Convegno AIPDA 2015
LE FONTI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
9-10 OTTOBRE 2015
PADOVA

# *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*

di

Marco Mazzamuto

> "i moderni sistemi dottrinari, si appalesano incompleti, in quanto le indagini sugli atti pubblici sono state ristrette alla legge e al regolamento, come se queste due sole forme di atti avessero efficacia normativa per le attività pubbliche"
> Giovanni Salemi Palermo 1913

Sommario: 1. Specialità del diritto amministrativo e specialità del sistema delle fonti 2. Le fonti tra tipicità e atipicità 3. L'atipicità come pluralità delle fonti 4. L'atipicità come difficoltà qualificatoria 5. L'atipicità delle fonti terziarie 5.1 Un'ipotesi ricostruttiva sulla teoria delle fonti 5.2 Le norme interne 5.3 Gli atti amministrativi generali 5.4 Il *soft law* ovvero di fonti terziarie potenziali 6. Conclusioni

## 1. Specialità del diritto amministrativo e specialità del sistema delle fonti

In questi ultimi cinquanta anni, a partire dall'avvento della Carta del 1948, si è affermato una sorta di "monismo" costituzionalista nella teoria delle fonti, non escluso lo studio delle fonti del diritto amministrativo.
Ciò sulla base di due fondamentali assunti: le fonti costituiscono "materia" costituzionale e si atteggiano in modo "indifferente" rispetto alle varie branche del diritto[1].
Anche la fonte regolamentare è stata progressivamente monopolizzata dai costituzionalisti[2], spinti naturalmente a valorizzare il rapporto tra legge e regolamento, piuttosto che quello tra regolamento e atto amministrativo[3].
Gli amministrativisti ne sono stati pienamente corresponsabili[4], disimpegnando il campo, tanto che nella manualistica di diritto amministrativo sono divenuti frequenti casi nei quali il tema delle fonti

[1]F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. xxxv, Padova, 2008, 25: "Se, come si è sin qui sostenuto, la disciplina delle fonti è materia costituzionale, indipendentemente dai settori che esse siano chiamate a regolare, lo studio delle fonti del diritto amministrativo, del loro formarsi, della loro efficacia e del rapporto con l'azione amministrativa non differisce, né nell'impostazione né nelle linee generali, dallo studio delle fonti del diritto".
[2] L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 341 "Sul classico tema dei regolamenti dell'esecutivo si è formata negli anni una letteratura giuridica enorme, che durante la prima metà di questo secolo è stata monopolizzata dagli amministrativisti, mentre nel secondo periodo più recente essa vede primeggiare i costituzionalisti. Anche in questo campo, dunque, ha implicitamente preso piede l'idea che l'analisi e la sistemazione delle fonti normative appartengano al diritto costituzionale".
[3] E. Cheli, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 53-54: "Lo studio del sistema delle fonti secondarie si è sviluppato in Italia fin dall'inizio del secolo, secondo due direttrici fondamentali: una, di taglio amministrativistico, che ha centrato in prevalenza l'attenzione sugli aspetti relativi all'uso della fonte, vista essenzialmente come strumento di organizzazione e direzione degli apparti amministrativi, oltre che di interevento di tali apparati nella sfera priva; l'altra, di taglio costituzionalistico, che ha posto, invece, l'accento sull'esame del rapporto tra regolamento e legge"; "Questa seconda direttrice, nel panorama della nostra recente letteratura, si è andata sempre più arricchendo fino a divenire dominante".
[4]Ci riferiamo specialmente a M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 73: "Lo studio delle fonti fa interamente parte del diritto costituzionale e non esistono fonti separate per i vari rami del diritto", sicché Id., *Lezioni di diritto amministrativo. Anno 1959-60*, Roma: "per un ramo del diritto statale, quale è il diritto amministrativo, è in realtà superfluo trattare delle fonti".

è del tutto omesso o casi nei quali, sempre con la prudente avvertenza che non si intende invadere il dominio costituzionalistico, ci si riserva la trattazione di qualche particolarità o ci si limita ad un approfondimento delle fonti secondarie.
Nonostante *medio tempore* un qualche ripensamento[5], questa nuova geografia disciplinare è rimasta sino ad oggi sostanzialmente immutata.
Senza nulla togliere all'utile apporto dei costituzionalisti, anche perché vi sono profili (ad es. il rapporto tra sistema delle fonti e forma di governo) nei quali il loro contributo è insostituibile, ci sembra che lo stato dell'arte vada riconsiderato nella sua impostazione generale.
Costituisce, a nostro avviso, una indubbia semplificazione ritenere che il sistema delle fonti possa calarsi dall'alto in modo uniforme nell'ambito delle varie branche del diritto.
E' certo difficile aspettarsi che i costituzionalisti possano fuoriuscire da un siffatto spirito geometrico, sia perché è assai raro il cumularsi di approfondite conoscenze specialistiche (cioè di un costituzionalista che sia al contempo un civilista, un amministrativista o altro), sia soprattutto perché vi è la naturale propensione a valorizzare la sovraordinazione del tessuto costituzionale, privilegiando così, in via deduttiva, il momento prescrittivo di una eguagliante conformazione ai principi superiori.
Non si vuole con ciò negare il rilievo fondamentale delle norme costituzionali sulla produzione giuridica, bensì evidenziare che una siffatta angolazione è da sola insufficiente a rappresentare l'effettivo atteggiarsi delle fonti e specialmente il loro effettivo atteggiarsi nelle varie branche del diritto.
Deve dunque ritenersi che, per quanto vi siano aspetti di uniformità riconducibili ai principi costituzionali, una teoria delle fonti non può che completarsi per articolazione in una pluralità di sottosistemi. Tra principi costituzionali generali e principi di ciascun sottosistema potranno sempre configurarsi momenti di tensione, ma anche il corretto inquadramento di una siffatta dialettica presuppone che il sottosistema venga previamente conosciuto e ricostruito nella sua peculiarità.
Ed è bene precisare che non si tratta di una mera peculiarità per aggiunzione, nel nostro caso, ad es., di un limitarsi all'approfondimento delle fonti secondarie, ma di una sintesi qualitativa nella quale ciascun sottosistema fa risuonare a suo modo l'intero modularsi delle fonti, sia nel senso di una loro eventuale articolazione morfologica, sia nel senso del diverso atteggiarsi delle stesse fonti tipiche, in un intreccio indissolubile con gli stessi principi "sostanziali" che informano e caratterizzano la branca del diritto interessata.
Non è privo di significato che, di recente, persino la dottrina civilistica, nonostante il diritto civile sia maggiormente compenetrato con l'originario paradigma moderno delle fonti (basti ricordare le disposizioni preliminari del codice civile), abbia sentito l'esigenza di rivendicare uno specifico carattere delle leggi civili, mettendo in discussione la pretesa della teoria generale delle fonti di determinare una *reductio ad unum* [6].
Un medesimo ordine di considerazioni non potrà allora, e a maggior ragione, non valere per il diritto amministrativo, cioè del diritto speciale per eccellenza, sia per i principi garantistici che ne segnano il regime giuridico e ne giustificano lo *status* di autonoma branca del diritto rispetto al

---

Non a caso citato da un costituzionalista che si è particolarmente dedicato all'argomento: F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 25.

[5] M. S. Giannini, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 602: "In quanto la materia delle fonti è di rilievo costituzionale, dei regolamenti si impadronisce la scienza del diritto costituzionale, con risultati, invero, non sempre soddisfacenti, per via della ristrettezza dell'angolazione di esame".

[6] E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 576: "Una teoria generale della norma giuridica (…) ha la stessa validità di una teoria generale dell'alpinismo e del nuoto. E' certo che queste due attività sportive presentano caratteri comuni (…); ma è altrettanto certo che profondamente diverse ed incompatibili sono le tecniche adottate dalle due attività, il contesto nel quale si svolgono, le 'regole' proprie di ciascuna"; "eppure, in modo del tutto sorprendente, sono state e vengono scritte teorie generali delle norma giuridica che organizzano i significati di qualsiasi tipo di legge; e propongono qualificazioni delle norme valide per tutti i settori del diritto e per tutte le situazioni".

diritto civile[7], sia per il suo modo formazione e dunque per le sue fonti: la specialità del diritto amministrativo è cioè anche una specialità del suo sistema (o sottosistema) delle fonti[8].
Né appare decisivo in senso contrario sostenere, peraltro condivisibilmente, il superamento delle concezione dell'ordinamento amministrativo come un ordinamento separato[9], poiché si tratterebbe piuttosto del superamento di certe rappresentazioni dottrinarie, che nulla toglie in realtà all'autonomia del diritto amministrativo come distinta branca del diritto all'interno dell'ordinamento generale.
E' sufficiente, preliminarmente al tema della atipicità delle fonti, evocare due fenomeni che caratterizzano per tradizione il diritto amministrativo, o quantomeno un diritto amministrativo, come quello italiano, di chiara derivazione francese.
Anzitutto, va menzionato il ruolo "pretorio" del giudice amministrativo nella costruzione dei principi generali, e dunque dell'essenza del diritto amministrativo, per comprendere come, nonostante in un ordinamento di *civil law* non si sia mai potuto addivenire al suo riconoscimento "formale" di fonte del diritto, non sia immaginabile un realistica costruzione del sottosistema "amministrativistico" delle fonti senza tenere conto di una siffatta variabile strutturale, espressione del più grande *judge-made law* del XIX sec. e in alcun modo assimilabile al ruolo del giudice di un qualsiasi altro sottosistema della tradizione continentale.
E non si tratta soltanto di un giudice "creatore" dei principi, ma anche di un giudice che tende persino a porsi in una posizione sovraordinata allo stesso legislatore, con una sostanziale inversione dell'ordine formale della gerarchia delle fonti, ove i "principi generali del diritto" designano in realtà i "principi generali del giudice"[10]. Soltanto nel diritto amministrativo sono così ravvisabili fenomeni abituali di manipolazione della lettera delle norme scritte o di palese contrapposizione dei principi giurisprudenziali al legislatore[11], di quella che la dottrina francese chiama la "giurisprudenza contro la legge"[12].
La posizione istituzionale del Consiglio di Stato del resto ha, anche sul terreno delle fonti, un'antica valenza *lato sensu* costituzionale, di *check and balance* tra potere giurisdizionale e potere legislativo. Con troppa facilità si afferma che il diritto amministrativo sia figlio della Rivoluzione francese e con troppa facilità si estende a tale diritto il modello del positivismo legislativo, della supremazia della legge che la Rivoluzione portava con sé. La giurisprudenza amministrativa e il diritto che ne è sorto sembrano piuttosto da iscriversi nel solco di un recupero dello spazio "creativo" della giustizia graziosa in funzione di limitazione del potere pubblico e del primato giacobino della legge[13]: il diritto amministrativo costituisce in realtà il frutto più prezioso della reazione liberale all'autoritarismo rivoluzionario.

---

[7] Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463.
[8] Per un condivisibile richiamo ad una "maggiore autonomia" del metodo del diritto amministrativo "tenuto conto del carattere plurale ed eterogeneo del diritto che l'Amministrazione deve applicare", v. E. Schmidt Assman, *Principes de base d'une reforme du droit administratif*, in *RFDA*, 2008, 672.
[9] F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit. 25
[10] P. Brunet, *Les normes léglislatives et administratives*, in P. Gonod, F. Lelleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, I, Parigi, 2011 511, che precisa altresì come ciò contraddica "l'idea a priori che questi principi s'impongono al giudice stesso".
[11] Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AIPDA, *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 295 ss..
[12] P. Wachsmann, *La jurisprudence administrative*, in P. Gonod, F. Lelleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, cit., 577 che parla di una giurisprudenza che da "scacco ad una volontà, pur chiaramente espressa, del legislatore".
[13] M. Hauriou, *Police juridique et fond du Droit*, in *RTDC*, 1926, p. 304-307: "Il perfezionamento essenziale apportato al diritto dal regime di Stato, grazie alla superposizione del sistema delle regole di diritto scritto … ha suscitato degli entusiasmi che, generalmente, hanno passato la misura", sacrificando la "giurisprudenza discrezionale"; "Per rispondere a queste esagerazioni, è sufficiente ricordare che in Francia, dopo la Rivoluzione, la supremazia della legge scritta è lentamente declinata e che, con un movimento inverso, la giurisprudenza discrezionale si è lentamente restaurata finché si è ristabilito, tra le due potenze, un nuovo equilibrio"; "si è ristabilito un costume *judge made* che è il costume giurisprudenziale".

Lo stesso ordinamento è a volte costretto a riconoscere, pur sempre indirettamente, l'alto rango normativo della giurisprudenza amministrativa: così, ad es., quando il nostro giudice costituzionale, in più occasioni, ha ritenuto che, in presenza di una scarna previsione legislativa e dunque del pericolo di una rimessione al puro arbitrio dell'amministrazione, il principio di legalità possa venire compensato dai principi giurisprudenziali in sede di sindacato di legittimità[14].
La tradizione pretoria rimane comunque il punto di maggiore difficoltà nella ricostruzione del sistema delle fonti del diritto amministrativo. Tanto è evidente, e sempre riconosciuta, la presenza centrale ed immanente del giudice, quanto tale presenza, in un ordinamento di *civil law*, appare non suscettibile di collocazione in un ordine "formale" delle fonti. Ed è forse un bene che una siffatta eventualità non si concretizzi poiché il giudice amministrativo ne potrebbe subire un depotenziamento, una riduzione a mero giudice di *common law*, astretto nel vincolo formale dei propri precedenti[15]. Ma ciò non può essere di ostacolo a che la dottrina amministrativistica, al di là di un richiamo di stile, cerchi di indagare analiticamente le tecniche di intervento normativo del giudice pretore, facendone parte di un momento di sintesi non soltanto formale ma anche sostanziale del sistema delle fonti[16].
In secondo luogo, può evocarsi un particolare atteggiarsi delle fonti tradizionali (leggi e regolamenti) nel diritto amministrativo.
Costituisce un assunto risalente e mai venuto meno sino ai giorni nostri che il legislatore di diritto amministrativo sia segnato da una scarsa qualità e da una strutturale mutevolezza delle proposizioni normative[17].
Si è persino ritenuto che questo ultimo aspetto vada annoverato tra gli elementi che caratterizzano e consentono di distinguere il diritto amministrativo da altre branche del diritto[18].
E' così sufficiente superare una visione "statica" delle fonti ed approdare ad una visione "dinamica", non astratta dal contesto in cui tali fonti vengono calate, che guardi cioè anche ai modi di esercizio e ai contenuti sostanziali del legiferare, per saggiare inequivocabilmente il diverso peso specifico di una norma del codice civile e di una delle innumerevoli, scomposte e cangianti norme di diritto amministrativo, sempre esposta all'intervento correttivo del giudice pretore ed al ruolo sistematico predominante dei principi di cui lo stesso giudice è il *dominus*.
In altre parole, le fonti possono essere formalmente le medesime, ma il loro effettivo funzionamento differisce significativamente in ragione delle dinamiche proprie della branca del diritto interessata.
Non occorre insistere oltre, poiché gli elementi rappresentati ci appaiono già sufficienti a suffragare la tesi che il sistema delle fonti del diritto amministrativo non possa essere assimilato al modello di altri settori dell'ordinamento o ad un presunto modello generale, come del resto si evincerà ulteriormente dal seguito del discorso.
Gli amministrativisti dovrebbero dunque riappropriarsi delle "proprie" fonti, e non soltanto nel senso di prestare una particolare attenzione alla normazione secondaria, nonché, come vedremo, alle fonti terziarie, ma anche nel senso di offrire un momento di sintesi, una ricostruzione dell'intero quadro delle fonti, per come esso si atteggia nello specifico sottosistema del diritto amministrativo.

---

[14] Sul punto si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm*., 2010, 143 ss..
[15] Di recente la stessa giurisprudenza: "nel nostro ordinamento i precedenti giurisprudenziali non sono fonti del diritto, come viceversa avviene nei sistemi di *common law*, dimodoché non sussiste alcun vincolo, da parte del giudice, di uniformarsi ad una sentenza precedente" (Cons. st. IV 5776/2013).
[16] Non ci sembra così che possa seguirsi rispetto al diritto amministrativo la banalizzazione prospettata da taluni costituzionalisti, per i quali "se la giurisprudenza sia o meno una fonte del diritto è una questione tanto antica quanto oziosa": R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, VI ed., Torino, 2012, 30.
[17] Basti il riferimento a V. E. Orlando, *Le fonti del diritto* amministrativo, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo* italiano, I, Milano, 1900, p. 1079-1080 "l'osservazione della grande mutabilità ed instabilità delle leggi amministrative è comune agli scrittori di tutte le nazioni" e che "la cattiva – e sempre peggiorante – redazione delle leggi amministrative è un fatto così rilevante che finisce quasi con costituire un elemento di interpretazione delle leggi stesse".
[18] H. Berthélemy, *La methode applicable a l'étude du droit administratif*, in *Les méthodes juridiques*, Parigi, 1911, 63 ss..

Ciò non significa peraltro che debba svuotarsi il ruolo dei costituzionalisti, per assorbimento da parte dei cultori delle varie branche del diritto. Esistono i sottosistemi, ma esiste il sistema generale, e fra questi insiemi vi è una inevitabile dialettica nella quale i costituzionalisti ben potranno farsi interlocutori nella veste naturale di paladini delle ragioni del sistema generale.
Fatta questa necessaria premessa, si può adesso passare alla trattazione dell'oggetto del presente lavoro, ovvero sia di un'altra e significativa componente di questa specialità: il rilievo nel diritto amministrativo della atipicità delle fonti scritte.

## 2. Le fonti tra tipicità e atipicità

In termini molto generali, la contrapposizione tra tipicità e atipicità delle fonti appare di per sé priva di senso logico-giuridico. E' soltanto attraverso il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico positivo che un fatto o un atto diviene idoneo ad entrare nel novero delle fonti del diritto e tale assunto rimane essenzialmente valido quale che sia il percorso di ingresso.
Potremmo dire che una fonte o è disconosciuta, e allora l'atipicità è assorbita dal giudizio di illegittimità, o, se è riconosciuta, è sempre tipica, sicché *tertium*, la fonte atipica, *non datur*. Anche nelle situazioni più estreme, la consueta evocazione della forza dei fatti o del principio di effettività[19] non è altro che un modo concretistico di rappresentare la presunta particolarità o, in chiave critica, anomalia di quello che rimane pur sempre, sul piano logico, una modalità di riconoscimento da parte dell'ordinamento. In altri termini, anche di fronte a quanto potrebbe apparire *extra* o persino *contra ordinem*, si tratta e non può che trattarsi di una questione di interpretazione[20].
L'idea della atipicità delle fonti, inteso in contrapposizione a quello di tipicità, è dunque un concetto giuridicamente impossibile[21].
Invero, l'uso che la dottrina fa di queste nozioni può muoversi soltanto su un piano diverso di carattere essenzialmente descrittivo[22].
Con la "tipicità" si vuole allora evocare un "modo" di atteggiarsi della norma di riconoscimento: la configurazione di modelli "generali" e l'esigenza che la predeterminazione delle fonti presenti carattere di immediata intelligibilità in omaggio al valore della certezza del diritto[23].
La "atipicità", specularmente, si raffigura o con riferimento a fonti che, pur non difettando di chiara predeterminazione, presentano aspetti deviazione dai modelli generali (in termini procedimento, di forma, di forza giuridica attiva o passiva, di carattere rinforzato e così via)[24], ovvero con riferimento

---

[19] Così, ad esempio, riguardo al controverso affermarsi dei regolamenti ministeriali, M. S. Giannini, *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio, e dei vincoli dei prezzi)*, in *Foro it.*, 1950, I, 664, parlava di "fatti che possono apparire di illegalismo formale" ma che "prorompono in misura incontenibile".
[20] L. Paladin, *op. cit*., 461: "ciò che conta è la soluzione che un determinato tipo di problemi giuridici riceve ad opera del *diritto vivente*"; "Assumere il contrario significherebbe, infatti, ipostatizzare le regole sulla creazione del diritto, ritenendole precostituite nei loro contenuti indipendentemente da ogni momento interpretativo … altro essendo lo sforzo di far valere le proprie convinzioni, altro la loro traduzione in ragioni vincenti nella lotta quotidiana per il diritto".
[21] Un ragionamento analogo ci sembra, a proposito dei fatti *extra ordinem*, quello di A. M. Sandulli, *Fonti del diritto*, 1961, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 83, per il quale si tratterebbe di fatti "teoricamente impossibili, appunto perché illegali, in uno Stato di diritto".
[22] V. Crisafulli, *Fonti del diritto*: *b) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 965: "tipicità e atipicità delle fonti sono (…) concetti di reciproca relazione, oltre che convenzionali e descrittivi".
[23] V. Crisafulli, *op. ult. cit*., p. 936 "L'ideale sarebbe, ovviamente, che in ogni ordinamento si rinvenisse, formulata in un testo dotato del più alto grado di forza giuridica, un'elencazione compiuta e tassativa delle fonti ammesse, accompagnata da una precisazione dei contrassegni di forma esclusivamente riservate alle fonti, di guisa che queste fossero immediatamente riconoscibili".
[24] Di recente G. U. Rescigno, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Dir. pubb*., 2002, 819: "Secondo una terminologia ed una organizzazione concettuale risalente, che qui si accoglie, l'espressione fonte atipica si riferisce ad una ipotesi di atto normativo che, per il nome e per molti aspetti, rientra in un tipo (ad esempio, il tipo 'legge del Parlamento'), ma se ne discosta per uno o più aspetti specifici imposti da un atto superiore". Per le leggi atipiche v., ad es., R. Guastini, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, 121.

a fonti di difficile qualificazione, perché non assistite da una chiara predeterminazione, se non prive di un modello generale di riferimento.
Un altro versante nel quale, sempre in via convenzionale e a fini conoscitivi, può essere utile, evocare il criterio classificatorio dell'atipicità riguarda la distinzione, interna all'ordinamento, tra le fonti del diritto e gli altri atti giuridici precettivi, volendo con ciò individuare quel fenomeno di fonti che, pur svolgendo una funzione normativa, ricevono dall'ordinamento non un giudizio di illegittimità, ma soltanto una qualificazione diversa da quella riservata alla fonti del diritto tradizionali: si tratta dell'area delle (in senso lato) fonti terziarie.

## 3. L'atipicità come pluralità delle fonti

L'atipicità come deviazione dai modelli generali, che trova riscontro anche nel linguaggio giurisprudenziale[25], non è altro in effetti che un modo per rappresentare un assetto pluralistico delle fonti[26].
Non è difficile evidenziare come il terreno d'elezione del pluralismo delle fonti sia costituito proprio dal diritto amministrativo ed in misura incomparabile con gli altri settori dell'ordinamento: il diritto amministrativo è invero il regno dell'atipicità-pluralità delle fonti.
L'esempio che per eccellenza esprime tradizionalmente siffatta atipicità è costituito dalle fonti secondarie: statuti e regolamenti di enti pubblici, regolamenti statali, governativi o ministeriali, che si atteggiano in vario modo rispetto alla legge (regolamenti di esecuzione, di delegificazione, indipendenti etc), cui oggi possono aggiungersi regolamenti regionali, statuti di enti locali, regolamenti di autorità amministrative indipendenti, e così via.
Né hanno mai determinato un effetto di concentrazione i tentativi di ricondurre i regolamenti statali a modelli generali, dalla legge n. 100 del 1926 alla legge n. 400 del 1988. La prima legge, che sembrava confinare la potestà regolamentare al Governo, non ha, ad es., impedito che il legislatore, di volta in volta, configurasse regolamenti ministeriali[27] o la seconda legge non ha impedito che il legislatore, di volta in volta, abbia ritenuto di prevedere fattispecie regolamentari di autonoma configurazione[28].
La ragione di questa varietà è stata sempre imputata alla piena disponibilità che il legislatore ha delle fonti secondarie[29]. Né a tal riguardo si è determinata una discontinuità in conseguenza

---

[25] Così ad es. lo statuto dell'ente locale è definito "come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo *atipico*, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio" (ex multis Tar Sicilia Catania III n. 1304/2011); in materia di servizi di informazione per la sicurezza, "ricorre un'ipotesi di regolamento "*atipico*" e "rinforzato", dato che vi sono ulteriori aspetti (quali, ad esempio, l'autodefinizione delle forme di pubblicità della fonte), che determinano, per tale regolamento, una "species" affatto singolare nel "genus" delle fonti secondarie" (Cons. st. IV n. 3691/2013).
[26] Così riguardo alle leggi nel quadro costituzionale F. Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 49: "quello delle fonti atipiche, in sostanza, non è un fenomeno, come lascerebbe supporre il termine, eccezionale nel nostro ordinamento, ma risponde a un disegno generale del costituente, diretto a realizzare una pluralità di fonti normative, intermedie tra la costituzione e il regolamento, differenziate nella loro forza formale".
[27] V. già la significativa qualificazione di L. Ragnisco, *Forme anomale di regolamenti*, in *Riv. dir. pubb*., 1932, I, p. 427 ss..
[28] Per tutti M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011, 15, ricorda, sulla sorte della legge 400/88, che le fonti regolamentari "abbiano continuato a sottrarsi a ogni tentativo di razionalizzazione, fuoriuscendo dagli schemi delineati dall'art. 17 e proliferando in una grande varietà di forme atipiche".
[29] G. Zagrebelski, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema della fonti del diritto*, vol. I, Torino, 1984, 63, rispetto alla legge che come fonte suprema si raccoglieva in una "nozione essenzialmente unitaria", "diversamente stavano le cose per i regolamenti dell'esecutivo, una volta assoggettati al principio di legalità. Dipendendo dalla legge, essi venivano ad assumere volta per volta la forma determinata dalla legge e la forza che questa attribuiva loro. La forza formale della legge, insomma, finiva per dissolvere qualunque concetto unitario e tipico di forma e forza formale dei regolamenti. Per questo, sia l'una che l'altra andavano identificate non alla stregua di un modello generale di regolamento, ma alla stregua delle positive determinazioni contenute nelle leggi che fondavano il potere normativo secondario".

dell'avvento della carta costituzionale, essendo prevalsa l'interpretazione che il vincolo costituzionale abbia essenzialmente riguardato le fonti primarie, lasciando invece "aperto" il campo dei regolamenti[30]. Anche la recente riforma del Titolo V, pur arricchendo per certi aspetti i riferimenti costituzionali alla materia regolamentare, non si può dire che abbia mutato il tratto strutturale dell'atipicità[31].

Certo è che costituisce una tralaticia e risalente considerazione dottrinaria che il mondo dei regolamenti non solo costituisca la fonte "più cospicua" rispetto alle stesse leggi, ma sia un "fenomeno vasto, vario e complesso"[32], sino ad una significativa affermazione di sintesi: "nell'ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge"[33].

Non va dimenticato al riguardo che la variegata presenza delle fonti regolamentari non attraversa tutti i settori dell'ordinamento. E' vero che non ha mai avuto seguito la tesi che intendeva restringere tali fonti alla materia amministrativa[34], sicché sono ravvisabili regolamenti riguardanti altri ambiti[35] e financo rapporti interprivati, specialmente oggi con le autorità amministrative indipendenti[36], ma è altrettanto vero che rimane complessivamente sempre valida la constatazione che l'oggetto dei regolamenti sia in tutta prevalenza la materia amministrativa[37].

Con l'avvento della carta costituzionale la atipicità ha altresì coinvolto le fonti primarie[38], assumendo come modello generale di riferimento la figura della legge[39].

---

[30] Non mancò una prospettazione che attribuì rilievo al vincolo costituzionale, in particolare A. M. Sandulli, *Brevi note in tema di legittimità dei regolamenti ministeriali*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, cit., 31-33, che, tornando alla vecchia questione dell'ammissibilità dei regolamenti ministeriali, ritenne che l'art. 87 c. 5 cost. avesse configurato una competenza presidenziale "esclusiva e inderogabile". Ma già per l'opinione che poi prevalse G. Zanobini, *La potestà regolamentare e le norme della costituzione*, in *RTDP*, 1951, 553 ss, il quale tuttavia auspicava che la materia dei regolamenti statali venisse disciplinata al livello costituzionale.

[31] Non sembra che abbia avuto seguito la prospettazione dottrinaria di R. Bin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Tiolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 334, per il quale la riforma avrebbe avuto anche l'effetto "di 'chiudere' il sistema degli atti normativi, 'tipicizzando' anche le fonti secondarie", la cui individuazione verrebbe così esclusivamente rimessa a profili formali e procedimentali. In senso contrario, già in precedenza G. U. Rescigno, *op. cit*., 802 per il quale sarebbe "temerario" sostenere che la costituzione restringa l'individuazione dei regolamenti a criteri esclusivamente formali.

[32] A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, IV ed., 2005, 47-8; già M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 58 e A. M . Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, 1954, ora in *Scritti giuridici*, I, 43.

[33] Così V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 94.

[34] G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur*., 1922, 30: "l'autorità amministrativa non può mai con regolamento modificare le fonti superiori del diritto e non può, anche nell'emanazione di norme *intra* e *praeter legem*, uscire dal campo della materia amministrativa".

[35] Già F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato..*, cit. III, 1901, 3-4; ma anche, riguardo alla controversa qualificazione dei contratti collettivi di lavoro, S. Romano, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, 1930 ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 345, per il quale "non tutti i regolamenti sono amministrativi".

[36] A. M. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, 51, che non solo evidenzia che le fonti regolamentari toccano "sempre più diffusamente rapporti interprivati", ma, anticipando tematiche odierne, sottolinea che tali tendenze "si sono affermate anche negli altri paesi (si pensi – prescindere dalle varie esperienze europee- alle potestà normative delle regulatory commission americane)".

[37] R. Lucifredi, *Diritto amministrativo. Le fonti. L'ordinamento amministrativo*, Genova, 1956, p. 44 "I regolamenti hanno nel diritto amministrativo un'applicazione molto più estesa che non in ogni altra branca del diritto, tanto che la trattazione del regolamento come fonte del diritto si può dire riservata alla nostra materia"

[38] G. Zagrebelski, *Manuale..*, cit., 63-64: "Quanto è avvenuto un tempo rispetto ai regolamenti, in seguito all'affermazione della primazia della legge, avviene ora in qualche misura, rispetto alla legge"; "La ragione della esistenza delle 'fonti atipiche' sta in ciò, che la legge ha perso il primo posto, la costituzione l'ha deposta dal trono sul quale le dottrine sette-ottocentesche l'avevano collocata e l'ha modellata come ha voluto secondo proprie valutazioni di speciali interessi di ordine formale e sostanziale, interessi così sottratti alla libera valutazione del legislatore stesso".

[39] F. Sorrentino, *Fonti (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2539.

Anche questa vicenda ha fortemente interessato il diritto amministrativo, non fosse altro che per l'emergere di nuove fonti legate all'affermazione del regionalismo. Statuti regionali, nel caso di quelli speciali con rango costituzionale, e leggi regionali sono infatti rivolte a disciplinare la materia amministrativa, stante le riserve di competenza legislativa esclusiva dello Stato negli altri settori dell'ordinamento, ed in particolare riguardo a "giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa" (art. 117, c. 2, lett. l), cost.).

4. L'atipicità come difficoltà qualificatoria

L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo, oltre alla pluralità dei tipi, si manifesta nelle fonti secondarie anche in tutta un'ampia area "grigia" di confine con gli atti amministrativi, ed in particolare con le fonti terziarie, ove si consuma una faticosa e sempre controversa concorrenza di qualificazioni.
Ciò è dovuto principalmente al fatto che l'ordinamento, a differenza che per le fonti primarie, non addiviene né forse potrebbe mai addivenire ad una, pur plurale, tipizzazione delle fonti secondarie che consenta di avvalersi dei soli criteri formali[40].
La conseguenza è che la qualificazione avviene spesso sulla scorta di criteri di carattere sostanziale (generalità, astrattezza, novità)[41], che costituiscono oggetto di una ormai secolare ed irrisolta disputa dottrinaria. Non sorprende dunque uno stato di perenne incertezza, per quanto questa non vada neanche assolutizzata, poiché la scienza giuridica è una scienza pratica ed è sufficiente che certi concetti, pur nella loro imperfezione, svolgano comunque una funzione orientativa, spettando semmai alla giurisprudenza effettuare delle scelte, per quanto sempre discutibili, che conducano nelle singole fattispecie ad orientamenti stabili.
Il quadro è assai ricco e complicato, sicché potremo fare solo degli accenni alle figure più paradigmatiche.
Ciò che comunque interessa qui sottolineare è che la pluralità delle fonti secondarie non deriva soltanto dagli espressi interventi legislativi, ma si arricchisce di un universo ancor più articolato di fonti, la cui esistenza è essenzialmente dovuta a qualificazioni giurisprudenziali.
La vicenda più antica e mai consunta è quella delle circolari e più in generale delle cd. norme "interne". In tal caso, non viene tanto in rilievo il carattere generale e astratto delle disposizioni, che si dà di solito per scontato[42], quanto la capacità della circolare di avere occasionalmente una forza innovativa esterna, analoga a quella di un regolamento.
Certo è che, pur sul presupposto generale, mai abbandonato, della estraneità delle norme interne alle fonti del diritto[43], sono sempre intervenute, all'occorrenza, qualificazioni giurisprudenziali nel senso di trovarsi di fronte a circolari-regolamento o circolari-normative[44].

---

[40] Così ad es. nella giur. amm. Cons. st. IV n.2674/2012: "ai fini, quindi, della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico (secondo la metodologia costantemente utilizzata anche dalla Corte costituzionale)".
[41] Di recente C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubb*., 2010, 375, proprio in considerazione dell'utilizzo in giurisprudenza, anche in quella costituzionale, di criteri sostanziali, afferma che "resterebbe ferma, dunque, l'ammissibilità di fonti secondarie atipiche". M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 69, per il quale la giurisprudenza "tende a qualificare come atti normativi atipici (o *extra ordinem*), in base a criteri sostanzialisici, molti atti che dettano regole di comportamento a soggetti esterni all'amministrazione".
[42] Ad es. R. Lucifredi, *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Rass. dir. pubb*., 1947, II, 507: le circolari "hanno con le norme giuridiche i caratteri comuni della generalità ed astrattezza".
[43] Di recente, Cons. st. IV n. 812/2012 ricorda che la distinzione tra regolamenti e circolari è "tradizionalmente fondata" sul fatto che le circolari "pur aventi contenuto normativo, presentano tuttavia solo "norme interne", quindi caratterizzate da generalità ed astrattezza, ma prive del requisito dell'efficacia verso l'esterno".
[44] Di recente ad es. Cons. st. VI n. 3653/2010. La questione si è posta spesso anche ai fini dell'ammissibilità del conflitto di attribuzioni: già a partire da C. cost. n. 16/1957, che ha attribuito qualità di regolamento ad una circolare ministeriale.
M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 84, definisce il "modello delle circolari-regolamento" come "atti atipici volti a porre regole generali e astratte aventi per destinatari soggetti esterni all'amministrazione".

Vicende similari possono riscontrarsi anche in altri ordinamenti a diritto amministrativo, unitamente alle stesse incertezze qualificatorie: così nell'ordinamento francese, a partire dal caso *Institution Notre-Dame du Kreisker* del 1954, con le circolari-regolamento, cui si è poi sovrapposto il criterio della circolare imperativa (caso *Duvigneres* del 2002), o nell'ordinamento tedesco, sebbene con riguardo soltanto ad alcuni settori, nel caso in cui i cd. regolamenti "amministrativi" (che corrispondono alle nostre norme interne) svolgono la funzione di "concretizzare" norme indeterminate, atteggiandosi così a regolamenti "giuridici"[45].
Un'altra vicenda significativa, ma specifica del nostro ordinamento, è, a cominciare dagli anni cinquanta dello scorso secolo, quella del confine intercorrente tra i regolamenti e i cd. "atti amministrativi generali"[46].
Sono note le traversie che hanno toccato talune rilevanti fattispecie (dai provvedimenti che stabiliscono prezzi o tariffe ai piani urbanistici o ai bandi di concorso o di gara), ove si sono nuovamente riversate le incertezze concettuali della nozione di norma giuridica, questa volta coinvolgendo per lunghi anni la stessa giurisprudenza in un'alternanza di qualificazioni contrastanti.
Per quanto, almeno al livello giurisprudenziale, certe vecchie questioni si siano sostanzialmente sopite, il confronto rimane sempre vivo col sopravvenire di nuove fattispecie, ed è ancora impregiudicato il versante degli atti regolativi delle autorità amministrative indipendenti.
Non sorprende così che la giurisprudenza abbia ritenuto nella sua sede più autorevole di consolidare un (in verità sempre relativo) criterio generale di distinzione che, per l'atto amministrativo generale, collega in sostanza difetto di astrattezza e determinabilità *a posteriori* dei destinatari[47].
Sullo sfondo di questa variegata concorrenza qualificatoria aleggia il problema del rispetto delle garanzie di competenza o di formazione dei regolamenti (ove previste, come nel caso dei regolamenti statali: L. n. 400/88) e più in generale del "fondamento" stesso del potere regolamentare.
L'utilizzo di criteri sostanziali per l'individuazione di un regolamento[48] lascia infatti di per sé impregiudicati i suddetti profili che potrebbero inficiare la validità dell'atto.
Così, ad es., una circolare qualificata come regolamento viene annullata per difetto di competenza dell'Assessore regionale, spettando la potestà regolamentare alla Giunta regionale[49] o un decreto ministeriale qualificato come regolamento viene annullato perché, in assenza di espressa deroga legislativa, doveva sottoporsi al procedimento previsto per i regolamenti ministeriali[50].
Più delicata è la questione dello stesso fondamento legislativo del potere regolamentare.

---

[45] V. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, 2011, 634 ss. Va ricordato che tradizionalmente in Germania si distingue tra regolamenti "giuridici", corrispondenti ai nostri regolamenti, e regolamenti "amministrativi", corrispondenti alle nostre circolari e atti interni. La distinzione risale a G. Jellinek, *Gesetz unt Verordnung*, Friburgo, 1888, 244.
[46] Di recente sull'argomento v. M. Ramajoli, B.Tonoletti, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm*., 2013, 53 e G. Morbidelli, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali, in* A. Amorosino, G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002, 405.
[47] Cons. st., ad. pl., n. 9/2012: "non può non richiamarsi l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo, utilizza, proprio, al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori*(essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti.".
[48] Peraltro, per quanto normalmente i criteri formali ove sussistenti sono ritenuti di per sé decisivi, non è escluso che i criteri sostanziali possano eccezionalmente operare in senso opposto, sconfessando la proclamata natura regolamentare e sterilizzando il lamentato vizio di incompetenza. Così ad es Cons. st. V n. 2096/2008: "Non può trascurarsi, infine, che i provvedimenti contestati, ancorché qualificati come "regolamenti" dalla stessa Giunta, presentano, in concreto, contenuti tipici degli atti generali privi di valore propriamente normativo. Si tratta, a ben vedere, di determinazioni dirette a fissare i criteri generali da seguire nella predisposizione dei bandi concorsuali.".
[49] Tar Sicilia Palermo sez. II n. 952/2009.
[50] Cons. st. IV n. 732/2001.

La difficoltà non si pone ovviamente nei casi in cui il legislatore ha pur sempre fatto rimando ad un atto integrativo dell'amministrazione, ma senza effettuare una espressa qualificazione di tale potere. Quale che sia la qualificazione giurisprudenziale a prevalere, siffatto potere, anche se ritenuto regolamentare, avrà pur sempre un fondamento nella legge.
Ben diversa è la situazione in cui l'amministrazione, sprovvista di potere regolamentare, adotti un atto amministrativo, che viene riqualificato come regolamentare.
A cavallo tra il XIX e il XX sec. il punto era facilmente superabile, sia perché la più antica dottrina italiana riteneva addirittura, con una *reductio ad unum*, che qualsiasi atto dell'amministrazione di contenuto normativo avesse natura regolamentare[51], sia perché per un certo periodo dominò l'idea, derivante da una nota dottrina tedesca[52], che il potere regolamentare si potesse fondare anche sul solo conferimento di facoltà discrezionali all'amministrazione, prevalendo, sempre in chiave garantista, sul timore di un possibile allargamento abusivo delle funzioni normative, il vantaggio di una previa limitazione della discrezionalità[53]. In questa prospettiva svolse un ruolo anche il giudice civile, cui si devono le prime pronunce, già dal 1866, sulle circolari-regolamento, probabilmente mosso, a fini di giustizia, dall'esigenza di vincolare l'amministrazione[54], mentre una qualificazione non normativa avrebbe spostato il discorso su un terreno non praticabile per un giudice non amministrativo, quello del corretto uso della discrezionalità. E' questo un elemento che può, forse, concorrere a giustificare la tardività del riconoscimento delle circolari-regolamento nell'ordinamento francese, nel quale il giudice civile è sempre stato poco propenso a queste qualificazioni, essendogli in ogni caso sottratto il sindacato sugli atti amministrativi, anche regolamentari, mentre lo status di norma interna gli consente di ignorare la circolare[55].
Con l'affermarsi del principio di legalità della potestà regolamentare[56] il quadro cambia radicalmente.
La giurisprudenza è certo allineata in via generale a tale presupposto[57]. Non sfugge tuttavia l'impressione che, nelle fattispecie di cui si sta discorrendo (circolari-regolamento ecc.), la giurisprudenza a volte mantenga una certa ambiguità, anche soltanto per elusione del problema, finendo per allentare il rigore del principio di legalità, maggiormente preoccupata di evitare vuoti normativi o di recuperare in qualche modo le tradizionali valenze garantiste del regolamento, pur non espressamente fondato sulla legge. Non è un caso che già negli anni quaranta dello scorso secolo si osservava criticamente che, in caso di qualificazione giurisprudenziale della circolare come regolamento, le "condizioni di validità" previste per i regolamenti ministeriali "non si riscontrano nell'esercizio della potestà regolamentare per circolare"[58].

---

[51] Annoverano così istruzioni e circolari tra le fonti del diritto Scolari, *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866, 81; Palma, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1884, I, 193 ss; Codacci Pisanelli, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 20.
[52] R. Gneist, *Verordungsrecht*, in *Holtzendorff Rechtslexicon*, III, Lipsia, 1882.
[53] Basti il riferimento a F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà..*, cit., p. 129.
[54] A. Amorth, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1941, 138, a commento di decisioni della Cassazione, osserva che "si può pensare che la giurisprudenza, mossa dal lodevolissimo intento della tutela dei cittadini, voglia per così dire prendere in trappola l'amministrazione, la quale anziché emanare, come dovrebbe, un regolamento sulla base di una competenza che le fu attribuita, per conservare maggiore libertà di azione, inserisca le disposizioni in materia entro la circolare".
[55] C. Blumann, *L'application des circulaires adminisratives par le juge judiciaire*, in *AJDA*, 1972, 265: "i poteri del giudice civile riguardo agli atti amministrativi sono ridotti. Non può che applicare o interpretare quelli tra loro che hanno un carattere generale. E' forse questa debolezza dei poteri del giudice civile di fronte agli atti amministrativi che spiega la sua reticenza ad accordare uno spazio alle circolari nell'ordinamento giuridico".
[56] Prospettato, nella nostra dottrina, da G. Zanobini *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, 1922, cit..
[57] Di recente, ad es., in giur. Tar Toscana I n. 1808/2011: "È noto che nello Stato di diritto, che pone alla sua base il principio di legalità, il fondamento del potere regolamentare deve necessariamente rinvenirsi nella legge, occorrendo quindi che la legge fondi la potestà normativa secondaria, indicando l'organo cui la stessa è attribuita, l'oggetto rimesso alla disciplina secondaria, nonché gli ulteriori limitatori della discrezionalità che il legislatore riterrà di fissare nel singolo caso. Quel che è certo è che la potestà regolamentare presuppone la *interpositio legis*.".
[58] A. Amorth, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, cit., 133-136, il quale conclude sul punto che ove "l'autorità amministrativa provvede all'esercizio della facoltà stessa mediante circolare, si deve riconoscere … che essa

Del resto, a parte i tentativi di fondare direttamente nella costituzione un generale potere regolamentare dell'amministrazione[59], la vecchia teoria dello Gneist non è mai venuta del tutto meno, anzi se ne è talora affermato il maggior valore garantista rispetto al "formalismo" dell'ancoraggio al principio di legalità[60]. Si fa comunque fatica a comprendere perché mai tale teoria non possa ritenersi compatibile col principio di legalità, atteso che la potestà regolamentare poggerebbe su una facoltà discrezionale che, a sua volta, ha pur sempre "fondamento" e "limite" nella legge. Né pare condivisibile l'opinione che ritiene "decisivo" in senso contrario che possa esservi alterità tra il soggetto che ha il potere discrezionale e il soggetto che emana il regolamento[61], perché questa ipotesi non intacca di per sé, se non con un salto logico, quella in cui tale alterità non sussista, senza contare il fatto che una siffatta diversificazione di concorrenti competenze tra enti pubblici distinti ha di solito un apposito fondamento normativo.

Questa ambiguità, pur con percorsi in parte diversificati, è non meno ravvisabile anche in altri ordinamenti informati al principio di legalità: dalla qualificazione di una circolare come regolamento non sembra che si traggano sempre tutte le conseguenze, operando più sul versante del "parametro", da cui deriva un vincolo inderogabile per il provvedimento, che sul versante del fondamento. In altre parole, è come se gli atti normativi in questione continuino ad atteggiarsi come circolari dal punto di vista del fondamento e come regolamenti dal punto di vista dell'efficacia esterna.

Così nell'ordinamento tedesco, si osserva che, nei casi in cui la giurisprudenza attribuisce efficacia esterna diretta e non solo mediata ai regolamenti "amministrativi", viene meno la differenza con i regolamenti "giuridici" sotto il profilo appunto del vincolo, ma non anche sotto il profilo del fondamento che nel primo caso rimane implicito e riconducibile alla competenza generale degli organi direttivi dell'amministrazione[62]. Qui si consumerebbe il massimo grado di contraddizione della dottrina e della giurisprudenza dominanti, sintetizzata criticamente nella efficace formula della "Dogmatik des Als-Ob" (cioè appunto del "come se")[63].

Ancor più ambigua e farraginosa è la situazione dell'ordinamento francese.

Ciò è dovuto soprattutto al fatto che, da un lato, sembrerebbe essersi affermato il principio di legalità, sicché il potere regolamentare dei Ministri può sussistere solo dietro autorizzazione legislativa, d'altro lato, non è affatto chiara l'effettiva portata di una famosa pronuncia del 1936 (caso *Jamart*), mai rinnegata, nella quale il Conseil d'État statuì che "anche nel caso in cui i

---

viene, mentre non potrebbe, a superare ed eludere quelle condizioni di validità per l'esercizio della potestà regolamentare, che abbiamo dinanzi ricordate, condizioni che non sembra possano essere sostituite dagli equivalenti indicati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Sicché la giurisprudenza favorisce a torto questo tralignamento".

E ancora di recente, non a caso, ad es., M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 85, a proposito delle circolari-regolamento, osserva che si tratta di "una specie di circolare controversa, quanto ad ammissibilità e legittimità".

[59] Basti il riferimento a C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964; E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

[60] A. Pizzorusso, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini*, 1993, 409: "l'ispirazione che sta alla base della sua (ndr di Cammeo) impostazione appaia di gran lunga più democratica e più liberale di quelle che l'hanno seguita, essendo chiaramente rivolta alla delimitazione dei poteri dell'amministrazione ed alla tutela dei cittadini, laddove la tesi zanobiniana, pur se tecnicamente apprezzabile, finisce per ridursi ad un richiamo assai formalistico all'autorità della legge".

[61] A. M. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 30, nota: l'argomento "decisivo" contro la tesi di Gneist "è che assai frequentemente –e anzi generalmente- la potestà normativa non compete alle medesime autorità amministrative che dispongono di discrezionalità in ordine ai provvedimenti concreti".

L'argomento risale a G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, cit., 24: "La legge attribuisce talora la competenza a provvedere per via di regolamenti sopra certe materie ad autorità, le quali rispetto alle medesime non avrebbero alcun potere di provvedere per mezzo di atti singoli".

[62] M. Ruffert, *Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt Assman, A. Vosskuhle (diretto da), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Monaco, 2012, 1205.

[63] R. Wahl, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in *FG 50 Jahre BVerwG*, 2003, 571.

ministri non hanno da alcuna disposizione legislativa un potere regolamentare, a loro compete, come capi del servizio, di prendere le misure necessarie al buon funzionamento dell'amministrazione sottoposta alla loro autorità"[64].
Per quanto, a partire del caso *Institution Notre-Dame du Kreisker* del 1954, la qualificazione di circolare-regolamento avrebbe indotto il giudice ha effettuare un controllo sulla competenza regolamentare (non va dimenticato che, nel sistema francese, quella di competenza è questione di ordine pubblico rilevabile d'ufficio), al fine di censurare i casi in cui i Ministri imponevano regole attraverso le circolari proprio per eludere il difetto di potestà regolamentare, è comunque di rilievo ai nostri fini che si sia evidenziato come con la nuova impostazione del caso *Duvigneres* del 2002, ed in particolare con la figura delle circolari interpretative imperative si consenta di "limitare i rischi d'annullamento per incompetenza delle circolari ministeriali"[65].

5. L'atipicità delle fonti terziarie

Si è significativamente affermato che "un *numerus clausus* di fonti del diritto amministrativo … non esiste. (…) La prassi giuridica mostra nell'ambito delle norme sublegislative un alto grado differenziazione, che va anche oltre le varie forme di regolamenti amministrativi"[66].
E' del resto un fenomeno tralaticio nel diritto amministrativo, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, tutto un creativo fiorire di svariate locuzioni all'insegna dell'ambiguità: pararegolamentare, subnormativo, pseudonormaivo, anomalo, atipico e così via[67], cui oggi può anche aggiungersi una nuova figura inventata dal legislatore italiano, e cioè il "decreto non avente natura regolamentare"[68].
Così come è anche assai antica la percezione che "i moderni sistemi dottrinari, si appalesano incompleti, in quanto le indagini sugli atti pubblici sono state ristrette alla legge e al regolamento, come se queste due sole forme di atti avessero efficacia normativa per le attività pubbliche"[69].
La dottrina tedesca, rivitalizzando orientamenti degli anni sessanta dello scorso secolo, ha così di recente messo nuovamente all'ordine del giorno una riflessione sull'assetto complessivo del sistema delle fonti.
Si sostiene che "in tutti gli ordinamenti c'e un terzo livello di regolamenti amministrativi, guide lines, notes o prodotti similari della produzione normativa interna esecutiva", che sono di grande importanza non solo quantitativa, ma anche perché strumento di attuazione del principio di eguaglianza, sicché appare necessaria la configurazione di una "terza categoria di regolamenti giuridici", e ciò in contrapposizione all'orientamento tradizionale che tradisce tale aspettativa,

[64] Sembra ad es. valorizzare la giurisprudenza *Jamart*, a favore un potere regolamentare necessario per i capi di servizio nel segno della "autonomia" e della "spontaneità", R. E. Charlier, *Circulaires, instructions de service, et autre pretendues measures d'ordre interieur administratives*, in *La Semaine juridique*, 1954, 1169; di recente, invece P. Brunet, *Les normes léglislativs et administratives*, cit., 520 "In virtù di una giurisprudenza costante, i ministri detengono un potere d'organizzazione del servizio che li conduce a prendere, senza abilitazione legislativa espressa, delle misure regolamentari d'applicazione comunque limitate".
[65] X. Dupré de Boulois, *Les actes administratifs unilatéraux*, in P. Gonod, F. Lelleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, cit., II, 163.
[66] E. Schmidt Assman, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013, 37.
[67] Così, ad es., G. Sciullo, *Potere regolamentare, potere "pararegolamentare" e pubblica amministrazione: gli norienamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 1993, 1278, individua negli atti "pararegolamentari", quelli "comprendenti in prima approssimazione gli atti amministrativi generali (o precettivi) di carattere (o a contenuto) non normativo e le c.d. norme interne".
[68] Questa vicenda, come è noto, è stata già ampiamente studiata dalla dottrina, specie costituzionalistica, come una delle ipotesi di "fuga del regolamento", con la quale il legislatore ha mirato ad eludere il nuovo riparto costituzionale delle competenze regolamentari. Non potendo lo Stato adottare regolamenti in materia di potestà legislativa concorrente, si adottano "decreti non aventi natura regolamentare", così qualificati dal legislatore nazionale, imponendo per questa via traversa vincoli alla competenza regionale. Vicenda stigmatizzata dai costituzionalisti come una "truffa delle etichette" da F. Modugno, A. Celotto, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost*., 2003, 356.
[69] G. Salemi, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913, p. 4.

poggiando sulla qualificazione elusiva di norme interne e rendendo così incompleta la teoria delle fonti del diritto amministrativo[70].
E' evidente il salto di qualità rispetto a quanto evidenziato nel precedente paragrafo. Non si tratta più di considerare l'occasionale qualificazione regolamentare di una norma interna, ma di riconsiderare in blocco l'inserimento del livello terziario nel sistema delle fonti.
Anche nella nostra recente dottrina possono individuarsi prospettazioni che esprimono una similare linea di tendenza.
Si è così ritenuto di enucleare la categoria dell'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo al fine di ricondurre ad unità la funzione normativa dell'amministrazione e sottoporla al regime giuridico propria delle fonti del diritto[71]. O ancora, nell'ambito della nuova funzione "regolativa" delle *authority*, si propende a superare la categoria delle norme interne, i cui atti "vanno annoverati tra le fonti del diritto in senso proprio" e a svilire la "portata pratica … in termini di diversità di regime giuridico" della distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali che "tende orami a ridursi"[72]. Va anche menzionata la ormai non recente dottrina che, in termini più generali, "relativizza" il concetto di fonte del diritto, sostenendo che non sussista in effetti una disciplina generale, bensì che "l'ordinamento attribuisce a ciascun tipo di atto uno specifico regime", sicché in definitiva la nozione di fonte del diritto avrebbe un "valore meramente scientifico-descrittivo"[73].
Questi orientamenti sono importanti e condivisibili nella parte in cui sollevano il problema delle fonti terziarie[74], non anche nelle soluzioni apprestate.
In primo luogo, non appare convincente l'argomento che tende ad eliminare la differenza di regime giuridico tra le varie figure che si tende ad equiparare. Nel nostro ordinamento positivo sussiste indubbiamente una distinzione, poco importa che sia incerta, tra le fonti del diritto (o, più esattamente, come vedremo, tra le fonti tradizionali) e gli altri atti giuridici.
Sono noti i tratti che vengono normalmente addotti per segnare il particolare regime giuridico delle fonti del diritto. Basti qui menzionare: le norme sull'interpretazione; la ricorribilità in Cassazione; le norme sulla pubblicazione e sulla *vacatio*; il principio del *iura novit curia*, che di recente ha assunto particolare rilievo nel giurisprudenza amministrativa che ritiene, in prevalenza, che la disapplicazione da parte del giudice possa riguardare solo i regolamenti e non anche gli atti

---

[70] R. Wahl, *op. cit.*, 571 ss. Anche E. Schmidt Assman, *op. ult. cit*., ritiene che non si possa più negare carattere normativo ai regolamenti amministrativi e che occorra in tal senso rivedere la teoria tradizionale delle fonti.
[71] G. Clemente di San Luca, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 6: "gli atti fonte in forma dell'atto amministrativo non si esauriscono negli atti amministrativi normativi (statuti e regolamenti), bensì comprendono tutti quegli atti amministrativi che si distinguono per il loro essere regolativi di fatti e comportamenti senza rivolgersi a destinatari singoli, individuali (o individualizzabili)"; "tutti gli atti amministrativi che si caratterizzano per una vocazione funzionale a generare regole siffatte costituiscono una specifica categoria …. Meritevoli di essere trattati secondo quel particolare regime giuridico, oggi riconosciuto come tipicamente connotante soltanto gli atti normativi"; 102 in nota: "Da qui l'esigenza di equiparare tutti gli atti amministrativi di regolazione agli atti normativi, al fine di ritenere a tutti applicabile il relativo regime giuridico".
[72] M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 139-141. V. già in questa direzione Id., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in Banca Impresa Società, 2003, 39 ss..
[73] G. Zagrebelski, *Manuale..*, cit. p. 6-7.
[74] Il tema delle fonti terziarie, una volta anche esaurite le riflessioni teoriche sulle norme interne, è, nella nostra dottrina, andando scemando nel corso degli ultimi decenni del secolo scorso, sia, come si è già evidenziato, per l'abbandono della generale problematica delle fonti, sia per lo svilimento della circolare ridotta da M. S. Giannini, *Circolare*, in *Enc. Dir*., 1960, 1 ss. a mero mezzo di comunicazione (questa tesi era in realtà stata già accennata dieci anni prima in Id., *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio, e dei vincoli dei prezzi)*, cit., 673).
Ed infatti, al di là della plausibilità o meno di tale ricostruzione, si è di fatto sottratta l'attenzione su una figura attorno alla quale ha continuato ad operare la nostra giurisprudenza, così come la giurisprudenza e la dottrina degli ordinamenti cugini, e senza che possa dirsi che, ad es., i francesi non fossero consapevoli della varietà di contenuti delle circolari (celebre la definizione della circolare di Tricot nel caso *Institution Notre-Dame du Kreisker* del 1954: "una farfalla che può coprire ogni sorta di mercanzia").
Si comprende così come A. Catelani., *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, in *RTDP*, 1993, 1030, il quale, pur non scostandosi da percorsi teorici consolidati, ha avuto il merito di dedicarsi ripetutamente all'argomento e all'evoluzione giurisprudenziale, abbia potuto lamentare l'esistenza di "un marcato disinteresse dottrinale".

amministrativi generali. Può aggiungersi anche il rilievo, di solito non evidenziato, della qualificazione in un giudizio di revocazione[75].
Sono note anche le obiezioni volte a ridimensionare, quanto meno per il giudizio amministrativo, i suddetti tratti. In alcuni casi con maggior agio: così quando si ricorda che il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo è possibile soltanto per motivi di giurisdizione o si sterilizza la differenza delle norme di interpretazione, poiché per quelle relative agli atti amministrativi non operano comunque i criteri che presuppongono la parità delle parti. In altri casi in modo non convincente o risolutorio: così quando si ridimensiona il principio *iura novit curia* poiché comunque "nel processo amministrativo grava sul ricorrente l'onere di dedurre e specificare i motivi di ricorso", dando troppo per scontato, ed in una certa direzione, il superamento del delicato problema[76], che si sembra ancora irrisolto in giurisprudenza, della latitudine della disapplicazione d'ufficio dei regolamenti da parte del giudice amministrativo[77].
Ma tutto questo in ogni caso può condurre al più a ritenere che le conseguenze giuridiche siano di gran lunga minori rispetto all'importanza assegnata alla qualificazione[78], non anche che la distinzione non sussista e che non via siano riflessi (pur minori) sul regime giuridico.
In secondo luogo, non sembra condivisibile una certa tendenza "riduzionista" di questi orientamenti dottrinali. Una cosa è tentare di inserire le fonti terziarie in una teoria generale delle fonti, altro è invece, determinare, a causa di questo inserimento, una torsione del regime delle fonti terziarie per assimilazione ai regolamenti o quantomeno per assimilazione di alcuni profili che costituiscono il segno sedimentato della stessa ragion d'essere delle fonti terziarie e del loro particolare atteggiarsi nel novero delle forme della funzione normativa.
E' così discutibile che la dottrina tedesca, nel ricondurre i regolamenti "amministrativi" a quelli "giuridici", pur mantenendo il carattere implicito del fondamento, specie attraverso un diretto ancoraggio alla costituzione, finisca per smarrire lo schema della derogabilità nel caso concreto, che cioè il regolamento amministrativo venga assimilato a quello giuridico sotto il profilo del carattere di inderogabilità del vincolo, sicché dei tratti tradizionali del regolamento amministrativo, la "maggiore flessibilità" e la "minore efficacia vincolante", resterebbe soltanto il primo[79].
Tanto più che l'effetto uniformante di siffatte associazioni qualificatorie non sembra andare incontro all'orientamento dottrinario che, condividendo una nozione più ampia di fonti del diritto, è proteso a valorizzare il livello "intermedio", quei "campi infralegislativi", dove riprendono importanza "disposizioni amministrative interne, progetti, piani e programmi", inducendo in definitiva a "distinguere una graduazione o una scala di diverse maniere di applicare il diritto"[80].

---

[75] Così, ad es., Cons. st. V n. 1825/2015 ha statuito che non può lamentarsi l'omessa percezione di delibere dell'Amministrazione, di cui non si sia provveduto alla produzione in giudizio, in quanto non si tratta di fonti del diritto.
[76] Sul quale vedi già gli svariati interventi in Quaderni del Consiglio di Stato, *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti* (Atti convegno Roma 16 maggio 1997), Torino, 1998. In giur. ad es., nel senso che non sia necessaria, ai fini della disapplicazione, "una richiesta delle parti" Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2001 n. 3242; sez VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; o nel senso che il principio della disapplicazione deve essere coordinato con il principio della domanda, sicché la questione dell'illegittimità del regolamento deve essere formalmente introdotta dalla parte e non può essere rilevata dal giudice d'ufficio, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6657/2005.
[77] V. M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, cit., 60. Più in generale, G. Zagrebelski, *Manuale..*, cit., 7.
[78] R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 253, anche in nota, il quale parla di risultati "emozionali" che "superano quelli operazionali", ritenendo "singolare … la sproporzione che c'è tra l'importanza assegnata all'inclusione o meno di un tipo di atto nel catalogo delle fonti del diritto e le conseguenze che da essi si fanno derivare".
[79] Ci si riferisce a M. Ruffert, *Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts*, cit., 1774 e 1201.
[80] E. Schmidt Assman, *Principes de base d'une reforme du droit administratif*, cit., 436-7, 445. Già Id., *Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania*, in *Dir. pubb*., 1997, 71, evidenziava che "il diritto amministrativo deve orientarsi ad un maggiore numero di modi legislativi di direzione".
In un recente numero della Rivista trimestrale di diritto pubblico dedicato al pensiero di Schmidt Assman, D. De Pretis, *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assman. Una dogmatica "riformata" nel diritto amministrativo*, in *RTDP*, 2015, 12 evidenzia che "per le fonti, viene superata la logica della sistemazione gerarchica, e valorizzato il dato della pluralità e della varietà dei livelli di produzione".

5.1 Un'ipotesi ricostruttiva sulla teoria delle fonti

Occorre chiedersi a cosa serva l'enucleazione della categoria delle fonti del diritto.
La categoria si collega anzitutto all'esercizio della sovranità, all'idea della legittimazione democratica, e dunque al principio di legalità legislativa e costituzionale. Questa prospettiva, pur di grande importanza nel segnare i caratteri della forma di Stato, non riesce però ad avere un'efficacia esplicativa totalizzante. Per quanto si sia cercato di ricondurre esclusivamente alle fonti democraticamente e costituzionalmente legittimate le funzioni normative, le vicende storiche hanno inequivocabilmente mostrato che un tale disegno è irrealizzabile. E ciò non per il tipo di legittimazione della fonte, bensì per i limiti obiettivi del mezzo. Costituisce infatti un luogo comune della dottrina, sin dal XIX sec. e ulteriormente amplificato dalle vicende dello Stato novecentesco, che le fonti "formali" del diritto non sono (né potrebbero esserlo) sufficienti a soddisfare direttamente l'intero bisogno regolativo della pubblica amministrazione, né sono dotate di onniscienza nel prevedere, per rimando espresso all'amministrazione, le situazioni in cui tale bisogno si possa manifestare.
E' da più un secolo che si è affermato il principio di legalità anche per la potestà regolamentare, ma nello stesso arco temporale non è mai venuta meno l'imponente attività normativa dell'amministrazione di carattere terziario. La questione del suo fondamento si è così elusa, ad es. ricorrendo alla figura delle norme interne o ad atti normativi non regolamentari, o si è cercato di risolverla individuando un diretto ancoraggio nella costituzione, ma senza che, in fondo, tutta questa apicale problematicità abbia mai smosso in un senso o nell'altro il sedimentato diritto vivente delle fonti terziarie.
Non è privo di significato che la dottrina recente, che in fondo recupera la *ratio* di quella più antica, abbia rinunciato al principio di legalità come "presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo", in questa veste "oggetto di aspirazioni ideologiche, di politica del diritto o semplicemente di illusioni", facendone piuttosto oggetto di valorizzazione come presidio garantistico della "predeterminazione normativa dell'attività amministrativa", ove "il quadro normativo al quale l'attività amministrativa deve conformarsi è (può essere) disegnato da norme di diverso valore (legislativo, regolamentare, ecc.) e di diversa provenienza (eteronome, autonome)", sino a giungere al precetto concreto[81].

---

Sui profili generali di questa nuova dommatica, che non si può qui approfondire, pare preferibile l'altra opinione dottrinaria (R. Wahl, *Offentliche Recht der letzen funf Jahrzehnte*, Berlino, 2006), che vede più un cambiamento di oggetto che di dommatica: sul punto, F. Merusi, *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assman. Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, *ivi*, 22.
Riguardo poi alla notazione di S. Cassese, *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assman. Un nuovo corso del diritto amministrativo?*, *ivi*, 25, per il quale, rispetto all'apertura della scienza amministrativistica ad altre discipline, la novità sarebbe più per la dottrina tedesca che per quella italiana, la quale da tempo pratica la interdisciplinarità, potrebbe farsi un'osservazione di segno opposto.
A nostro avviso l'apertura ad altre discipline non è mai mancata alla scienza "giuridica" del diritto pubblico, sempre che il discorso finisca tuttavia per confluire in costrutti, appunto, giuridicamente rilevanti alla stregua di un gigantesco patrimonio di conoscenze tecniche che la "civiltà" millenaria del diritto ci ha consegnato. Schmidt-Assman ne è certo consapevole, tanto che l'apertura rimane prudentemente accompagnata da un momento di "filtro" da parte della dommatica giuridica. Questa spinta contiene però il pericolo che si possa smarrire il *logos* giuridico. Ed è appunto, ben inteso, non nella dottrina amministrativistica italiana, ma in una minoritaria parte di essa, la scuola di Sabino Cassese, che quel pericolo diviene realtà. Per stare ad una esemplificazione dello stesso Cassese: rispetto allo stadio avanzato di interdisciplinarità del contributo di un suo valente allievo imperniato sull'analisi economica del diritto (G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014), ci si dovrebbe forse chiedere se un siffatto, e in sé pur apprezzabile, contributo possa in effetti considerarsi uno studio di "diritto" amministrativo. Il problema non è dunque se la dottrina tedesca sia o sia stata arretrata rispetto all'orientamento della scuola cassesiana, quanto se questa ultima non sia fin troppo avanzata, sino ad oltrepassare i confini di una scienza che possa ancora definirsi giuridica. Cfr. M. Mazzamuto, *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in AIPDA, *Annuario 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Napoli, 2014, 29-30.
[81] F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., agg. VI, 2002, 88 ss..

Bisogna allora volgere lo sguardo altrove, ad una ineludibile funzione delle fonti del diritto, quale che ne sia il modo di legittimazione, e cioè quella di determinare i parametri che si collocano in posizione gerarchicamente sovraordinata agli atti individuali e concreti, ed in particolare, per quello che qui interessa, ai provvedimenti amministrativi.
Si è consapevoli che, portando sino alle estreme conseguenze il ragionamento teorico, ciò potrebbe non ritenersi sufficiente a distinguere le fonti del diritto da una qualsiasi altro atto da cui scaturiscano effetti giuridici, dunque, ad es., anche da un contratto[82]. Ma il giurista positivo non deve lasciarsi paralizzare da queste difficoltà. Nel nostro ordinamento e nel senso giuridico comune, quanto basta per una scienza pratica, si ha pur sempre, nella gran parte dei casi, la percezione dell'esistenza di atti che svolgono una funzione precettiva non volta alla sola disciplina di un caso singolo e concreto. E' sufficiente quindi accontentarsi delle parole di Santi Romano: "Norma, nel senso prevalso, è soltanto un precetto *più o meno* generale e astratto"[83].
E ciò è particolarmente vero nella pubblica amministrazione, dove in taluni settori possono ravvisarsi autentiche cattedrali, fatte di leggi nazionali e regionali, piani, atti di indirizzo, regolamenti, atti amministrativi regionali, circolari, e a volte con un ordine degli atti alquanto *sui generis*, ma tutti caratterizzati dal costituire scalarmente, a vario modo e grado, un parametro per giudicare la legittimità di una serie di provvedimenti individuali e concreti.
Non a caso la nostra dottrina ha non da ora sentito il bisogno, sebbene in relazione ad un settore di particolare complessità, quello urbanistico, di sviluppare "una categoria nuova ed autonoma di effetto giuridico precettivo",[84] o di recente si è manifestata una tendenza similare nell'ambito del diritto del mercato finanziario[85], o ancora, in termini questa volta generali, si è messa in campo la "funzione regolativa" dell'amministrazione, che contempla "sia fonti normative in senso proprio, si atti di regolazione aventi natura non normativa"[86]. Persino nella più recente giurisprudenza è occasionalmente riscontrabile un'ampia rappresentazione della "fonte normativa" che va al di là delle sole fonti primarie e secondarie[87].
Semmai non può ignorarsi e neanche escludersi che nel diritto amministrativo un discorso sulle fonti possa persino arrivare ad abbracciare provvedimenti singolari e concreti (o, per loro sommatoria, una prassi, da non confondere con la "prassi anticipata" dei regolamenti amministrativi tedeschi) che, in virtù del principio di non contraddizione o di eguaglianza, finiscano indirettamente per assumere una valenza precettiva nei confronti di una serie di casi futuri. Ma il punto è assai complesso e bisogno di approfondimenti, sicché ci limiteremo qui, cautelativamente, a considerare soltanto quegli atti che, per il loro contenuto "più o meno" generale e astratto, e a differenza di un

---

[82] D. Donati, *op. cit.*, p. 6 "non può essere dubbio che anche una regola per un caso singolo è regola".
Su un concetto ampio di atto precettivo, sulla scorta della *Stufentheorie*, che comprende anche atti amministrativi e giurisdizionali, nella nostra dottrina amministrativistica v. G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 47ss.. In tema v. anche F. G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.
[83] S. Romano, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, cit., 355-6. Il corsivo nel testo è nostro.
[84] P. Stella Richter, *Il sistema delle fonti nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb*., 1989, 609 "L'idea di partenza del presente lavoro è (…) che la disciplina urbanistica sia costituita da una complessa serie di precetti che non sono –o meglio non sono sempre e necessariamente- norme giuridiche".
[85] S. Amorosino, *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, 15: "Un'ultima precisazione, solo in apparenza terminologica ed invece sostanziale: sin qui si è usata l'espressione fonti normative, ma è preferibile usare la locuzione più ampia fonti precettive perché molte delle 'regole' non sono contenute in leggi o regolamenti, ma in atti precettivi, di livello formalmente inferiore, variamente denominati: ad esempio istruzioni (della Banca d'Italia), comunicazioni (della Consob), determinazioni (dell'Isvap), norme tecniche".
[86] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 2013, 54 che subito esemplifica in "atti di pianificazione e programmazione, atti amministrativi generali, direttive, circolari, ecc.", per poi farne in seguito un'ordinata trattazione.
[87] Tar Marche sez. I n. 576/2015: "Per fonte normativa non possono infatti intendersi solo le tradizionali fonti primarie e secondarie (legislative e regolamentari), ma anche la vastità di norme di rango ulteriormente inferiore e che disciplinano una determinata fattispecie (come un bando per l'erogazione di contributi e le relative norme o clausole applicative), emanate anche sotto forma di circolare proveniente dall'organo superiore, incluse quelle di origine negoziale (come la convenzione stipulata tra le parti).".

provvedimento singolare e concreto, si atteggiano "in quanto tali" a precetti. Ciò consentirebbe già di allargare in modo significativo una teoria delle fonti del diritto amministrativo.
Deve così affermarsi l'esistenza di una serie di atti "più o meno" generali e astratti, come le circolari o gli atti amministrativi generali, che costituiscono parametri "precettivi" di legittimità e che si pongono con una forza giuridica sovraordinata ai provvedimenti. E questo, è bene rimarcarlo, non è un'astrazione dottrinaria, bensì è diritto positivo, consacrato dalla giurisprudenza.
Tali atti non possono quindi essere estromessi dal sistema delle fonti, ma con una importante precisazione. Non si tratta di assimilare tali fonti a quelle tradizionali, al contrario, esse vanno inserite nel sistema delle fonti mantenendo la propria specificità, il proprio gradino gerarchico, la loro tipica efficacia precettiva. Anche perché questa, per così dire, biodiversità giuridica è un patrimonio stratificato in decenni di evoluzione dell'ordinamento e che non può essere sbrigativamente e superficialmente liquidato.
E' dunque il concetto di fonte del diritto che va ampliato, ma, al contempo, articolato al suo interno.
Possono essere utili, in questa direzione, taluni spunti dottrinari, prima criticati, da sviluppare però in una diversa modulazione.
Si tratta in particolare del "principio di relatività delle fonti del diritto" di Zagrebelski, ma non nel senso di destrutturare discutibilmente il regime esistente, in nome del carattere "singolare" di ciascuna fonte, bensì in funzione costruttiva dell'articolazione -a seconda dei casi e degli aspetti del regime giuridico preso in considerazione- in gruppi di fonti o in fonti singolari.
Nulla così impedisce di affermare che vi sia un gruppo di fonti, quelle tradizionali, che condividono una disciplina comune, quella tradizionale (*iura novit curia*, ricorribilità in cassazione, ecc.) cui sono invece estranee altre fonti, come le nostre fonti terziarie.
In tutto questo rimane però fondamentale la sussistenza di un punto di comunanza tra "tutte" le fonti prese in considerazione, tradizionali e terziarie, che non consente di ridurre, come vorrebbe la citata dottrina, il concetto generale di fonte ad una valenza meramente descrittiva: ogni fonte del diritto, intesa nel senso di contenere "più o meno" norme generali e astratte, si colloca sempre, fermo restando il rispetto della gerarchia interna alle stesse fonti, in un gradino sovraordinato al provvedimento singolare e concreto, costituendone parametro di legittimità.

5.2 le norme interne

Le norme interne costituiscono un paradigma di primaria importanza nel sistema delle fonti terziarie del diritto amministrativo.
Non appare inverosimile ritenere che lo sviluppo di questo paradigma abbia costituito il contraltare compensativo dell'irrigidimento dei presupposti del potere regolamentare con l'affermarsi del principio di legalità, inteso come necessaria autorizzazione legislativa di tale potere. Non a caso, la tematica delle norme interne si ritrova in tutti gli ordinamenti che sono approdati a siffatto principio di tipicità legislativa, che si tratti dell'ordinamento tedesco, nonostante l'originaria dottrina di Gneist, che fondava il potere regolamentare sulla discrezionalità, o dell'ordinamento italiano, che ha seguito in ciò l'evoluzione di quello tedesco, o ancora dell'ordinamento francese, nonostante, come si è visto, qualche ambiguità dovuta al non chiaro raggio d'azione del principio fissato nel caso *Jamart* (che comunque interviene nel 1936, quando la teoria delle norme interne aveva già fatto il suo corso).
Ma ciò che importa qui sottolineare sono due ordini di considerazioni.
In primo luogo, le norme interne hanno costituito, in Italia ed in Germania, più farraginosamente in Francia, il luogo in cui si è formato uno dei punti di equilibrio tra la potenziale rilevanza giuridica di tutta la sfera interna dell'amministrazione, portato naturale della stringente legalità di diritto pubblico (legalità intesa ovviamente come anche comprensiva dei principi giurisprudenziali), e l'esigenza, pur sempre subordinata, ove occorra, all'istanza di giustizia, di lasciare una qualche margine di elasticità alla pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico.

E' ricorrente già nella dottrina a cavallo tra XX e XIX sec. la considerazione che la pubblica amministrazione non potesse essere ridotta ad una "macchina" esecutiva[88]. Né, come spesso si fraintende, il tradurre ciò in un atteggiarsi della legalità come solo "limite negativo" significava necessariamente avallare zone di puro affrancamento dal diritto. A ben vedere, questa stessa dottrina era accesa propugnatrice del controllo pretorio sulla discrezionalità, sicché l'idea del "limite negativo" era solo un modo di rappresentazione, costituiva cioè niente di più che il precipitato "formale" dell'adozione, nell'infanzia della dommatica amministrativistica, del metodo pandettistico, mentre in quel limite era già contenuta la densità invasiva del diritto amministrativo[89].
Il punto di equilibro, sul piano provvedimentale, veniva così costruito nell'elastica distinzione tra parte della discrezionalità sindacabile e parte della discrezionalità insindacabile (il cd. "merito" amministrativo), fermo restando che la suddetta elasticità, in mancanza cioè di alcuna precognizione ontologica del "merito", avrebbe sempre consentito al giudice-pretore, quale *dominus* dell'atteggiarsi nelle fattispecie concrete della linea di confine, di far prevalere, all'occorrenza, il diritto sulla libertà dell'amministrazione.
Una problematica analoga, pur con soluzioni proprie alla diversità della funzione, si ravvisa anche nell'attività normativa (terziaria) dell'amministrazione: è in questo punto di intersezione che si colloca la figura delle norme interne.
In secondo luogo, siffatto spazio di mediazione, grazie al genio creativo della dottrina e della giurisprudenza, ha consentito di elaborare un vero e proprio modello normativo, che si distanzia dall'usuale atteggiarsi delle norme legislative e regolamentari e che ha consentito di trovare uno straordinario punto di equilibrio tra le esigenze concorrenti.
E' specialmente questa soluzione, per come in effetti opera nel diritto positivo, che va messa in evidenza, mentre molto meno rilevanti, se non per la storia del pensiero giuridico, ci sembrano le voluminose dispute dottrinarie sulla teoria delle norme interne.
Non vi è dubbio che tale teoria, sul piano dommatico, sia alquanto discutibile, poiché, come ha anche messo in evidenza la recente dottrina tedesca, vi è una insanabile contraddizione tra carattere interno ed efficacia esterna, mediata o, *a fortiori*, immediata, di tali norme nei confronti dei funzionari, come persone distinte dalla persona giuridica pubblica, e nei confronti dei terzi, in quanto parametro di legittimità dei provvedimenti.
Nella nostra dottrina il tema ha avuto poi un grande risalto, poiché ha finito per associarsi alla famosa teoria romaniana del pluralismo degli ordinamenti giuridici[90]. Pur con l'incondizionata devozione per questo insuperato Maestro del diritto pubblico, deve tuttavia ritenersi che siffatta teoria, spesso troppo facilmente asseverata, sia bisognosa di una rivisitazione critica, se non debba essere in parte abbandonata, poiché, se certamente utile nel contesto dell'imperfetto ordinamento internazionale e oggi della globalizzazione[91], una volta versata sugli ordinamenti "interni" a quello statale, appare più che altro fonte di inutili complicazioni, fatte di farraginosi schemi di relazione tra i due ordinamenti o di forzate duplicazioni qualificatorie, sicché, ad es., una norma interna, se riconosciuta dall'ordinamento statale, non perderebbe la sua natura originaria e, parimenti, non perderebbe lo status originario di giudice interno il Consiglio di Stato, pur di lasciare un qualche apprezzabile *ubi consistam* al presunto ordinamento interno e non cadere in una sorta *horror vacui* di fronte all'abbraccio avvolgente dell'ordinamento generale.
Ma la teoria pluralistica, pur discutibile nella sua validità concettuale, ha avuto indirettamente un ruolo di primo piano nell'affermazione del diritto amministrativo e nella ricerca di quel punto di equilibrio tra pervasività della legalità giuspubblicistica e libertà amministrativa.

---

[88] S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, III ed., 1912, 3: "l'amministrazione non si esplica sempre in obbedienza a norme legislative, e quindi non è a riguardarsi come una pura *esecuzione* di queste".
[89] Sul punto più ampiamente si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizionale. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 128 ss.
[90] Hanno sviluppato il tema delle norme interne nell'ottica della teoria romaniana specie E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950 e F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963.
[91] V. ad es. M. Dionigi, *Globalizzazione e fonti del diritto*, Bari, 2006, p. 87.

La dottrina che in Italia si occupò per prima, e in modo approfondito, del tema delle norme interne ebbe giustamente a sottolineare che lo schema tedesco dei rapporti di "supremazia speciale", da cui deriverera poi la teoria del pluralismo degli ordinamenti, si sarebbe perfezionato già con i primi contributi di Santi Romano. Il paradigma originario di Giorgio Jellinek aveva il difetto di associare tali rapporti a quelli di diritto privato, mentre per Romano, in ragione della disuguaglianza delle parti, si trattava invece di rapporti di diritto pubblico e se ne faceva inoltre modello di generalissima applicazione[92].

Ecco il viatico teorico di ingresso del diritto pubblico nella sfera interna per non lasciare all'amministrazione uno spazio di pura libertà privatistica. Ci si potrebbe chiedere perché fosse a questo punto necessario costruire l'idea di un ordinamento separato. La ragion pratica non è difficile da individuare. Santi Romano, consapevole della specialità garantista del diritto amministrativo, temeva che questo diritto si sarebbe disperso nell'approdo all'ordinamento generale, per come lo si conosceva, secondo la tradizione civilistica, fatto cioè di concezioni meccaniche delle norme scritte e della loro applicazione giudiziale, inidonee a contenere l'arbitrio amministrativo al di là dei puntuali vincoli testuali[93]. E così anche la strenua difesa della natura "amministrativa" della IV Sezione del Consiglio di Stato, considerato una sorta di "supergiurisdizione"[94], non era ad altro legata che al timore che le relative decisioni venissero sottoposte alla ristretta mentalità della Cassazione, nella qualità di giudice della giurisdizione[95]. Preoccupazioni che non erano del tutto infondate se si pensa alle vicende degli anni trenta dello scorso secolo, quando la Cassazione dispose la caducazione di decisioni del Consiglio di stato che avevano annullato provvedimenti amministrativi per vizi della discrezionalità. Un debordamento che, a parte le vivaci proteste della giuspubblistica del tempo, fu ridimensionato dalla magistrale opera di Santi Romano, questa volta nella veste di Presidente del Consiglio di Stato[96].

L'ordinamento separato dell'amministrazione non è in fondo allora che una trasfigurazione dello stesso diritto amministrativo o, forse, più esattamente, l'ultima grande trasfigurazione teorica della sua figura "graziosa", come luogo più idoneo ad alimentare e preservare le superiori garanzie (per il cittadino) di questo speciale diritto. Ma, una volta che il matrimonio con l'ordinamento generale divenne ineluttabile, anche soltanto per l'avvenuta giurisdizionalizzazione del contenzioso amministrativo, e che ciò non si risolse infine nella perdita di quel patrimonio che si temeva di smarrire, poiché il diritto amministrativo si assestò, più semplicemente, come autonoma branca dell'ordinamento generale, il grandioso sforzo romaniano non ebbe neanche più a dover servire alla sua nobile ragion pratica.

Possiamo dunque convenire che la dizione di norme "interne" sia errata, poiché esse hanno in realtà, a loro modo, valenza "esterna" e che non esiste una sfera dell'amministrazione separata dall'ordinamento generale, più esattamente non esiste da tempi molto più risalenti da quanto è solita affermare la dottrina che ravvisa in vicende recenti i segni di crisi o di superamento del modello[97], ma ciò che conta maggiormente è adesso soffermarsi, al di là degli schemi teorici, sull'invenzione del modello normativo legato alla vicenda delle norme interne e che si deve al genio della giurisprudenza italiana attorno alla figura della circolare.

---

[92] G. Zanobini, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubb*., 1915, 329-30, che fa riferimento a S. Romano, *Il potere disciplinare nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it*., 1989, IV, 273.

[93] S. Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 93 ss.

[94] S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V. E. Orlando (a cura di), *Trattato..*, cit, III, 1901, p. 555.

[95] S. Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V. E. Orlando (a cura di), *op, ult. cit.*, p. 1256: "il vero si è che quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi".

[96] Più ampiamente si consenta sul punto un rinvio a M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.

[97] V. ad es., A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, cit., 141, il quale afferma che "tutto questo, se non proprio tramontato, è oggi molto meno sicuro", in ragione del "crescente pluralismo istituzionale" e della "emersione prepotente del carattere procedimentale dell'attività amministrativa".

Questo passaggio fu segnato, in due note a sentenza del 1990 e del 1912, dal fondamentale contributo di un nostro grande amministrativista: Federico Cammeo.
Il punto di partenza del Maestro risente chiaramente della, pur giovane, tradizione italiana che attribuiva carattere regolamentare a circolari e istruzioni amministrative. Cammeo rivolge infatti una serrata critica alla dottrina tedesca, che aveva già elaborato la distinzione tra regolamenti "giuridici" e regolamenti "amministrativi", attribuendo a questi ultimi una "straordinaria estensione". Non si esclude che le circolari possano dar luogo a "precetti direttivi e non giuridici", ma ciò "deve considerarsi una eccezione e non la regola, siccome credono gli scrittori tedeschi", sicché "il campo delle semplici istruzioni va ridotto al minimo possibile, dovendosi, finché si può, presumere nelle regole generali il carattere di regole giuridiche". Il timore dello studioso liberale, che aderiva alla teoria dello Gneist sulla discrezionalità come fondamento del potere regolamentare, era che altrimenti, con siffatte circolari non giuridiche, si sarebbe finito per distruggere "la precipua utilità della facoltà regolamentare" e "lasciare una gran parte dei rapporti tra sudditi e Stato in balìa dell'arbitrio"[98].
Nella nota del 1900[99] Cammeo deve confrontarsi con un nuovo costrutto giurisprudenziale. Il giudice ricorre ad un vizio della discrezionalità, cioè un eccesso di potere[100]; sotto il profilo della violazione del principio di non contraddizione, riferito però non ad un precedente provvedimento "contemplante un caso singolo e concreto", bensì, in una sorta di "ipotesi intermedia", ad un precedente "atto di contenuto generale", appunto una circolare. Qui la reazione è ancora di chiusura: "A nostro avviso per quest'ultimo caso, il quale forma oggetto della presente decisione, si confonde in realtà con la ipotesi di violazione di regolamento".
Nella nota del 1912[101] si accede finalmente alla configurazione del nuovo modello. Si capovolge anzitutto l'originaria presunzione: "nell'incertezza ad un atto emesso in forma e nome di circolare devesi disconoscere efficacia regolamentare. Perciò dubito che sottoscriverei oggi all'avviso espresso oltre dieci anni fa". Le circolari dunque non avranno di regola valore di "fonte del diritto". Ma non si ricaccia per questo la circolare nella pura irrilevanza giuridica, ma si cerca il modo di asseverare il percorso di giustizia prefigurato dalla giurisprudenza:
"La violazione della circolare non può essere, senz'altro, un vizio assoluto dell'atto, come lo è quella di una legge o di un regolamento. Resterà quindi in facoltà dell'amministrazione di dimostrare che, nel caso singolo, vi erano ragioni di utile pubblico, per discostarsi dalla circolare, idonee a fornire una causa all'atto. Ma finché questa prova non sia fatta, rimane ferma la diversa prova risultante dalla circolare e quindi la illegittimità dell'atto per eccesso di potere".
In queste parole, al di là, per quello che qui interessa, di distinzioni qualificatorie (che si tratti di questione di fatto, che incide sulla causa dell'atto, e non di questione di diritto), è scolpito nel suo concreto funzionamento il nuovo modello normativo, destinato a consolidarsi, e, con esso, l'individuazione di uno straordinario punto di equilibrio tra legalità di diritto pubblico e libertà dell'amministrazione. La circolare costituisce un parametro che vincola l'amministrazione, ma è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre, con una sorta di clausola generale, un margine, beninteso motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto e della possibilità dunque di derogare all'atto generale.
Certamente anche una legge o un regolamento[102] possono contenere una deroga alla regola generale e astratta che pongono, ma quale che sia il rapporto tra regola e eccezione interno alla previsione,

---

[98] F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà..*, cit., p. 126 ss, e specie 137-8.
[99] F. Cammeo, *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giur. it.*, 1900, III, 273 ss, che, per evidenti asimmetrie dei tempi di edizione, è in realtà di elaborazione successiva a *Manifestazione…,* cit., che viene infatti citato dallo stesso Autore.
[100] In Italia, come è noto, la locuzione "eccesso di potere" viene usata non come in Francia con riferimento a tutti i vizi di legittimità, bensì soltanto ai vizi della discrezionalità (cui poi si affiancano le violazioni di legge e l'incompetenza), ma è questione puramente nominalistica o classificatoria.
[101] F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, III, 1912, 103 ss..
[102] Va ricordato che, al di là di una sua condivisibilità sul piano deontologico, non ha mai avuto seguito in giurisprudenza, tanto che si sono sempre configurati regolamenti con effetti provvedimentali immediatamente lesivi,

l'assetto precettivo così composto è, nelle sue articolazioni, inderogabile al momento dell'esecuzione. Nello schema della norma interna vi è invece una implicita clausola generale di derogabilità, in sede esecutiva, che investe il precetto in quanto tale.
Bisogna riconoscere a Cammeo tutto il merito di questo costrutto, che finì per imporsi, nonostante qualche tentativo di attenuare la forza probatoria (noi diremmo precettiva) della norma interna[103].
Gli altri ordinamenti si sono adeguati solo successivamente al modello.
Così nell'ordinamento francese e al di fuori delle vicende delle circolari. La "invocabilità" delle circolari diverrà possibile, a partire dall'affare *Institution Notre-Dame du Kreisker* del 1954, soltanto riguardo ai casi di circolare-regolamento e senza che, comunque, si configuri una clausola derogatoria, partecipando qui la circolare del vincolo proprie degli atti regolamentari.
Ci si arriverà invece attraverso la figura della "direttiva".
Al livello dottrinario questa figura fu inizialmente valorizzata da Hauriou nel 1925, che gli diede dignità di parametro di legittimità, ma senza prospettare clausole derogatorie[104]. Per giungere allo schema di Cammeo, in forma di direttiva, occorrerà attendere la nota pronuncia del 1970 sul caso *Crédit foncier de France* e in dottrina ad un saggio del 1971 di Waline, che coglierà la particolarità del modello, definendo la direttiva come una sorta di "pseudo-regola di diritto"[105].
Le direttive non hanno mai però avuto grande diffusione sul piano pratico, sicché la figura, pur ben delineata, è rimasta in una posizione di grande marginalità.
Un decreto del 1983 sembrò volere estendere la "invocabilità" anche agli altri atti, e dunque anche alle circolari (non regolamentari), ma il giudice-pretore ha "neutralizzato" tale pur esplicita previsione normativa, ritenendo di dover continuare negli autonomi percorsi giurisprudenziali[106], sicché lo schema in questione è rimasto confinato negli spazi della, già poco praticata, direttiva.
Certo è che, allo stato, nell'ordinamento francese il quadro delle fonti terziarie, tra circolari, direttive o altro, appare alquanto frammentato, nel senso del disordine, come, del resto, chiaramente rappresentato dalla stessa dottrina d'oltralpe[107].

---

non censurati in quanto tali, l'opinione dottrinaria per la quale, a differenza della legge, l'inderogabilità del regolamento riguardasse non solo il momento esecutivo, ma già, a monte, il contenuto stesso del precetto, sicché il regolamento non potesse contenere che norme generali e astratte (G. Zanobini, S*ul fondamento giur. della inderogabilità dei regolamenti,* in *Riv. dir. pubbl.*,1917, 401; su questa doppia valenza dell'inderogabilità in Zanobini, v. E. García de Enterría, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos",* in *Revista de Administración Pública,* 1958, p. 83 ss).

[103] G. Zanobini, *Le norme interne..*, cit., 350, ritenne che la violazione della circolare non fosse affatto una prova *iuris tantum* del vizio, come sosteneva Cammeo, ma un semplice indizio.

[104] M. Hauriou, nota a CE 17 luglio 1925, in Id., *La juriprudence administrative de 1892 à 1929*, II, Parigi, 1929, p. 93: l'amministrazione "non si lega perpetuamente alle direttive che adotta, le può cambiare. Ma allorché le sue direttive sono state apertamente dichiarate e affermate, deve seguirle e osservarle finché non siano state cambiate nella stessa forma con la quale furono stabilite".

[105] M. Waline, *L'autolimitation du pouvoir discretionnaire par des directives*, in *Rev. dr. pub. et sc. pol. en France et* à *l'étranger*, 1971, 1229 ss. Anche di recente M. Cliquennois, *Que reste-t-il des directives?*, in AJDA, 1992, 3, afferma che la direttiva ha "un certo valore giuridico, infraregolamentare ma superiore alla circolare interpretativa"; un atto "ibrido, camaleonte, dalla natura giuridica incerta".
Di recente, v. ad es. P. Gonod, *L'administration et l'élaboration des normes*, in in P. Gonod, F. Lelleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, cit, p. 552.

[106] V. P. Combeau, *Un oubli dans la reforme: l'invocabilite des circulaires et instructions administratives*, in *AJDA*, 2000, 496.

[107] X. Dupré de Boulois, *Les actes administratifs unilatéraux*, cit, 164: "Il confronto dei regimi giuridici della direttiva e della circolare interroga sulla coerenza d'insieme della giurisprudenza a loro riguardo. Essa lascia vedere quattro regimi giuridici: la circolare non imperativa che non può essere deferita al giudice ne opposta all'amministrazione; la circolare imperativa regolamentare che è suscettibile di ricorso per eccesso di potere e invocabile dagli amministrativi; la circolare imperativa interpretativa che può essere egualmente deferita davanti al giudice dell'eccesso di potere, mentre l'amministrato non può avvalersene contro l'amministrazione; la direttiva che il giudice non può conoscere per via d'azione, ma di cui l'amministrato può avvalersi nei suoi rapporti con l'amministrazione. La distribuzione degli atti interni entro queste differenti categorie è disagevole. Se le funzioni rispettive di circolari e direttive sembrano distinte – permettere l'applicazione della legge e dei regolamenti da un lato, inquadrare l'esercizio d'un potere d'apprezzamento all'altro-, certe decisioni di giustizia dimostrano la relatività degli apprezzamenti in materia.".

Ben più piana è invece la situazione dell'ordinamento tedesco, dove si è pervenuti, per i regolamenti "amministrativi", ad una disciplina del tutto analoga a quella del nostro ordinamento. La figura è retta dal principio di eguaglianza, sicché il regolamento amministrativo si atteggia ad una sorta di "prassi anticipata", che l'amministrazione deve rispettare, ma per la quale "è sempre immanente (…) una riserva non scritta a favore del singolo caso atipico"[108].
Non siamo in grado di stabilire quando questo schema si sia imposto nell'ordinamento tedesco, tuttavia, a conferma del primato italiano, va ricordato che in un contributo di diritto comparato di uno studioso russo, risalente al 1932, si evidenziava che le "regole amministrative o la violazione di queste regole" non sono attaccabili né in via di azione, né in via di eccezione d'illegalità: "Questo è il diritto francese e tedesco. Il sistema italiano è meno severo: la violazione di una istruzione è un eccesso di potere"[109].
L'antico modello di Cammeo continua ad avere fortuna e trova oggi riscontro anche nel diritto UE, se pur in una forma espressiva più vicina alla versione tedesca. Sul punto non vi è la possibilità di un approfondimento, ed è sufficiente evocare le chiare statuizioni della Corte di Giustizia:
"Nelle sue decisioni aventi ad oggetto provvedimenti di carattere interno adottati dall'amministrazione, la Corte ha già dichiarato che, pur non potendo essere qualificati come norme giuridiche alla cui osservanza l'amministrazione è comunque tenuta, essi enunciano tuttavia una norma di comportamento indicativa della prassi da seguire dalla quale l'amministrazione non può discostarsi, in un caso specifico, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento. Siffatte misure costituiscono pertanto un atto di carattere generale di cui i dipendenti e gli agenti interessati possono dedurre l'illegittimità a sostegno di un ricorso proposto contro decisioni individuali adottate sulla loro base.
Una tale giurisprudenza si applica a maggior ragione a norme di comportamento dirette a produrre effetti esterni, come nel caso degli orientamenti che riguardano operatori economici" (28 giugno 2005 C-189/02).
Per completezza può aggiungersi che il modello di Cammeo ha influenzato anche la dommatica della norma giuridica. Ci riferiamo alla successiva e famosa elaborazione delle leggi-direttive di Santi Romano[110], definite da Norberto Bobbio come precetti ad "obbligatorietà *condizionata*, nel senso che i comportamenti previsti dalla direttiva sono obbligatori a condizione che, o sino a che, non si provi l'opportunità di non attenervisi"[111].
In definitiva, deve affermarsi che, per consolidato diritto giurisprudenziale, le cd. norme interne sono precetti "più o meno" generali e astratti nella figura dell'obbligo condizionato e si pongono in posizione sovraordinata ai provvedimenti costituendone parametro di legittimità.
Si tratta dunque, secondo l'ipotesi ricostruttiva che si è sopra delineata, di fonti terziarie del diritto amministrativo.

## 5.3 Gli atti amministrativi generali

[108] R. Wahl, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, cit., p. 573-4.
[109] N. Karadgé-Iskrow, *Contribution à la théorie des normes édictées en vertu d'un rapport de sujétion spéciale en droit public*, in *Rev. int. de la théorie du droit*, 1932, 217.
[110] S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., 1946, ora in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, p. 276: "Esse contengono massime, consigli, istruzioni, ammonimenti, promesse, programmi; in altri termini, norme che non sono in sé e per sé obbligatorie, sebbene ad esse si accompagni, come elemento aggiunto, l'obbligo non di osservarle, ma di tenerle presenti e di non discostarsene senza un motivo plausibile".
[111] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir*., 1960, 79. L'altra figura elaborata da Bobbio, del precetto ad "obbligatorietà limitata", dove invece il precetto non è derogabile, ma copre solo una parte della fattispecie, lasciando la restante parte alla determinazione del destinatario, è stata ampiamente valorizzata, attorno alla figura della direttiva, da G. Sciullo, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1993.

Quella degli atti amministrativi generali è una figura *sui generis* dell'ordinamento italiano[112], che non trova ancor oggi, se mai lo troverà, riscontro negli altri ordinamenti di diritto amministrativo, per quanto una parte della nostra dottrina si sia già prodigata a nobilitare tale figura, che risponderebbe "a esigenze comuni ai moderni pubblici poteri" e che dunque potrebbe essere presa a modello in altri paesi[113].
Dottrina e giurisprudenza si sono soprattutto impegnate nella ricerca di un criterio distintivo con i regolamenti, ma non è questo ciò che qui importa soprattutto evidenziare.
Il punto è se tale specie di atti costituisca una fonte del diritto terziaria e se presenti uno specifico atteggiarsi dei modelli precettivi, così come abbiamo visto per le norme interne, secondo lo schema di Cammeo.
Alla prima domanda non può che rispondersi in senso positivo: gli atti amministrativi generali sono atti "più o meno" generali e astratti, o, se si preferisce, forse più generali e meno astratti, quanto basta comunque per rientrare nella famiglia dei precetti, che si atteggiano, per consolidata giurisprudenza, a parametri di legittimità dei provvedimenti singolari e concreti.
Alla seconda domanda deve invece darsi risposta negativa. Nella giurisprudenza gli atti amministratici generali danno luogo ad un vincolo inderogabile[114], sicché il modello precettivo, da un lato, si distacca chiaramente dallo schema delle norme interne, d'altro lato, si uniforma allo schema dei regolamenti[115].
Ciò significa che non sta tanto nell'adozione di un peculiare modello precettivo che si ritrova la ragion d'essere della categoria.
Si potrebbe pensare che si tratti di una delle forme di consueto aggiramento del principio di legalità, nel senso che ove non è prevista una potestà regolamentare e l'amministrazione vuole comunque far ricorso a precetti inderogabili (mentre per i derogabili vi è la norma interna), si supplisca con un

---

[112] La figura non va confusa con altra congerie, invece non estranea ad altri ordinamenti, di atti che si rivolgono ad una pluralità di soggetti, come gli atti plurimi e collettivi, ove i destinatari, anche qualora non nominativamente indicati, sono al momento dell'adozione dell'atto già immediatamente identificabili (v. A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 45). La differenza tra plurimi e collettivi starebbe poi nel fatto che nel primo caso abbiamo la mera somma di atti individuali, mentre nel secondo caso abbiamo un atto che considera unitariamente una pluralità di soggetti (ad es lo scioglimento di un organo collegiale), il che rileva poi sotto il profilo della scindibilità (atto plurimo) o della inscindibilità (atto collettivo) delle vicende dell'atto (annullamento, ottemperanza, etc: da ult. in giur. ad es. Tar Lazio Roma I n. 6241/2015).
Le uniche due monografie sull'argomento sono di G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000 e G. Santaniello, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963, privo tuttavia di autonomo valore scientifico.
La categoria fu per la prima volta elaborata da D. Donati, *I caratteri della legge in senso materiale*, 1910, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, 75 ss, in relazione alla sua teoria "triangolare" della norma giuridica. Il tema fu ripreso negli anni '50 del XX sec. Basti il riferimento a A. De Valles, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it*., IV, 1951, 97; M. S. Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti miniseriali*, 1953, ora in *Scritti* (*1949-1954*), III, Milano, 2003, 769; A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, 1954, cit.
[113] G. Della Cananea, *op. cit*., 40 e 455.
[114] In questo senso correttamente già A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 51-2: "estensione anche a essi del principio della inderogabilità per casi singoli".
[115] Non può quindi seguirsi l'opinione di G. Della Cananea, *op. cit*., sia con riferimento al tentativo di accorpare le norme interne agli atti amministrativi generali, il che non è affatto conseguenza necessaria della pur condivisibile affermazione che le norme interne abbiano in realtà efficacia esterna, sia con riferimento ad una ibridazione del modello degli atti amministrativi generali nel senso che, a seconda dei casi, possano essere derogabili o meno.
Ci sembra peraltro che, nei presunti casi di derogabilità evocati (p. 129-130), l'A. metta anche in gioco la derogabilità contenuta nello stesso precetto, non avvertendo che a quel punto il discorso si pone su un piano del tutto diverso: anche una norma di legge (o di regolamento) può contemplare delle deroghe alla previsione generale che introduce. Non ha così alcun rilievo evidenziare, ad es., che le "norme" sulla determinazione imperativa dei prezzi "ammettevano deroghe, purché inferiori al prezzo d'imperio".

atto amministrativo generale, e sempre che sia valida la tesi dottrinaria che ritiene non necessaria per questi atti, a differenza dei regolamenti, l'autorizzazione legislativa[116].
Ma ciò non sembra del tutto convincente, anche perché di solito questo problema non si pone, e difatti non ci risulta che se ne abbia contezza in giurisprudenza, atteso che le fattispecie paradigmatiche attorno le quali è emersa questa nuova qualificazione hanno sempre riguardato poteri previsti dalla legge (ad es la pianificazione urbanistica).
E' possibile forse un'altra giustificazione, che sarebbe però bisognosa di approfondimento, sicché ci limiteremo soltanto ad un primo spunto.
La natura giuridica dei regolamenti è stato oggetto di antiche dispute. Si era originariamente pure sostenuto che si dovesse privilegiare una qualificazione esclusivamente normativa, sicché i regolamenti non potessero essere suscettibili di impugnazione, ma, non molto diversamente da prospettazioni più recenti, dovessero restare soltanto soggetti ad un controllo analogo a quello del giudice ordinario[117]. Non fu questo, sin dalla sua prima pronuncia del 1890, l'orientamento del Consiglio di Stato, e da lì si è nel tempo consolidata l'idea che il regolamento fosse un atto sostanzialmente normativo e formalmente amministrativo. Tale qualificazione ha consentito uno straordinario rafforzamento delle garanzie, divenendo il regolamento attaccabile nel quadro del penetrante regime di invalidità del provvedimento amministrativo[118]. Nulla ha così impedito, secondo un tradizionale orientamento giurisprudenziale, che il regolamento potesse venire annullato secondo le clausole dell'eccesso di potere, come, ad es., nel caso di una intrinseca irragionevolezza delle disposizioni[119].

---

[116] A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 51-2. Così di recente anche A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, cit., 62.

[117] E. Massa, *Il sindacato della IV sezione sulla legittimità dei regolamenti*, in *Riv. dir. pubb*., 1903, 169-170 il quale nega che il regolamento possa qualificarsi atto amministrativo, sicché il Consiglio di Stato potrebbe fare solo ciò che fa il giudice ordinario.: "possa e debba esaminare la costituzionalità e legalità del regolamento per decidere sulla legittimità del provvedimento impugnato"; da ciò deriva che la decisione "non debba avere effetto che per il caso deciso, perché il suo giudizio non è stato portato direttamente sul regolamento, ma solamente sul provvedimento".
La tesi della non impugnabilità dei regolamenti verrà ripresa molto tempo dopo da E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 3° ed., Padova, 1957, 151-2, per il quale, usando la classificazione tedesca, i regolamenti "giuridici" non sono impugnabili perché va loro riconosciuta "natura sostanzialmente legislativa", i regolamenti "amministrativi" perché atti "interni".

[118]Non ci si può qui intrattenere su tutto un discutibile orientamento, stimolato dalle note riflessioni di Costantino Mortati, volto a sminuire il giudizio amministrativo sui regolamenti.
A parte il mancato avveramento, come desiderato da Mortati, di un controllo del giudice costituzionale, si potrà (o meno) anche auspicare, valorizzando la natura normativa, che la disapplicazione d'ufficio consenta un più ampio controllo sulla legittimità dei regolamenti, così come lo può fare il giudice su una legge, sollevando d'ufficio la questione di costituzionalità, ma ciò non può mettere in discussione che, complessivamente, nessun altro giudice avrebbe potuto svolgere un ruolo così incisivo nel sindacato sui regolamenti come il giudice amministrativo, in naturale rispondenza del resto alla pervasività della legalità di diritto amministrativo.
Ci limitiamo al riguardo a ricordare del tutto condivisibilmente A. M. Sandulli, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, 1969, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 189: "il fatto di essere suscettibili di quelle forme di sindacato e di intervento che sono proprie degli atti di provenienza amministrativa (annullabilità ex officio e su ricorso amministrativo e giurisdizionale), e che –oltre ad essere più copiose, più 'praticabili' e di più immediata applicazione- sono sicuramente più incisive (in quanto implicano il controllo sull'eccesso di potere, il quale è proprio degli atti discrezionali e non degli atti politici, ed è perciò cosa diversa e più penetrante rispetto al riscontro della ragionevolezza, cui la Corte Costituzionale suole sottoporre gli atti 'legislativi', che sono sempre politici), colloca infatti – contrariamente ad un diffuso convincimento- gli atti normativi dell'Esecutivo non aventi forza di legge e gli atti normativi delle pubbliche amministrazioni in una posizione indubbiamente più esposta".

[119] Ci sembra in questo senso privo di fondamento positivo la nota tesi di M. S. Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit., 792 per il quale "nei regolamenti lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico"; in senso contrario, condivisibilmente, G. Guarino, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, p. 542: "I poteri regolamentari, in quanto amministrativi … devono ritenersi dunque discrezionali e vincolati nel fine" ed infatti "le ipotesi di eccesso di potere dei regolamenti non sono ignote alla dottrina e alla giurisprudenza".
Non si comprende su quale base si fondi la tesi di F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, 2a ed., Torino, 2007, per cui il sindacato sui regolamenti sia stato tradizionalmente incentrato sul "fondamento" e non anche sui "limiti".

Vi era però un limite derivante dalla pur irriducibile origine normativa del regolamento: non è stato possibile anche configurare, attraverso l'eccesso di potere, obblighi strumentali come l'obbligo di svolgimento di una certa istruttoria o l'obbligo di motivazione.
L'impressione è dunque che la nascita di questa figura risponda piuttosto ad una esigenza di giustizia. Una piena qualificazione amministrativa ha consentito alla giurisprudenza di predisporre il terreno per configurare, all'occorrenza, obblighi ulteriori in presenza di fattispecie che si ritenessero bisognose di maggior tutela: magari, ad es., un obbligo di motivazione più flebile, ma pur sempre qualcosa di più di quanto avrebbe consentito il sindacato di un regolamento.
La qualificazione come atto amministrativo generale e non come regolamento avrebbe dunque consentito di aprire questo varco.
Non a caso il Consiglio di Stato ebbe a contrastare la prospettata e poi realizzata esenzione legislativa dell'obbligo di motivazione per tali atti, in ciò equiparati ai regolamenti, e non caso il giudice-pretore non ha poi mancato di statuire, ad es. in materia di pianificazione urbanistica, che l'art. 3, c. 2, legge n. 241/1990 non incide sugli "obblighi specifici di motivazione derivanti alla natura dell'atto, già previsti dal diritto vivente preesistente alla legge citata"[120].
La situazione nel tempo si è forse sfilacciata, poiché vi sono casi nei quali la giurisprudenza ha finito per avvalersi della suddetta esenzione legislativa, ma ci sembra che quella sopra rappresentata possa considerarsi l'ispirazione originaria dell'istituto.
Peraltro, di recente un nuovo impulso in questo senso può ravvisarsi nella giurisprudenza sugli atti regolativi delle *authority*, nel settore del risparmio e dei mercati finanziari asseverata anche dalla legge (art. 23 L. n. 262/05), dove gli obblighi strumentali arrivano anche a comprendere la partecipazione degli interessati al procedimento, nonostante la citata legge n. 241/1990 esoneri dalla partecipazione gli atti amministrativi generali, ancora una volta al pari dei regolamenti.
Ma con una importante novità: nel mondo delle *authority*, siffatti obblighi strumentali sono configurati anche per i regolamenti, rompendo, forse per la prima volta, con i più ampi e penetranti principi del diritto amministrativo il muro poco valicabile del modo di formazione di tali atti normativi.

## 5.4 Il *soft law* ovvero di fonti terziarie potenziali

L'espressione *soft law*[121], di derivazione internazionalistica, pervade la letteratura giuridica odierna di quasi tutte le branche del diritto[122], sebbene in modo assai frammentario, trattandosi più di una nebulosa che di un insieme ben strutturato di concetti[123].
In linea di primissima approssimazione, con tale espressione si vuole intendere un diritto "non vincolante", già nel tessuto del precetto o comunque nell'assenza di sanzione[124].
In particolare, si è affermato, non ritenendo la sanzione come attributo necessario della norma, che "è necessario riconoscere agli strumenti in esame la natura di fonti del diritto", o, più esattamente, in ragione di questa efficacia imperfetta, la natura di "fonti atipiche"[125].

---

[120] Cons. st. V n. 475/2001. Sul punto di recente v. S. Baccarini, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 99 ss.
[121] Da non confondere con altri nostri paradigmi dottrinari, come, ad es., il diritto "mite" di Gustavo Zagrebelski: sul punto vedi A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 26, nota.
[122] Persino il diritto penale, il più strettamente legato al principio di legalità, ne è rimasto, pur problematicamente, coinvolto. V. A. Bernardi, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 1 ss.
[123] E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 1: "l'espressione in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato … al contrario, nell'uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente".
[124] Ad es. N. Foster, *Eu Law*, 5a ed., Oxford, 2015, 122, per il quale il *soft law* "incapsula varie regole di condotta che non sono legalmente vincolanti o giustiziabili, o dove il disattenderle non porta necessariamente ad una certa e specifica sanzione".
[125] E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., 27.

Siffatte colorazioni potrebbero indurre, come hanno a volte indotto, il giurista ad un atteggiamento di tendenziale chiusura, nel senso che "non" ci troveremmo in realtà di fronte a regole "giuridiche"[126].
Ma quando una locuzione, pur soltanto per "moda", riesce comunque a radicarsi pervicacemente nel gioco linguistico[127], non fosse altro che per il suo diffondersi anche nel diritto UE, il giurista positivo non può sottrarsi ad un approfondimento[128].
E ciò vale non meno per la nostra disciplina, non potendosi ignorare l'attenzione che vi è stata prestata dal Conseil d'État in un apposito rapporto del 2013[129], sulla scorta di tutto un recente orientamento della dottrina d'oltralpe[130], o dalla dottrina amministrativistica tedesca che, pur negando che il *soft law* sia annoverabile tra le fonti del diritto, ritiene che si tratti di un fenomeno di confine da tenere "sotto osservazione"[131].
Anche nella nostra dottrina, dove non vi sono ancora contributi approfonditi, al di là dell'evocare, qua e là, specialmente nel settore delle *authority*, vari fenomeni, come ad es. la *moral suasion*, va segnalata la innovativa presenza, in uno dei più recenti manuali di diritto amministrativo, di una parte dedicata al *soft law* nel contesto degli "sviluppi recenti" che possono coinvolgere il sistema delle fonti o l'enucleata categoria della "funzione di regolazione"[132].
Le tracce della locuzione *soft law* si incominciano a riscontrare nella stessa giurisprudenza amministrativa, e non solo in relazione a fattispecie in cui entrano in gioco atti dell'Unione europea[133]. Si è così ritenuto che, a parte i riflessi disciplinari, un Codice etico "difficilmente è suscettibile di assumere rilevanza giuridica, qualora l'autonomia universitaria non provi ad assegnarle una valenza che vada al di là della *moral suasion*" e ciò perché "anche in epoche dove la *soft law* sta conquistando spazio, vi è un minimo di formalismo positivo che la regola deve possedere per assurgere a dignità giuridica"[134]; o di recente, molto significativamente, riguardo all'uso della *peer review* per la classificazione delle riviste, si è statuito che "la *soft law* può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto"[135]. Si tratta tuttavia di interventi ancora troppo frammentari perché si possa parlare di un generale orientamento giurisprudenziale sull'argomento.
Prima di calare la riflessione sulla specifica ambientazione del diritto amministrativo, occorre premettere alcune, pur sintetiche, considerazioni generali.
Nella letteratura sul *soft law* si intrecciano una serie di valenze, spesso ideologiche, di carattere molto pretenzioso, che investono la crisi degli Stati e la globalizzazione, l'affermazione del metodo consensuale della *governance* in luogo dell'autorità e, non ultima, l'idea un cambiamento radicale del concetto del diritto, sia nel suo modo di formazione, sia nei suoi effetti.

---

[126] Ad es. nella nostra dottrina di recente, R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *op. cit*., 33-37, parla di un "in un mondo di ectoplasmi normativi, riassunti nella comoda categoria del *soft law*"; "Deve ignorarli il giurista? La domanda è difficile perché mal posta. A me sembra che il giurista debba aver ben netta la distinzione tra ciò che è 'fonte del diritto' e ciò che non lo è: e fonte del diritto può essere esclusivamente l'atto … previsto come tale da una norma di riconoscimento"; e "il *soft law*, per definizione, non c'entra con le 'fonti del diritto', ossia con l'*hard law*. Può entrare invece nel processo di interpretazione per profili diversi".
[127] G. U. Rescigno, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, cit., 825: "*soft law* di cui tanto si parla e si parlerà".
[128] I. Hachez, *Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, 16: "Una delle questioni che si pongono oggi è di sapere se convenga o meno di procurare un posto a tutti o a parte degli strumenti del *soft law* nella teoria delle fonti del diritto".
[129] Conseil d'État, *Le droit souple*, 2013.
[130] C. Thibierge, *Le droit souple*, in *Rev. trim. dr. civ*., 2003, 599, nonché Id. (diretto da), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Parigi, 2009.
[131] E. Schmidt Assman, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., 57-58: "In quanto tale il Soft Law non è un nuovo tipo di fonte e di conseguenza neanche parte di una teoria delle fonti. Ma è un campo di osservazione della teoria delle fonti al confine tra l'agire giuridico-formale e l'attività informale".
[132] Ci riferiamo a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87.
[133] Ad es. già Tar Liguria I n. 225/2006.
[134] Cons. st. sez. II, parere n. 361/2012.
[135] Cons. st VI n. 1584/2015.

Occorre dunque molta cautela critica nel filtrare questo universo poliedrico di significati, che merita in grossa parte di subire un deciso ridimensionamento.
A parte la facilità, in luogo di una misurata descrizione dei cambiamenti, con cui si intona il *de profundis* per la sovranità degli Stati e della relativa forma politica[136], è ricorrente una stucchevole retorica, del resto già preesistente alla moda del *soft law*, che contrappone all'autoritarismo il consenso e la partecipazione o un diritto spontaneo, dialogante, persuasivo e così via.
Non è mai superfluo ricordare che il "potere", compreso quello giuridico, rimane sempre tale quale che sia il suo modo di formazione. Questo era già ben chiaro alla giuspubblicistica liberale del XIX sec. che, specie in conseguenza degli esiti drammatici della Rivoluzione francese, si adoperò per costruire le guarentigie giuridiche degli individui di fronte al potere pubblico, foss'anche un potere democratico, paradigma che si è poi evoluto nel XX sec. con la sovrapposizione di limiti costituzionali alla sovranità del popolo. Non si vede dunque perché le stesse preoccupazioni non dovrebbero valere per queste alternative forme consensuali di produzione del diritto che vantano i cultori del *soft law*, tranne a inseguire quei nefasti miti della scomparsa del potere, anticamera del peggiore autoritarismo, poiché il potere che si presume scomparso non ha più bisogno di limiti. Ciò è certamente vero per i poteri "pubblici", mentre per i poteri "privati" dipende evidentemente dal giudizio che si dà sul diritto dei mercanti, poiché se il giudizio è positivo si dovrebbe parlare più di una libertà che di un potere.
Merita invece una maggiore attenzione il discorso sul presunto "nuovo" atteggiarsi della norma giuridica.
La dottrina francese[137], che sta all'origine del citato studio del Conseil d'État del 2013**,** si è di recente molto impegnata sul punto, con una schema del genere: il paradigma tradizionale sarebbe incentrato sull'idea che la norma "giuridica" debba caratterizzarsi per la presenza di un comando vincolante e corredato da sanzione; a ciò si contrappone una nuova concezione del diritto *à textures multiples*, ove la norma può essere "più o meno" vincolante o suscettibile di sanzione. E poiché la "giuridicità" andrebbe di per sé collegata alla sola formulazione di una regola di condotta, anche il il *droit souple*, che non contiene un comando vincolante, ma un invito, una incitazione, un consiglio o una raccomandazione, e che è privo di sanzioni giuridicamente predeterminate, andrebbe ricompreso nella teoria generale del diritto.
Si propone così una doppia e incrociata scala graduata, costruita in relazione alla forza *obligatoire* (scala delle norme: dalle norme inderogabili a quelle incitative) e alla forza *contraignante* (scala delle sanzioni: dalle sanzioni tradizionali alle sanzioni alternative extragiuridiche).
Va subito evidenziato, dal punto di vista della storia del pensiero giuridico moderno[138], che questo ordine di considerazioni non è nella sua essenza affatto nuovo. Si assolutizza infatti, come paradigma tradizionale, una stretta concezione imperativistica del diritto, per poi contrapporre la discontinuità della propria visione. Non si tratta soltanto di ricordare le risalenti dispute sulla nozione di norma, tra comando, giudizio ipotetico o criterio di valutazione, ma anche di considerazioni di ben maggiore ampiezza, come può trarsi inequivocabilmente dai *Frammenti di un dizionario giuridico* del 1947 di Santi Romano:

---

[136] Si rimanda *in toto* alle condivisibili considerazioni di G. De Vergottini, *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global law v. local law*, Torino, 2006, 6 ss., che tra l'altro evidenzia che ciò sia dovuto, più che ad una corretta descrizione della realtà, ad un giudizio di "disvalore" sull'istituzione statale. V. anche R. Volante, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, 174, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 174.
[137] C. Thibierge, *Le droit souple*, cit..
[138] Si tralascia una più risalente prospettiva storica, sicché il *soft law* avrebbe caratterizzato il diritto premoderno. Sul punto T. Giaro, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 88, che sottolinea così, con una qualche ironia, che il *soft law* "viene attualmente esaltato come un fenomeno nuovissimo della tassonomia giuridica post moderna che si sarebbe associato al primitivo *hard law* moderno, finendo per costituire sul piano scientifico una scoperta, dovuta ad un recente lampo di genio della dottrina più avveduta".

"Sia che si ammetta, secondo un'opinione molto diffusa e forse prevalente, che la legge contenga sempre dei comandi, sia che si creda che essa formuli giudizi ipotetici o canoni di valutazione, concezione questa che del resto non esclude quella imperativistica, sia che si rilevi, con più aderenza alla realtà, che il suo contenuto può essere infinitamente più vario di quanto le teorie correnti, che peccano di eccessivo semplicismo ritengono, resta sempre vero che la legge potrebbe conservare il suo carattere di dichiarazione di volontà a prescindere da ogni suo possibile contenuto: essa può voler comandare, vietare, permettere, dar consigli, istruzioni, ammonimenti, formulare programmi, promesse, minacciare sanzioni e così via"[139].
O già nei *Principii di diritto costituzionale generale*, ove, a voler guardare alla forza *obligatoire*, si distinguono "leggi soltanto obbligatorie", "leggi permissive", "leggi finali", "leggi direttive", "leggi esplicative o interpretative", leggi istitutive o organizzative", sicché "alcune norme non sono, almeno direttamente ed intrinsecamente, obbligatorie", ovvero, a voler guardare alla forza *contraignante*, si evidenzia che la "sanzione", pur essendo di solito collegata al "grado di obbligatorietà", potrebbe non meno difettare nelle stesse leggi "assolute e cogenti", sicché, alla stregua di antiche classificazioni romanistiche, vi sono leggi "perfette" ma anche leggi "più o meno imperfette", ove la sanzione "manca o è incompleta o indiretta", e vi sono perfino "leggi, che sono molto frequenti nel campo del diritto costituzionale, la cui garanzia è soltanto quella che deriva dal fatto che sono elementi di una istituzione, alla quale è immanente, anche se latente, una qualche forza di coercizione, sia pure indiretta e talvolta soltanto morale"[140].
Deve tuttavia riconoscersi alla citata dottrina francese di avere ravvivato un'attenzione analitica sulla "gradualità" normativa che si muove, al di là dei contenuti classificatori prescelti, sullo stesso solco dei primi approfondimenti del 1960 di Norberto Bobbio, il quale già allora lamentava che "un'ampia esplorazione di un ordinamento giuridico allo scopo di fissare una tipologia delle proposizioni direttive, usate dal legislatore e in generale dagli organi produttori di norme giuridiche, prendendo come base di classificazione la diversa intensità con cui esse tendono ad influire sul comportamento dei destinatari, non mi pare sia mai stata fatta"[141].
Nella stessa direzione si è mosso il Conseil d'État[142] proponendo una propria scala graduata di normatività, che contiene spunti di sicuro interesse, specialmente nella zona mediana che sta tra il *soft law* e l'*hard law*. Si distinguono in un crescendo verso l'*hard law*, gli strumenti che comportano l'obbligo di giustificare la decisione che se ne discosti (per intenderci: il modello della direttiva *Crédit fonciere de France*), gli strumenti che comportano l'obbligo di provare la conformità al diritto, allorché non si opti per il modello previsto, che determina una presunzione di legittimità (*comply or explain*), e gli strumenti che impongono un obbligo di "compatibilità".
Va dunque certamente condivisa la ricerca sull'articolato modo di atteggiarsi della norma, ma ci pare, senza potere qui approfondire un tema così impegnativo, che vi siano dei limiti invalicabili: in ordine al contenuto della norma, deve potersi ravvisare un pur minimo o rarefatto valore vincolante, poiché altrimenti, tranne ad accedere alle visioni del "realismo" giuridico, non sarebbe più possibile effettuare alcun distinguo rispetto a qualsiasi altra influenza che si insinui nei processi giuridici; in ogni caso, in ordine alla sanzione, deve trattarsi di una norma potenzialmente idonea ad attivare il meccanismo del controllo giurisdizionale, poiché si smarrirebbe altrimenti la funzione ineludibile del diritto, che è quella, ancor prima della fissazione di regole di condotta, che potrebbero in ipotesi anche mancare, della risoluzione pacifica delle controversie *ne cives ad arma veniant*.

---

[139] S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 147.
[140] S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 1946, 276-7.
[141] N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, cit., 77. Nonché vedi gli ulteriori sviluppi contenuti in N. Bobbio, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1961, 376.
[142] V. con facilità i grafici, Conseil d'État, *op. cit*., 70-71.

Non a caso il Conseil d'État esplicita la sua preferenza per il criterio dell'assenza di obbligazione piuttosto che quello dell'assenza di sanzione, poiché altrimenti il *soft law* assumerebbe una latitudine troppo ampia[143].
Vi è a questo punto da guardare più all'interno della nostra disciplina[144] e chiedersi se il presunto nuovo fenomeno del *soft law* possa avere degli spazi nel diritto amministrativo.
La nostra impressione è che questi spazi siano estremamente ridotti per almeno due ragioni.
Se si parte dall'idea che, nella realtà degli ordinamenti moderni, la norma abbia assunto soltanto il contenuto di un comando inderogabile, allora il *soft law* si troverebbe davanti ad una autentica prateria nel segno della novità. Ma una tale premessa maggiore, se è già in generale opinabile, appare del tutto priva di fondamento di fronte alla storia ormai centenaria del diritto amministrativo.
Si sono sopra ampiamente rappresentate non solo l'importanza che hanno in tale diritto le fonti terziarie, ma anche l'articolazione dei modelli normativi che ne è derivata.
Dove mai dovrebbe collocarsi il *soft law* nella fitta foresta di circolari, direttive, norme interne, piani, programmi e così via, se non, in ipotesi, in zone del tutto periferiche e marginali?[145].
Se poi, come a volte capita, nel caos definitorio dell'istituto, si dovessero mettere sotto il cappello del *soft law* fenomeni tradizionali come quelli evocati, si comprende bene che si tratterebbe di una pura operazione nominalistica.
In secondo luogo, gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo non possono certo tollerare che i pubblici poteri si avvalgano di strumenti ambigui e affrancati dal controllo di legalità.
Quale che possa essere la ragione che sta all'origine del ricorso ai mezzi di *soft law* (difetto di competenza, regolazione flessibile e così via), si dà soltanto un'alternativa: o questi mezzi rimangono innocui (*de minimis non curat praetor*) ovvero, ogni qual volta assumeranno concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia.
Ed infatti, assopita l'entusiastica retorica della persuasione, incominciano a mostrarsi i segni dell'intervento giurisdizionale su atti sin lì designati o designabili come privi di efficacia vincolante e/o privi di sanzione: fenomeno che viene oramai correntemente definito di "indurimento" del *soft law*.
Significativo è il caso delle *authority*, che, nel segno della nuova funzione "regolativa", sono normalmente indicate come un luogo d'elezione del *soft law* e che costituiscono un autentico laboratorio per la problematica delle fonti terziarie[146].
Certo è che l'impatto avuto con la giurisdizione amministrativa dovrebbe far ridimensionare una serie di luoghi comuni.
Per quanto, anche in ragione di non sempre chiare indicazioni legislative, vi sia ancora uno stato di incertezza sulla qualificazione degli atti "regolativi", se, ad es., si tratti di regolamenti (fonte secondarie) o di atti amministrativi generali (fonte terziaria)[147], i giudici hanno messo in campo un

---

[143] Conseil d'État, *op. cit*., 61: "Il criterio dell'assenza di obbligazione pare doversi preferire a quello dell'assenza di sanzione. Ritenere che tutte le norme il cui disconoscimento non è punito da una sazione penale o amministrativa facciano parte del *droit souple* darebbe a questo un campo troppo largo".
[144] Al di là del suo favore per il *soft law*, che collega alla globalizzazione M. R. Ferrarese, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit. 80 osserva correttamente che "le prestazioni funzionali della *soft law* (…) possono poi differire anche in relazione al campo giuridico in cui la *soft law* agisce".
[145] Ne sono riprova le certosine difficoltà del pur apprezzabile tentativo di distinguere il *soft law* dagli altri atti che si muovono tradizionalmente tra le fonti terziarie del diritto amministrativo francese di B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public francais*, Tolosa, 2011.
[146] Di particolare interesse per le fonti terziarie è, al di al del *soft law*, anche il microcosmo del Consiglio superiore della magistratura, sul quale v. ad es. S. Carlucci, *L'attività normativa e paranormativa del Consiglio superiore della magistratura*, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 358.
[147] V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 105: "Il problema della qualificazione come atti normativi degli atti generali delle Aai, al fine di stabilire in concreto l'applicazione del regime proprio degli atti normativi, non ha trovato sinora riscontro in giurisprudenza".

controllo di tutta importanza e che coinvolge anche i procedimenti di formazione, imponendo obblighi di partecipazione e di motivazione, in funzione compensativa del deficit di legittimazione di tali soggetti pubblici[148]. Ci pare peraltro che i giudici abbiano consentito con larghezza l'accesso alla giustizia, ammettendo di solito ricorsi "diretti" avverso gli atti regolativi, aggirando gli usuali ostacoli che, nel nostro ordinamento, vi sono, sotto il profilo dell'attualità dell'interesse ad agire[149], all'autonoma impugnazione degli atti generali. E le ragioni non sono del resto di difficile individuazione: da un lato, il valore crescente che in ordinamento informato alla libera concorrenza ha assunto la certezza del diritto per gli operatori economici spinge, pur nella mutevolezza della regolazione, a rendere per così dire più immediato il requisito dell'attualità dell'interesse, d'altro lato, gli atti regolativi non hanno, non di rado, bisogno di momenti applicativi, se non quello di carattere sanzionatorio per l'inosservanza della regola, ma la cui eventualità, come è comprensibile, non si reputa di regola sufficiente a negare l'interesse ad agire preventivamente contro l'atto regolativo.

Ebbene, anche l'universo delle raccomandazioni, orientamenti, linee-guida delle *authority*, di solito ricondotto al *soft law*, è, all'occorrenza, caduto nella maglie della giurisprudenza. Significativo è già un caso del 2002, nel quale, sempre in nome della certezza degli operatori economici, si è ritenuta ammissibile l'autonoma impugnativa di una determinazione della Consob, volta ad informare il mercato sul proprio orientamento[150].

Questa tipologia di atti, attraverso la qualificazione giurisprudenziale, può dunque finire per assumere una valenza precettiva verso i terzi e certamente, *a fortiori*, non può non assumere rilievo anche come parametro di valutazione degli atti applicativi.

Del resto, è significativa la già evocata esperienza comunitaria, ove le raccomandazioni e gli avvisi, pur se qualificati dallo stesso Trattato come "non vincolanti", divengono precetto ad obbligatorietà condizionata (per intenderci: lo schema di Cammeo) nei confronti degli atti applicativi delle stesse autorità europee, tanto da fare osservare che essi si traducono così nella "emanazione di una forma di potere regolamentare o quasi regolamentare", sicché "il *soft law* diventa (..) una sorta di finzione"[151].

Questa stessa tipologia di atti tende peraltro ad atteggiarsi similarmente nei confronti dell'attività delle *authority* all'interno degli Stati membri, a volte per espressa prescrizione delle direttive UE,

---

Per un primo approccio di carattere generale alla potestà normativa delle *authority*, evocante anche il problema della distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali, v., in sede consultiva, v. Cons. st., sez. atti norm., parere n. 11603/2005.

[148] V. Cerulli Irelli, *loc. ult. cit.*: "Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Aai lesivi di situazioni protette di soggetti terzi (operatori e utenti) è esteso ed incisivo. Nel complesso le situazioni soggettive dei terzi appaiono meglio protette a fronte degli atti normativi delle Aai che a fronte degli atti normativi delle autorità politiche.".

Più in generale, in giur., ad es., Cons. st. VI n. 8175/2009: "costituisce orientamento ormai consolidato quello in base al quale nelle controversie aventi ad oggetto gli atti delle Autorità indipendenti il giudice amministrativo non incontra alcun limite, nel sindacare le valutazione tecniche compiute dalle Autorità".

A proposito del fondamento europeo delle *authority*, appare di grande rilievo la recente tendenza della giurisprudenza UE (C. giust. 3 dicembre 2009 C-424/07) nel senso addirittura di configurare a favore di tali poteri pubblici una sorta di riserva rispetto alle relative funzioni che non può essere intaccata dai legislatori nazionali: v. G. G. Alvarez. *La Union europea como "Estrado regulador" y las administraciones independientes*, in *Revista de Administracion Publica*, 2014, 79 ss.

[149] Già dà contezza del risalente orientamento della nostra giurisprudenza G. De Marchi, *Il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato contro i regolamenti illegittimi e il cosiddetto interesse a ricorrere*, in *Riv. dir. pubb*., 1915, 337 ss.

Sul particolare atteggiarsi, nel nostro ordinamento, dell'interesse ad agire nei ricorsi avverso i regolamenti, v. lo studio commissionato dalla CEE di J.M. Auby, M. Fromont, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États members de la Communauté économique europeenne*, 1971, 47; nonché J. Ziller, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, in *AJDA*, 1999, 635.

[150] Tar Lazio Roma sez. I n. 10709/2002.

[151] H. Rassafi-Guibal, *De quelques aspect des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique*, in *Revue de l'Union européenne*, 2014, 93.

come nel caso delle comunicazioni elettroniche, ove occorre tenere nel "massimo conto" le raccomandazioni della Commissione"[152].
Anche l'ordinamento francese sembra seguire una linea di "indurimento" o di "densificazione normativa"[153] dei presunti atti di *soft law*, consentendone la diretta impugnazione, secondo lo schema qualificatorio delle circolari imperative della giurisprudenza *Duvigner* o anche alla stregua del solo rilievo dei "rapporti di forza", in ragione dell'"ombra portata dal potere sanzionatorio di cui l'autorità amministrativa gode"[154].
E così il citato rapporto del Conseil d'État, che potrebbe suonare come il riconoscimento della nuova era del *soft law*, sembra piuttosto atteggiarsi ad astuta mossa del giudice-pretore che avvolge nel proprio sistema e mette così sotto controllo le presunte novità, tanto che al contempo, nel contenzioso, non disdegna affatto di avallare, ove occorra, la via dell'indurimento.
Rimane allora la opportuna avvertenza della dottrina tedesca: si tratta di un settore da tenere "sotto osservazione", poiché sempre pronto, cambiando di grado, a venire assorbito, per ragioni di giustizia, nelle fonti del diritto, con buona pace per i cultori del *soft law*.
Del resto, soltanto il fervore ideologico degli innovatori o la pura ingenuità o ancora la scarsa sensibilità per la tutela dei cittadini di fronte ai pubblici poteri potevano lasciar pensare che siffatto nuovo fenomeno fosse risolvibile nell'elusione di una grandiosa tradizione, uno dei pezzi più pregiati delle garanzie costruite dalla civiltà giuridica moderna, e cioè il diritto amministrativo.
Ma sarebbe altrettanto ingenuo pensare che quel patrimonio sia oggi esente da pericoli. La spinta all'efficienza che deriva dalla competizione globale non solo ha già inciso, come di solito si evidenzia, sullo Stato sociale, ma pretende anche di intaccare le garanzie dello Stato di diritto (amministrativo), prospettando pubblici poteri che hanno solo da raggiungere risultati e che si preferirebbe così, avventuristicamente, affrancare dal sindacato del giudice amministrativo.
La lotta per il diritto torna ad essere attuale e il *soft law* non è che uno dei pezzi di questo *puzzle*.

## 6. Conclusioni

Il presente lavoro è certo incompleto sotto svariati profili:
-il quadro delle fonti terziarie, almeno nel *nomen juris*, è molto più ricco e articolato, anche per il sopravvenire di nuove figure, e non è detto che sia tutto riconducile alla figure paradigmatiche che si sono vagliate;
-a parte qualche riferimento, specie alla questione del "fondamento", si è tralasciato di effettuare una completa ricognizione del regime giuridico delle diverse fonti o gruppi di fonti, sia, per ragioni di economia, sia perché, sul versante processuale, l'impugnabilità delle fonti secondarie e terziarie dà luogo a problematiche tutte specifiche dell'ordinamento italiano, e ciò avrebbe potuto distogliere da un filo conduttore comune ad altri sistemi presi in considerazione;
-se ne è prospettata la necessità, ma non si è anche offerta una visione di sintesi dell'intero sistema delle fonti del diritto amministrativo, che, almeno per chi scrive, presuppone ulteriori approfondimenti.
Si sono perseguiti due obiettivi fondamentali cui si spera di aver dato un contributo:

---

[152] V. ad es Cons. St III n. 1152/2014, n. 725/2014; nonché Tar Lazio Roma III Ter, n. 9739/11 e n. 895/2009, per il quale, pur non costituendo un vincolo, "determinano un obbligo rafforzato di motivazione".
[153] V. B. Lavergne, *La densification normative des recommendations des autorités administratives indépendantes*, in in C. Thibergie (a cura di), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 153 ss.
[154] Così X. Domino, A. Bretonneau, *Miscellanées contentieuses: Chronique générale de jurisprudenze administrative francaise*, in *AJDA*, 2012, 2373 ss, che forniscono anche significative considerazione di carattere generale: la ricevibilità del ricorso si misura sempre più con la "realtà dell'esercizio del potere amministrativo oggi, meno visibile, meno diretto, ma non meno reale", siamo cioè "al cuore della problematica del *droit souple*"; "Sono del resto indifferenti alla soluzione del problema le considerazioni volte alle appellazioni degli atti in causa: avvisi, raccomandazioni, direttive, linee, la giurisprudenza non si ferma a questi nomi di battesimo per giudicare della normatività degli atti che designano, ma esamina se questi ultimi hanno o meno una incidenza sull'ordinamento giuridico".

-affermare la specialità delle fonti del diritto amministrativo e richiamare ad un maggiore impegno degli amministrativisti nello studio di questa parte importante della nostra disciplina;
-formulare, sulla base del criterio del precetto sovraordinato al provvedimento, una nozione più ampia di fonte del diritto, pur sempre ancorata al diritto positivo, che sia in grado di raccogliere e ricondurre a sistema la particolare ricchezza e complessità delle fonti del diritto amministrativo, ed in particolare delle fonti terziarie.
Il riferimento alla "atipicità" è stato un comodo, ma non arbitrario, *escamotage* classificatorio: non arbitrario perché si tratta di una locuzione, in dottrina e in giurisprudenza, di uso corrente e che si aggira proprio attorno a quel crinale dal quale è possibile intravedere la straordinaria e variegata conformazione del sistema amministrativistico.

marco mazzamuto
ordinario di diritto amministrativo (Università degli studi di Palermo)
marco.mazzamuto@unipa.it