

CAPITOLO IV

LE FONTI INTERNE SECONDARIE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Le fonti secondarie: i regolamenti. – 1.1. I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti. – 1.2. Il regolamento come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente normativo. – 2. Gli atti amministrativi generali: analogie e differenze con i regolamenti. – 2.1. I bandi di gara. – 2.2. Gli strumenti urbanistici. – 2.3. I provvedimenti tariffari e i provvedimenti prezzi. – 3. Il regime giuridico applicabile ai regolamenti e agli atti amministrativi generali. – 3.1. Le analogie nel regime giuridico applicabile. – 3.2. L'impugnazione differita. – 3.3. L'impugnazione immediata. – 3.4. Limiti soggettivi di efficacia della sentenza di annullamento di un atto generale. – 3.5. La disapplicazione del regolamento (e non dell'atto amministrativo generale). – 4. La fuga dal regolamento: il *tertium genus* dell'atto amministrativo generale di regolazione. – 5. *Soft law, no law*. – 6. Le fonti del diritto amministrativo e l'emergenza sanitaria. – 6.1. l'emergenza sanitaria nella Costituzione. – 6.2. La gestione dell'emergenza. – 6.3. Il quadro normativo relativo alla gestione dell'emergenza. – 6.3.1. I decreti legge del 2020 di gestione dell'emergenza sanitaria. – 7. Le ordinanze di necessità e di urgenza. – 7.1. Il problema della natura giuridica. – 7.2. Limiti al potere di ordinanza e sindacato del giudice. – 8. Le norme interne. – 9. Le circolari. – 10. La prassi amministrativa.

1. Le fonti secondarie: i regolamenti

Il criterio formale vale a individuare le fonti primarie del diritto, ma non quelle secondarie, che si contraddistinguono invece per il loro contenuto, generale e astratto.

Nel sistema piramidale delle fonti del diritto amministrativo, la categoria delle fonti secondarie si presenta straordinariamente variegata e ben più complessa rispetto alla formula accolta dalle disposizioni preliminari al codice civile, che riducono il livello “secondario” ai regolamenti del Governo e delle «altre autorità». Basti pensare alla variegata tipologia dei regolamenti del Governo, ai regolamenti ministeriali e interministeriali, ai regolamenti delle “altre autorità”, tra cui le autorità amministrative indipendenti¹.

¹ Al livello secondario è possibile collocare anche i regolamenti regionali. In base all'art. 117 Cost., spetta allo Stato emanare i regolamenti nelle materie di competenza esclusiva, salva la possibilità di delega alle Regioni, mentre a queste ultime spetta la competenza regolamentare in ogni altra materia (e quindi anche in quelle di competenza concorrente). Al livello secondario possono essere collocati anche gli statuti di Province e Comuni. L'art. 114 Cost. prevede che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti (...)». La potestà statutaria delle Province e dei Comuni è disciplinata dall'art. 6 d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Occorre però precisare che gli statuti provinciali e comunali si trovano in un rapporto con la legge statale che non può essere definito di generale subordinazione: la legge può validamente intervenire in materia solo se espressamente rivolta a disciplinarla e non sembra possa puntualmente derogare alle disposizioni statutarie. Per tale ragione, la dottrina, al riconoscimento del carattere di secondarietà, preferisce la qualificazione degli statuti in termini di fonte “sub primaria” o comunque di fonte di carattere non già attuativo, bensì «integrativo o meglio ancora di adattamento dei principi legislativi agli indirizzi politici locali» e perciò di fonte «sì subordinata alla legge, ma non secondaria nel senso tradizionale».

In una costruzione gerarchica del sistema, le fonti secondarie sono dotate di forza attiva e passiva minore di quella della legge e sono qualificate da un rapporto con le fonti primarie riassunto nella formula del “principio di legalità”, che può essere sintetizzata nei seguenti termini: necessità di un’attribuzione legislativa di potere regolamentare; “subordinazione” del regolamento alla legge che ne costituisce parametro di legittimità.

Il potere regolamentare presuppone quindi due nozioni di fondamentale importanza nella teoria costituzionale delle fonti del diritto: il principio di legalità ed il principio di riserva di legge.

Il principio di legalità assume contenuti diversi. Il primo e generico significato è quello di non contrarietà alla legge: gli atti dell’apparato amministrativo dipendente sono tenuti a conformarsi alla legge; nel contrasto prevale la legge. Il regolamento, in quanto atto proveniente dall’amministrazione, rimane subordinato, in posizione secondaria: è il principio di preferenza della legge.

Un significato più specifico del principio di legalità si afferma sotto la duplice spinta delle istanze garantiste dello Stato di diritto e dell’idea di sovranità popolare: non più e non solo contrarietà alla legge, ma necessità di una base legale per l’esercizio del potere, con conseguente scomparsa di poteri normativi, in quanto non derivanti, anche indirettamente, dalla legge. L’amministrazione non solo è tenuta al rispetto della legge, ma produce atti normativi, cioè «norme», in quanto la legge abbia attribuito tale potere, e nei limiti di tale potere.

Il radicamento del principio democratico dello Stato di diritto conduce ad una ulteriore e più intensa interpretazione del principio di legalità: la primarietà della legge diventa espressione della primarietà o della centralità della legge, espressione del popolo sovrano; la secondarietà del regolamento diviene pertanto secondarietà dei contenuti normativi, in quanto traducono nell’azione amministrativa le scelte di indirizzo politico della legge ovvero le decisioni politiche della legge.

Sotto tale profilo, il principio di legalità viene ad assumere un valore sostanziale: le scelte sostanziali, l’individuazione degli interessi da realizzare e da tutelare in via prioritaria, sono compito della legge, la quale deve fissare i principi cui la normazione regolamentare deve attenersi.

Il principio di legalità, inteso in senso sostanziale, si riflette nella riserva di legge, assoluta o relativa: nelle materie coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla costituzione, il potere regolamentare non è in assoluto esercitabile; nelle materie coperte da riserva relativa, la legge, quale fonte primaria, in adesione al principio di legalità sostanziale, deve fissare i principi ed i limiti della normazione regolamentare.

Il principio di legalità sostanziale, in un quadro di costituzione rigida, come l’attuale, impone alla legge di fissare principi, criteri direttivi e limiti della normazione regolamentare, escludendo i campi assoggettati a riserva assoluta di legge, ammettendo viceversa interventi in campi assoggettati a riserva relativa di legge.

Il principio della subordinazione del regolamento alla legge, codificato nella disciplina del sistema normativo delle fonti del diritto (cfr. art. 1 disp. prel.

c.c.), trova conferma nella disciplina generale dell'esercizio del potere governativo in materia regolamentare (art. 17, l. n. 400/1988).

La legge n. 400/1988 è da apprezzare, quale tentativo di dare un assetto organico e razionale alla materia della normazione del Governo. La materia regolamentare è così articolata: regolamenti esecutivi [art. 17, 1° co., lett. a)]²; regolamenti attuativi ed integrativi [art. 17, 1° co., lett. b)]³, regolamenti indipendenti [art. 17, 1° co., lett. c)]⁴; regolamenti di organizzazione e di funzionamento delle amministrazioni pubbliche [art. 17, 1° co., lett. d)]; regolamenti di «delegificazione» (art. 17, 1° co.)⁵; regolamenti ministeriali ed interministeriali (art. 17, 3° co.); regolamenti per l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei Ministeri (art. 17, 4° co. bis, aggiunto all'art. 13 della l. 15-3-1997, n. 59).

Il quadro dei rapporti tra legge e regolamento governativo può così sintetizzarsi: a) regolamenti esecutivi, quali strumenti di specificazione della legge; b) regolamenti attuativi/integrativi, tesi a sviluppare i principi posti dalla legge; c) regolamenti di «delegificazione» o autorizzati, che operano sulla base di criteri direttivi fissati dalla legge delegante, secondo uno schema analogo a quello dei rapporti tra legge di delegazione e decreti legislativi; d) regolamenti indipendenti, che operano in campi in cui manca del tutto una disciplina legislativa, anche solo limitata ai principi.

Mentre i regolamenti esecutivi e quelli attuativi/integrativi sono sempre emanabili sulla base dell'autorizzazione generale conferita al governo dalla stessa legge n. 400 del 1988, i regolamenti di «delegificazione» o «autorizzati» necessitano di preventiva specifica previsione legislativa di delegazione.

² La previsione di autorizzazione legislativa generale contenuta nell'art. 17, 1° co., lett. a) della legge n. 400 del 1988 esclude la necessità che l'esercizio della potestà normativa da parte del Governo debba essere autorizzato di volta in volta da ogni singola legge. I regolamenti esecutivi agiscono per lo più sul piano della strumentazione operativa.

³ La norma pone un limite generale alla potestà di emanare regolamenti attuativi/integrativi, e cioè che gli atti legislativi autorizzatori non attengano a materie riservate alla competenza regionale. Nelle materie di competenza legislativa regionale, lo Stato non può intervenire con atti normativi regolamentari, ma deve limitarsi alla indicazione dei principi fondamentali; indicazione che deve avvenire per legge. Oltre al limite espresso, direttamente desumibile dalla norma dell'art. 17, 1° co., lett. b) della legge n. 400/1988, opera anche un limite implicito, rappresentato dalla vigenza della riserva di legge assoluta, che inibisce qualsiasi intervento normativo, se non quello legislativo primario. Quanto al significato funzionale dell'espressione, se cioè la categoria comprenda due tipi di regolamenti (attuativi e/o integrativi) o uno solo (regolamenti attuativi/integrativi), è da ritenere il carattere unitario della categoria, per evitare confusione con quella dei regolamenti indipendenti.

⁴ La norma autorizza in via generale il Governo ad emanare regolamenti nelle materie non occupate o «preoccupate» da disciplina legislativa, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge. La disposizione è dotata di forti capacità espansive. Una legge ordinaria che abrogasse, senza sostituirla, una disciplina legislativa di settore, aprirebbe il campo all'intervento della normazione regolamentare indipendente promanante dal Governo, anche senza le forme e senza le garanzie di cui all'art. 17, 2° co., della legge n. 400/1988, cioè senza fissazione di criteri da parte della legge per l'emanazione del regolamento.

⁵ L'art. 17, 2° co., della legge n. 400 del 1988 prevede che la legge possa autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, dettando le norme generali regolatrici della materia e disponendo l'abrogazione delle norme vigenti. Si tratta di una legge di delegazione a regolamentare, il cui unico limite è rappresentato dalla vigenza di campi protetti da riserva assoluta di legge.

Sul piano delle procedure formali, la distinzione fra i vari tipi di regolamenti è abbastanza netta. Sul piano dei contenuti, invece, la distinzione è meno definitiva, in quanto un regolamento potrebbe recare norme di carattere esecutivo e norme di carattere attuativo-integrativo rispetto alla legge.

1.1. I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti

Nei settori vigilati dalle autorità amministrative indipendenti, le regole sono dettagliate e specificate dalle stesse autorità con propri regolamenti.

Nel sistema delle fonti, i regolamenti delle autorità di vigilanza si collocano in posizione sub primaria e costituiscono il prodotto normativo indipendente di soggetti estranei, per statuto costitutivo, al circuito dell'indirizzo politico parlamentare.

Non sempre però la legge, nell'attribuire all'autorità di vigilanza il potere normativo, stabilisce i criteri direttivi che l'organo amministrativo deve osservare nell'emanazione dei propri regolamenti. È anzi piuttosto diffusa la tendenza da parte del legislatore a individuare i fini dell'attività di regolazione demandata alle *Authorities*, in alcuni casi anche genericamente, attraverso forme di delega in bianco.

La mancanza di criteri predeterminati dalla legge ha posto in dubbio la legittimità dei regolamenti delle autorità indipendenti, per violazione del principio di legalità sostanziale.

In realtà, l'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi indipendenti, non legislativamente predeterminati, costituisce proprio il dato caratteristico delle funzioni di *regulation* delle autorità indipendenti, estranee, per statuto costitutivo, al circuito dell'indirizzo politico parlamentare.

I settori in cui operano le Autorità indipendenti presentano caratteristiche tecniche ed economiche ad alto tasso di complessità. Si tratta di settori, peraltro, soggetti a rapide evoluzioni, che amplificano le difficoltà del Parlamento nel dettare regole specifiche e giustificano la previsione di deleghe molto ampie.

L'attribuzione di poteri regolatori ad Autorità indipendenti consente certamente una maggiore rapidità nell'adeguare le regole alle esigenze del mercato, in settori dove il rischio di obsolescenza delle regole è molto elevato.

Un elemento che contribuisce a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti è costituito dalle garanzie procedimentali, dall'applicazione cioè del principio del giusto procedimento.

L'autorità di vigilanza esercita la propria attività di *regulation* con la necessaria partecipazione al procedimento di formazione del regolamento dei soggetti interessati al regolamento stesso.

La dequotazione del valore della legalità sostanziale viene così compensata con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzia del contraddittorio.

Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle

Autorità indipendenti di poteri normativi indipendenti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'emanazione di regolamenti che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori.

La giurisprudenza ha condiviso questa prospettiva, affermando che i regolamenti delle autorità indipendenti sono preceduti da una fase procedimentale che si svolge con la partecipazione e nel contraddittorio con gli interessati, i quali possono presentare le proprie osservazioni che l'autorità ha l'obbligo di valutare e dalle quali può discostarsi motivatamente.

Si tratta di una procedura di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati.

L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità indipendenti, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, si giustifica in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati. La partecipazione legittima dal basso il potere regolatorio e, unitamente all'obbligo di motivare le scelte operate nell'emanazione del regolamento, consente il controllo in sede giurisdizionale sulle modalità di esercizio del potere normativo⁶.

⁶ È significativa ed esemplificativa l'esperienza nei settori vigilati dalla Consob e dalla Banca d'Italia. La legge per la tutela del risparmio (l. 28.12.2005, n. 262) ha dettato principi e regole procedurali per l'adozione dei regolamenti della Banca d'Italia e della Consob. Si tratta di misure che disegnano un processo normativo trasparente, denotato dall'espressione di scelte adeguate e ben ponderate, assunte con il coinvolgimento dei soggetti vigilati, operate nel rispetto del criterio di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivi perseguiti e dirette a minimizzare quanto più possibile gli oneri ricadenti sui soggetti vigilati. Analizzando in dettaglio le singole previsioni dell'art. 23 della legge 262/2005, si stabilisce l'obbligo di motivare i regolamenti con riferimento alle «scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono». È, inoltre, imposta la presenza, a corredo di tali atti, di una relazione che ne illustri «le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori». Questa previsione rimanda alla c.d. analisi di impatto della regolazione (AIR), che fornisce al regolatore indicazioni utili ad adottare decisioni più meditate, contribuendo, attraverso l'analisi economica, all'individuazione di soluzioni che garantiscano il raggiungimento delle proprie finalità, senza introdurre inefficienze o conseguenze indesiderate. Si tratta di una tecnica di analisi basata su un ampio coinvolgimento di tutti i soggetti interessati dalla regolazione ed è strutturalmente interdisciplinare, imponendo al regolatore di dotarsi di adeguate e diversificate competenze professionali, capaci di integrarsi in gruppi multidisciplinari. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 262/2005, deve essere rigorosamente applicato il principio di proporzionalità. Tale principio, secondo gli indirizzi emersi nel più ampio contesto del diritto dell'Unione europea, richiede che, fermo restando il perseguimento del fine, l'autorità debba scegliere l'opzione che, nel garantire il suo conseguimento, comporti il minor sacrificio degli interessi dei destinatari. Nel procedimento di formazione dei regolamenti, inoltre, lo stesso art. 23 prevede che debbano essere consultati gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori (o, più correttamente, degli investitori). Tale previsione, da un lato, contribuisce a legittimare l'esercizio del potere regolamentare da parte delle autorità di vigilanza attraverso un fondamento "dal basso", che si sostanzia nella condivisione delle regole da parte dei soggetti tenuti a rispettarle, dall'altro, tende a mitigare i problemi correlati alla complessità e alla rapida evoluzione del mercato finanziario, consentendo al regolatore di giovare dell'apporto degli operatori di tale mercato, i quali, a tutto vantaggio di una più efficiente regolamentazione, possono trasmettere il loro patrimonio di conoscenze e competenze tecniche. È altresì prevista la sottoposizione a revisione periodica del contenuto degli atti di regolazione, onde adeguarli alla «evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori».

La giustificazione “dal basso” del potere normativo delle Autorità di regolazione, lo svolgimento del giusto procedimento e il sindacato del giudice non consentono comunque di ampliare in modo indeterminato il potere normativo: occorre comunque la copertura di una norma primaria attributiva di potere regolamentare. Occorre cioè in ogni caso il rispetto del principio di legalità formale.

1.2. Il regolamento come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente normativo

Si è detto che la legge è tale per il suo *nomen iuris* e per il procedimento di formazione dell’atto, non per il suo contenuto, che può non essere generale e astratto.

Per le fonti secondarie del diritto vale invece il criterio opposto.

Il regolamento è un atto formalmente amministrativo, perché emanato da un organo amministrativo, ma sostanzialmente normativo. E per il suo contenuto normativo è considerato fonte secondaria del diritto: nella qualificazione dell’atto la sostanza prevale sulla forma.

Si ha un regolamento quando la potestà affidata all’amministrazione comporta la produzione di “norme generali e astratte”, mediante le quali si disciplinano rapporti giuridici che possano sorgere nel corso del tempo. I regolamentari sono espressione di una potestà normativa secondaria rispetto alla potestà legislativa: essi disciplinano in astratto “tipi di rapporti giuridici” mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente “innovativa” rispetto all’ordinamento giuridico esistente; e lo fanno con precetti che presentano i caratteri della generalità e dell’astrattezza, “intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell’applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono”.

La giurisprudenza mostra di recepire la tesi dottrinale tradizionale secondo cui con i regolamenti l’amministrazione “partecipa alla funzione legislativa, in senso materiale”, disponendo di un potere che consiste nella “possibilità di innovare (sia pure a un livello inferiore rispetto agli atti legislativi) l’ordinamento giuridico”.

Il criterio che consente di qualificare un atto dell’amministrazione come un regolamento ha natura sostanziale: un atto della pubblica amministrazione manifesterebbe la sua natura normativa in base alla sua attitudine intrinseca e oggettiva di disciplina in astratto di rapporti giuridici. È atto normativo quello le cui previsioni hanno il carattere dell’indefinita ripetibilità e applicabilità a fattispecie concrete⁷.

2. Gli atti amministrativi generali: analogie e differenze con i regolamenti

Si è detto che il regolamento è un atto amministrativo generale, ma per il suo contenuto normativo è qualificato come fonte secondaria del diritto. Al rego-

⁷ Cons. St., Sez. III, ord., 11 dicembre 2019, n. 8435.

lamento si contrappone l'atto amministrativo generale a contenuto non normativo: entrambi provengono da un organo amministrativo e, quindi, entrambi sono atti formalmente amministrativi. La differenza sta in ciò: il regolamento è, per il suo contenuto, atto normativo; l'atto amministrativo generale è, per il suo contenuto, atto amministrativo.

La distinzione tra atti amministrativi generali e regolamenti è ancora oggi fortemente presente a livello giurisprudenziale.

L'atto amministrativo generale si contrappone all'atto normativo in base a un criterio non formale o nominalistico, ma sostanziale. Non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* o il procedimento di formazione a stabilire la natura dell'atto. Il criterio formale vale a individuare la legge e a distinguere le fonti primarie da quelle secondarie. Lo stesso criterio non consente di distinguere tra fonti secondarie e atti amministrativi generali: in questo caso il discrimine è sostanziale.

Si ha un regolamento quando la potestà affidata all'amministrazione comporta la produzione di "norme generali e astratte", mediante le quali "si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo". Si ha invece un atto amministrativo generale quando la potestà "esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge".

In altri termini, l'atto amministrativo generale, a differenza di quello regolamentare, non pone alcuna disciplina generale e astratta dei rapporti giuridici e non innova l'ordinamento giuridico. L'atto amministrativo generale è espressione di una "potestà amministrativa di natura gestionale" ed è rivolto alla "cura concreta d'interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati". Al contrario, i regolamentari sono espressione di una potestà normativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, disciplinano in astratto "tipi di rapporti giuridici" mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente "innovativa" rispetto all'ordinamento giuridico esistente, e lo fanno con precetti che presentano i caratteri della generalità e dell'astrattezza, "intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono".

La giurisprudenza⁸ mostra di recepire la tesi dottrinale tradizionale secondo cui con i regolamenti l'amministrazione "partecipa alla funzione legislativa, in senso materiale", disponendo di un potere che consiste nella "possibilità di innovare (sia pure a un livello inferiore rispetto agli atti legislativi) l'ordinamento giuridico". Gli atti amministrativi generali, in quanto atti amministrativi, hanno invece per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, "che ne costituisce il motivo". Mentre nel regolamento "lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico. Quest'ultima può essere un'occasione; lo scopo invece è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico".

⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

I regolamenti svolgono “una funzione costitutiva dell’ordinamento”, dettando norme destinate a “valere *semper et ad semper* finché non si verifichi l’abrogazione”. Gli atti amministrativi generali, invece, esauriscono la loro efficacia con l’adozione degli atti amministrativi applicativi.

La distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale è ben definita in astratto, ma non sempre è piana in concreto. Lo stesso atto può essere *in parte qua* normativo (laddove contiene prescrizioni generali e astratte), *in parte qua* atto amministrativo (laddove contiene prescrizioni concrete).

Prova ne è l’estrema difficoltà di inquadramento di fattispecie quali, ad esempio: i) i piani regolatori generali, talvolta ricompresi tra gli atti amministrativi generali, talaltra tra gli atti normativi; ii) i provvedimenti di determinazione di prezzi o di tariffe, annoverati tra gli atti amministrativi generali o tra gli atti plurimi o ancora tra gli atti normativi; iii) i bandi di gara, considerati quasi sempre atti amministrativi generali.

2.1. I bandi di gara

Facendo uso del criterio sostanziale, la giurisprudenza nega che il bando di gara abbia carattere normativo perché in esso difettano sia l’elemento dell’innovatività che quello dell’astrattezza. Secondo il giudice amministrativo la preordinazione del bando alla “regolamentazione di una specifica procedura selettiva” impedisce di riconoscere in quell’atto “qualsiasi idoneità ad introdurre definitivamente nell’ordinamento giuridico regole o precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti”. Di conseguenza viene esclusa qualsiasi valenza normativa nelle relative prescrizioni dirette a disciplinare, anche se in via generale, uno specifico procedimento amministrativo e, quindi, destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione della procedura a evidenza pubblica.

I bandi di gara, quindi, sono atti amministrativi generali: pur rivolgendosi a una generalità di destinatari, disciplinano soltanto la procedura cui si riferiscono.

Sulle questioni relative all’impugnazione, immediata o differita, delle clausole del bando, si rinvia al capitolo dedicato ai contratti della pubblica amministrazione.

2.2. Gli strumenti urbanistici

La distinzione sostanziale tra atto normativo e atto amministrativo consente di tenere distinti i diversi tipi di prescrizioni che possono essere contenute all’interno degli atti della p.a.. Uno degli esempi più importanti e problematici in questo senso è dato dagli strumenti urbanistici.

Essi si suddividono nelle due specie degli strumenti urbanistici generali e degli strumenti urbanistici attuativi.

Questi ultimi (es., convenzioni di lottizzazione, piani particolareggiati) hanno contenuto e natura tipicamente amministrativa: le caratteristiche di concretezza, attualità ed immediata incidenza sulla sfera giuridica di soggetti individuati escludono la natura normativa degli atti in questione.

Per gli strumenti urbanistici generali la qualificazione giuridica è più complessa.

La funzione del piano regolatore generale è di pianificazione del territorio in via generale ed astratta. Ciò ha determinato lo sviluppo della tesi che riconosce natura normativa agli strumenti urbanistici generali.

Questa tesi, però, non giustifica la presenza nel piano regolatore generale di prescrizioni prive del carattere della generalità e dell'astrattezza. È il caso dei vincoli di inedificabilità e di quelli preordinati all'espropriazione, che hanno immediata incidenza negativa sulla sfera dei proprietari. Queste prescrizioni contenute nel piano regolatore generale hanno determinato l'evolversi della tesi della natura provvedimento degli strumenti urbanistici generali, nella parte in cui contengono prescrizioni prive di generalità e astrattezza.

Si può quindi affermare – in conformità all'orientamento prevalente della giurisprudenza – che il piano regolatore generale è un atto misto, che contiene sia prescrizioni amministrative, sia disposizioni regolamentari.

Segnatamente, si riconosce carattere normativo alle statuizioni, generali e astratte, contenute nelle norme di attuazione concernenti tipologie e standards urbanistici⁹, mentre si attribuisce valore amministrativo alle prescrizioni relative alle localizzazioni e alle zonizzazioni¹⁰.

La distinzione tra prescrizioni provvedimentali e disposizioni regolamentari risulta funzionale principalmente a determinare il regime dell'impugnabilità del piano. Al riguardo, l'orientamento consolidato impone l'immediata impugnazione dello strumento urbanistico per contestare le prescrizioni di carattere provvedimentale, mentre ritiene che la legittimità delle disposizioni materialmente normative possa essere messa in discussione al momento dell'impugnazione dell'atto applicativo (secondo la tecnica della doppia impugnativa congiunta, su cui v. infra). Le prescrizioni normative, inoltre, possono essere disapplicate dal giudice amministrativo, a differenza delle prescrizioni amministrative (anche sul punto v. infra).

Ai fini dell'impugnabilità degli strumenti urbanistici, si distingue anche tra “prescrizioni che in via immediata stabiliscono le potenzialità edificatorie della porzione di territorio interessata” e “altre regole che più in dettaglio disciplinano l'esercizio dell'attività edificatoria, generalmente contenute nelle norme tecniche di attuazione del piano o nel regolamento edilizio”.

Le prime sono soggette all'onere d'impugnazione fin dalla loro pubblicazione, “in relazione all'immediato effetto conformativo dello *jus aedificandi* dei proprietari dei suoli interessati che ne deriva”.

Le seconde “sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento in cui è adottato l'atto applicativo e possono essere, quindi, oggetto di censura in occasione dell'impugnazione dell'atto applicativo”.

⁹ È il caso delle prescrizioni che stabiliscono una certa distanza tra le costruzioni, in deroga all'art. 873 c.c.

¹⁰ È il caso delle prescrizioni che destinano un'area alla costruzione di un'opera di interesse pubblico: esse pongono un vincolo sopra una determinata area e, quindi, hanno un carattere concreto.

La linea di demarcazione individuata dalla giurisprudenza (prescrizioni che stabiliscono le potenzialità edificatorie delle aree, immediatamente con-formative dello *ius aedificandi*, e regole che disciplinano l'attività edificatoria, suscettibili di ripetuta applicazione) rappresenta una traduzione della distinzione sistematica tra norma e provvedimento.

2.3. I provvedimenti tariffari e i provvedimenti prezzi

Si definiscono provvedimenti prezzi e provvedimenti tariffari gli atti dell'autorità amministrativa con i quali vengono fissati i prezzi e le tariffe (ovvero nella maggior parte dei casi il prezzo o la tariffa massima) di beni e servizi di rilevanza pubblica.

I provvedimenti tariffari e prezzi sono atti che limitano l'autonomia privata e la libertà contrattuale dei privati, determinando la sostituzione delle clausole contrattuali che prevedono un prezzo superiore a quello massimo previsto nei provvedimenti stessi, e con ciò quindi incidendo direttamente sugli effetti delle pattuizioni negoziali con cui i privati hanno regolato i loro interessi.

Attraverso tali provvedimenti si realizza una forma di intervento pubblico nell'economica, che incide sul libero gioco della domanda e della offerta. I provvedimenti tariffari e quelli prezzi determinano tariffe e prezzi imposti, fissati ad un livello diverso da quello che verrebbe stabilito dagli operatori economici privati in un libero mercato. Essi influenzano la domanda e l'offerta di un bene, che si ripercuote sul livello generale dei prezzi, per i legami di complementarietà e sostituibilità tra i beni economici. I provvedimenti in oggetto, perciò, finiscono con l'incidere sul sistema economico nazionale, sui suoi equilibri parziali, oltre che sui singoli settori economici direttamente interessati.

Il punto nodale dei provvedimenti tariffari e dei provvedimenti prezzo, nell'ambito del sistema delle fonti del diritto, è la loro natura giuridica.

È ormai recessiva la tesi, sostenuta dalla dottrina, che equipara i provvedimenti in oggetto a regolamenti amministrativi, inscrivendoli tra le fonti secondarie del diritto, dotate di efficacia erga *omnes* e di forza innovativa nell'ordinamento giuridico.

Né è condivisibile la tesi che qualifica i provvedimenti tariffati e prezzi come atti politici (e, quindi, in quanto tali sottratti al sindacato giurisdizionale), imputabili ad un organo di Governo ed approvati per ragioni politiche, estranee all'ordine giuridico, tali espressione di una potestà pubblica particolarmente intensa.

Il potere di adottare provvedimenti che stabiliscono prezzi e tariffe non è espressione di una competenza così ampia e libera da poter essere considerata "politica". Tant'è che i provvedimenti in esame sono generalmente considerati come atti espressione di discrezionalità tecnica, più che di discrezionalità amministrativa pura.

La giurisprudenza amministrativa e della Corte di Cassazione ha affermato a più riprese sia la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa dei provvedimenti in esame, esercitando un penetrante sindacato giurisdizionale

di legittimità dei provvedimenti stessi, sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità, sviamento della funzione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha posto in risalto la natura di atti amministrativi generali non normativi dei provvedimenti tariffari e dei provvedimenti prezzo

3. Il regime giuridico applicabile ai regolamenti e agli atti amministrativi generali

La necessità di distinguere gli atti normativi da quelli amministrativi generali sorge in ragione del fatto che dalla qualificazione dell'atto in un senso oppure nell'altro dipende il regime giuridico applicabile.

Le fonti secondarie del diritto, a differenza degli atti amministrativi generali, sono soggette al principio *iura novit curia*: il giudice è tenuto a conoscerle e può conoscerle incidentalmente, anche se non costituiscono oggetto di impugnazione. Ciò consente la disapplicazione del regolamento nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

Solo la violazione di una fonte secondaria del diritto da parte del giudice è motivo di ricorso per Cassazione ex art. 360, n. 3, c.p.c..

La violazione di una fonte secondaria da parte di un provvedimento amministrativo comporta l'illegittimità per violazione di legge, mentre l'inosservanza dell'atto amministrativo generale costituisce una figura sintomatica di eccesso di potere.

Il procedimento di formazione del regolamento è normalmente diverso da quello dell'atto amministrativo generale: l'art. 17 della legge n. 400 del 1988 descrive un preciso iter di formazione che vale per l'uno, non per l'altro.

3.1. Le analogie nel regime giuridico applicabile

Il regime giuridico applicabile ai regolamenti e agli atti amministrativi generali è caratterizzato non solo da differenze, ma anche da analogie.

L'art. 26, co. 1, della legge n. 241/1990 prescrive la pubblicazione di tutti gli atti amministrativi generali, analogamente a quanto prevede per gli atti normativi il d.P.R. n. 1092/1985.

Sia gli atti normativi, sia quelli amministrativi generali sono sottratti per espressa previsione di legge all'obbligo di motivazione¹¹, sancito in via generale per ogni provvedimento amministrativo (art. 3, co. 2, legge n. 241/1990). Analogamente, tutte le disposizioni sulla partecipazione procedimentale contenute nel capo III della legge n. 241/1990 non si applicano nei confronti dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi e di atti gene-

¹¹ In deroga alla regola, l'ordinamento prevede ipotesi di regolamenti assoggettati anch'essi al regime motivazionale caratteristico dell'atto amministrativo. È il caso, ad esempio, dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti per i quali è prescritto l'obbligo di motivazione.

rali, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione (art. 13, co. 1, legge n. 241/1990).

La giurisprudenza ravvisa la *ratio* della mancata applicazione delle norme sul procedimento essenzialmente nel fatto che gli atti regolamentari e amministrativi generali si rivolgono a una categoria indeterminata di destinatari e, pertanto, l'applicazione degli istituti in materia partecipatoria non avrebbe nessuna ragion d'essere.

Emerge dunque nella giurisprudenza il minimo comune denominatore che accomuna atti amministrativi generali e atti normativi sotto il profilo della disciplina applicazione: avere per destinatari una generalità non specificata di soggetti, non individuati né individuabili a priori, ma determinabili a posteriori, tramite il relativo atto amministrativo applicativo. I regolamenti e gli atti amministrativi generali sono “ad effetti plurisoggettivi”: si rivolgono a “gruppi indeterminati di soggetti”. In essi l'individuazione del singolo destinatario avviene solo attraverso un successivo concreto “atto di individualizzazione”, altrimenti definibile atto applicativo.

3.2. *L'impugnazione differita*

L'atto generale, per il fatto di rivolgersi a destinatari non determinati, di regola non è lesivo di posizioni giuridiche soggettive. La generalità è sinonimo di non immediata lesività dell'atto (c.d. volizione-preliminare). Ciò vale sia per il regolamento, sia per l'atto amministrativo generale. L'interesse e, quindi, la legittimazione a impugnare tali atti sorge in conseguenza dell'adozione dell'atto applicativo, quello cioè che, dando attuazione all'atto generale, produce una lesione immediata, concreta e attuale della sfera giuridica del destinatario.

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale l'atto amministrativo a contenuto generale, come del resto l'atto normativo, non lede interessi concreti se non attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo, che renda attuale il pregiudizio sostanzialmente espresso dalla normativa astratta.

Di conseguenza, al pari dei regolamenti, gli atti amministrativi generali non sono impugnabili immediatamente, bensì unitamente all'atto applicativo, che rende attuale e concreta la lesione, radicando l'interesse alla reazione in sede giurisdizionale.

Il termine di decadenza per impugnare l'atto generale inizia a decorrere insieme al termine per impugnare l'atto applicativo.

In caso di illegittimità, il giudice annulla l'atto esecutivo insieme all'atto generale di volizione preliminare.

3.3. *L'impugnazione immediata*

Gli atti normativi e gli atti amministrativi generali non sono sempre caratterizzati dal fatto di imporre prescrizioni destinate a produrre effetti nei confronti

di una generalità di soggetti non specificamente individuati o facilmente identificabili.

In alcuni casi è possibile individuare, tra la massa indistinta degli individui cui l'atto generale si rivolge, soggetti maggiormente qualificati in quanto destinatari finali dei precetti contenuti nel regolamento o nell'atto amministrativo generale. È l'osservazione dell'estrema varietà fenomenica della categoria a condurre alla conclusione che sia l'atto amministrativo generale, sia l'atto regolamentare non sono sempre connotati dal rivolgersi a destinatari non individuabili. Tali atti talvolta recano disposizioni che disciplinano compiutamente l'attività di destinatari chiaramente determinati o determinabili, dettando prescrizioni immediatamente precettive e idonee a ledere in modo diretto le posizioni di terzi (c.d. volizione-azione).

L'atto generale, normativo o amministrativo, ha un contenuto logico materiale che è talvolta eventualmente esprimibile anche in un rapporto con un soggetto individuabile in via immediata.

Ne discende che l'atto generale, quando in grado di produrre effetti giuridici nella sfera di soggetti previamente identificabili, risulta, anche se solo in queste particolari ipotesi, immediatamente impugnabile.

La regola dell'impugnabilità differita degli atti regolamentari o generali incontra un limite qualora l'atto generale, normativo o amministrativo, disciplini compiutamente l'attività dei destinatari, ponendo prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive.

In quest'ipotesi l'atto, in quanto suscettibile di produrre in via diretta ed immediata una concreta e attuale lesione dell'interesse di un dato soggetto, è autonomamente e immediatamente impugnabile. Più precisamente, nel caso in cui un atto regolamentare o generale contenga delle disposizioni impositive di precisi obblighi o divieti, le quali siano immediatamente precettive e direttamente lesive della posizione di un soggetto interessato, costui ha non tanto la facoltà di impugnarlo autonomamente rispetto all'atto applicativo, quanto piuttosto uno specifico onere in tal senso, posto che l'assetto d'interessi è direttamente posto dalla norma regolamentare o dall'atto amministrativo generale.

Ciò altro non è che l'applicazione dei consolidati principi che regolano l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale.

Per riconoscere la diretta impugnabilità dell'atto generale è dirimente la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato che determini, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione. Altrimenti l'impugnativa dell'atto finirebbe per trasmodare in un "controllo oggettivo sulla legittimità dell'atto generale, in contrasto con i principi sulla natura personale, concreta e attuale dell'interesse tutelato dall'ordinamento.

La mancata impugnazione dell'atto generale entro il termine di decadenza¹² preclude anche l'impugnazione degli atti applicativi, laddove questi ultimi sia-

¹² L'inizio del termine di decadenza coincide con la pubblicazione dell'atto generale sulla Gazzetta ufficiale e negli altri fogli degli annunci legali, ove tale pubblicazione sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento.

no impugnati non per vizi propri, ma per vizi mutuati dall'atto generale. In altri termini, se un atto amministrativo generale o regolamentare è ritenuto direttamente lesivo di una situazione giuridica soggettiva e la sua impugnazione non è stata effettuata nei termini, l'interessato decade senza rimedio dal diritto di proporre ricorso e la sua situazione giuridica rimane priva di tutela. Non è possibile far valere i vizi dell'atto generale con l'impugnazione proposta contro il provvedimento attuativo che mutui il difetto dell'atto generale: tale impugnazione sarebbe tardiva e, quindi, inammissibile.

3.4. Limiti soggettivi di efficacia della sentenza di annullamento di un atto generale

Si tratta di stabilire se l'annullamento dell'atto generale, normativo o amministrativo, debba essere inteso come diretto alla caducazione integrale dell'atto medesimo e, pertanto, debba avere efficacia nei confronti di tutti gli interessati, anche se non evocati in giudizio.

In base ai principi generali in tema di effetti dell'annullamento, la giurisprudenza amministrativa tende ad affermare che il vizio che inficia l'atto nel suo procedimento formativo o nel suo elemento di generalità comporta necessariamente la rimozione integrale dell'atto stesso. La conseguenza è l'efficacia *erga omnes* dell'annullamento dell'atto generale. E ciò a prescindere dalla scindibilità o meno delle posizioni dei singoli incise dall'atto generale.

L'orientamento delle Sezioni Unite, invece, si sviluppa a partire da un orientamento opposto a quello fatto proprio dal Consiglio di Stato.

La Cassazione condivide con il Consiglio di Stato la premessa, ovvero che il giudizio amministrativo ha per oggetto l'atto sotto il profilo formale della sua legittimità, ma se ne distacca per la diversa e assai più limitata portata attribuita all'effetto caducatorio. Secondo la Corte, infatti, il giudicato sulla legittimità od illegittimità dell'atto lo investe nella sua interezza soltanto ove l'atto sia davvero un atto solo ed unico, volto a provvedere in modo unitario ed indivisibile, pur se nei confronti di più soggetti che siano componenti di un gruppo unitario ed inscindibile.

L'opposizione tra i due orientamenti è dunque netta, perché il Consiglio di Stato attribuisce all'effetto di annullamento dell'atto generale un'efficacia *erga omnes* che la Cassazione invece gli nega. Mentre, per il Consiglio di Stato, la "parte cassatoria" della pronuncia di annullamento dell'atto generale "non può che fare stato *erga omnes*", per la Cassazione può ammettersi soltanto un'efficacia *ultra partes* del giudicato di annullamento, quale riflesso dell'inscindibilità sostanziale delle situazioni soggettive incise dall'atto: se l'atto provvede "in modo unitario e indivisibile" nei confronti di una pluralità di soggetti "che siano considerati come componenti di un gruppo unitario ed inscindibile", allora e solo allora "davvero, vale il principio per cui l'atto o sta per tutti o non sta per nessuno", nel senso che il giudicato di annullamento "produce i suoi effetti nei confronti di tutti i soggetti appartenenti al gruppo unitario ed indivisibile".

La tesi della Cassazione presuppone un'interpretazione fortemente riduttiva del concetto di atto generale.

La difformità dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza per stabilire i limiti soggettivi di efficacia dell'annullamento degli atti generali non rappresenta una semplice incoerenza tra orientamenti giurisprudenziali, ma mette in luce l'esistenza di un'antinomia nascosta nelle pieghe della complessità del diritto vivente.

Un medesimo atto non può essere allo stesso tempo qualificato come atto generale, al fine del regime sostanziale e processuale di validità, e come mera somma di provvedimenti individuali separati, ai fini dell'efficacia della sentenza di annullamento. Un atto generale non può essere anche scindibile, perché, altrimenti, esso si riduce a una collezione di atti individuali privi di rapporto l'uno con l'altro, ovvero privi di generalità.

La preponderanza della preoccupazione di conservare gli effetti di un'azione amministrativa particolarmente complessa come quella che si esprime negli atti generali, che evidentemente anima anche l'orientamento della Cassazione, finisce per condurre ad un punto di non ritorno, ovvero alla dissoluzione della categoria dell'atto generale¹³.

3.5. La disapplicazione del regolamento (e non dell'atto amministrativo generale)

La giurisprudenza amministrativa ritiene disapplicabili solo gli atti aventi valenza normativa e non gli atti amministrativi generali, per i quali sussiste sempre l'onere d'impugnazione rituale.

Quanto alla *ratio* alla base dell'orientamento giurisprudenziale che impone sempre l'impugnativa dell'atto amministrativo generale e nega la possibilità di una sua disapplicazione, si afferma che un sindacato incidentale degli atti generali finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio: sarebbero snaturati i caratteri essenziali del processo amministrativo e, in definitiva, sarebbe consentita l'elusione del termine di decadenza. Ammettere la disapplicazione dell'atto amministrativo generale, al pari del regolamento, significherebbe aprire la strada alla incertezza assoluta – per non dire all'arbitrio e alla anarchia – nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni; certezza che invece l'ordinamento Giuridico ha inteso salvaguardare fissando un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi.

Le esigenze di certezza dei rapporti giuridici si trovano a non valere invece per i regolamenti, dal momento che il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso sia nella giurisdizione esclusiva relativamente alle controversie in tema di diritti soggettivi, sia nella giurisdizione di legittimità. E la disapplicazione è ammessa sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento (rapporto di antipa-

¹³ M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2013, 53.

tia), sia quando il provvedimento impugnato sia conforme al presupposto atto normativo (rapporto di simpatia). Nel primo caso (rapporto di antipatia) il giudice, disapplicando il regolamento illegittimo, accerta la conformità del provvedimento alla legge e, quindi, la sua validità. In questo caso, se non operasse la tecnica della disapplicazione, si arriverebbe al paradosso per cui il giudice, accertata la contrarietà del provvedimento al regolamento, dovrebbe decretarne l'illegittimità e annullarlo, pur essendo esso conforme alla legge.

Nel secondo caso (rapporto di simpatia) il provvedimento mutua il vizio del regolamento: entrambi sono contrastanti con la legge. Se il giudice non potesse disapplicare il regolamento, dovrebbe dichiarare valido il provvedimento, in quanto conforme al paradigma del regolamento, ancorchè contrario alla legge. Si tratterebbe, anche in questo caso, di un risultato paradossale.

Per ammettere la disapplicazione dei regolamenti e negare la disapplicazione degli atti amministrativi generali la giurisprudenza valorizza la diversa natura del regolamento rispetto a quella dell'atto amministrativo generale.

La disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati si fonda: i) sul principio di gerarchia delle fonti del diritto; ii) sul rilievo della natura normativa del regolamento (*iura novit curia*); iii) sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria)¹⁴.

Quando il regolamento non è immediatamente lesivo, è allora sufficiente impugnare l'atto esecutivo per far valere l'illegittimità del regolamento, mentre non è necessaria anche l'impugnazione di quest'ultimo. Se il regolamento rileva come atto presupposto dell'atto impugnato che lo presuppone, il regolamento può essere conosciuto *incidenter tantum* dal giudice e considerato invalido limitatamente a quel giudizio: l'atto regolamentare, se riconosciuto illegittimo, viene disapplicato nel caso deciso e considerato *tamquam non esset*.

Mediante la disapplicazione, il giudice non provoca l'estinzione degli effetti dell'atto normativo, ma li paralizza in funzione della controversia che decide. Viene impedito all'atto normativo illegittimo di produrre i suoi effetti, e il secondo atto, quello amministrativo, tempestivamente impugnato dal ricorrente, è trattato dal giudice come se l'atto normativo non vi fosse stato.

Riassumendo, il sistema di tutela nei confronti del regolamento è misto, di annullamento e di disapplicazione: i) di annullamento, sia quando il regolamento abbia un effetto immediatamente lesivo (volizione azione), sia quando il ricorrente abbia proposto impugnazione congiunta nei confronti dell'atto applicativo del regolamento (volizione preliminare); ii) di disapplicazione, quando il giudice accerti che, per provvedere sulla domanda, il regolamento debba essere considerato come se non esistesse nell'ambito del giudizio.

Quanto detto finora vale per la disapplicazione dell'atto normativo.

La disapplicazione dell'atto amministrativo generale dinanzi al giudice amministrativo è consentita solo nelle materia devolute alla sua giurisdizione

¹⁴ Cons. St., sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219.

esclusiva in cui si faccia questione di diritti soggettivi. In questo caso la disapplicazione da parte del giudice amministrativo è un potere simmetrico a quello riconosciuto al giudice ordinario dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (legge sul contenzioso amministrativo). La norma riconosce al giudice ordinario il potere di disapplicare l'atto amministrativo, nelle controversie aventi a oggetto diritti soggettivi. Eguale potere deve quindi riconoscersi al giudice amministrativo che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, conosca di diritti soggettivi.

4. La fuga dal regolamento: il *tertium genus* dell'atto amministrativo generale di regolazione

Il sistema delle fonti del diritto amministrativo basato sulla distinzione tra leggi e regolamenti (e sull'ulteriore distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali) ha subito negli ultimi anni una vera e propria destrutturazione, dettata dall'esigenza di una regolazione più flessibile, veloce e meno formale.

I regolamenti vengono percepiti dagli operatori come strumenti regolativi obsoleti, inidonei a soddisfare le istanze, dinamiche e mobili, del mondo produttivo.

Si è dato così corso ad una forzatura del sistema, che ha determinato una deviazione dagli schemi tipici. Si tratta, in altri termini, di un processo di progressiva erosione della sfera della regolazione formale, in favore di strumenti di normazione flessibile, atipica e concertata, che si pongono ai margini del perimetro di operatività del principio di legalità.

Il fenomeno può essere icasticamente descritto come “fuga dal regolamento”.

Il più evidente esempio di questa fuga è rappresentato dalle linee guida vincolanti dell'ANAC, previste da nuovo Codice degli appalti, destinate all'attuazione e all'integrazione della disciplina primaria. Nel Codice degli appalti è stato assegnato all'ANAC, per mezzo dello strumento delle linee guida, un compito strategico ed essenziale nella definizione della disciplina normativa secondaria.

È stata infatti riservata alle linee guida la disciplina di aspetti determinanti del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Si pone il problema della qualificazione giuridica delle linee guida vincolanti.

La dottrina ha suggerito di riconoscere alle linee guida natura di atti normativi *extra ordinem*. Ma tale qualificazione suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del sistema delle fonti.

Il Consiglio di Stato ha aderito all'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale delle linee guida vincolanti con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. In questa prospettiva, le linee guida vincolanti dell'ANAC sono state ricondotte alla

categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’¹⁵.

Si tratta quindi di una sorta di *tertium genus*: né regolamento, né atto amministrativo generale.

Il problema che si pone è quello della disciplina applicabile. Occorre stabilire se, per le linee guida, si segua il regime del regolamento o quello dell’atto amministrativo generale, anche per quanto concerne la possibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione dell’atto non ritualmente impugnato.

La giurisprudenza mostra di considerare le linee guida più alla stregua di regolamenti che di atti amministrativi generali, applicando il regime giuridico dei primi piuttosto che quello dei secondi¹⁶.

In primo luogo, la giurisprudenza conferma gli effetti *erga omnes* delle linee guida vincolanti dell’ANAC.

In secondo luogo, si afferma che anche per le linee guida dell’ANAC devono trovare applicazione tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione

¹⁵ *Contra*, C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo l’Autore, mentre gli atti di regolazione rispondono all’esigenza di affidare a un’autorità indipendente dal Governo l’introduzione di regole perlopiù tecniche (tariffe, prezzi di accesso alla rete dell’incumbent, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali) in segmenti di mercato circoscritti nei quali l’Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia intervento normativo, le linee guida dell’ANAC, al contrario, non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo. Le linee guida – che definiscono, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell’avvalimento e il regime delle SOA (artt.83 e 84 del Codice) – rivestono, per un verso, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa, ma non presentano, per un altro, alcun profilo tecnico che ne impone l’affidamento a un’autorità di regolazione diversa dal Governo e si riferiscono, per un altro ancora, a un mercato tutt’altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori. Non solo, ma nel mercato dei lavori pubblici non sono neanche ravvisabili quelle esigenze di regolazione indipendente dall’Esecutivo (che non controlla, direttamente o indirettamente, alcuna impresa, monopolista o ex monopolista, che rivesta una posizione dominante) che sconsigliano l’introduzione di una disciplina normativa mediante regolamenti governativi. Da ultimo – secondo l’Autore – non risultano rinvenibili, né nella Costituzione, né nel diritto europeo, le basi del potere di regolazione affidato dalla legge all’ANAC. E nelle disposizioni legislative che lo prevedono e lo autorizzano, non sono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali dev’essere declinata la regolazione in questione. Si tratta, quindi, di una vera e propria delega in bianco, con conseguente inosservanza del principio di legalità. La catalogazione delle linee guida in esame nel novero degli atti di regolazione delle autorità indipendenti – secondo l’Autore – si rivela, in definitiva, una forzatura ermeneutica dettata dalla duplice (e, comunque, apprezzabile) esigenza di conservare gli equilibri dell’assetto conosciuto delle fonti regolative e di evitare l’esperto riconoscimento dell’anomalia dell’introduzione di una nuova e atipica fonte del diritto, con tutte le difficoltà ricostruttive e sistematiche che ne conseguirebbero. Secondo l’Autore, la forzatura di affidare a un atto atipico, adottato da un’autorità diversa dal Governo, l’introduzione nell’ordinamento di norme sub-legislative difficilmente catalogabili come atti di regolazione equiparabili alle deliberazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti comporta uno sconvolgimento dell’assetto costituzionale e ordinamentale delle fonti di produzione del diritto e impedisce, di fatto, un coerente e razionale inquadramento di esse nel sistema conosciuto (se non a costo di ricostruzioni scarsamente attendibili).

¹⁶ Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855.

già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del ‘principio di legalità sostanziale’ con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’. Tra le garanzie procedimentali da osservare se ne segnalano in particolare tre:

- l’obbligo di sottoporre le linee guida vincolanti ad una preventiva fase di ‘consultazione’, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire elementi istruttori/ motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio;
- l’esigenza di dotarsi di strumenti di analisi di impatto della regolazione (AIR) e di verifica *ex post* dell’impatto della regolazione (VIR);
- la necessità di adottare tecniche di codificazione delle linee guida vincolanti tramite la concentrazione in “testi unici integrati”.

La qualificazione delle linee guida vincolanti come atti amministrativi generali e di regolazione consente la giustiziabilità di tali atti di fronte al giudice amministrativo. Di ciò si ha conferma nella legge delega del nuovo codice dei contratti pubblici e nel parere su di esso reso dal Consiglio di Stato. In tale parere non si chiarisce se le linee guida vincolanti, oltre che impugnabili, siano anche disapplicabili dal giudice amministrativo, laddove non ritualmente impugunate. Ma la tendenziale e sostanziale assimilazione delle linee guida più ai regolamenti che agli atti amministrativi generali lascia propendere per la loro disapplicazione.

5. *Soft law, no law*

Oltre alle linee guida vincolanti dell’Anac, il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede linee guida e raccomandazioni non vincolanti. Si tratta di atti amministrativi e, quindi, tecnicamente, non di fonti del diritto.

Pur essendo previsti come strumenti di natura non vincolante, le linee guida e le raccomandazioni producono comunque effetti giuridici nell’ordinamento. Esse orientano l’attività e i comportamenti degli operatori del settore e, in particolare, della pubblica amministrazione, che può discostarsi da un atto non vincolante, ma a tal fine ha l’obbligo di motivare per evitare di incorrere nel vizio di eccesso di potere. E in questo senso le linee guida e le raccomandazioni non vincolanti partecipano dei caratteri del c.d. *soft law*.

Divenuta negli ultimi anni sempre più comune nella terminologia dei giuristi, questa locuzione valorizza l’antitesi con l’*hard law* e in relazione a essa acquista un significato letteralmente traducibile come ‘legge debole’ o ‘dolce’.

Il *soft law* indica un sistema di regole che si connota essenzialmente per il fatto di non essere caratterizzato dai tratti forse più tipici e ricorrenti della norma giuridica: l’essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva.

Dal punto di vista degli effetti, il tratto caratteristico del *soft law* è la sua informale obbligatorietà. La non-vincolatività delle regole in esso poste ovvero

la mancata previsione degli atti dal novero delle fonti di produzione del sistema (di qui la natura “soft”) non interdice, infatti, la produzione di effetti giuridici, o comunque non impedisce che ad essi vengano ricollegati determinati effetti giuridici (perciò è “law”).

Il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una disomogenea tipologia di atti il cui tratto comune è costituito dal carattere “non” vincolante delle regole poste, pur in presenza di effetti giuridici.

Tale carattere si rinviene nei tre principali orientamenti sul tema: i) quello secondo cui il *soft law* individua una tipologia di atti; ii) quello secondo cui esso delinea una tecnica di regolazione; iii) quello, infine, secondo cui il fenomeno comprenderebbe tanto una tipologia di atti, quanto una tecnica di regolazione.

Il primo e il terzo orientamento offrono una descrizione condivisibile del *soft law*: si tratta di un sistema che consta di regole di condotta cui non è attribuito dall’ordinamento carattere vincolante ma che comunque producono effetti giuridici e che sono adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici formalmente collegati ad atti vincolanti. Ciò che realmente descrive il *soft law* è l’intenzione di produrre un atto astrattamente non vincolante, ma volutamente alternativo ad un atto vincolante, nella certezza che esso comunque produrrà effetti giuridici.

In questa prospettiva, il *soft law* comprende: a) il *pre-law* (cioè gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti, quali Libri bianchi, Libri verdi del diritto dell’UE); b) il *post-law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative); c) il *para-law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti, quali raccomandazioni, pareri, comunicazioni non interpretative).

Gli orientamenti appena descritti consentono di effettuare alcune considerazioni.

La prima è che al *soft law* vengono ascritti una gamma molteplice di strumenti quali raccomandazioni e pareri, libri bianchi e libri verdi, risoluzioni e conclusioni del Consiglio, comunicazioni della Commissione, linee-guida, programmi generali, linee di indirizzo, codici di condotta, accordi interistituzionali.

La seconda è che il *soft law* è considerato “diritto” in senso assai lato, cui non si riconosce – in astratto e a priori – valore vincolante, ma che ugualmente determina effetti giuridici di vario genere.

La terza è che il *soft law* si colloca al confine con il sistema delle fonti.

La giurisprudenza non ha ancora teorizzato il sistema del *soft law*, né ha operato un tentativo di classificazione degli atti di *soft law*. Tale termine, ad oggi, non ricorre nelle sentenze.

6. Le fonti del diritto amministrativo e l’emergenza sanitaria

6.1 l’emergenza sanitaria nella Costituzione

L’idea secondo cui l’emergenza sia di per sé fonte attributiva di poteri straordinari o comunque legittimi l’attribuzione di poteri *extra ordinem* è avvalorata dalla Co-

stituzione. Pur mancando nella Carta una clausola generale sull'emergenza, tuttavia, la necessità di fronteggiare situazioni emergenziali attraverso poteri straordinari è ben presente e si ricava da una serie di norme:

i) l'art 77 Cost riconosce al Governo il potere di adottare decreti legge in situazioni straordinarie di necessità e di urgenza. Il decreto legge rappresenta una deroga al sistema delle fonti: il Governo, titolare della funzione amministrativa, esercita quella legislativa; si è in presenza di un atto legislativo che promana dall'esecutivo giustificato dalla straordinarietà della situazione;

ii) l'art. 78 Cost, relativo allo stato di guerra, prevede che le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari; si tratta di una norma che fa riferimento a un'emergenza particolare, derivante dallo stato di guerra;

iii) anche l'art 120 della Cost. fa riferimento ad una situazione straordinaria e prevede, anche qui, un potere *extra ordinem*: si consente al Governo di sostituirsi agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso, tra l'altro, di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali;

iv) l'art 126 Cost. consente lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta in presenza, anche qui, di situazioni eccezionali.

In sintesi, la Costituzione contempla l'emergenza e ammette che in situazioni eccezionali variamente descritte possano essere adottati provvedimenti straordinari.

6.2. La gestione dell'emergenza

Le previsioni costituzionali consentono di giustificare a livello normativo primario quelle disposizioni che contemplano poteri di ordinanza per fronteggiare situazioni di emergenza. A livello legislativo, il potere di emergenza, cioè l'attribuzione all'autorità amministrativa di un potere di emergenza, è variamente disciplinato.

L'ordinamento contempla diverse tipologie di ordinanze per fronteggiare situazioni di emergenza: il potere di ordinanza è disciplinato in maniera eterogenea: è difficile ricondurre a unità le disposizioni legislative che prevedono poteri di ordinanza. Si può operare una classificazione in base: i) al livello delle disposizioni normative che l'ordinanza è in grado di derogare provvisoriamente; ii) ai presupposti che legittimano l'esercizio del potere; iii) al grado di determinazione del contenuto dell'ordinanza da parte della norma attributiva del potere.

Sulla base del primo criterio, quello relativo al livello delle disposizioni normative che l'ordinanza è in grado di derogare, si individuano le ordinanze che sono in grado di derogare a norme di fonte primaria (legge e atti equipa-

rati): si tratta delle ordinanze straordinarie. Queste si contrappongono alle ordinanze che non sono abilitate a derogare alle norme di legge (ordinanze ordinarie).

Le ordinanze straordinarie, pur abilitate a derogare e sospendere le norme di rango primario, però, secondo una giurisprudenza consolidata, più volte ribadita anche dalla Corte Costituzionale, devono comunque rispettare la Costituzione, i principi generali dell'ordinamento giuridico, le norme del diritto dell'Unione europea e non possono incidere sulle materie coperte da riserva assoluta di legge.

In base al presupposto che legittima l'esercizio del potere di ordinanza si distinguono le ordinanze generali da quelli speciali, a seconda di come il legislatore descriva il fatto emergenziale legittimante. Quando il presupposto è descritto dalla norma attributiva del potere in base a clausola generale (es., "pericolo per l'incolumità pubblica", senza specificare di che tipo di pericolo deve trattarsi, per cui è sufficiente qualsiasi pericolo per l'incolumità dei cittadini), l'ordinanza è generale. Le ordinanze speciali, invece, sono quelle che fanno riferimento a particolari pericoli, come nel caso di inquinamento atmosferico che consente al sindaco di ridurre l'orario di apertura degli esercizi commerciali.

In base al grado di predeterminazione del contenuto, si distinguono le ordinanze tipiche da quelle atipiche. L'ordinanza *extra ordinem* è normalmente atipica, nel senso che il legislatore non è in grado di predeterminare in maniera puntuale le misure che occorrono per fronteggiare la situazione emergenziale. Si realizza qui una deroga al principio di tipicità del provvedimento amministrativo: questa deroga a un principio cardine del nostro ordinamento, quello di tipicità-legalità, si giustifica alla luce dell'emergenzialità della situazione.

Talvolta il legislatore riesce, soprattutto laddove l'ordinanza è diretta a fronteggiare fatti emergenziali specifici e descritti puntualmente, a individuare anche un ventaglio di misure che possono essere adottate: si configurano in questo caso ordinanze tipiche, a contenuto predeterminato.

Nella gestione dell'emergenza sanitaria da Covid 19, il Governo è passato da un sistema di gestione dell'emergenza caratterizzato da potere di ordinanza atipico, secondo il d.l. n. 6/20 ad un sistema tipico, ai sensi del d.l. n. 19/20 che ha previsto un elenco molto dettagliato di misure che possono essere adottate.

6.3 *Il quadro normativo relativo alla gestione dell'emergenza*

Una delle più risalenti norme in materia di gestione dell'emergenza è rappresentata dall'art. 2 TU delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. n. 773/1931): l'art. 2 prevede che il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Il T.U. in materia di enti locali (d.lgs 267/2000) contiene norme che attri-

buiscono il potere di ordinanza al sindaco sia in qualità di capo dell'amministrazione comunale, sia in qualità di ufficiale del governo.

In particolare, le norme che vengono in rilievo sono l'art. 50 e l'art. 54.

L'art. 50, comma 5, TUEL prevede, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, il potere del sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti, quale rappresentante della comunità locale. Il comma successivo prevede che, anche in caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco può adottare le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti. Si tratta di "ordinanze contingibili e urgenti": il legislatore utilizza una formula che richiama la natura straordinaria del potere e quindi la sua idoneità a derogare il diritto vigente. Si tratta anche di ordinanze atipiche, a contenuto libero, nel senso che il contenuto non è predeterminato dalla legge.

Un secondo tipo di ordinanza previsto dal TUEL è quello contemplato dell'art. 54, che disciplina le attribuzioni del sindaco come ufficiale di Governo: con atto motivato, può adottare provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quindi con la possibilità di derogare alle norme di fonte primaria, al fine di prevenire ed eliminare i gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Questa è una norma che prevede un potere di ordinanza, ancora una volta, *extra ordinem* e a contenuto non predeterminato, con una competenza generale (il fatto emergenziale è descritto attraverso una clausola generale, perché si fa riferimento a non meglio precisati "gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana").

Sempre l'art. 54, al comma 6, prevede un potere di ordinanza specifico, relativo ai casi di emergenza connessi al traffico o all'inquinamento atmosferico o acustico o quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana: in questo caso il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali e dei servizi pubblici, nonché gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati sul territorio. L'art. 54, comma 6, del TUEL richiama il quarto comma: ciò consente al sindaco, anche in questo caso, di derogare alle norme di livello primario.

Il quadro dei poteri emergenziali riconosciuti al sindaco è completato dall'art. 117 del d.lgs. n. 112/98, il quale stabilisce che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco o dal rappresentante della comunità locale.

Poteri di ordinanza, in capo al sindaco e al prefetto, sono previsti anche dal T.U. delle leggi in materia sanitaria (Regio Decreto 1265/1934). Si tratta di poteri per la maggior parte assorbiti da quelli, più ampi, previsti dagli artt. 50 e 54 del TUEL.

Ad esempio, l'art. 217 T.U. in materia di leggi sanitarie attribuisce al sindaco un potere di ordinanza speciale in presenza di un pericolo per la salute pubblica derivante da vapori, gas o altre esalazioni, scoli di acque, rifiuti solidi

o liquidi e può adottare un provvedimento con cui determina le misure da adottare per impedire questo tipo di pericolo.

Un'ulteriore ipotesi di ordinanza sindacale prevista dal T.U. delle leggi in materia sanitaria è quella di cui all'art. 258: "qualsiasi cittadino, dimorante in un comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto, nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione, delle quali venga richiesto dal sindaco".

Questi poteri attribuiti al sindaco si vanno a sovrapporre con il potere previsto dall'art. 50, comma 5, del TUEL.

Poteri di ordinanza sono previsti anche nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge n. 833/1978), che attribuisce al Ministro della salute (art. 32) il potere di "emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'interno del territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni".

Questo potere si sovrappone a quello previsto dall'art. 261 del TU delle leggi in materia sanitaria. La norma attribuisce al Ministro dell'interno il potere di "emettere ordinanze speciali per la visita e la disinfezione delle case, per l'organizzazione dei servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia".

Il potere previsto dall'art. 261 tende a sua volta a sovrapporsi al potere previsto dall'art. 32 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, che attribuisce al Ministero della salute il potere di adottare con efficacia estesa sull'intero territorio nazionale le misure di carattere contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica.

La più rilevante delle norme in materia di gestione dell'emergenza è contenuta nel d.lgs. n. 1 del 2018, che prevede un particolare potere del Governo di dichiarare lo stato di emergenza per una durata massima di 12 mesi, prorogabili per non più di ulteriori 12 mesi, laddove si verificano gli eventi contemplati dall'art. 7 lett. c), che sono emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo, se per la loro natura ed estensione richiedono l'intervento coordinato di due enti e devono essere fronteggiati con poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo.

La dichiarazione dello stato di emergenza fino al 31 luglio 2020 fatta dal Governo a gennaio del 2020 a fronte del Covid-19 si fonda proprio su questa norma, che conferisce al Presidente del Consiglio anche poteri di gestione dell'emergenza.

Il d.lgs. n. 1/2018, per fronteggiare eventi o calamità naturali o eventi correlati all'attività dell'uomo ma di grandi dimensioni, consente l'utilizzo di poteri straordinari: una volta dichiarato lo stato di emergenza, questi poteri straordinari vengono esercitati attraverso ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'UE, oltre che ovviamente nel rispetto delle norme della Costituzione.

Il potere di ordinanza in materia di protezione civile spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri, che lo può esercitare sia direttamente sia per il tramite del Capo dipartimento della Protezione civile.

Il Governo ha ritenuto opportuno, data la peculiarità dell'epidemia, adottare una legislazione speciale, e non basarsi esclusivamente sul testo unico in materia di protezione civile. Di qui l'emanazione dei decreti legge nn. 6 e 19 de 20.

6.3.1 I decreti legge del 2020 di gestione dell'emergenza sanitaria

La base normativa delle misure di contenimento dell'emergenza Covid-19 adottate con DPCM è costituita dal d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 e dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

Il primo d.l. demandava a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – i DPCM – l'introduzione di misure di contenimento e di gestione dell'emergenza, non descritte in maniera tassativa dallo stesso d.l. n. 6 del 2020.

Il d.l. n. 19 del 2020, che ha sostituito il d.l. n. 6 è basato su un diverso approccio, più rispettoso del principio di legalità sostanziale: esso predetermina il contenuto delle misure di contenimento adottate con successivi DPCM: non si prevede più la possibilità di adottare misure di contenimento ulteriori e diverse da quelle contemplate dal decreto legge.

Si disciplina anche il riparto di competenza Stato-Regioni-Comuni: l'art. 3 del DL 19 del 2020 riconosce un'autonoma competenza ad adottare ordinanze contingibili e urgenti anche ai Presidenti delle Regioni e ai sindaci, ma soltanto a ricorrere di presupposti e nel rispetto di alcune condizioni: le Regioni possono intervenire nelle more – dice il legislatore – dell'adozione del DPCM e soltanto se ci sono specifiche situazioni sopravvenute e un aggravamento del rischio. *La ratio* è che adottato il DPCM, l'autorità non statale – quindi Regione o Comune – deve intervenire soltanto se c'è una situazione sopravvenuta e un aggravamento del rischio sanitario che si sia verificata nel territorio della Regione o in parte di esso. Di questa specifica situazione di aggravamento del rischio bisogna dar conto nella motivazione del provvedimento.

Le Regioni e i Comuni possono intervenire solo nei loro ambiti di competenza e comunque senza incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica sull'economia nazionale.

Il d.l. n. 19 del 2020, in relazione all'emergenza sanitaria Covid-19, ha circoscritto i poteri di ordinanza dei sindaci (così come del resto delle regioni), limitandoli rispetto a quanto prevede l'ordinamento in via generale, anche al fine di rafforzare il coordinamento in capo al Presidente del Consiglio dei ministri volto a garantire l'adozione di misure tendenzialmente uniformi sul territorio, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

L'art. 18 del d.l. n. 76 del 2020 (c.d. "semplificazioni") ha restituito ai sindaci la pienezza dei poteri di ordinanza previsti dall'ordinamento vigente prima dell'introduzione dei limiti dettati in relazione all'emergenza da Covid-19.

Nello specifico, la disposizione ha soppresso l'art.3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020, con cui erano dettati tali limiti.

La disposizione soppressa prevedeva che i sindaci non potessero adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza: i) in contrasto con le misure statali e regionali; ii) che eccedessero i limiti di oggetto che valgono per i provvedimenti regionali (cui al comma 1 del medesimo articolo 3 del DL n.19).

Come si legge nella relazione illustrativa al d.l. n. 76 del 2020, la finalità della disposizione è quella di "ripristinare pienamente i poteri extra ordinem attribuiti ai sindaci dall'art. 50 del Testo unico degli enti locali (TUEL), in modo che gli stessi possano adottare tutte le misure contingibili e urgenti eventualmente necessarie per evitare nuove situazioni di rischio per la salute e l'incolumità delle proprie comunità", "essendo ora venuta meno la ratio sottesa alla norma" di cui si dispone l'abrogazione.

L'abrogazione dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 fa venire dunque meno i richiamati limiti a cui era sottoposto il potere di ordinanza sindacale nelle fasi cruciali di contrasto alla diffusione dell'epidemia in corso, che invece continuano ad applicarsi (ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3, del d.l. n. 19) ai provvedimenti regionali.

Si determina pertanto un'asimmetria tra il potere di ordinanza dei sindaci e il potere delle regioni di adottare atti, incluse le ordinanze, la cui coerenza complessiva pare suscettibile di approfondimento. Ciò con particolare riferimento alla gestione delle emergenze nelle materie igiene e sanità pubblica e polizia veterinaria, di cui all'art. 32 della legge n. 833 del 1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), che attribuisce ai sindaci e ai presidenti di regione poteri di ordinanza a seconda dell'estensione territoriale delle emergenze stesse.

7. Le ordinanze di necessità e di urgenza

Le ordinanze di necessità e urgenza si inseriscono nell'ambito delle riflessioni concernenti la generalità, l'astrattezza e la innovatività delle norme, i criteri formali e sostanziali per il loro riconoscimento, le differenze tra la volizione-preliminare e la volizione-azione.

Le ordinanze di necessità e di urgenza (anche dette libere o necessitate) possono definirsi come atti dell'autorità amministrativa adottati sul presupposto della necessità e dell'urgenza del provvedere, con contenuto non prestabilito dalla legge, per far fronte a situazioni di pericolo di danno grave ed imminente per la generalità dei cittadini, con il potere di incidere derogativamente e sospensivamente sulla legislazione in vigore, con efficacia (tendenzialmente) temporanea. Formalmente, dunque, tali ordinanze si presentano come atti amministrativi, pur avendo la forza di incidere sul quadro normativo vigente.

La norma di legge si limita a individuare: i) l'autorità legittimata a esercitare il potere; ii) i presupposti di necessità e di urgenza per l'adozione dell'ordinanza; iii) la finalità da perseguire. La legge non detta disposizioni sull'oggetto, che resta libero, demandando all'autorità amministrativa un ampio potere di-

screzionale in ordine alla scelta del contenuto dell'atto necessario a far fronte alla situazione di urgenza.

L'ordinanza *extra ordinem* è quindi un atto dell'amministrazione che attua una delega normativa "in bianco" con forza di derogare norme primarie in ragione del superamento di condizioni di necessità e urgenza.

Il potere di emanare ordinanze libere, essendo previsto da una norma di legge, non sfugge al principio di legalità formale, ma a quello di legalità sostanziale, cioè alla regola della tipicità degli atti dell'amministrazione; regola che si basa sulla predeterminazione del contenuto dell'atto da parte della legge.

Nel tentativo di individuare e passare in rassegna le norme attributive di poteri di ordinanza presenti nell'ordinamento, ci si imbatte in una serie variegata di ordinanze, che esclude una loro tipicità quanto ai presupposti di fatto, all'autorità che le adotta e al contenuto.

La fattispecie più risalente di ordinanza è senz'altro quella prevista dall'art. 7 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, dove si prevede la possibilità che l'Amministrazione disponga transitoriamente della proprietà privata per grave necessità pubblica.

Un'altra ipotesi "risalente" di norma che attribuisce il potere di ordinanza è l'art. 2 del T.U. delle leggi di Pubblica Sicurezza (18-6-1931, n. 773): "il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica". Tale disposizione, per l'indeterminatezza del presupposto e della "materia", è particolarmente emblematica con riguardo al problema delle ordinanze di necessità e di urgenza che si affronterà nel successivo paragrafo.

È più recente la norma che riconosce ai sindaci un potere di ordinanza, attribuendo ad essi, nella qualità di ufficiali del governo, la potestà di emanare ordinanze contingibili e urgenti, al fine di prevenire o eliminare gravi pericoli tali da minacciare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana¹⁷.

Nella prassi, sono anche diffuse le ordinanze di necessità e urgenza in materia di protezione civile. La legge consente al Governo l'utilizzo di mezzi e poteri straordinari per far fronte a situazioni emergenziali determinate da eventi straordinari (artt 2 e 5 della legge n. 225 del 1992; art. 5 del d.l. 343/2001). Una volta dichiarato lo stato di emergenza, gli interventi si attuano attraverso "ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico".

¹⁷ L'art. 54, comma 4, del TUEL attribuiva al Sindaco il potere di emanare ordinanze non rientranti nella categoria di quelle contingibili ed urgenti, e dunque "normali", cioè in assenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza. Questo potere è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 115/2011. La norma in esame, prevedendo il potere sindacale di emanare ordinanze, non solo *extra ordinem*, ma anche "normali", contemplava una potestà pubblicistica del tutto sganciata dal principio costituzionale di legalità e dalla riserva di legge in materia. L'art. 54 T.U.E.L. prevedeva il suddetto potere prescindendo da qualunque limite sostanziale e non disciplinandolo nel merito, in contrasto con il principio di legalità in senso sostanziale. Se ciò è giustificabile per ordinanze emesse di fronte ad esigenze contingibili ed urgenti, lo stesso non può dirsi per ordinanze c.d. normali, sganciate da presupposti di straordinarietà. Per queste ragioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui prevedeva il potere del Sindaco di emanare ordinanze sindacali "normali" (Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115).

7.1. *Il problema della natura giuridica*

La natura giuridica delle ordinanze *extra ordinem* costituisce un tema ampiamente dibattuto.

In origine è prevalsa la tesi che qualificava le ordinanze di necessità e urgenza come atti normativi. Tale tesi si fonda sul fatto che le ordinanze non solo hanno contenuto generale e astratto e innovativo dell'ordinamento, ma possono anche derogare a norme dispositive di legge, sia pure per periodi circoscritti di tempo: connotati, questi, che non è dato riscontrare negli atti amministrativi, i quali, in quanto soggetti al principio di legalità, non hanno la capacità di derogare ad atti aventi forza di legge.

La soluzione prospettata consente di affermare che le ordinanze, avendo fondamento nella legge e inserendosi nella gerarchia delle fonti a livello secondario, ove non ritualmente impugnate, possono essere conosciute *incidenter tantum* e disapplicate dal giudice in virtù del principio *iura novit curia*.

Sembra, tuttavia, preferibile la tesi, attualmente prevalente, che riconosce alle ordinanze libera natura formalmente e sostanzialmente amministrativa. Tale tesi si fonda sui seguenti rilievi.

Le ordinanze *extra ordinem* hanno generalmente contenuto concreto: esse incidono in via immediata e diretta sulla sfera giuridica dei destinatari, che sono in genere soggetti determinati.

A sostegno della tesi della natura amministrativa, la Corte costituzionale ha affermato che le ordinanze di necessità e urgenza sono prive del requisito dell'innovatività: esse sono destinate a far fronte a situazioni temporanee e, quindi, producono effetti per il tempo "strettamente necessario"; non sono quindi in grado di innovare l'ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, la funzione delle ordinanze libere, lungi dall'essere quella di costituire l'ordinamento giuridico (funzione normativa), si sostanzia nel provvedere in relazione a singolari situazioni concrete (funzione amministrativa).

Si può quindi affermare che le ordinanze sono atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, atipici, suscettibili di derogare a norme dispositive di legge in forza di una norma di rango primario che legittima l'esercizio del potere di ordinanza.

7.2. *Limiti al potere di ordinanza e sindacato del giudice*

Il potere di emanare ordinanze *extra ordinem* incontra dei limiti.

- i) Quello temporale è strutturale e connaturato: le ordinanze *extra ordinem* devono avere efficacia limitata nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza.
- ii) Occorre inoltre un'adeguata motivazione, all'esito di un'accurata istruttoria.
- iii) La capacità di derogare alla legge incontra il limite dei principi dell'ordinamento giuridico e del diritto dell'Unione europea.

Al riguardo, si registra una consolidata giurisprudenza costituzionale che ha contribuito a fornire ulteriori elementi per delimitare il potere di emanare ordinanze libere. La Corte costituzionale ha considerato fondamentale che il

conferimento del potere *extra ordinem* si conformi sempre a un principio di legalità, in base al quale è indispensabile che l'esercizio del potere mantenga costantemente una, sia pur elastica, copertura legislativa.

Sono i principi generali a consentire il rispetto del principio di legalità e a fungere da limiti del potere *extra ordinem*. I principi colmano l'impossibilità per la legge di predeterminare il contenuto delle ordinanze di necessità e di urgenza.

A tal fine riveste fondamentale importanza il principio di proporzionalità, che consente di misurare in concreto il potere *extra ordinem* esprimendo un giudizio di idoneità, adeguatezza ed efficacia sul potere esercitato, tenuto conto degli interessi in gioco. Il principio di proporzionalità viene evocato proprio quando quello di legalità non è in grado di assicurare un risultato certo in termini di raffrontabilità del potere amministrativo al paradigma di legge. La giurisprudenza amministrativa richiama con frequenza l'applicazione di questo principio per verificare se il sacrificio richiesto ai soggetti privati sia davvero minimo, rispetto alla necessità e alla idoneità delle misure assunte per conseguire una determinata utilità pubblica.

Il principio di proporzionalità esprime quel canone elastico che anche la Corte costituzionale ha considerato necessario per garantire il rispetto del principio di legalità.

A tale fine assume rilievo anche il principio di precauzione, che informa il potere *extra ordinem* inteso come governo del rischio. Esso orienta l'azione amministrativa ricercando un equilibrio tra limitazione di diritti dei singoli e tutela dell'interesse pubblico minacciato da rischio di danno. Di fronte a una condizione di grave incertezza che potrebbe inibire una decisione che invece è essenziale per definire l'equilibrio di interessi complessi e contrapposti, il principio di precauzione si affianca a quello di legalità per legittimare (e al contempo limitare) l'adozione di ordinanze di necessità e urgenza. Si tratta, evidentemente, di un principio flessibile che risente della mutevolezza delle conclusioni della scienza e dunque presuppone anche il collegamento con il principio di proporzionalità. È un principio che consente di individuare una regola accettabile per dissipare una condizione di incertezza causata da una certa probabilità di rischi.

8. Le norme interne

L'ordinamento amministrativo si compone di una pluralità di ordinamenti settoriali, connotati da caratteri di separatezza e di specialità. La pluralità degli ordinamenti è all'origine delle norme interne. Si tratta di quel complesso di regole con cui ciascun ordinamento particolare disciplina se stesso dettando disposizioni attinenti alla sua struttura, al suo funzionamento e alla sua operatività e che si impongono all'osservanza dei soggetti che ne sono destinatari. Non si è al cospetto di vere e proprie fonti di diritto, in quanto si tratta di atti dell'amministrazione cogenti nel loro esclusivo ambito organizzativo.

Sono norme interne quelle che l'amministrazione detta a se stessa con regolamenti interni, ordini, direttive, istruzioni e circolari. Si tratta di atti destinati ad assicurare unità di indirizzo e omogeneità di funzionamento attraverso l'osservanza impostane ai titolari degli uffici e al relativo personale.

La rilevanza giuridica esterna delle norme interne può essere solo mediata ed indiretta: ciò si verifica quando l'illegittimità della norma interna refluisce nell'atto esterno che vi abbia dato esecuzione o quando la violazione della norma interna si traduce nel vizio sintomatico di eccesso di potere. Come nel caso della violazione delle circolari interpretative.

9. Le circolari

Le circolari non costituiscono fonti del diritto in senso proprio. Ma hanno assunto notevole rilievo nella prassi della pubblica amministrazione, ponendosi come un diaframma fra le fonti del diritto e i provvedimenti amministrativi.

Il fatto di essere indirizzate ad una pluralità di soggetti e di avere un contenuto sostanzialmente omogeneo ed indifferenziato per tutti i destinatari, ha ingenerato l'equivoco che la circolare fosse un atto generale ed astratto avente valenza essenzialmente normativa. In realtà, la circolare è un atto amministrativo, privo di rilevanza esterna, che assurge al rango di norma interna dell'amministrazione.

Le circolari non possono nè contenere disposizioni derogative di norme di legge, nè essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie, generali e astratte. Si tratta di atti dotati di efficacia esclusivamente interna nell'ambito della singola amministrazione che l'abbia adottata. Le circolari, quindi, in quanto contenenti norme interne, sono inidonee ad operare all'esterno dell'ordinamento minore cui appartengono.

Anche la giurisprudenza ha da tempo espresso analoga opinione sulla inefficacia normativa esterna delle circolari. A quest'ultime, infatti, è stata attribuita la natura di atti meramente interni della pubblica amministrazione, dal contenuto eterogeneo: istruzioni, ordini di servizio, direttive impartite dalle autorità amministrative centrali o gerarchicamente superiori agli enti o organi periferici o subordinati. In ogni caso si tratta di atti che esauriscono la loro portata ed efficacia giuridica nei rapporti tra i suddetti organismi ed i loro funzionari. Le circolari amministrative, quindi, non possono spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione, nè acquistare efficacia vincolante per quest'ultima, essendo destinate esclusivamente ad esercitare una funzione direttiva nei confronti degli uffici dipendenti.

La circolare, a ben vedere, non vincola neppure gli uffici gerarchicamente sottordinati, ai quali non è vietato di disattenderla, senza che per questo il provvedimento amministrativo adottato possa essere ritenuto illegittimo "per violazione della circolare": infatti, se la circolare contrasta con la legge, l'atto emanato sarà legittimo perché conforme alla legge; se, invece, la circolare è conforme alla legge e l'atto emanato contrasta con la circolare, l'atto medesimo sarà illegittimo per violazione di legge.

In questo senso può ritenersi che la circolare non vincoli neppure la stessa autorità che l'ha emanata, la quale resta libera di modificarla, correggerla e anche disattenderne l'interpretazione. Ciò è tanto vero che si è posto il problema della eventuale tutela del privato di fronte al mutamento di indirizzo adottato dall'ammini-

strazione rispetto a una precedente circolare: si è escluso che tale tutela sia possibile sotto il profilo del legittimo affidamento. Non si può, al riguardo, non concordare con quella autorevole dottrina secondo cui ammettere che l'amministrazione, quando emana circolari interpretative crea vincoli per sé, equivale a riconoscere all'amministrazione stessa un potere normativo che è in palese conflitto con il principio costituzionale della riserva relativa di legge codificato dall'art. 23 Cost.

Il fondamento del potere di adottare circolari va individuato nella natura ordinamentale dell'apparato amministrativo. È ben noto infatti che la capacità primaria di ogni ordinamento giuridico è appunto quella di produrre regole di comportamento: normalmente si parla al riguardo di potere di auto-organizzazione proprio di ogni ente pubblico.

Anche il canone ordinamentale pluralistico costituisce titolo di legittimazione all'emanazione di circolari: la posizione di supremazia riconosciuta agli organi gerarchicamente sopraordinati attribuisce ad essi poteri di direzione, di indirizzo, di coordinamento dell'operato degli organi subalterno, nonché di interpretazione di atti normativi.

L'attenzione della giurisprudenza si è concentrata proprio sulle circolari interpretative: quelle circolari, cioè, che, contenendo l'interpretazione del dato normativo, garantiscono l'applicazione della legge in modo uniforme da parte dell'amministrazione.

La circolare interpretativa, priva anch'essa di effetti giuridici esterni, esprime una "dottrina dell'amministrazione". Essa non vincola l'amministrazione nell'interpretazione del dato normativo: il provvedimento adottato non può essere ritenuto illegittimo per violazione della circolare; tale violazione, solo se non adeguatamente motivata, può rappresentare un indice sintomatico di eccesso di potere. Si può quindi affermare che la circolare produce un effetto giuridico indiretto, consistente nell'obbligo dell'amministrazione di motivare le ragioni dell'inosservanza.

La circolare interpretativa non vincola il giudice, anche quando non impugnata. L'ordinamento affida esclusivamente al giudice il compito di interpretare il dato normativo.

La circolare interpretativa, essendo un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, non può essere considerata come atto presupposto del provvedimento applicativo ritenuto lesivo. Per questa ragione la giurisprudenza esclude che sussista un onere di impugnazione autonoma della circolare: essa è impugnabile unitamente all'atto applicativo lesivo della sfera del destinatario¹⁸.

La stessa giurisprudenza ammette che le circolari amministrative, al pari dei regolamenti, ove non impugnate, possano essere disapplicate anche d'uf-

¹⁸ Quando la circolare è impugnata unitamente all'atto amministrativo che ad essa fa seguito, se la circolare stessa è emanata da un'amministrazione centrale e non ha efficacia territoriale limitata, la sua impugnazione ha effetti sulla competenza territoriale, determinandone lo spostamento a favore del Tar Lazio anche se il provvedimento applicativo è emanato da un organo periferico (Cons. Stato, Ad plen., 14 novembre 2011, n. 19).

ficio dal giudice amministrativo ove risultino contrastanti con fonti normative di rango primario.

Fa eccezione alla regola della non impugnabilità immediata delle circolari il settore dello stato civile: le istruzioni ministeriali sono normalmente contenute in circolari vincolanti per ogni ufficiale dello stato civile che deve ad esse uniformarsi; esse sono vincolanti anche nei confronti del Sindaco il quale, nella sua veste di ufficiale dello stato civile, è posto in posizione di subordinazione rispetto al Ministero dell'Interno, per quanto non di tipo gerarchico in senso tecnico; conseguentemente le circolari (anche se non espressione di un potere normativo) sono immediatamente impugnabili da parte dei soggetti eventualmente e direttamente lesi¹⁹.

10. La prassi amministrativa

La prassi, intesa come costante ripetizione di procedimenti e di comportamenti è, per definizione, regola «non scritta».

Secondo la ricostruzione tradizionale, alla base del processo formativo della prassi si pongono valutazioni di legalità e di possibilità giuridica di una decisione, di un comportamento, di una attività da parte della pubblica amministrazione. Al contempo, alla base della prassi risiedono anche considerazioni o rilievi di utilità generale, di opportunità, criteri di convenienza economica, regole tecniche ed esigenze di equità. È convinzione generale che la prassi prescindendo dalla sussistenza del requisito soggettivo noto come *opinio iuris et necessitatis*; requisito che vale a qualificare il diverso fenomeno della consuetudine.

La teorica più radicata in dottrina descrive la prassi come una condotta operativa (prassi operativa) o come un processo ermeneutico-decisionale (prassi interpretativa). La prassi si suppone anzitutto lecita, nonchè utile nel senso più generale del termine, o perché rispondente a principi di equità o correttezza amministrativa, o perché conforme ad un generale parametro di «buona amministrazione» forgiato proprio dall'esperienza degli uffici. La costante osservanza di tali criteri consente perciò di elaborare tecniche di condotta o metodologie decisionali atte a perseguire, nel senso più ampio dell'espressione, l'ottimale funzionamento dell'istituzione e l'interesse pubblico.

Nella scienza giuridica la prassi amministrativa ha avuto un ruolo secondario. È un dato, questo, che contrasta in modo stridente con la rilevanza che la prassi ha sempre rivestito nel concreto dell'azione amministrativa.

Negli studi specifici sul tema, la prassi è considerata un parametro cui rapportare la condotta dei pubblici uffici, esattamente come accade nelle ipotesi in cui vi siano norme interne che impongono l'osservanza o meno di un comportamento specifico. In altri termini, l'amministrazione pubblica incontra nel

¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478.

suo agire una limitazione «derivata dallo stesso modo in cui si ripete l'azione nel tempo e quindi si obiettivizza», dando così origine a vincoli rapportabili a quelli che «le varie norme interne impongono all'esercizio della funzione amministrativa».

Anche la giurisprudenza ha contribuito a enfatizzare il ruolo della prassi amministrativa, individuando patologie specifiche del provvedimento difforme dalla prassi: eccesso di potere per disparità di trattamento o per difetto di motivazione. In questo modo la giurisprudenza ha fornito un decisivo apporto nel rendere più evidente e più incisivo il processo di adeguamento del diritto al fatto.

La prassi amministrativa è assurta a livello normativo con la legge 18 giugno 2009 n. 69, che ha introdotto nel suo art. 23 la disposizione intitolata «Diffusione delle buone prassi nelle pubbliche amministrazioni e tempi per l'adozione dei provvedimenti o per l'erogazione dei servizi al pubblico».

Tale norma contiene un espresso «riconoscimento» del rilievo della prassi, quale insieme di regole comportamentali o ermeneutiche prodotte direttamente dal formante amministrativo.

In passato, la tipizzazione e la formalizzazione delle prassi amministrative avveniva attraverso il loro recepimento in circolari amministrative. Ma in tal modo, se risultava accresciuto, con varia intensità a seconda del grado di puntualità del testo scritto, il carattere obbligatorio della prassi, si finiva per realizzare un ingessamento della stessa prassi, tale da snaturare proprio la sua intima essenza di istituto massimamente duttile e mutevole.

Oggi questo stato di cose risulta fortemente inciso dall'art. 23 della L. n. 69 del 2009. Il «riconoscimento» normativo del rilievo della prassi, quale insieme di regole comportamentali o ermeneutiche prodotte dal formante amministrativo, non rappresenta solo un omaggio che il legislatore rende a quanto di positivo l'amministrazione può esprimere in forma più o meno tipizzata. Nella disposizione si coglie altresì una spinta decisa verso la formalizzazione della prassi in forme nuove e tali da superare di slancio la «tradizione» delle circolari; in forme, cioè, che recuperano l'elasticità della prassi e la inseriscono in una visione unitaria, e non frammentata, della pubblica amministrazione.

Nella prospettiva del legislatore, le prassi, seguendo un percorso di reciproca influenza tra gli apparati, rompono la rigidità e la separazione dei rapporti e dei comparti organizzativi, individuando nel fatto stesso della ripetizione (ossia della continuità in senso oggettivo), piuttosto che nell'autorità intrinseca della linea gerarchica, il nucleo della doverosità, della vincolatività e della utilità, per l'amministrazione pubblica, delle condotte burocratiche che costituiscono prassi amministrative²⁰.

²⁰ S. TARULLO, Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica, Parte I, La Prassi e la pubblica amministrazione, in *Dir. amm.* 2012, 4, 669.