari dei datori di lavoro), ragion per cui avrebbero mantenuto il diritto ad ottenere una retribuzione comprensiva della quota di contribuzione a loro carico.

Dopo i due giudizi di merito nei quali è risultato soccombente, il datore di lavoro ha proposto ricorso per Cassazione *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, per violazione dell'art. 7, considerando legittima la trattenuta effettuata.

⁶⁵ Corsivi di chi scrive.

⁶⁶ Corsivi di chi scrive.

La Corte ha accolto il ricorso (cassando la sentenza impugnata e revocando il decreto ingiuntivo opposto) affermando che l'art. 7 dell'O.P.C.M. n. 3253/2002, deve ritenersi riferibile soltanto ai datori di lavoro, la relativa disciplina «*essendo finalizzata [...] alla liberazione di risorse economiche da destinare al sostegno delle attività imprenditoriali e non anche all'incremento delle retribuzioni*», giusta la interpretazione autentica offerta dall'art. 6, co. 1 *bis*, D.L. n. 263/2006: ed invero, ad avviso del Collegio, l'ordinanza in parola rientra fra quelle di protezione civile contemplate da suddetta disposizione, che, nel rendere interpretazione autentica di questa e di altre ordinanze, ha chiarito che la sospensione volesse favorire la liberazione di risorse per sostenere le attività imprenditoriali⁶⁷.

3) Benché resa in una fattispecie diversa da quelle fin qui esaminate, ai presenti fini appare significativa anche la sentenza delle SS.UU. n. 4813/2006, emessa su ricorso *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, con il quale due enti locali hanno denunciato la violazione delle norme sulla competenza contenute in una serie di ordinanze *ex L. n. 225/1992*.

Il giudizio di legittimità seguiva quelli di merito incardinati da un privato che aveva domandato l'annullamento di alcune delibere di Giunta comunale aventi ad oggetto la realizzazione di lavori che pregiudicavano la sua proprietà.

In entrambi i precedenti gradi di giudizio dette delibere erano state annullate in quanto i Comuni sarebbero stati incompetenti ad adottarle, alla luce, da un lato, della ordinanza n. 3027/1999, che aveva individuato nelle Regioni l'ente competente all'approvazione dei lavori; da un altro, della successiva ordinanza n. 3059 del 30 maggio 2000, che aveva sì trasferito la competenza ai Comuni, ma era stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale solo il 6 giugno, ossia successivamente alla data del 30 maggio in cui si era già svolta la conferenza di servizi di uno dei due enti locali.

Ad avviso dei ricorrenti la sentenza era stata adottata in violazione di legge, giacché qualche tempo prima l'ordinanza n. 3027/1999 era stata modificata dall'ordinanza n. 3056 del 21 aprile 2000 (pubblicata sulla G.U. del 9/5/2000), attraverso la quale le parole «le regioni interessate» erano state sostituite con le parole «i sog-

⁶⁷ La norma di interpretazione autentica in parola è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 325/2008, nella quale ha osservato che corrisponde ad un principio di non irragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore la scelta di limitare il beneficio della sospensione del versamento contributivo ai soli datori di lavoro del settore privato, non estendendolo alle PP.AA. e ai lavoratori. Corsivi di chi scrive.

getti attuatori», con la conseguenza che sin da quella data la competenza all'approvazione dei progetti sarebbe appartenuta ai Comuni quali soggetti attuatori.

Gli enti locali ricorrenti, a supporto delle loro censure, hanno sostenuto altresì che le ordinanze emanate per evitare situazioni di pericolo e maggiori danni sono per loro natura immediatamente esecutive, sicché la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale costituirebbe una forma di mera pubblicità priva di effetti condizionanti la loro esecutività⁶⁸.

A fronte di detta censura, il controricorrente ha eccepito che le ordinanze sono atti privi di valore normativo: da ciò deriverebbe, tra l'altro, che non si possa applicare il principio *iura novit curia*, nel caso di specie discendendone che il giudice non avrebbe potuto conoscere le due ordinanze del 2000, le quali erano state depositate per la prima volta nel giudizio in Cassazione in violazione dell'art. 372 c.p.c.⁶⁹.

La Corte ha preso le mosse dalla identificazione della natura giuridica delle ordinanze, ritenendo che quelle oggetto di causa fossero ordinanze libere «suscettibili di introdurre una disciplina divergente dall'ordine normativo che risultava in precedenza sulla base di disposizioni legislative»⁷⁰.

E, alla luce di tale qualificazione giuridica, la Corte ha fatto seguire, non solo l'ammissibilità del ricorso, ma anche l'applicazione di un'altra prerogativa del regime giuridico proprio degli atti fonte, il principio *iura novit curia*, affermando che tali atti, «pur non contenendo disposizioni generali ed astratte, devono ciononostante formare oggetto della scienza diretta del Giudice il quale non sarebbe in grado, diversamente, di

⁶⁸ Sul dubbio se la pubblicazione sia da ritenere un elemento (formale e dunque) costitutivo dell'atto normativo oppure un elemento del suo regime giuridico e, al tempo stesso, anche condizione di una parte della sua efficacia si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., pp. 485 ss.

⁶⁹ Secondo cui «non è ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, tranne quelli che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso».

⁷⁰ L'affermazione trova una più compiuta argomentazione in una precedente sentenza delle SS.UU., n. 4364/1996 cit., in cui la Corte, interrogandosi sulla natura delle ordinanze di necessità e urgenza, ha sostenuto che «è controverso se gli atti che derivano dal potere di ordinanza di urgenza, siano atti 'politici' o 'amministrativi'; generalmente si tende ad escludere la loro natura 'politica', malgrado il loro contenuto innegabilmente ampiamente valutativo, in quanto non posti in essere da un organo di Governo e non sottratti al controllo giurisdizionale; essi possono invece rientrare tra gli atti di alta amministrazione, che, malgrado siano extra ordinem e di sostanziale indirizzo politico, proprio in quanto sono atti amministrativi restano soggetti al controllo giurisdizionale; ciò va ulteriormente precisato, con riguardo alle ordinanze in questione, che, in quanto *suscettibili di introdurre una disciplina divergente dall'ordine legislativo previgente* [...] hanno contenuto 'normativo', e, pertanto, sono anche definite "ordinanze libere"». Corsivi di chi scrive.

accertare quali limitazioni siano state apportate nel caso concreto alla disciplina normativa generale»⁷¹.

Così il Collegio ha accolto il ricorso degli enti locali, ritenendo, tra l'altro, che le ordinanze fossero immediatamente esecutive, il che lascia intendere che, nell'opinione della Corte, la loro efficacia non è subordinata alla pubblicazione in G.U.

5. La definizione della natura giuridica delle ordinanze di necessità ed urgenza ex L. n. 225/1992 ad opera della Corte di Cassazione attraverso l'analisi dei loro elementi costitutivi

Nella elaborazione giurisprudenziale appena illustrata, mentre le conclusioni sulla natura giuridica delle ordinanze in deroga e sul regime loro applicabile appaiono piuttosto chiare, altrettanto non può dirsi dell'iter logico-giuridico seguito dalla Corte di Cassazione, che a tratti si rivela non proprio limpido. Tuttavia, dopo aver ripercorso (seppur in estrema sintesi) le diverse tesi formulate dalla dottrina che ha tentato di individuare i tratti caratterizzanti gli atti capaci di regolare la convivenza, al fine di definire poi il metodo per rilevarne la presenza in concreto, sembra più agevole comprendere le argomentazioni utilizzate dalla Corte.

Pare difficilmente revocabile in dubbio, infatti, che la Suprema Corte abbia compiuto – così come suggerito in dottrina⁷² – una verifica contenutistica delle ordinanze oggetto del suo giudizio, evidentemente ritenendo che per escluderne la natura di atti normativi non fosse dirimente l'aspetto giuridico-formale.

Ciò è ben evidente nella sentenza della Sez. lavoro del 2012, in cui la Corte ha appuntato la propria attenzione, da un lato, sulla finalità dell'ordinanza, e, dall'altro, sul suo contenuto.

Chiamata a stabilire – come visto – se il beneficio della sospensione dei versamenti riguardasse solo i datori di lavoro, o anche i lavoratori, la Corte ha assunto come necessario esaminare la *finalità* dell'art. 7, dell'O.P.C.M. n. 3253/2002, che ha ritenuto

⁷¹ Con tale argomentazione sembrerebbe che anche la Corte di Cassazione finisca per ritenere generalità e astrattezza elementi non discriminanti la normatività. Corsivi di chi scrive.

⁷² La necessità di una indagine che vada oltre la forma e si spinga, scrutinando il contenuto delle ordinanze, a verificare (non solo e non tanto la presenza di generalità e astrattezza, ma soprattutto) la capacità di 'influenzare' la disciplina legislativa è affermata da A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria* cit., pp. 60-61, per l'opinione del quale si v. *retro* la nota 37. Anche L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 540, ha sostenuto che alla identificazione della natura delle ordinanze della protezione civile possa meglio giungersi compiendo una indagine sul loro scopo al fine di capire se dispongono o provvedono.

consistere nella «liberazione di risorse economiche da destinare al sostegno delle attività imprenditoriali e non anche all'incremento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti».

Insomma, l'argomentazione del Supremo giudice sembra mettere sufficientemente in chiaro che l'ordinanza, lungi dal 'concretizzare' l'interesse pubblico individuato in astratto dalla legge, ne pone uno nuovo, specificando quello 'originario', che in casi siffatti corrisponde alla salvaguardia della incolumità e degli interessi della popolazione a fronte della calamità. In altre parole, l'interesse pubblico a fronteggiare l'emergenza viene declinato in un nuovo, e più dettagliato, interesse pubblico: aiutare le aziende a rilanciarsi, sollevandole dal versamento di danaro che nell'immediato deve essere destinato al sostegno delle proprie attività (dalla ripresa delle quali evidentemente tutta la popolazione trarrà beneficio).

Quanto al *contenuto* dell'O.P.C.M., la Corte espressamente lo ha ritenuto «pre-cettivo», giacché l'ordinanza, al fine di perseguire l'interesse pubblico che essa stessa ha individuato, di fatto finisce per ridisegnare temporaneamente (in deroga alla legge) il rapporto tra datore di lavoro, istituti previdenziali e assistenziali, e lavoratori, tant'è che modifica (operando una vera e propria inversione) a favore delle imprese la fisiologica regolazione (stabilita dal legislatore) degli interessi (pubblici e privati) coinvolti.

È vero che nella giurisprudenza esaminata la Cassazione non si è occupata *ex professo* dell'*oggetto*. Tuttavia, l'ordinanza sembra inequivocamente rivestita del carattere della generalità, rivolgendosi (non a un singolo soggetto, bensì) a una classe di soggetti.

Al fine di fondare più saldamente la propria conclusione, la Corte ha sottolineato che la O.P.C.M. n. 3253/2002 (non solo fa espresso riferimento alla L. n. 225/1992, ma) nel preambolo richiama il D.L. n. 245/2002, ed in particolare l'art. 2, co. 2, in forza del quale è possibile che la 'ordinanza-base' rinvii a successive ordinanze «la disciplina e la definizione delle modalità degli interventi di emergenza», cosa che effettivamente nel caso di specie avviene, visto che l'O.P.C.M. in parola si basa sulla «necessità di disporre l'attuazione dei primi interventi urgenti finalizzati a fronteggiare l'emergenza in atto e *propedeutici all'emanazione di successive ordinanze di protezione civile*»⁷³.

Ed invero, l'O.P.C.M. in esame, occupandosi di individuare chi, in quale materia, con quale forma, e con quali limiti, deve intervenire per fronteggiare l'emergenza

⁷³ Corsivo di chi scrive.

anche in deroga alle norme vigenti (che sono elencate nella stessa ordinanza), potrebbe essere considerata norma *sulla* produzione giuridica⁷⁴. La medesima ordinanza, però, al tempo stesso pare essere soprattutto norma *di* produzione giuridica, in quanto dispone sulla condotta di una certa categoria di soggetti facenti parte di un determinato rapporto giuridico: ad esempio, all'art. 7, co. 5, prevede che «l'efficacia dei provvedimenti di licenziamento, adottati a seguito degli eventi oggetto della presente ordinanza, è sospesa fino al 30 giugno 2003», così imponendo una nuova (seppur temporalmente definita) regolazione dei rapporti lavorativi (questa volta) in favore del lavoratore.

6. Il trattamento giuridico applicato alle ordinanze di necessità e urgenza ex L. n. 225/1992

Si è più volte ricordato che la fondatezza delle tesi che assegnano o negano alle ordinanze la natura di atto normativo si può verificare (*a posteriori*) esaminando il trattamento giuridico loro applicato.

Ebbene, analizzando il dato positivo e la giurisprudenza è stato possibile appurare che, al ricorrere di determinati requisiti contenutistici, alle ordinanze viene applicato praticamente per intero il regime giuridico degli atti fonte, fatta salva una poco significativa eccezione. In rapida sintesi gli esiti dello studio possono essere riassunti per ciascuna prerogativa come segue.

1) Tutte le ordinanze, a prescindere dalla natura loro riconosciuta, sono pubblicate in G.U. – ciò che è indice della sussistenza del principio di *ignorantia legis non excusat* –, e sono interpretate sulla scorta delle disposizioni preliminari al codice civile⁷⁵.

2) Solo quelle considerate produttive di diritto obiettivo: sono soggette al principio *iura novit curia*⁷⁶; legittimano il ricorso ex art. 360, n. 3, c.p.c.; sono inderogabili (a

⁷⁴ In particolare, nel caso di specie, la fonte *sulla* produzione delle ordinanze in deroga è anzitutto l'art. 2, co. 2, D.L. n. 245/2002, il quale consente – come visto – alla ‘ordinanza-base’ di rimettere alla successive ordinanze «la disciplina e la definizione delle modalità degli interventi di emergenza», nel qual caso il quadro normativo nei limiti del quale il potere commissariale dovrà essere esercitato viene completato dalla stessa ordinanza-base, che specifica i contenuti di detto potere, individuandone altresì i confini. Sul punto si v. G.U. RESCIGNO, *retro* alla n. 33.

⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5799/2011 cit., secondo cui in ragione del fatto che trovano origine in una norma primaria eccezionale, e che sono eccezionali esse stesse, il loro «contenuto prescrittivo è di ‘stretta interpretazione’ (ex art. 14 disp. prel. cod. civ.)», ossia soggetto ad una interpretazione letterale, integrata da una interpretazione di tipo estensivo, tenuto conto della natura meramente indicativa (e non esaustiva) dell'elenco delle norme indicate come derogabili. Sulla sentenza in parola s. v. le osservazioni di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche di interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimenti e azione di mero accertamento*, in *Giur. it.*, n. 6, 2012, pp. 1434 ss.

⁷⁶ Corte di Cassazione, SS.UU., n. 4813/2006 cit.

tal proposito dall'analisi della giurisprudenza della Suprema Corte sembra emergere – come visto – che una ordinanza normativa possa avere natura di norma *sulla* produzione e/o *di* produzione giuridica, e in entrambi i casi non può subire deroghe ad opera degli atti amministrativi ad essa conseguenti⁷⁷).

La sola diversità tra il regime giuridico degli atti normativi e quello proprio delle ordinanze esaminate, quindi, starebbe nel fatto che queste ultime devono essere motivate (da un lato, per 'giustificare' le deroghe che effettuano, e, da un altro, per consentire al G.A. di verificare la proporzionalità tra l'emergenza da affrontare e la misura adottata). Tuttavia in dottrina si è spiegato che tale prerogativa è solo eventuale: nulla esclude, infatti, che un atto fonte possa essere motivato, o che debba esserlo per disposizione legislativa, senza che ciò possa influire sulla sua natura giuridica⁷⁸.

7. Considerazioni conclusive

All'esito del ragionamento svolto sembra possibile rassegnare una breve conclusione sulla fondatezza della tesi secondo cui le ordinanze di necessità e urgenza che possiedono determinati requisiti contenutistici vanno considerate atti normativi.

Esaminando il dato positivo e la giurisprudenza si è appurato che alle ordinanze (ritenute) normative viene applicato, pressoché per intero, il regime giuridico degli atti fonte. Sicché, compiendo una indagine 'al contrario', ossia risalendo alla natura giuridica delle ordinanze attraverso l'esame del regime giuridico loro attribuito, si è accertato che alcune di queste vengono 'trattate' come atti normativi.

Tuttavia, un siffatto approccio ricostruttivo non consente di isolare i caratteri discriminanti la normatività, a tal fine imponendosi una indagine svolta 'a monte', tendente a verificare la natura giuridica dell'ordinanza, e dunque a verificare di volta in volta se abbia o meno l'attitudine a regolare la convivenza. E per condurre una simile indagine, dall'esito della quale dipenderà il regime giuridico applicabile a ciascuna ordinanza, è diffusamente condiviso – come visto – che sia indispensabile far ricorso a criteri di riconoscimento (non formali, evidentemente inutilizzabili in questi casi, bensì) sostanziali.

⁷⁷ Sul punto si v. ancora G.U. RESCIGNO (per il quale si v. *retro* la nota 33), nonché la nota 74 e la relativa parte di testo.

⁷⁸ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte cit.*, p. 538.

Ed è proprio dinanzi ad una indagine di natura contenutistica che ci si ritrova studiando le sentenze della Corte di Cassazione passate in rassegna: quasi a seguire la griglia di analisi suggerita dalla dottrina, la Corte, non ritenendo sufficiente l'aspetto formale, ha posto ad oggetto del suo vaglio la finalità e il contenuto delle ordinanze (ciò è particolarmente evidente nelle sentenze della Sezione lavoro), rilevando che quelle che ha poi ritenuto normative ponevano (in astratto) un nuovo interesse pubblico (specificando quello 'originario'), per perseguire il quale (in concreto) ridisegnavano temporaneamente (in deroga alla legge) la regolamentazione del rapporto intercorrente tra alcuni dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti dalla emergenza.

Va in proposito sottolineato che al fine di risolvere la controversia dedotta in giudizio la giurisprudenza esaminata ha (correttamente) fatto uso del quadro normativo vigente all'epoca della emanazione delle ordinanze. Siffatto quadro normativo, tuttavia, nel corso del giudizio è stato modificato: come si è riferito, attualmente il co. 5-ter dell'art. 5, L. n. 225/1992, prevede che la sospensione o il differimento dei versamenti dei tributi e dei contributi *vanno disposti con legge, e disciplinati con decreto ministeriale*, il legislatore evidentemente avendo ritenuto che ordinanze di questa specie, recando un contenuto normativo, stessero violando la riserva di legge relativa *ex art. 23 Cost.*⁷⁹.

Insomma, fermo restando il perdurare di qualche zona d'ombra che fin qui ha impedito alla dottrina di esprimere un convincimento pieno e sostanzialmente privo di riserve sulla natura giuridica delle ordinanze (in generale, e) della protezione civile (in particolare), sembra possa ritenersi confermata (o almeno non smentita) la tesi secondo cui alle ordinanze di necessità e urgenza possa riconoscersi natura di atto (amministrativo) normativo allorché (ricorrendo taluni requisiti di tipo contenutistico da individuare attraverso una indagine condotta atto per atto su oggetto, contenuto e finalità) si appuri che siano effettivamente dotate della capacità di regolare la vita associata.

È evidente che i risultati cui lo studio è giunto non permettono di ritenere concluso lo sforzo classificatorio, non solo perché questo è continuamente reso necessario dalla incessante evoluzione normativa e giurisprudenziale, ma anche per la persistenza – come appena riconosciuto – di qualche zona d'ombra, nella quale di certo insiste (tra l'altro) la 'rilevanza' che, ai fini dell'inserimento delle ordinanze nella categoria degli

⁷⁹ Cfr. *retro* la nota 17.

atti normativi, bisogna riconoscere alla loro incapacità di produrre un effetto di tipo abrogativo o modificativo a carico delle disposizioni derogate.

Per il vero, è ormai abbastanza comunemente ammesso che la innovatività non sia un valido criterio di riconoscimento della normatività⁸⁰. Peraltro, in dottrina neppure v'è piena condivisione sul significato da attribuire al carattere in parola, discutendosi soprattutto se la innovatività ricorra solo nel caso in cui gli effetti modificativi dell'ordinamento siano stabilmente prodotti, oppure se sia sufficiente che detti effetti siano limitati alla durata dell'emergenza⁸¹.

A ben riflettere, non pare peregrino sostenere che la capacità di introdurre un cambiamento nella disciplina vigente dovrebbe restare identica a se stessa anche se detto cambiamento sia temporalmente circoscritto: tale capacità, invero, sembra discendere dalla forza che la legge attribuisce all'atto normativo (oltre che dal contenuto di questo), e non dalla durata della efficacia della (nuova) disciplina che quest'ultimo ha l'attitudine (per effetto, appunto, della sua forza e del suo contenuto) ad introdurre⁸²; del resto ogni regolamentazione è temporanea per definizione, essendo continuamente in movimento in ragione dell'incessante mutare della società⁸³. La breve durata della vigenza del disporre in deroga (disporre in deroga che sospende la efficacia della disciplina vigente finché l'ordinarietà non riprende il posto della straordinarietà), pertanto, potrebbe considerarsi elemento non ostativo alla riconoscibilità della capacità di regolare la vita associata.

Una tale conclusione sembrerebbe 'reggere' anche all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, la quale, sebbene abbia ritenuto che le ordinanze in deroga

⁸⁰ Cfr. L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 540, la quale ha sostenuto che la novità sia «inutilizzabile come criterio di identificazione degli atti normativi». Nello stesso senso, tra gli altri, come riferito *retro* alla nota 47, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo* cit., pp. 66-67.

⁸¹ Sul punto il dibattito dottrinale è molto risalente: basti ricordare quanto sostenuto da A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. VII, 1961, pp. 524 ss., 530, ad avviso del quale le ordinanze avrebbero forza (ma non valore) di legge in quanto la forza di legge starebbe ad indicare la capacità di innovare nell'ordine legislativo, capacità che le ordinanze possiederebbero potendo derogare. Tale tesi è criticata da G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza* cit., p. 94, secondo il quale per forza di legge dovrebbe intendersi la capacità di innovare stabilmente l'ordine legislativo, la cui opinione è condivisa, tra gli altri, da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità* cit., p. 370.

⁸² Di questo parere sembra essere A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria* cit., p. 61.

⁸³ In proposito L. CARLASSARE, voce *Fonti* cit., p. 539, ha affermato che la inesauribilità delle fonti risponde a una «elementare necessità: il diritto non è posto una volta per tutte, non può restare immobile, ma è destinato a mutare ove se ne presenti la necessità».

non innovano il diritto obiettivo, ha per nulla escluso (anzi, verrebbe da dire che ha ammesso) la loro possibile natura normativa⁸⁴.

Rimane invece il dubbio sulla possibilità di inscrivere le ordinanze aventi contenuto normativo nel novero delle fonti: come riferito più volte, ciò viene da tempo escluso dalla Corte costituzionale, le cui conclusioni (fondate su motivazioni diverse) sembrano aver trovato nuovo vigore dopo alcune recenti autorevoli ricostruzioni dottrinali⁸⁵. È di tutta evidenza che per provare a sciogliere un dubbio di tale complessità teorica sarebbe necessario uno studio ben più ampio di quello sottostante alla presente breve riflessione, la quale – come si è chiarito sin dalla premessa – non può costituire altro che un primo stadio di una più articolata e approfondita ricerca.

⁸⁴ Corte costituzionale n. 4/1977 cit. Per la giurisprudenza costituzionale che si è occupata della natura giuridica delle ordinanze si v. *retro* la nota 29.

⁸⁵ F. MODUGNO, voce *Fonti* cit., p. 249, concludendo la descrizione della attuale complessa realtà del sistema normativo, ha affermato che «se le fonti “formali” sono condizioni sufficienti per l’individuazione di (alcune) norme vigenti in un ordinamento, esse non sono condizioni necessarie poiché le norme stesse effettivamente si producano». Sul punto si v. *retro* le note 41 e 58 e le relative parti nel testo.