

PERCORSI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

MONOGRAFIE

60

Collana diretta da

Gian Franco Cartei Fabrizio Fracchia Francesco Manganaro

Comitato scientifico

Pascale Gonod *Università Panthéon-Sorbonne (Paris I), Componente dell'Istituto universitario di Francia* **Denis Galligan** *Università di Oxford* **Estanislao Arana Garcia** *Università di Granada* **Mario P. Chiti** *Università di Firenze* **Guido Corso** *Università di Roma Tre* **Giandomenico Falcon** *Università di Trento* **Claudio Franchini** *Università di Roma Tor Vergata* † **Antonio Romano Tassone** *Università di Messina*

Fabrizio Fracchia – Massimo Occhiena

LE NORME INTERNE:
POTERE, ORGANIZZAZIONE
E ORDINAMENTI

Spunti per definire un modello teorico-concettuale
generale applicabile anche alle reti, ai social
e all'intelligenza artificiale

Editoriale Scientifica
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-874-9

In ricordo di Inés D'Argenio

INDICE-SOMMARIO

PARTE I NORME INTERNE ED EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA

1. Premessa	9
2. Precisazioni, delimitazione del campo di indagine e obiettivo finale della ricerca	11
3. Le riflessioni della dottrina più risalente nel tempo: criterio dell'estensione e iniziale percezione del problema della rilevanza esterna delle norme interne. L'intuizione di Cammeo: il carattere derogabile delle norme interne	15
4. La prima importante sistematizzazione: la tesi di Zanobini	19
5. Una provvisoria riflessione di sintesi: l'indebolimento di alcuni caratteri essenziali della teoria delle norme interne	22
6. Una svolta importante: il raccordo con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici Santi Romano. La scoperta della dimensione giuridica interna e le sue conseguenze	25
7. Dalle norme interne all'attività interna e viceversa: la tesi di E. Silvestri	30
8. I primi sintomi del declino: la negazione dell'efficacia giuridica esterna delle norme interne	34
9. Una riduzione dell'orizzonte problematico: ordinamento giuridico e norme interne nel pensiero di Ottaviano. Verso la trasfigurazione dei caratteri della figura e la contrazione del suo spazio	37
10. La rivisitazione di F. Bassi: le norme interne "atterrano" nell'ordinamento generale	42
11. Il criterio negativo e il parziale allontanamento dalla logica ordinamentale: la posizione di Giannini	48
12. Le voci successive: Capaccioli e la percezione del possibile rilievo intersoggettivo delle norme interne, unitamente alla problematizzazione del rapporto con l'ordinamento generale; A.M. Sandulli e l'abbozzo di statuto delle norme interne nel solco della tradizione; G. Barone e la traslazione della figura sul piano dell'ordinamento generale	51
13. Le norme interne per i costituzionalisti: cenni a un percorso diverso di erosione della figura	58
14. Un'ulteriore traiettoria scientifica (solo in parte rilevante): lo studio dell'autolimitate. Analogie e differenze rispetto al fenomeno della predeterminazione delle decisioni. Il carattere non imposto delle norme interne	61

15. Le posizioni della dottrina più recente, tra tradizione e scetticismo	65
16. L'incidenza indiretta di altre vicende e tendenze che si sono manifestate nel nostro ordinamento	70

PARTE II
LO STATUTO DELLE NORME INTERNE:
PROFILI RICOSTRUTTIVI E INDICAZIONI SISTEMATICHE

1. Le norme interne: un istituto ancora in grado di interessare il giurista moderno	73
2. Alla ricerca di uno statuto minimo delle norme interne: pochi tratti condivisi in un orizzonte di incertezze	74
3. Uno scarto metodologico: alla radice dell'ordinamento derivato quale fondamento delle norme interne, guardando a Luhmann	78
4. Ordinamento e organizzazione	88
5. Spunti e ricadute in tema di norme interne: differenze rispetto alle norme poste dalle fonti dell'ordinamento. Una riflessione ulteriore sulle fonti nella prospettiva dell'accoppiamento strutturale	95
6. Le norme interne sono espressione di ordinamenti. Il trattamento da parte dell'ordinamento generale	100
7. Nel dettaglio: norme interne ed eccesso di potere. Quattro aspetti del regime delle norme interne e quattro modalità di atteggiarsi dei rapporti tra norme interne e decisione finale. Cenni al tema della consumazione della discrezionalità	106
8. Alcuni esempi di norme interne: ulteriore rilevanza delle stesse. Una distinzione di rilievo: prevedere futuri comportamenti dell'organizzazione o porre prescrizioni incidenti sulle relazioni intersoggettive	113
9. I corollari della teoria: a) Cedu, linee guida e diritto ultrastatale	117
10. <i>Segue: b) l'attività interna</i>	125
11. Cenni agli ordinamenti dei privati	126
12. Le reti nell'era della tecnica, della tecnologia e dell'intelligenza artificiale: quattro scenari e una nuova prospettiva di ricerca; il rischio del medioevo sistemico	128
<i>Indice degli autori</i>	139

PARTE I*

NORME INTERNE ED EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Precisazioni, delimitazione del campo di indagine e obiettivo finale della ricerca. – 3. Le riflessioni della dottrina più risalente nel tempo: criterio dell'estensione e iniziale percezione del problema della rilevanza esterna delle norme interne. L'intuizione di Cammeo: il carattere derogabile delle norme interne. – 4. La prima importante sistematizzazione: la tesi di Zanobini. – 5. Una provvisoria riflessione di sintesi: l'indebolimento di alcuni caratteri essenziali della teoria delle norme interne. – 6. Una svolta importante: il raccordo con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano. La scoperta della dimensione giuridica interna e le sue conseguenze. – 7. Dalle norme interne all'attività interna e viceversa: la tesi di E. Silvestri. – 8. I primi sintomi del declino: la negazione dell'efficacia giuridica esterna delle norme interne. – 9. Una riduzione dell'orizzonte problematico: ordinamento giuridico e norme interne nel pensiero di Ottaviano. Verso la trasfigurazione dei caratteri della figura e la contrazione del suo spazio. – 10. La rivisitazione di F. Bassi: le norme interne "atterrano" nell'ordinamento generale. – 11. Il criterio negativo e il parziale allontanamento dalla logica ordinamentale: la posizione di Giannini. – 12. Le voci successive: Capaccioli e la percezione del possibile rilievo intersoggettivo delle norme interne, unitamente alla problematizzazione del rapporto con l'ordinamento generale; A.M. Sandulli e l'abbozzo di statuto delle norme interne nel solco della tradizione; G. Barone e la traslazione della figura sul piano dell'ordinamento generale. – 13. Le norme interne per i costituzionalisti: cenni a un percorso diverso di erosione della figura. – 14. Un'ulteriore traiettoria scientifica (solo in parte rilevante): lo studio dell'autolimita. Analogie e differenze rispetto al fenomeno della predeterminazione delle decisioni. Il carattere non imposto delle norme interne. – 15. Le posizioni della dottrina più recente, tra tradizione e scetticismo. – 16. L'incidenza indiretta di altre vicende e tendenze che si sono manifestate nel nostro ordinamento.

1. *Premessa*

La crescente complessità della società induce sempre più spesso i

* Il presente lavoro è frutto di studi e riflessioni comuni. Tuttavia, la prima parte è stata scritta da Massimo Occhiena, la seconda da Fabrizio Fracchia.

giuristi che si occupano di diritto amministrativo a riflettere sulla presenza di livelli normativi infrastatali e sovranazionali, dedicando importanti energie allo studio dei rapporti e delle relazioni tra gli stessi.

Si cerca di analizzare, cioè, come gestire la “concorrenza” tra più norme giuridiche che disciplinano la medesima fattispecie e che, immancabilmente, entrano in relazione tra loro. Queste regole si inseriscono in alcune ipotesi a pieno titolo nel nostro ordinamento, come nel caso emblematico della normativa eurounitaria; in altre ipotesi, il discorso si fa più complicato, come accade per la disciplina Cedu o delle regole prodotte da regolatori ultranazionali. Si tratta di materiale giuridico talora ritenuto d’indole normativa: nel nostro ordinamento, comunque, esso è certamente rilevante.

È pur vero che, considerando i prodotti normativi che originano oltre le colonne d’Ercole della sovranità e come in altra occasione si è cercato di dimostrare¹, il diritto amministrativo filtra il materiale ultranazionale e lo utilizza nei limiti in cui esso abbia, in particolare, carattere giuridico: è il giudice, nello specifico, che si incarica di censirne la rilevanza, soprattutto ai fini (e nel momento) del sindacato sulla legittimità dell’azione amministrativa che si offre alla sua cognizione.

In caso contrario, il diritto amministrativo se ne disinteressa ed è compito di altri settori del diritto trattare adeguatamente quel materiale.

Questa attenzione giustamente riservata al fenomeno della sussistenza di prodotti normativi provenienti da ordinamenti integrati o distinti ha per così dire oscurato, almeno negli anni più recenti², la presenza di schemi prescrittivi provenienti da “centri normativi” inseriti nel perimetro dell’ordinamento statale, ma non ascrivibili alla categoria delle fonti (almeno intese in senso tradizionale) o che, comunque, sono incarnati in atti che non hanno piena efficacia nell’ordinamento generale. In buona sostanza, la dottrina si è per lo più interessata ai fermenti regolatori di matrice extrastatale, considerando in via affatto residuale quei precetti che sfuggono al sistema delle fonti del diritto propriamente inteso. Tuttavia, non pare si possa davvero negare che anche il materiale formato da quegli schemi prescrittivi abbia rilevanza teorica o pratico-applicativa come può testimoniare chiunque debba

¹ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull’utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018.

² Non mancano tuttavia eccezioni: si v. *infra*, paragrafo 15.

gestire e dosare la quotidiana fatica di confrontarsi con uffici, ordini, istruzioni, prassi, circolari, linee guida³. Come, in altri termini, è possibile verificare evitando di fornire un «quadro non libresco della realtà dei rapporti con le amministrazioni»⁴.

I “centri giuridici” che qui si intende prendere principalmente in considerazione (ché altri, assai importanti, esistono: basti pensare all’ordinamento dei privati) sono riferiti ad autorità pubbliche (o ad articolazioni, spesso tecniche, delle stesse) che, dunque, naturalmente già incarnano poteri in continua tensione con le libertà dei cittadini.

Le norme interne (ché a questo fenomeno, almeno in via di primissima approssimazione, qui ci stiamo riferendo) dei poteri pubblici costituiscono al contempo una categoria un po’ trascurata dalla dottrina e una realtà assai importante nella dimensione dei rapporti giuridici concreti e nella prospettiva del *Law in Action*. Vero è che si potrebbe troncargli alla radice il discorso affermando – come in effetti in dottrina asserito – che qualunque fenomeno giuridico esse incarnino o esprimano, nei limiti in cui quelle prescrizioni siano (ancorché in modo parziale) rilevanti, esse non sono più “interne” al centro di potere. Sennonché la gloriosa importanza che quella categoria ha rivestito nel corso dei decenni in cui è venuta sviluppandosi la nostra cultura giuridica induce quanto meno a effettuare uno sforzo volto a verificare se la realtà dei fatti sia davvero rappresentabile in questi termini in certa misura semplificati e, cioè, se le norme interne costituiscano ormai nulla di più che un inutile retaggio del passato.

In buona sostanza: un istituto con un grande passato, ma senza nessun futuro.

2. *Precisazioni, delimitazioni del campo d’indagine e obiettivo finale della ricerca*

Spesso si parla di attività interna e di norme interne.

Consentendo un primo approccio semplificato e meramente descrittivo di categorie il cui apparato definitorio si configura articolato e

³ Al riguardo, annota a proposito delle circolari M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 98 che «Nella vita quotidiana esse sono uno strumento di orientamento e di guida degli uffici, che di fatto ha per questi un grado di coerenza talora superiore alle norme giuridiche anche di rango primario».

⁴ Secondo la felice espressione di E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 103.

complesso, si ipotizza al momento che l'aggettivo "interno" indichi un fenomeno che rimane confinato, almeno in prima battuta e tendenzialmente, in un determinato contesto "ordinamentale" (che non coincide con quello generale) e che il termine "norme" denoti prescrizioni generali e astratte⁵. In questo quadro, è evidente che, pur potendosi immaginare una parziale sovrapposizione concettuale, altro è l'attività svolta "all'interno" di quella dimensione, altro è l'insieme di «schemi qualificativi di comportamenti»⁶ (o precettivi)⁷ endogeni alla medesima dimensione e che governano, in tutto o in parte, quell'attività.

Per altro verso, ciò parrebbe escludere materiali giuridici provenienti dall'"esterno".

Invero non si tratta di affermazioni del tutto scontate, posto che, ad esempio, a tacere del fatto che talune voci escludono un nesso necessario tra norme interne e fattispecie ordinamentali, una delle più autorevoli riflessioni in materia, sottolineando la necessità che, accanto a due requisiti (uno negativo – carenza di piena rilevanza dell'atto che pone la norma interna nell'ordinamento di riferimento – e uno positivo – compresenza nel destinatario della norma interna della qualità di soggetto dell'ordinamento di riferimento), ricorra la sussistenza di un momento di collegamento tra ordinamento di riferimento (che possiamo chiamare generale) e prescrizione estranea, ha offerto una definizione di norma interna in grado di abbracciare anche le norme di ordinamenti superstatuali, nella misura in cui esse si rivolgano a soggetti dell'ordinamento generale⁸.

Quel materiale regolatorio, dunque, andrebbe del pari attratto nello studio delle norme interne.

Rispetto a questi fenomeni, il tema oggetto di studio condivide il problema generale della rilevanza nel contesto di un ordinamento delle proposizioni prescrittive non create in seno al medesimo o non espresse dal circuito delle relative fonti.

Non è ancora il momento di procedere oltre lungo questa suggestiva linea argomentativa, che consente di estendere il discorso anche

⁵ In generale, si v. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, spec. 364 e ss., nonché il fondamentale N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 227 e ss.

⁶ Si fa qui ricorso alla felice espressione impiegata da F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, 1.

⁷ Sempre F. BASSI, *La norma interna*, cit., 45.

⁸ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 34 e 484.

alla *soft law*⁹ e che, dietro il sapore del paradosso, cela un'importante intuizione: solo il materiale riconosciuto come rilevante dall'ordinamento di riferimento si tramuta in prodotto rilevante per quell'ordinamento. Si è fatto riferimento a un paradosso in quanto, in questa prospettiva, ciò che è sovranazionale (dunque esterno), in realtà, è interno nel senso di essere subordinato all'ordinamento di riferimento; il problema è determinato dal punto di vista in cui si colloca l'osservatore che effettua la classificazione.

Pare opportuno osservare che il materiale giuridico derivante da ordinamenti sovranazionali è oggetto di studio anche da parte di settori diversi del diritto (europeo, internazionale). Nell'ambito proprio della scienza del diritto amministrativo e dello studio delle pubbliche amministrazioni, si intende qui fare principalmente riferimento ai casi in cui le norme interne siano create da enti pubblici che, mediante quella produzione e senza ricorrere al meccanismo delle fonti tipizzate, aggiungono potere a potere o, comunque, ricorrendo alla tradizionale dialettica autorità/libertà, comprimono ulteriormente la sfera giuridico-soggettiva del privato al di fuori del circuito tradizionale delle fonti. Non si può tuttavia escludere che alcune delle considerazioni che saranno svolte possano avere una ricaduta sistematica più generale e, infatti, a conclusione del percorso di ricerca verranno sviluppate alcune riflessioni al riguardo¹⁰.

Operata questa prima limitazione di campo, conviene ulteriormente restringere il compasso dell'analisi, soffermandoci su talune precisazioni.

In primo luogo, si ribadisce che non si guarderà in questa sede a tutto lo spettro di potenziale attività interna (che spazia dall'emanazione di atti fino a giungere al compimento di operazioni materiali) così connotata, bensì soltanto al "prodotto-norma" (a sua volta scaturente da atti o fatti) e, cioè, agli schemi prescrittivi interni.

In secondo luogo, e ciò chiarito, occorrerà comprendere a che cosa si faccia in particolare riferimento con i termini "interno" e "norma", per poi verificare l'esistenza e la rilevanza di questo materiale prescrittivo interno. Nel caso in cui all'esito di siffatta indagine se ne confermi la giuridica rilevanza, occorrerà impegnarsi nella definizione del suo odierno statuto.

⁹ Sul punto, V. BERLINGÒ, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018, 23 e ss.

¹⁰ Si v. *infra*, parte II del presente lavoro.

Va subito detto che la preoccupazione che guida queste riflessioni è che quel materiale regolatorio possa alterare surrettiziamente il rapporto amministrazione-cittadino, proliferando negli spazi lasciati in bianco dalle norme dell'ordinamento generale e sfuggendo alla rete di garanzie dallo stesso apprestate. Ed è proprio questa, al contempo, la forza (per l'amministrazione) e la pericolosità (per il cittadino) di queste prescrizioni. In altre parole, il rischio che si intravede in controluce parrebbe essere, a tutta prima, che riconoscendo cittadinanza giuridica a quello stesso materiale si realizzi una indefinita e sfuggente compressione delle libertà. Proprio questa prospettiva, tuttavia, illumina quello che sembra essere il vero senso dell'indagine: difatti, se non se ne cogliesse l'esistenza e posto che esso opera incessantemente nella prassi, si finirebbe per lasciare in ombra un rilevante ambito di esercizio (e fors'anche di arroganza) del potere amministrativo senza assicurare al cittadino la necessaria tutela. Mentre la rete di protezione nei confronti dell'attività c.d. "interna puntuale e concreta" è sufficientemente assicurata dal meccanismo dell'effetto provvedimento, nel senso che il carattere lesivo di situazioni giuridiche di rilievo nell'ordinamento generale di un atto asseritamente interno (dal punto di vista della tutela, esso è peraltro efficace nell'ordinamento generale e diventa interno allo stesso) attiva la possibilità di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo, le norme interne generali e astratte si trovano apparentemente in una sorta di terra di nessuno.

Per meglio precisare di che cosa si tratta, si potrebbe semplificare osservando che ci si trova al cospetto di "non" norme giuridiche, sottoposte al regime garantista delle fonti dell'ordinamento; di "non" atti puntuali e concreti (contro cui, se lesivi, è eventualmente possibile agire direttamente) essendo schemi prescrittivi che guidano azioni future. Ancora, di "non" materiale irrilevante ai fini del concreto agire dei poteri pubblici; di "non" regole prodotte attraverso meccanismi definiti, stabiliti e limitati dall'ordinamento generale (come accade, ad esempio, nelle ipotesi di autolimita *ex art. 12, l. 7 agosto 1990, n. 241*, o di alcune linee guida); di "non" meri atti presupposti o endoprocedimentali, in ordine ai quali la riflessione giuridica e l'elaborazione giurisprudenziale hanno condotto approfondimenti e analisi sufficientemente condivisi.

Una ricostruzione che riecheggia la teologia negativa, poco soddisfacente per il giurista, il quale, in chiave descrittiva, è costretto unicamente a constatare che oggetto della proposta disamina sono schemi prescrittivi per l'attività futura, espressione di un bisogno autoregolativo che non pare trovare quiete, ma ancora alla ricerca di un proprio statuto giuridico pienamente convincente. Occorre, dunque, guardare oltre, operando una

decisa svolta nel percorso di ricerca. Lo studio della figura implica il (e impone di) calarsi nella complessità dei fenomeni organizzativi, evitando facili semplificazioni: ne è conferma la circostanza che numerose analisi sul tema siano state condotte, con frequenza forse superiore rispetto a quanto accade per altri istituti, da sofisticati giuristi siciliani, dotati di particolare e pragmatica attitudine a studiare la complessità.

La spiccata carica teorica del tema in esame sembra richiedere, se possibile in modo ancor più accentuato rispetto ad altre ricerche, una previa rassegna dell'evoluzione dottrinale che caratterizza la materia, compito cui si intende assolvere nella presente prima parte della ricerca, appunto principalmente finalizzata a compendiare le tesi più significative enunciate dalla dottrina. Proprio per valorizzare la componente evolutiva e pur nella consapevolezza dei limiti propri di qualsiasi tentativo classificatorio, in via tendenziale si è scelto di seguire il metodo cronologico, senza con ciò rinunciare ad accorpate l'illustrazione di alcune ricostruzioni qualora accomunate da una condivisa concezione dogmatica. Ancora, le diverse teorie saranno descritte seguendo per lo più un approccio neutrale, riservando le valutazioni critiche a specifici paragrafi a ciò dichiaratamente dedicati, nonché, soprattutto, alla seconda parte del lavoro, in cui si intende proporre un tentativo personale – e per quanto possibile originale – di ricostruzione teorica delle norme interne.

L'obiettivo finale – perseguito anche attingendo a riflessioni fiorite al di fuori della scienza del diritto: esse saranno analizzate nei parr. 1-5 della seconda parte – è peraltro quello di proporre una prospettiva complessiva che sia in grado di abbracciare orizzonti problematici collocati anche oltre i confini delle norme interne (le quali rappresentano comunque, al contempo, il banco di prova e il punto di avvio della riflessione teorica) delle amministrazioni.

La tesi che si verrà delineando, cioè, ambisce a essere impiegata per spiegare dal punto di vista giuridico pure altri fenomeni, talora apparentemente assai diversi rispetto alle norme interne, quali le reti e i social, tutti caratterizzati dalla predefinitività in modo stabilizzato di “regole del gioco”.

3. Le riflessioni della dottrina più risalente nel tempo: criterio dell'estensione e iniziale percezione del problema della rilevanza esterna delle norme interne. L'intuizione di Cammeo: il carattere derogabile delle norme interne

Molteplici esponenti della dottrina (per limitarsi a quelle fiorite a

partire dall'Unità d'Italia) si sono interessati al tema degli atti e delle norme interne, anche se relativamente ridotte sono le riflessioni che hanno affrontato in modo sistematico e consapevole la questione¹¹. Per fornire soltanto qualche esempio, tra le svariate opere a carattere istituzionale dei primi decenni del secolo passato, vi fu quella che accentuò il vincolo che alcuni atti interni generano sui dipendenti delle amministrazioni: «il regolamento interno, come la circolare e l'istruzione ministeriale, obbliga i suoi funzionari o agenti dell'amministrazione, salvoché dichiarare disposizioni già incluse nel regolamento» (generale)¹². Iniziò così a emergere un primo elemento, quello dell'estensione e, cioè, del compasso dell'efficacia dell'atto, quale criterio utilizzabile per delimitare la categoria.

Altri osservò che «gli atti interni sono quelli che hanno efficacia soltanto fra gli elementi costitutivi del servizio amministrativo che li emana; così gli atti fra il Ministro e gli impiegati del suo ministero... Gli atti esterni sono quelli che hanno efficacia fra persone amministrative distinte o fra queste e le persone fisiche e gli enti collettivi che non sono elementi costitutivi di quelle, ma hanno con esse rapporti di doveri, diritti ed interessi... Fra gli atti interni sono importanti quelli che riflettono l'organizzazione interna dei servizi», al riguardo citando decreti, regolamenti di servizio, circolari e istruzioni¹³.

Nella stessa direzione, pur introducendo una distinzione tra atto e attività e cogliendo il tema centrale della parziale rilevanza dell'attività interna nella sfera esterna si mosse chi osservò che dall'atto interno scaturisce immediatamente un «effetto giuridico riguardo il funzionario cui l'atto è indirizzato; nessun singolo però può agire per l'attuazione di tale effetto. Se poi il funzionario dà esecuzione all'atto, spesso dalla sua attività potranno scaturire effetti giuridici per qualche singolo. Ma tali effetti scaturiscono dall'attività di funzionario, cui era indirizzato l'atto interno, non da questo atto»¹⁴.

¹¹ Si v. sul punto l'analisi della dottrina più risalente che si è occupata del tema condotta da F. BASSI, *La norma interna*, cit., 8 e ss. Recentemente, per un'ampia e approfondita trattazione storico-ricostruttiva, G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 725 e ss. Sempre in prospettiva storica, sebbene principalmente in relazione all'attività interna, si v. G.B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale*, in *Nuova Rass.*, 1970, 1347 e ss., nonché ID., *L'attività amministrativa (interna). Parte generale*, Roma, 1970.

¹² L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 1909, 149.

¹³ C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, 227 e ss.

¹⁴ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931, 174, nota 2.

Va pure ricordata la brillante costruzione sistematica di Cammeo. Pur non mirando a dare sistemazione complessiva alle norme interne, in una nota a sentenza¹⁵ egli espone una tesi destinata a influenzare gli sviluppi successivi della dottrina quanto meno con riferimento a un frammento importantissimo della problematica delle norme interne, quello, cioè, relativo all'intensità del vincolo prodotto dalle prescrizioni in oggetto sulla successiva attività amministrativa puntuale e concreta, colta sotto il profilo della categorizzazione del vizio che colpisce l'atto concreto che disattenda la norma interna.

L'Autore intanto chiarì che le circolari non sono fonti del diritto in quanto non regolano i rapporti con i terzi, né sono assistite da sanzioni («né tanto meno con quella forma di sanzione, che è applicata mediante la funzione giurisdizionale»): se l'amministrazione intende produrre norme giuridiche, deve utilizzare lo strumento del regolamento¹⁶. Ove non sia un vero regolamento (ché potrebbe anche ricorrere questa circostanza, dovendo prevalere comunque il profilo contenutistico), indagando i caratteri della circolare l'Autore aggiunse che essa può avere spazi di impiego all'interno dell'ente non solo là ove sia ancorata al

¹⁵ A proposito di questo genere scientifico-letterario, sia consentito osservare che proprio la circostanza che la teoria in illustrazione sia stata espressa in una nota a sentenza dimostra, se ve ne fosse bisogno, che l'originalità, la profondità e la capacità innovativa del pensiero scientifico non va rapportata alla – comunque – discutibile gerarchizzazione dei generi letterari scelti quale veicolo della sua divulgazione, oggi invece fatta propria dalla disciplina (*lupus in fabula*, interna) universitaria che, auspicabilmente (e per la verità non solo per questo aspetto), dovrebbe essere oggetto di radicale ripensamento.

¹⁶ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 e ss. Dello stesso Autore, si v. anche *A proposito di circolari e istruzioni*, *ivi*, 1920, III, 1 e ss. Piace sottolineare la sincerità dell'Autore che, riprendendo un precedente lavoro in cui aveva sostenuto una tesi diversa, nota che «Le cose dette allora non mi sembrano ora del tutto accettabili», citando in conclusione i lavori di Presutti e di Donati. Si rileva che nel successivo *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, 1218 e ss. (si v. anche nell'edizione del 1960, con note di G. Miele, 550 e ss.), Cammeo pare essere tornato sui suoi passi negando o comunque riducendo il valore della distinzione tra atti interni – compresi anche quelli generali e astratti – ed esterni, almeno in tutti i casi in cui anche indirettamente i loro effetti si facciano «sentire anche per i terzi» (p. 1220, oppure p. 551 nell'edizione del 1960). Sul tema dell'eccesso di potere in ipotesi di violazione di circolare amministrativa, si v., in seguito, N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, II, 464 e ss.; F. Franchini, *Sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, spec. 1184, nota 8.

rapporto di gerarchia, ma anche allorché ricorra un rapporto di supremazia diverso da quello gerarchico (ad esempio, tutela, controllo su ricorso).

In ogni caso, la tesi qui in disamina si segnala in quanto, pur trattando solo della circolare, mise a tema due caratteri essenziali delle norme interne.

In primo luogo, si osservava come la circolare desse “copertura” al funzionario (quanto ad esempio alla responsabilità), il quale può invocare l’obbedienza gerarchica onde sfuggire appunto dalla responsabilità legata agli illeciti scaturenti dall’osservanza dell’atto: ciò (nonostante un fugace cenno ai rapporti tra «organi centrali e comuni o provincie») si lega all’idea secondo cui la circolare rimane comunque un atto interno, confinato nei rapporti di sovraordinazione.

In secondo luogo, fissando «forme, condizioni o limiti» determinati, la teorica in commento rilevava come la circolare finisca con l’attestare che quegli elementi «rispondono al pubblico interesse». L’atto concreto che non rispetti la circolare, di conseguenza, «risulta contrario all’interesse pubblico, cui essa si ispira», rendendo la puntuale attività priva di causa (e l’Autore ricordava che l’eccesso di potere si potrebbe formulare come vizio di mancanza di causa). La prova che può farsi emergere dalla violazione di circolare non è tuttavia una “prova legale”. Si aggiungeva, infatti, che resterà la facoltà dell’amministrazione «di dimostrare nel caso singolo, che vi erano ragioni di utile pubblico, per discostarsi dalla circolare, idonee a fornire una causa all’atto».

Si sottolinea come, così opinando, l’Autore abbia permesso alla teoria del diritto amministrativo di guadagnare l’importante risultato di cogliere il carattere non vincolante della circolare e al contempo di identificare l’effetto di copertura della stessa nei confronti della responsabilità del dipendente/funzionario che a essa si attiene, individuando, infine, con sicurezza la tipologia di vizio di legittimità che colpisce l’atto adottato in osservanza di quel precetto interno (l’eccesso di potere). Temi tutti ancora oggi centrali nelle discussioni sulle norme interne.

Segno sicuro del successo della tesi e della sua capacità di rappresentare le diverse problematiche in questione è costituito dal fatto che la stessa venne ampiamente ripresa e sviluppata pochi anni dopo in uno studio monografico dedicato alle circolari¹⁷. Dopo avere dedicato

¹⁷ G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913.

un'estesa analisi alla definizione del concetto giuridico di circolare e alla determinazione degli organi cui è attribuito il potere di adottare tali atti e dei soggetti a cui si applicano, l'Autore ne indagava dapprima la natura giuridica e quindi le «Garenzie contro le circolari e contro gli atti che le applicano»¹⁸. Quanto al primo aspetto, evidenziandone il carattere di precetti distinti dalle norme giuridiche propriamente dette¹⁹, se ne predicava la derivazione da poteri di supremazia speciale²⁰ e non già dalla sovranità statale o dall'*imperium* che è alla radice del potere regolamentare²¹, affermandone la non attitudine a produrre vicende giuridiche, dal momento che la «circolare non crea, né modifica, né estingue diritti e doveri esistenti, ma piuttosto rispetta integralmente le sfere giuridiche di tutti i soggetti»²². A proposito della tutela, l'Autore si occupava in particolare dell'atto che «leda una circolare legittima», aderendo sul punto, come già anticipato, alla ricostruzione sopra illustrata che riconduceva alla figura dell'eccesso di potere la patologia che colpisce l'atto medesimo²³.

4. La prima importante sistematizzazione: la tesi di Zanobini

Nello stesso torno di anni vedeva la luce la prima riflessione sistematica sulle norme interne²⁴.

Ponendo l'accento sull'importanza di distinguere tra norme giuridiche e norme non giuridiche procedendo, per così dire, per cerchi

¹⁸ Come G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 85 ha intitolato il terzo e ultimo capitolo dell'opera in analisi.

¹⁹ G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 68.

²⁰ G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 6. In seguito, si v. altresì R. LUCIFREDI, *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1947, II, 507, il quale riconosce alle circolari il carattere comune con le norme giuridiche propriamente dette della generalità e astrattezza.

²¹ G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 70 e ss., nonché 100 e ss.

²² G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 78. L'Autore aggiunge che «ciò che può sembrare la conseguenza giuridica ovvero la forza inerente ad una circolare, è, invece, il derivato dalla legge o dai regolamenti, come: l'obbligo di obbedienza, l'esistenza di una sanzione disciplinare», collegando tali effetti alla norma preesistente la circolare medesima, in virtù del rapporto speciale eminentemente di natura gerarchica all'interno dell'amministrazione.

²³ G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, cit., 98, che cita espressamente la nota a sentenza di Cammeo del 1912.

²⁴ Elaborata da G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, 321 e ss.

concentrici, l'analisi in questione si concentrò in prima battuta sulle c.d. «norme interne individuali» e, cioè, su quelle regole che ciascun soggetto pone a se stesso, così denominate perché «non escono dalle rispettive sfere giuridiche»²⁵; con riferimento ai soggetti collettivi, si aggiungeva poi che pure l'ente può disciplinare con norme interne l'esercizio dei propri diritti. Invocando il principio di eguaglianza e la conseguente impossibilità per qualsivoglia privato di dettare comandi ad altri soggetti, si giunse così a una prima conclusione: «gli enti privati... non possono creare che norme interne»²⁶.

In relazione alla situazione dei soggetti pubblici, si osservò che essi possono in taluni casi limitare la sfera di libertà di altri soggetti e, come qualsiasi altro soggetto, stabilire norme interne «entro i confini già fissati nelle norme esterne»²⁷. Invero, traspare la percezione – legata all'evidente adesione alla tesi, cui si tornerà *infra*, che correla giuridicità e intersoggettività – per cui ben possono sorgere veri e propri rapporti retti da norme esterne in relazione a soggetti che siano inclusi nel perimetro dell'ente in qualità di preposti a organi o uffici. Infatti, sono qualificabili alla stregua di norme interne non già quelle che l'ente rivolge alle persone titolari di uffici o di organi (limitando gli interessi particolari delle persone fisiche, esse sono difatti esterne), ma soltanto quelle indirizzate ai propri organi²⁸. Esistono, inoltre, molti casi in cui soggetti terzi entrano nella sfera d'interessi di un ente (ad esempio, avvantaggiandosi dei beni posseduti o prodotti dall'ente). In queste ipotesi, si rimane nell'ambito concettuale delle norme interne: si pensi al concessionario di un corso d'acqua o a chi frequenta una biblioteca e, più in generale, alle persone che «per qualunque ragione si trovino prese nella sua organizzazione»²⁹.

Nell'analisi in questione venne altresì introdotto un tema assai rilevante: mentre la possibilità di emanare norme esterne (per ciò stesso, certamente giuridiche) è una manifestazione della sovranità, la facoltà di dettare norme rivolte a regolare il contegno delle persone che si trovano a fare parte dell'organizzazione degli enti si fonderebbe sulla supremazia speciale. La tematica è importante nello studio delle norme interne e verrà ripresa a suo tempo³⁰; qui valga solo annotare che si

²⁵ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 324.

²⁶ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 326.

²⁷ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 326.

²⁸ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 327.

²⁹ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 327.

³⁰ Si v. *infra*, paragrafo 6, nonché parte II, paragrafo 5.

tratta di questione che ancora oggi emerge, seppure non sempre chiaramente, nel discorso che correla norme interne e sistema delle fonti. Venne così precisato un essenziale profilo sistematico che, almeno nella prima fase di sviluppo della dottrina amministrativistica, condizionò la riflessione sulle norme interne: la supremazia speciale quale fondamento della possibilità di emanare, appunto, norme interne.

Quanto al problema della natura giuridica di queste norme, ripercorrendo le varie tesi fiorite in dottrina, si osservò che giuridica è solo la norma generale che disciplina relazioni tra soggetti³¹.

L'analisi quindi trattò le varie tipologie di questi atti espressione di supremazia speciale: in particolare (per quanto qui rileva), indugiò sulle norme di servizio, che possono assumere la forma di istruzioni, rivolte da un superiore all'inferiore per regolare un numero indeterminato di atti consimili; sulle circolari, rivolte a una pluralità o alla totalità dei dipendenti, ma anche relative a fattispecie particolari; sui capitoli³².

Infine, l'Autore affrontò il tema centrale della rilevanza giuridica delle norme interne³³, ricordando, da un lato, la tesi di Cammeo³⁴, secondo cui la violazione di circolare costituisce eccesso di potere (anche se precisò che la circolare è sempre e solo un «elemento di fatto»); dall'altro lato, la rilevanza sul piano disciplinare della violazione delle norme di servizio. Di interesse, ancora, lo spunto di riflessione che, scindendo il profilo della provenienza soggettiva dall'aspetto contenutistico, condusse ad affermare che le norme interne possono anche rivestire la forma legislativa; ciononostante (allorché non riguardino la sfera di terzi) non smarrirebbero la natura di norma interna³⁵.

Questi spunti vennero ripresi succintamente nella trattazione manualistica su cui l'Autore si è successivamente concentrato, in particolare occupandosi degli atti interni³⁶. Nuovamente partendo dalla di-

³¹ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 335; al riguardo, l'Autore affronta le problematiche attinenti alla generalità e alla novità del precetto, per poi concentrarsi specialmente sulla teoria elaborata da Donati.

³² G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 343 e ss. Si rammenta che, almeno nella ricostruzione maggiormente seguita all'epoca, la distinzione tra circolari e istruzioni si fondava sulla maggiore generalità di queste ultime, contenendo esse disposizioni di massima e di carattere permanente, con ciò avvicinandosi in modo evidente alla definizione di norma interna che meglio sarà approfondita nella parte II del presente lavoro.

³³ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 353 e ss.

³⁴ Illustrata *supra* nel precedente paragrafo 3.

³⁵ G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., 346 e ss.

³⁶ In particolare, si v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 269 e ss.

stinzione basata sulla tipologia delle persone nei cui confronti «gli atti amministrativi spiegano la loro efficacia», si giunse ad asserire che gli «Atti *interni* sono quelli che organi dell'amministrazione rivolgono ad altri organi della medesima e che esauriscono entro l'organizzazione la loro efficacia». Invero, venne pure ribadito che i provvedimenti disciplinari non rientrano nella predetta categoria, perché non esauriscono il proprio effetto entro l'organizzazione amministrativa, ma invadono la sfera giuridica del «titolare del pubblico ufficio cui sono rivolti». Così non sono qualificati atti interni i pareri obbligatori, ma soltanto quelli discrezionali³⁷. Furono invece ritenuti atti interni gli ordini di servizio, siano essi individuali o generali: «negli ordinamenti interni in cui immediatamente si svolgono, hanno certamente valore di atti amministrativi, non di rado di atti amministrativi negoziali». E ancora: «Anche rispetto all'ordinamento generale dello Stato, non possono dirsi giuridicamente irrilevanti, sia perché il potere di emanarli è disciplinato dal diritto, sia perché dalla loro osservanza o inosservanza da parte degli organi cui sono diretti possono derivare, per i rispettivi titolari, responsabilità disciplinari e in alcuni casi anche civile e penale. Si può dire che gli atti interni, pure potendo assumere nell'ordinamento particolare di cui fanno parte tutte le comuni forme degli atti amministrativi, nell'ordinamento giuridico generale agiscono sempre ed esclusivamente come meri atti amministrativi».

Nel pensiero dell'Autore qui ricostruito, rileva ai fini del presente studio l'ulteriore annotazione secondo cui le norme interne, unitamente alle istruzioni, sono ricondotte agli atti interni generali che, «pure avendo l'astrattezza della norma giuridica, non vengono in considerazione come tali, ma solo in quanto produttive di una qualche conseguenza indiretta fuori dalle particolari organizzazioni in cui sono emanate»³⁸.

5. Una provvisoria riflessione di sintesi: l'indebolimento di alcuni caratteri essenziali della teoria delle norme interne

Da una sintetica considerazione delle posizioni fiorite in relazione alle norme interne nella prima teorizzazione operata in materia dalla

³⁷ Sulla qualificazione della natura della funzione consultiva o di parte di essa alla stregua di interna, sia consentito rinviare a M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. economia*, 2019, 31 e s., con note di richiami.

³⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 270.

dottrina del diritto amministrativo, emergono alcune coordinate di fondo che giova qui rimarcare.

Intanto, la sistemazione teorica sembrava restare fedele al principio secondo cui la giuridicità coincide con il carattere intersoggettivo delle norme. Per altro verso (e coerentemente), le norme interne non erano ritenute giuridiche in quanto, sotto il profilo dell'“estensione”, riguardanti soltanto la sfera interna delle amministrazioni e, dunque, relative esclusivamente a relazioni giuridiche che si instaurano tra le componenti interne dei soggetti pubblici e non già, propriamente, tra soggetti distinti.

Accanto al criterio dell'estensione, faceva peraltro spesso capolino anche quello della provenienza: pertanto, di norme interne si poteva parlare in quanto prodotte all'interno dell'ente³⁹. Tuttavia, venne colto che quel materiale regolatorio interno è comunque suscettibile di avere riflessi esterni o, come si sarebbe detto in seguito, nell'ordinamento generale. Da questo punto di vista, non si può non ricordare la brillante costruzione giuridica proposta da Cammeo, che introdusse una soluzione originale e convincente, in grado di offrire rilevanza giuridica alle circolari sotto il profilo dei riflessi sull'atto finale.

Questa mossa teorica consentiva di cogliere un carattere essenziale delle norme interne (traguardate dal punto di vista dell'ordinamento generale): la possibilità di derogare alle stesse offrendo una convincente motivazione. Da qui l'emergere del sindacato di legittimità esclusivamente concentrato sul vizio dell'eccesso di potere il che comporta, secondo la prospettiva teorica della contemporanea sistematica, in assenza di emersione di una violazione di legge, il disconoscimento della natura normativa di questi precetti. E, in fondo, sembra essere proprio questa la ragione per cui Cammeo valorizzava il sindacato del giudice amministrativo ai fini di attestare la rilevanza interna o esterna di una prescrizione o di un atto prodotto dall'amministrazione.

In ogni caso, soprattutto alla luce delle riflessioni di Zanobini, la prima dottrina che si occupò del tema mise in luce che la rilevanza esterna non si esaurisce senza residui nel perimetro della problematica dell'eccesso di potere. Da qui, ad esempio, la valorizzazione del fatto che la violazione delle norme interne ha valenza disciplinare (e ciò introduce un elemento che sarà chiarito in seguito con il meccanismo della presupposizione), così come il suo rispetto può fungere da esimente in ordine agli illeciti dei dipendenti.

Va pure rimarcato come, anche in considerazione del metodo ispi-

³⁹ Al riguardo, però, si v. quanto si dirà in chiusura del presente paragrafo.

rato dalla cultura giuridica tedesca di impostazione pandettistica che esercitava una forte influenza dommatica specialmente negli anni Venti-Trenta del secolo scorso⁴⁰, la dottrina del periodo qui riguardato profuse uno straordinario sforzo per fornire una classificazione tassonomica delle norme interne, all'esito della quale finì per riservare questo carattere soltanto a quelle che stabiliscono prescrizioni generali, cogliendo tuttavia l'importanza anche di altri atti interni.

Quanto al fondamento della potestà di emanare norme interne, esso fu generalmente individuato nella supremazia speciale, che al contempo consentiva di circoscrivere la latitudine del fenomeno.

In ultimo, tre aspetti enunciati dalla sistematica di quegli anni sono rimasti per così dire "sotto traccia", destinati, quasi alla stregua di semi, a germogliare in seguito:

- l'intuizione di Zanobini secondo cui le norme interne (contenutivamente individuate) potrebbero restare tali ancorché inglobate in una fonte esterna;

- lo sforzo – in parte non coerente con l'argomentazione appena citata – di evitare ogni interferenza con le fonti "esterne", le quali sono espressione di sovranità e non già di supremazia speciale;

- la percezione, ancora non definita, del fatto che le norme potrebbero legarsi all'attribuzione di un potere (di cui sarebbero espressione) diverso e più circoscritto rispetto alla generica supremazia.

Su ciascuno di questi temi sarebbero state sviluppate riflessioni successive, spesso destinate ad approdare a risultati non collimanti. Schematicamente:

- l'intersoggettività quale carattere della giuridicità, ad esempio, fu posta in discussione;

- il criterio della provenienza e/o dell'estensione quali indizi della natura interna delle proposizioni prescrittive fu talora superato;

- la rilevanza esterna fu rivisitata;

⁴⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990, 270 (da ultimo anche in R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2018, 209 e ss.). Osserva G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., 726 che l'attività interna così come le norme interne furono oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina più antica «a causa del vecchio pregiudizio monistico, proprio del soggettivismo pandettistico, per cui rilevano solo i rapporti, i procedimenti e gli atti che non si esauriscono all'interno del soggetto unitario... ma che manifestano la volontà dell'amministrazione all'esterno nei rapporti con i cittadini e interferiscono nell'attività dei privati, creano diritti ed obblighi in altri soggetti». Sul punto si v. anche S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 345; G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980, 42.

- il fondamento dell'istituto fu invece un tema trascurato negli anni a venire, anche in ragione, forse, del mutamento dei caratteri delle relazioni interorganiche o intersoggettive, vicenda che spingeva a cercare in altre direzioni la spiegazione e il fondamento giuridico in grado di giustificare la produzione di norme interne;

- la *quaestio* della qualificazione sostanziale della norma interna a scapito della fonte formale rimase una sorta di filo rosso non sempre esplicitato, ma ben presente nel dibattito dei decenni seguenti.

Tutto ciò ha influito sugli spazi (invero angusti) di cui il tema può ora giovare nella riflessione giuspubblicistica. L'indebolimento di alcuni caratteri tradizionalmente attribuiti alle norme interne (si pensi alla supremazia speciale e al superamento del presupposto della provenienza da un centro regolatorio interno o derivato dall'ordinamento generale) ha prepotentemente portato alla ribalta la questione del rapporto con le fonti. Ciò è pure dovuto all'osservazione secondo cui molte norme interne hanno significativi effetti esterni, contribuendo ad alimentare l'idea che il loro studio non sia più rilevante nel panorama delle ricerche attuali del diritto amministrativo, risultando assorbito dall'analisi di tutto ciò che accade sul piano dell'ordinamento giuridico. In sostanza, le norme interne avrebbero completato un lungo tragitto per atterrare, risultandone inglobate, nell'ordinamento generale.

Tuttavia, prima di giungere a questi esiti la scienza del diritto amministrativo doveva compiere ancora un lungo e appassionante percorso, contraddistinto da significative innovazioni teoriche.

6. *Una svolta importante: il raccordo con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano. La scoperta della dimensione giuridica interna e le sue conseguenze*

Santi Romano si interessò costantemente di norme interne. Dopo avere focalizzato l'analisi sulle norme che si rivolgono soltanto agli organi (e non ai singoli), ad esempio, già dalla prima edizione dei «Principii» l'Autore precisò che il fenomeno concerne solo quelle che non trovano il loro fondamento nella sovranità generale, traendo origine da poteri e rapporti speciali⁴¹. Questa iniziale posizione fu poi affinata e parzialmente modificata in seguito.

⁴¹ SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 16 e ss.: osservato che nel diritto pubblico sussistono norme che si rivolgono soltanto agli

Un vero e proprio “riorientamento gestaltico”⁴² avvenne in particolare nello studio di quasi due decenni successivi sull’ordinamento giuridico⁴³, che, correlando diritto, istituzione, organizzazione e ordinamento⁴⁴, rigettò la tesi favorevole a identificare il fenomeno giuridico con le (sole) norme.

Muovendo dall’intuizione secondo cui ogni persona giuridica è istituzione⁴⁵, si affermò che il carattere della giuridicità può essere predicato anche là dove non sia individuabile un rapporto⁴⁶. Come noto, corollario di questa impostazione è il riconoscimento di una pluralità di ordinamenti.

Per quanto qui maggiormente interessa, particolarmente rilevante è la trattazione sulle relazioni tra più ordinamenti giuridici, in cui si esaminano le ipotesi in cui gli effetti che si verificano in base a un ordinamento possono avere rilevanza per l’altro⁴⁷ (vi sono, peraltro, situazioni nelle quali un ordinamento è irrilevante per un altro⁴⁸): tra questi vi è l’ipotesi in cui un ordinamento sia presupposto dell’altro⁴⁹. Precisato (invero introducendo un profilo che non viene sviluppato perché probabilmente ritenuto non decisivo nell’economia della trat-

organi pubblici senza «creare pe’ cittadini né diritti né doveri, almeno immediatamente», egli osservò come «Norme siffatte possono qualificarsi come interne, ma saranno sempre norma giuridiche, nel senso vero e proprio della parola, tutte le volte che avranno il loro fondamento nella sovranità generale degli enti pubblici; non così quando ripeteranno la loro origine da poteri e rapporti speciali come, ad es., nel caso, cui sarà meglio accennato in seguito, delle circolari e delle istruzioni che derivano dalla semplice supremazia gerarchica».

⁴² Si utilizza qui un’espressione tipica della filosofia della scienza, in quanto essa appare particolarmente calzante.

⁴³ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, cui fece seguito la seconda edizione, ma solo con il titolo *L’ordinamento giuridico* (dunque senza più sottotitolo) del 1946, poi ristampata nel 1951, 1962 e 1967. Tra le due edizioni non è dato cogliere differenze significative nella trattazione in disamina; nelle citazioni in appresso si farà riferimento alla prima edizione.

⁴⁴ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 39 e ss.

⁴⁵ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 70.

⁴⁶ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 86 e ss.

⁴⁷ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 162.

⁴⁸ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 174. In senso contrario rispetto all’idea che esista una sfera giuridicamente irrilevante, pur se non trattando direttamente della questione dei rapporti tra ordinamenti, si può incidentalmente citare la posizione di N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 144 e ss. (secondo il quale, in tal caso, occorrerebbe fare ricorso alle figure del permesso o della libertà).

⁴⁹ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 167 e ss.

tazione) che in taluni casi la distinzione tra differenti ordinamenti possa risolversi «in una *partizione interna* dell'ordinamento dell'istituzione superiore»⁵⁰, l'Autore giunse ad analizzare le norme interne, ossia quelle che, «in contrapposto» con quelle che regolano «la posizione e i rapporti dell'ente e dei suoi sudditi, l'uno di fronte agli altri, nonché di questi fra loro», «sarebbero rivolte dall'ente a se medesimo o ai propri organi». A proposito di queste ultime si annota tutto subito come, nella scienza giuspubblicistica, la distinzione con le norme esterne fosse sempre rimasta «imprecisa e oscura», tanto è vero che la dottrina aveva sentito il bisogno di ricorrere a un altro criterio, ossia quello del tipo di potere di cui sarebbero espressione (supremazia generale o supremazia speciale), non «da per sé inesatto», ma che occorreva sostituire con una diversa teorica «che, mentre spiega meglio il concetto di norma interna, pone in miglior luce anche il concetto di potere di supremazia speciale assieme ad altri, che sono rimasti nell'ombra»⁵¹.

L'Autore prese così in considerazione le varie istituzioni (non solo gli organi) compresi nell'ordinamento statale sulla base della tesi secondo cui ogni istituzione è un ordinamento giuridico.

Con riferimento all'ordinamento dello Stato (che in via di esegesi potremmo oggi definire “giuridico generale”), vennero emarginate due specie di ordinamenti:

- «gli ordinamenti della sua organizzazione», che riguardano le posizioni degli organi e istituti e i loro rapporti;
- «gli ordinamenti dei suoi singoli organi e istituti», considerati in quanto tali e in relazione ai loro rapporti con i titolari dei rispettivi uffici o con le persone «ammesse negli istituti»⁵².

Per questa via si giunge alla teorizzazione dell'ordinamento dello Stato in cui trovano collocazioni relazioni, poteri e diritti generali, cui si affiancano relazioni, poteri e diritti speciali che animano altri ordinamenti isolatamente considerati.

Della più ampia tassonomia offerta, ai nostri fini è essenziale l'analisi degli ordinamenti che sono inclusi in altri ordinamenti (i quali ultimi in modo assoluto possono anche dominarli). Più nel dettaglio, pur restando sotto alcuni punti di visata separati, «il loro ordinamento

⁵⁰ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 193; si noti come risuoni in tale passaggio la voce del Giurista preoccupato del disordine e della disgregazione dell'ordinamento.

⁵¹ Per tutte le ultime citazioni, si v. sempre SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 194 e ss.

⁵² SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 196.

giuridico è da considerarsi come parte dell'ordinamento» generale, *id est*, alla stregua di una «partizione interna»⁵³.

Il passaggio successivo, qui determinante, è l'enucleazione della distinzione tra ordinamenti interni, in cui si individuano:

- quelli posti dall'istituzione generale (e che concernono l'istituzione minore);
- quelli posti «da ciascuna delle istituzioni minori per se medesima»⁵⁴.

Per i primi, il carattere interno concernerebbe l'ambito in cui «atterrano» le norme, «avuto riguardo alla sfera per cui valgono» («ma non avuto riguardo alla fonte da cui emanano, che è l'istituzione maggiore»)⁵⁵.

Per i secondi, invece, il carattere interno sembrerebbe riferirsi anche alla natura della fonte.

Come emerge vividamente da quanto testé illustrato, la svolta fondamentale che questa sistematizzazione ha comportato per la materia in analisi è costituita dal fatto che l'attenzione è stata spostata dalle *norme interne agli ordinamenti giuridici interni* dello Stato che, come visto, possono essere costituiti anche delle singole istituzioni o organi.

L'Autore guadagnava così una serie di risultati assai significativi.

In primo luogo, veniva fornito un criterio certo per riempire di contenuto l'aggettivo «interno»: questo carattere ricorre quando l'ordinamento è compreso in un ordinamento maggiore.

In secondo luogo, non era più necessario invocare unicamente il potere speciale di supremazia per spiegare il fenomeno: le norme interne costituiscono espressione della giuridicità dell'ordinamento⁵⁶. Si tratta di un approfondimento di tutta rilevanza, frutto di un'analisi che, significativamente, non si trova in altra opera scritta dall'Autore nello stesso tempo,

⁵³ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 193.

⁵⁴ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 197.

⁵⁵ Si v. ancora SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 197; ivi anche l'importante specificazione sulle norme interne secondo cui, «non per la loro fonte, ma per il loro ambito di efficacia, il loro carattere giuridico non è da porsi in dubbio, anche dal punto di vista... della piena giuridicità dei rapporti organici dello Stato» (p. 223).

⁵⁶ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 194 e ss. Come si diceva, il potere di supremazia si deve dedurre dal concetto di ordinamento, che peraltro consente di porre nel loro giusto rilievo «tutta una serie di altri poteri, diritti, doveri, posizioni e situazioni, che possono dirsi speciali di fronte a quelli analoghi che hanno carattere di generalità». Essi si fondano, cioè, ricorrendo a locuzioni proprie dell'evoluzione del pensiero di Santi Romano, sull'ordinamento speciale e non già su quello generale.

ma con trattazione manualistico-divulgativa sul diritto pubblico italiano, nella quale si legge (ancora) che le norme interne «non regolano rapporti di relazione con altre persone, ma procedimenti interiori, momenti successivi della vita di un medesimo soggetto, rapporti per così dire riflessivi di essi, ma, ciò nonostante, se ne possiedono gli altri caratteri essenziali, si dovranno considerare come vere e proprie norme giuridiche»⁵⁷.

In terzo luogo, si abbandonavano l'incerto riferimento al carattere negativo dell'assenza di coinvolgimento di terzi (tra le norme interne, infatti, ve ne sono alcune che concernono rapporti intersoggettivi, come nel caso delle norme disciplinari che valgono per le scuole⁵⁸, risultando decisiva l'ascrivibilità all'ordinamento interno) e il fattore della provenienza⁵⁹.

In quarto luogo, veniva chiarito che le norme dell'ordinamento "interno" o "speciale", pur non perdendo il crisma della giuridicità⁶⁰, non si «amalgamano» con l'ordinamento generale e non ne fanno parte integrante, dal momento che non si uniscono con le leggi e i regolamenti generali a costituire l'ordinamento dello Stato⁶¹.

⁵⁷ SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 34 (con la precisazione, in nota, che «alquanto diverso è il problema se abbiano valore di norme giuridiche le istruzioni, le circolari, ecc., dirette ai funzionari, in base ai poteri derivanti dal rapporto di servizio»). Sull'origine e sulle vicende di questa trattazione generale di Santi Romano, nata come *Italienisches Staatsrecht* e destinata a essere edita e pubblicata in Germania, si v. A. ROMANO, *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Dir. e società*, 2004, 10 e ss.

⁵⁸ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 194.

⁵⁹ Pure in seguito, nel *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, III ed., Padova, 1937, 32, l'Autore avrebbe scritto che le norme interne hanno «efficacia soltanto nell'ambito interno dell'istituzione medesima», aggiungendo però il carattere specifico sopra ricordato: «sia che vengano emanate dall'istituzione», sia che «derivino da un potere estraneo e superiore». Egli aggiungeva altresì che pure le norme che non regolano rapporti tra più soggetti hanno carattere giuridico, posto che «giuridica è quella norma che è posta da un organo per altri organi dello stesso ente o per se medesimo». Ancora, nei *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946, 86, Santi Romano ribadiva gli stessi concetti: sono interne le norme (invero egli parla di «leggi») che hanno «efficacia solo nell'ambito interno della istituzione medesima... sia che vengano emanate da quest'ultima, sia che derivino da un potere estraneo e superiore». In argomento, si v. anche A. CIOFFI, *Sulla norma interna e sull'autonomia della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Franco Bassi*, I, Napoli, 2015, 73 ss.

⁶⁰ Va notato che questo motivo è presente anche in altri ordinamenti, al netto di ulteriori differenze in ordine ai vari istituti. Ad esempio, nella dottrina tedesca le *Verwaltungsvorschriften* presentano carattere normativo pur non incidendo sulla sfera dei cittadini; sul punto, si v. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, 230 e ss.

⁶¹ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 197.

In conclusione, il criterio distintivo fondamentale risultava essere quello dell'estensione dell'efficacia, unitamente all'ascrizione delle norme a un ordinamento diverso da quello statale, ma in esso ricompreso. Le norme interne non fanno parte di quello che in termini moderni chiameremmo l'ordinamento giuridico generale. Altri profili, quali quello della derogabilità delle norme interne e quello delle conseguenze, sul piano dell'ordinamento generale, della loro violazione, non venivano invece direttamente trattati.

7. Dalle norme interne all'attività interna e viceversa: la tesi di E. Silvestri

L'impostazione romaniana influenzò successive riflessioni teoriche. Tra queste, l'importante monografia di Silvestri⁶², che appunto si iscrive nell'orizzonte teorico definito dalla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici⁶³.

L'interesse di questa ricerca scientifica, invero, risiede anche nel fatto che l'attenzione veniva posta più in generale sull'attività interna della pubblica amministrazione, sul suo fondamento e sui suoi caratteri, a proposito della quale venne segnalata l'esistenza di «pronunce degli uffici dirette ad altri uffici che producono effetti esclusivamente nei confronti dell'ufficio cui si rivolgono, senza avere una rilevanza l'esterno. Sono atti che estrinsecano la loro azione all'interno della persona giuridica in seno alla quale vengono emessi. Tali rapporti non toccano la sfera dei terzi né con essi lo Stato intende limitare la sua capacità di fronte a questi ultimi»⁶⁴.

Considerando nel suo complesso l'attività amministrativa volta all'adozione degli atti di cui detto, secondo l'Autore è facile rendersi conto che la medesima non persegue fini pubblici specifici, ma ha l'esclusivo scopo di attuare il migliore funzionamento dell'ente. Si tratta in sostanza di un'attività che viene svolta per un'esigenza di autorganizzazione interna: la necessità, cioè, di porre l'amministrazione in grado di svolgere nel modo migliore la propria attività esterna⁶⁵. «Questa regolamentazione, che ciascun ente fa della propria attività, senza uscire dal campo delle fa-

⁶² E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950.

⁶³ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 57.

⁶⁴ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 26.

⁶⁵ V. altresì p. 51, ove si segnala lo scopo «di porre l'istituzione in condizione di meglio raggiungere i compiti ad essi affidati».

coltà che gli sono state riconosciute, non tocca la sfera giuridica dei terzi e resta estranea all'ordinamento giuridico generale»⁶⁶. Indugiando sullo statuto dell'attività interna, si annotò quindi come, pur essendo sottoposta a limiti connaturati a ogni forma di attività organizzata, essa non sarebbe regolata da schemi prefissati. Infatti, anche quando esistono norme interne che regolano una determinata materia, esse costituiscono per lo più semplici direttive in relazione all'adozione di altri atti, per così dire "s subordinati", senza che possa tuttavia intravedersi un vincolo di stretta osservanza, potendo essere disattese senza particolari limitazioni formali⁶⁷. L'attività in questione «presuppone un'ampia sfera di libertà» ed è svincolata dal «principio di nominatività»⁶⁸, venendo invece in rilievo il principio di buona amministrazione⁶⁹.

Riprendendo le tesi romaniene e quindi utilizzando la distinzione tra ordinamento generale e ordinamento interno, nella teorica in rassegna fu evidenziato che «è agevole distinguere la serie di poteri, doveri, situazioni ecc., che possono dirsi speciali, perché fondati sull'ordinamento di una istituzione particolare in sé considerata, dal complesso di rapporti, diritti, obblighi ecc., che si qualificano generali perché fondati sull'ordinamento dello Stato. Secondo che le norme e i rapporti trovino la loro base nell'uno o nell'altro ordinamento si avranno quindi regole e attività puramente interni ovvero norme e rapporti esterni. Sicché in ogni istituzione è dato distinguere: atti emanati in virtù di poteri attribuiti dall'ordinamento generale e atti che sono esplicazione di poteri meramente interni»⁷⁰. Coerentemente rispetto a questa premessa, l'Autore precisò che i requisiti che debbono sussistere affinché gli atti interni abbiano validità nell'istituzione in cui operano non sono quelli dell'ordinamento generale, ma, appunto, quelli dell'ordinamento particolare⁷¹ (e, più specificamente, competenza interna e tendenziale libertà delle forme). In questo contesto, si escludeva l'utilizzabilità della distinzione dicotomica nullità/annullabilità, potendosi esclusivamente parlare di invalidità dell'atto interno, senza ulteriori specificazioni, cui consegue la non produzione degli effetti propri dell'atto medesimo⁷².

⁶⁶ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 27 e ss.

⁶⁷ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 32.

⁶⁸ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 32.

⁶⁹ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 37.

⁷⁰ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 64 e ss.

⁷¹ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 77 e ss.

⁷² E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 96.

Ai nostri fini, l'ampia analisi qui sinteticamente riportata rileva soprattutto nella parte in cui si volge a considerare le norme interne. Va al riguardo ribadito che l'area dell'attività interna non coincide senza residui con quella delle norme interne, anche se «tra le varie categorie di atti interni della pubblica amministrazione, quella delle norme interne presenta indubbiamente maggiore interesse non soltanto per le complesse questioni cui dà luogo, ma anche per la importanza che tali norme assumono nell'organizzazione e nell'attività degli enti pubblici»⁷³. Il fenomeno veniva così circoscritto: «gli organi e le istituzioni possono dettare a se stessi delle norme per predisporre la propria organizzazione interna e il modo con cui concretamente eserciteranno le funzioni a essi attribuite dall'ordinamento generale»⁷⁴. Purché non in contrasto con le leggi di un'istituzione maggiore, quelle norme – prodotte da fatti (prassi) o da atti (circolari)⁷⁵ – «vincolano tutti coloro che dell'istituzione fanno parte»⁷⁶.

L'Autore si impegnò anche nell'individuazione del momento distintivo tra le norme interne e quelle dell'ordinamento generale. Al riguardo, osservò come tale discriminazione non risieda nel fatto che le norme interne non sarebbero astratte e generali, ovvero dotate del carattere della novità o della coercibilità (caratteri che vanno colti sul piano dell'ordinamento speciale), bensì nella circostanza per cui esse, per quanto giuridiche, non sono «elementi costitutivi e integranti dell'ordinamento generale»⁷⁷. In ogni caso, gli atti interni – e, dunque, anche le norme interne – non possono direttamente ledere diritti dei terzi; anzi, ove abbiano «per contenuto una materia che è estranea al rapporto in questione non possono considerarsi validi»⁷⁸. E in quanto non sono diretti a regolare un rapporto giuridico tra la pubblica amministrazione e i terzi, valgono soltanto per l'istituzione amministrativa al cui interno sono emanate⁷⁹.

Ciò non esclude, tuttavia, che gli atti interni possano «assumere rilevanza per l'ordinamento generale», potendo essere assunti come fattispecie da quest'ordinamento «che ricollega in astratto ad essi deter-

⁷³ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 209.

⁷⁴ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 86.

⁷⁵ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 233. Sulle analogie tra norme interne e circolari, si v. anche R. LUCIFREDI, *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Rass. dir. pubb.*, 1947, II, 507.

⁷⁶ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 100.

⁷⁷ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 217.

⁷⁸ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 88.

⁷⁹ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 52.

minati effetti diversi da quelli che gli atti stessi producono nell'ambito delle istituzioni particolari»⁸⁰. L'ordinamento generale, poi, può richiamare quelle norme interne⁸¹, senza trasformarle in norme dell'ordinamento generale medesimo (ad esempio, ai fini della responsabilità disciplinare o civile), oppure operare un rinvio a quelle stesse⁸². Inoltre, l'inosservanza delle norme interne costituirebbe una presunzione di eccesso di potere e giammai l'acclaramento della sussistenza di un «vizio di legittimità»⁸³.

In una prospettiva di sintesi, guardando alle tesi in rassegna, appare di estremo interesse la correlazione tra norme interne e autoorganizzazione dell'ente. Ciò consente di intravedere uno snodo essenziale anche ai fini del prosieguo della presente ricerca, costituito dal fatto che vi sono non soltanto proposizioni prescrittive dettate nell'esercizio di poteri tipizzati⁸⁴, ma anche regole di condotta espressione del bisogno (non rigidamente tipizzato dall'ordinamento generale) di organizzare la gestione delle varie attività che fanno capo all'ente, indipendentemente dalla cura di singoli e specifici interessi pubblici.

Affatto originale e meritevole quindi di nota appare, poi, la ricerca volta all'individuazione dello statuto giuridico dell'attività interna alla luce del relativo ordinamento.

Ciò detto, agli occhi del giurista moderno risulta probabilmente difficile immaginare un'attività interna che non sia destinata a toccare la sfera giuridica dei terzi e che non abbia alcun risvolto intersoggettivo, neppure sotto il profilo della considerazione e della tutela. Invero, sul punto appare più convincente la teorica romaniana, secondo cui ciò che conta è l'ascrivibilità della norma, che pure regola rapporti intersoggettivi, all'ordinamento interno anziché a quello generale. In ogni caso, per quanto si fosse curato di censire tutte le ipotesi in cui le norme interne avessero una rilevanza esterna, nel suo lavoro Silvestri precisò a più riprese come il carattere decisivo fosse costituito dall'appartenenza all'ordinamento interno⁸⁵ e, soprattutto, dalla finali-

⁸⁰ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 53.

⁸¹ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 124.

⁸² E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 151.

⁸³ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 196.

⁸⁴ Per un cenno, si v. anche A. DE VALLES, *Tendenze giurisprudenziali in tema di circolari*, in *Giur. it.*, 1943, I, 676.

⁸⁵ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 65: «secondo che le norme e i rapporti trovino la loro base nell'uno o nell'altro ordinamento si avranno quindi regole e attività puramente interne ovvero norme e rapporti esterni».

tà delle stesse di attuare il miglior funzionamento dell'ente, sicché quelle affermazioni⁸⁶ vanno lette non isolatamente, bensì alla luce della complessità del ragionamento proposto dall'Autore.

8. *I primi sintomi del declino: la negazione dell'efficacia giuridica esterna delle norme interne*

Nello stesso periodo di tempo in cui prendevano corpo le riflessioni testé analizzate, anche altri Autori si erano occupati del tema, con esiti ricostruttivi non sempre collimanti e che, in una prospettiva di sintesi, paiono esibire il comune tratto di negare alle norme interne il carattere giuridico esterno, trattandosi di precetti limitati all'ambito puramente interno dell'organizzazione amministrativa⁸⁷.

Vi era certo chi si muoveva sul solco tracciato da Silvestri: Bodda, ad esempio, senza fare mancare un riferimento all'autonomia e all'ordinamento speciale e trattando in modo ampio il tema, affermava che le norme interne sono espressione dell'autonomia interna degli enti e, cioè, del loro potere di autorganizzazione⁸⁸. Sottolineava poi che mediante la produzione di norme interne l'ente non persegue fini pubblici specifici, ma mira ad attuare il buon funzionamento. Veniva inoltre individuata una ulteriore caratteristica di tali atti, consistente nel fatto che essi non toccano la sfera giuridica di terzi soggetti, sicché il fenomeno rimarrebbe estraneo all'ordinamento giuridico generale. Infine, si sottolineava la natura di atti giuridici, almeno per l'ordinamento speciale, poiché «espressione della volontà di organi di enti pubblici ed elementi del loro speciale ordinamento; ma data la loro natura interna, non vincolano la a.p. che le ha emanate, alla loro osservanza, onde possono essere derogate, sia pure con cautela, nei casi singoli a discrezione dell'Autorità»⁸⁹.

⁸⁶ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 28.

⁸⁷ Si v. la rilettura della dottrina, colta da quel punto di osservazione specifico costituito dallo studio delle circolari, offerta da M.P. CHITI, voce *Circolare*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1989, 2 e ss.

⁸⁸ P. BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1954, 40 e ss.

⁸⁹ Secondo Bodda, completano lo statuto di tali norme il fatto che non possono violare o creare posizioni di terzi soggetti e la circostanza che la loro violazione non dà luogo a ricorso in Cassazione. Quali esempi di norme interne, egli riportava l'ordinamento delle Università, in particolare facendo riferimento al calendario e agli orari delle lezioni; i regolamenti interni; le circolari o istruzioni inviate da organi superiori a organi inferiori.

Pure altre voci continuavano a inserire l'istituto nell'ambito del rapporto gerarchico (senza fare direttamente cenno al potere di autoorganizzazione), al più introducendo precisazioni e chiarimenti. Vitta, ad esempio, affermava che circolari e istruzioni avrebbero carattere normativo (le prime indirizzate a tutti gli uffici subordinati; le istruzioni rivolte solo a un ufficio) perché «riguardano pluralità di casi non ancora verificatisi». A differenza dei regolamenti, tuttavia, secondo l'Autore esse non produrrebbero norme anche per i terzi estranei, sicché «rimangono affare interno dell'ufficio»⁹⁰.

Mentre, come visto, le posizioni assunte dagli Autori testé ricordati si inserivano nel solco tracciato (specialmente) da Santi Romano e Silvestri, la teoria elaborata da Forti si distinse per essere in parte disallineata rispetto alla tradizione. Nella prospettiva di evidenziare un primo momento di crisi della nozione di norme interne, è interessante notare come, riflettendo in particolare sui relativi atti, l'Autore abbia affermato che ove gli atti interni producano effetti, essi in realtà incidono nei rapporti giuridici – evidentemente sul presupposto che un atto è giuridico soltanto quando si riferisca a un rapporto – che legano il funzionario alla pubblica amministrazione o nelle relazioni tra due soggetti amministrativi, come nel caso di un parere. In sostanza, la tesi che ne scaturiva era che se producono effetti e sono atti giuridici, non differiscono dagli atti esterni⁹¹.

Seppure non riconducibile al medesimo turno di tempo delle teoriche testé illustrate, in quanto di un decennio successiva, a fini meramente classificatori pare potersi annoverare tra le posizioni che negano una configurabilità propria delle norme interne la tesi espressa da Gasparri in un più ampio studio sulle patologie giuridiche dell'attività e dell'organizzazione amministrativa⁹². Nella parte dedicata, per quanto qui più rileva, alla natura delle norme giuridiche che, qualora violate, danno luogo a «disfunzioni amministrative» e partendo dal presupposto che queste ultime si concretano per lo più «in violazioni, di-

⁹⁰ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, V ed. riveduta e aggiornata da E. Casetta, 1962, 188.

⁹¹ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1947, 80. L'Autore analizzava i casi in cui l'atto si rivolge a un altro organo della pubblica amministrazione e trattava (accanto ai provvedimenti disciplinari e agli atti preparatori) della serie di atti con cui gli organi superiori tendono a regolare l'attività degli organi inferiori, rendendo obbligatorio per essi un certo comportamento (gli esempi riportati sono quelli delle istruzioni a un organo specifico e delle circolari rivolte a tutta una serie di organi).

⁹² P. GASPARRI, *Appunti per una classificazione generale delle disfunzioni amministrative*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, I, 1 e ss.

rette o indirette, di leggi ordinarie o di regolamenti», l'Autore notò come «in pratica non comporta generalmente differenza... che il comportamento dell'organo disfunzionante violi una legge o un regolamento», sicché «possiamo comprendere tutti questi casi sotto il nome di disfunzioni *ordinarie*»⁹³. Egli distinse queste ultime da quelle «costituzionali» – la cui violazione comporta conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni e fra Regioni – e le definì come tutte le violazioni «di uno di quei regolamenti denominati spesso *norme di servizio*, o *ordinanze*, o *provvedimenti generali*» che dal punto di vista ontologico si contraddistinguerebbero per il fatto «che essi non costituiscono esercizio di un potere normativo conferito dalla legge ad organo non competente a provvedere, nella materia considerata, caso per caso; ma hanno carattere sostitutivo di una serie indefinita di provvedimenti concreti che l'organo è competente a prendere»⁹⁴. In particolare, Gasparri annoverò tra le disfunzioni propriamente dette solo le ipotesi in cui i suddetti «regolamenti» adottati da un organo amministrativo fossero violati da un organo inferiore, sul presupposto che in queste fattispecie risulterebbe violato il vincolo gerarchico, laddove invece la violazione di quegli atti e precetti da parte dello stesso organo che li ha adottati non costituirebbe una «disfunzione», dal momento che, purché debitamente motivate le ragioni sottese al mancato rispetto di «una pronuncia di carattere generale», differenziando le sue decisioni «ed adeguandole ai casi singoli, l'organo fa uso della sua discrezionalità»⁹⁵.

Merita infine richiamare la tesi di Borsi, il quale si impegnò nel ridurre il campo di incidenza dell'istituto, affine e collegato, dell'atto interno, valorizzando in ogni caso la presenza di veri e propri rapporti giuridici e la sussistenza di effetti esterni. In particolare, egli osservava che la categoria degli atti interni è più ristretta di quanto da molti ritenuto, proprio perché «il rapporto tra ciascun ente amministrativo e le persone fisiche che fungono da suoi organi è giuridico»⁹⁶. Per altro verso, secondo Borsi, vari atti concernenti il servizio delle amministrazioni «hanno effetti anche per gli estranei all'amministrazione, di fronte ai quali vengono esercitati i poteri delegati, avvocati, riconosciuti».

⁹³ P. GASPARRI, *Appunti per una classificazione generale delle disfunzioni amministrative*, cit., 20.

⁹⁴ P. GASPARRI, *Appunti per una classificazione generale delle disfunzioni amministrative*, cit., 20.

⁹⁵ Si v. ancora P. GASPARRI, *Appunti per una classificazione generale delle disfunzioni amministrative*, cit., 21.

⁹⁶ U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1934, 17 e ss.

9. *Una riduzione dell'orizzonte problematico: ordinamento giuridico e norme interne nel pensiero di Ottaviano. Verso la trasfigurazione dei caratteri della figura e la contrazione del suo spazio*

Successivamente ai lavori dottrinali *supra* ricordati, nell'articolata trattazione sull'ordinamento giuridico, Ottaviano compì un importante passo nel senso della riduzione del numero di ordinamenti che possono comporre quel contesto di complessa pluralità di cui discuteva Santi Romano⁹⁷. Questa prospettiva, ovviamente, finì per intercettare anche la tematica delle norme interne, che fu oggetto di ampia e ragionata rimediazione.

L'Autore dubitava della tesi romaniana secondo cui si potrebbe individuare una molteplicità di ordinamenti interni nello spazio occupato dalle amministrazioni, ritenendo preferibile pervenire a un «concetto più ampio di ordinamento amministrativo che comprende tutta l'intera organizzazione dell'amministrazione»⁹⁸. Più specificamente, se è vero che ciascun organo e preteso ordinamento interno all'amministrazione persegue un proprio fine, ogni fine particolare si integra con i fini complessivi e non può considerarsi separatamente dall'insieme degli altri⁹⁹. In questa prospettiva, le norme che reggono l'amministrazione nel suo complesso, se guardate dal punto di vista dell'amministrazione medesima, «entrano a costituire un diverso ordinamento»¹⁰⁰.

È interessante notare come, a differenza di quanto opinato sul punto da Silvestri, secondo Ottaviano il criterio di delimitazione dell'ordinamento speciale o, come meglio chiariva al termine del lavoro, «derivato» (in tal caso: quello dell'amministrazione), non coincide con l'assenza di rilevanza intersoggettiva nei confronti di terzi¹⁰¹. Importa piuttosto che l'ordinamento sia voluto dagli organi amministrativi per soddisfare determinati bisogni pubblici.

⁹⁷ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 826 e ss.

⁹⁸ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 826.

⁹⁹ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 837.

¹⁰⁰ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 831 e ss.

¹⁰¹ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 834.

Ottaviano rilevava poi un fatto indubitabile: molte norme dei c.d. “ordinamenti interni” (o che “atterrano” in quello spazio giuridico) sono poste dall’ordinamento generale. Ciò nonostante, pur se prevista da disposizioni di quel contesto, l’organizzazione amministrativa dà luogo a un ordinamento speciale: una volta costituita, essa «opera al fine di concretamente soddisfare i bisogni per cui viene creata»¹⁰². E comunque l’ordinamento amministrativo si trova in una posizione subordinata rispetto a quello generale, che pone direttamente la maggior parte delle norme che costituiscono l’amministrazione¹⁰³.

Nel quadro qui sunteggiato, restava il problema di definire il confine tra i due ordinamenti. Secondo Ottaviano, le norme che regolano l’amministrazione e l’attività amministrativa confluiscono nell’ordinamento amministrativo, mentre rientrano nell’ordinamento generale quelle che regolano i rapporti tra amministrazioni e cittadini¹⁰⁴. Di conseguenza, le fonti dell’ordinamento generale possono introdurre norme dell’ordinamento amministrativo, ovvero norme dell’ordinamento generale medesimo.

Iniziava così una delle più significative traiettorie scientifiche di quel torno di anni, che prendendo avvio dalle riflessioni di Zanobini (si v. *supra*, paragrafo 4) e partendo dal presupposto che non si poteva più tracciare una chiara linea distintiva utilizzando il criterio dell’ascrivibilità all’ordinamento speciale della fonte era volta a definire un delicato punto di equilibrio tra esigenze della specialità dell’ordinamento e pervasività dell’ordinamento generale. Il fondamento dell’ordinamento speciale dell’amministrazione veniva individuato nell’attinenza ai fini assegnati all’amministrazione medesima e, dunque, a un interesse proprio dell’amministrazione (e non già, direttamente, dell’ordinamento generale).

In sintesi, la novità del pensiero in illustrazione risiedeva nel fatto che si rigettava il criterio della rilevanza intersoggettiva, si riduceva il numero di ordinamenti e, passaggio assai significativo, si ammetteva che le norme interne possano rimanere tali anche se prodotte da fonti esterne. Per differenza, quale *proprium* delle norme interne, permaneva soltanto il profilo contenutistico o funzionale. Tali norme, tuttavia,

¹⁰² V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 833.

¹⁰³ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 845.

¹⁰⁴ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 845, nota 26.

nel momento stesso in cui venivano salvaguardate con questo *escamotage*, vedevano forzata la propria natura, posto che se ne predicava la derivabilità da fonti esterne.

Non è un caso che il tema della natura interna delle norme che valgono a comporre il c.d. “ordinamento derivato dell’amministrazione” (o, per esprimere in modo differente lo stesso problema: la questione della natura del materiale giuridico che si amalgamava in quell’ordinamento e del ruolo che in esso avevano le norme interne) restasse sottotraccia nella riflessione di Ottaviano, potendosi al più annotare alcuni cenni. Sfrondato il problema (e il numero di ordinamenti), permangono i “contesti” interni rappresentati dai vari uffici e le norme interne prodotte nel loro seno: secondo Ottaviano quegli atti interni fanno parte dell’istituzione amministrativa e, quindi, del relativo ordinamento amministrativo¹⁰⁵.

Lo scarto che consente di contemperare il carattere interno di una norma con la circostanza che essa sia prodotta da una fonte esterna rispetto all’ordinamento derivato cui fa parte era assai importante e sarebbe stato sviluppato in seguito. Restava non chiaramente esplicitato, in Ottaviano, il percorso inverso, quello, cioè, costituito dall’impiego esterno della norma prodotta all’interno di un ordinamento (e, cioè, dal suo utilizzo in quello generale) e lo statuto di quel materiale.

Peraltro, nelle pieghe dell’argomentazione sviluppata dall’Autore non mancano ulteriori spunti interessanti. Si pensi al richiamo alla distinzione tra norme dell’ordinamento generale e norme dell’ordinamento dell’amministrazione, impostato sulla contrapposizione strutturale e funzionale, in parte corrispondente alla distinzione tra norme di relazione e norme di azione elaborata da Guicciardi, non a caso citata dall’Autore¹⁰⁶.

Questo passaggio è di tutta importanza e merita attenta considerazione. L’accostamento alla teoria guicciardiana segna un’evidente trasformazione della ricostruzione sistematica delle norme interne. Rispetto alle norme di relazione, esse difettano dell’aspetto relazionale, non regolando un rapporto¹⁰⁷. Ciò spiega perché in passato, al loro cospetto, sorgessero resistenze circa la plausibilità di parlare di diritto, posto che nes-

¹⁰⁵ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 827.

¹⁰⁶ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, cit., 845, nota 26.

¹⁰⁷ In questo senso, si v. le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 9.

suno può giuridicamente obbligarsi verso sé stesso. Non a caso la rivisitazione di Guicciardi¹⁰⁸ le colloca tra le norme strumentali. Si è recentemente osservato come questa distinzione corrispondesse al quadro storico dualistico secondo cui le norme di relazione provengono dal Parlamento; oggi, tuttavia, al cospetto del principio di legalità, occorre ammettere che il legislatore si occupa anche delle norme di azione¹⁰⁹.

Esattamente su questo crinale si colloca l'intuizione di Ottaviano, il quale osservava non già l'atterraggio nell'ordinamento generale delle norme interne, quanto l'occupazione da parte dell'ordinamento generale dello spazio proprio delle norme interne (quanto meno sotto il profilo della collocazione della fonte del diritto che le produce).

Sul punto, tra le voci successive, va segnalata quella di Alberto Romano che, pur non interessandosi espressamente di norme interne, prendendo sostanzialmente atto del superamento del sistema dualistico sopra citato, configura l'ordinamento amministrativo come oggettivamente formato da norme la cui violazione dà luogo a illegittimità¹¹⁰. Egli precisa che le norme di azione «incidono comunque in un'area che è già acquisita, evidentemente da norme di relazione, all'interesse

¹⁰⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1957, 33 e ss. Pur se con terminologia in parte ancora diversa, dello stesso Autore si v. anche *Limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. it.*, 1941, III, 17 e ss., in part. 21. Giova sottolineare che, secondo Guicciardi, la violazione delle norme che concernono il modo con cui l'amministrazione esercita il potere determina l'invalidità dell'atto per violazione di legge, costituendo quello che oggi è comunemente descritto come vizio sulle modalità di esercizio del potere amministrativo: è evidente l'assonanza rispetto alle tesi di Santi Romano, analizzate nel testo. Peraltro, per evitare equivoci, nella trattazione di queste norme Guicciardi ebbe cura di evitarle di qualificarle alla stregua di "interne" e, comunque, di aggettivarle ricorrendo a tale attributo. Offre un'approfondita analisi di questa tematica F. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, *passim* e, in particolare, 13 e ss.; in prospettiva storica, si v. G. FALCON, *Norme di relazione e norme di azione*, in *Dir. e società*, 1974, 379 e ss.

¹⁰⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 10, il quale sottopone a critica il paradigma in disamina non dal punto di vista della sua utilità ai fini teorico-sistematici, bensì da quello della ritenuta scarsa aderenza dello stesso all'ordinamento giuridico materiale, trattandosi di distinzione «storicamente determinata e non più corrispondente ai caratteri dell'ordinamento attuale», in considerazione del presupposto rigido bipolarismo tra parlamento ed esecutivo. Sulle fonti di produzione delle norme di azione, tra cui si annoverano anche le fonti primarie, sia consentito rinviare a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 306 e ss.

¹¹⁰ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, *passim*, in particolare 72, 126 e ss.

pubblico, e all'azione che l'Amministrazione può svolgere»¹¹¹. Se «nessuna necessità logica impone che esista anche una norma di azione», la storia ha mostrato che l'organo legislativo non si disinteressa di ogni ulteriore disciplina quanto all'uso del potere¹¹²; la Costituzione, poi, disciplinando le materie coperte da riserva di legge, impone al Parlamento, *rectius*, al legislatore, di disciplinare in parte anche l'esercizio dei poteri conferiti all'esecutivo. Le norme di azione vennero così definite come «interne alla sfera giuridica dell'Amministrazione», ma pur sempre norme in senso proprio¹¹³ (dunque prodotte da fonti dell'ordinamento), sicché l'atto che non le rispetti ha una contrarietà rispetto alla norma oggettiva¹¹⁴ e, dal punto di vista della sistematica dell'invalidità dell'atto amministrativo, deve qualificarsi come illegittimo. Più in generale, insomma, come l'Autore ebbe anche in seguito modo di precisare, le norme di azione possono provenire non solo da atti soggettivamente espressione dell'amministrazione, ma da qualsiasi organo dotato di poteri normativi, compreso il Parlamento¹¹⁵.

Questi spunti sono stati successivamente ripresi e sviluppati in altri saggi¹¹⁶, valorizzando al contempo la più matura nozione di autonomia

¹¹¹ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 158.

¹¹² A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 159.

¹¹³ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 153.

¹¹⁴ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 74.

¹¹⁵ A. ROMANO, *Commento all'art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 2001, 295.

¹¹⁶ Si v. specialmente A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1980, 258 e ss.; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. ammin.*, 1994, 635 e ss.; Id., *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 1993, 39 e ss. In quest'ultimo scritto (p. 53 e ss.), l'Autore osserva che alcuni ordinamenti sono sovrani perché acquistano originariamente la loro sovranità in forza del principio di effettività (e dell'instaurazione di fatto), laddove altri sono derivati da altri ordinamenti: a essi si addice più propriamente la connotazione della semplice autonomia, etero-attribuita. Poiché l'ordinamento derivante (generale) è pubblico, anche l'ordinamento amministrativo, giuridicizzato per via derivata, è pubblico. In argomento, si v. anche ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. ammin.*, 1999, 111 e ss.

elaborata da Santi Romano¹¹⁷, dunque ribadendo che, in un'accezione oggettiva, essa può riferirsi agli ordinamenti le cui norme sono determinate anche da altri ordinamenti. L'approdo di questa intuizione è rappresentato dalla teorizzazione dell'ordinamento dell'amministrazione, alimentato da norme di azione, che rimane oggettivamente tale nonostante che le fonti di quelle norme siano eterodeterminate, ossia costituite anche dalla legge o dalla Costituzione.

In tal modo, tuttavia, in forza dell'occupazione da parte di norme prodotte da fonti dell'ordinamento generale, non solo veniva compresa e per così dire "prosciugata" l'area delle norme interne, ma ci si allontanava dalla ricerca dei loro caratteri propri (salvo dedurre, in negativo, che la violazione di tali prescrizioni non dà luogo a illegittimità dell'atto per violazione di legge), pur se la questione dello statuto di tale figura non era collocata al centro della riflessione oggetto di disamina. Come anticipato, il suo campo di indagine era limitato in ragione della considerazione del rapporto tra poteri tipizzati e assegnati dall'ordinamento generale e norme che ne disciplinano l'esercizio (senza dunque guardare espressamente al tema dell'organizzazione interna – e del relativo corredo prescrittivo – delle amministrazioni) e che solo gli enti debbono rispettare.

10. *La rivisitazione di F. Bassi: le norme interne "atterrano" nell'ordinamento generale*

Si è testé osservato che, accanto alla sottolineatura dei collegati effetti esterni, uno dei fattori di crisi delle norme interne fu costituito dalla percezione della circostanza che esse potevano essere prodotte anche da fonti dell'ordinamento generale. O meglio e più analiticamente: sempre più spesso si assisteva alla pervasività delle fonti generali, in grado di penetrare nell'area tradizionalmente riservata alla sfera interna delle amministrazioni, sensibilmente riducendo il relativo spazio teorico di disciplina.

In questo quadro, si deve a Franco Bassi e al suo lavoro monografico pubblicato nel primo decennio degli anni Sessanta del secolo scorso lo sforzo forse più significativo per assegnare e mantenere alle norme interne una precisa collocazione nella teoria del diritto amministra-

¹¹⁷ SANTI ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14 e ss.

tivo, occupandosi del movimento inverso, dei limiti entro cui esso può svilupparsi e del meccanismo che lo consente: dall'ordinamento interno – o, meglio, come si dirà, esterno rispetto a quello generale – all'ordinamento appunto statale/generale¹¹⁸.

L'Autore abbandonava il riferimento alla dimensione spaziale interna degli effetti quale unico criterio per delimitare il fenomeno, approdando a un'elegante costruzione, assai più complessa, in grado di illuminare i vari casi in cui materiali esterni rispetto all'ordinamento generale sono parzialmente in esso rilevanti. Con questa mossa teorica, infatti, anche norme "esterne" potevano essere trattate come "interne". Più in generale, questa prospettiva permetteva di accostare alle tradizionali norme interne anche quelle ultrastatali¹¹⁹ (dunque, con un'intuizione di grande rilievo anche nell'attualità e che è già stata menzionata: si v. *supra*, paragrafo 2), nonché l'ordinamento dei privati, aprendo in tal modo ancora di più l'orizzonte di riferimento.

Secondo l'Autore, infatti, sono norme interne (proposizioni normative/schemi qualificativi di comportamenti umani)¹²⁰ quelle che, in negativo, non hanno diretta e completa efficacia nell'ordinamento generale, a condizione che il loro destinatario sia anche soggetto dell'ordinamento di riferimento¹²¹ e sempre che sussista un «momento di collegamento» con il primo (in caso contrario, la norma – in un certo senso davvero interna – sarebbe in posizione di assoluta irrilevanza, non costituendo in senso tecnico norma interna)¹²².

È evidente come lo sfondo teorico di questa tesi fosse pur sempre costituito dalla pluralità degli ordinamenti giuridici, nel cui seno esistono regole di condotta (giuridiche in quello spazio) vigenti e a cui l'ordinamento generale attribuisce qualche rilevanza¹²³.

In ragione di quanto sopra detto circa la provenienza del materiale di riferimento che, in sostanza, corrisponde a qualsiasi spazio esterno all'ordinamento generale/statale, Bassi accede a una nozione di ordinamento molto ampia¹²⁴. Decisiva è la circostanza che quel materiale

¹¹⁸ F. BASSI, *La norma interna*, cit., *passim*.

¹¹⁹ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 16, nota 28; 34.

¹²⁰ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 1 e ss.

¹²¹ Ciò implica la compresenza, nel destinatario della norma interna, della qualità di soggetto dell'ordinamento di riferimento.

¹²² Stessa situazione ricorre in caso di ordinamento che sia completamente incompatibile con quello generale: F. BASSI, *La norma interna*, cit., 42 e s.

¹²³ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 2, nota 2 *bis*.

¹²⁴ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 11, nota 19. In particolare, secondo l'Autore,

non è completamente riconosciuto da parte dell'ordinamento generale, dove pure "atterra". Più nel dettaglio, dopo avere accennato al problema di definire in generale che cosa sia la norma, che l'Autore risolve avvalendosi di un criterio formale e non ontologico¹²⁵, Bassi aggiunge che, per cogliere la cifra essenziale di quella interna (proposizione prescrittiva e, cioè, regola di azione)¹²⁶, occorre valorizzare il dato relazionale. È norma interna¹²⁷ solo quella la cui efficacia non coincide con l'ambito dell'ordinamento generale, appunto consentendo di allargare l'analisi fino a ricomprendere tanto le prescrizioni ultrastatali, quanto quelle prodotte dai privati.

Una parte importante dello studio è conseguentemente dedicata ai rapporti tra ordinamenti e all'individuazione dei meccanismi attraverso cui un ordinamento – che per semplicità di rappresentazione concettuale potremmo dire generale – importa materiale normativo da un altro, attribuendovi rilevanza¹²⁸, nel senso che quel materiale è abilitato a disciplinare (o concorre a disciplinare) fattispecie che si trovano nel perimetro dell'ordinamento generale. Deve trattarsi di un riconoscimento indiretto o diretto, sebbene soltanto parziale¹²⁹.

Tra i vari criteri di collegamento analizzati in generale, non tutti in grado di giustificare la sussistenza di norme interne, l'Autore si occupa anche del rinvio recettizio o materiale, del rinvio formale (o alla fonte) e della presupposizione.

Nei primi due casi, si ha un «riconoscimento diretto e pieno della

non è necessario che l'ordinamento di provenienza sia parte integrante di un ordinamento superiore. Egli sottolinea il rischio di qualche equivoco nell'interpretazione del pensiero romano in ordine all'ordinamento interno, ora potendo apparire che lo stesso sia incorporato in un ordinamento più generale, ora sembrando che il primo sia distinto dal secondo, pur se rilevante (p. 209). Infine, conclude asserendo che l'ordinamento c.d. "interno" è sotto il profilo strutturale una partizione di un altro (la compenetrazione viene in rilievo qualora si consideri il profilo soggettivo dell'organizzazione), mentre sotto il profilo relazionale rimane distinto.

¹²⁵ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 20: le norme sono «poste in essere da quegli atti o fatti giuridici cui ciascun ordinamento attribuisce la funzione di concorrere alla propria costituzione».

¹²⁶ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 21 e ss.

¹²⁷ Nell'opera in analisi, l'Autore esclude dal proprio campo di osservazione i precetti individuali posti dagli atti interni non normativi, ossia quelli non scaturenti da atti fonte dell'ordinamento interno (p. 514), mentre ricomprende i fatti normativi, quali la prassi (p. 521).

¹²⁸ Bassi distingue anche tra riconoscimento di ordinamenti – ad esempio, di quello dei privati, pur con alcuni limiti – e riconoscimento di atti (p. 25).

¹²⁹ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 45.

prescrizione», sicché, mancando il requisito negativo di carenza di piena efficacia (nel senso che, appunto, la regola ha piena e completa efficacia nell'ordinamento generale), essa non si può più configurare in senso proprio come norma interna (che, come anticipato, nella concezione teorica in esame, è tale soltanto nella misura in cui la prescrizione non abbia piena efficacia nell'ordinamento)¹³⁰. Inoltre, Bassi esclude che ricorra il fenomeno della norma interna anche nell'ipotesi di equiparazione¹³¹, che comporta il «riconoscimento di autonomia normativa»¹³² e, dunque, la qualificazione di fonte dell'atto da cui scaturisce.

Nella terza ipotesi (presupposizione, forma di riconoscimento indiretto)¹³³, invece, la sopra descritta situazione di assorbimento¹³⁴ non sussiste, posto che la norma non ha piena efficacia nell'ordinamento generale o rinviante e si limita a disciplinare un elemento di una fattispecie¹³⁵. Classico esempio sarebbe il caso della colpa rispetto alla fattispecie dell'illecito, oppure la qualificazione di Capo di Stato estero presupposta da una norma penale.

Giova altresì osservare che Bassi opera una stimolante distinzione

¹³⁰ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 159 e ss., ove viene trattata in particolare la figura del rinvio intraistituzionale.

¹³¹ In tal caso, un precetto dell'ordinamento generale prevede che abbiano la stessa efficacia di propri precetti le prescrizioni di determinati atti giuridici di distinti ordinamenti: F. BASSI, *La norma interna*, cit., 28.

¹³² F. BASSI, *La norma interna*, cit., 136 e ss.

¹³³ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 228 e ss. Un altro caso in cui la norma interna non acquista diretta efficacia ricorre allorché il precetto sia considerato dall'ordinamento generale come un elemento interpretativo di un altro precetto o nella ipotesi in cui l'elemento costitutivo di una fattispecie sia un comportamento regolato da una norma interna. A questo proposito, l'Autore riporta l'esempio dell'irrogazione di una sanzione come conseguenza della violazione del precetto interno (p. 30).

¹³⁴ Più precisamente, nel rinvio recettizio coesistono due norme di identico contenuto: una posta dall'atto normativo richiamato e l'altro dal richiamante, ciascuno dotato di piena efficacia nel proprio ordinamento (F. Bassi, *La norma interna*, cit., 166). Nel rinvio formale, invece, si assiste a una sorta di abdicazione della regolazione diretta da parte dell'ordinamento generale (p. 161).

¹³⁵ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 230 e ss.: la proposizione prescrittiva estranea diventa criterio regolatore di una situazione assunta come elemento costitutivo di una fattispecie legale (ricorre, dunque, una rinuncia dell'ordinamento alla diretta regolamentazione di un elemento del rapporto), perché si dà rilievo a una regola desunta al di fuori dell'ordinamento.

tra presupposizione e rinvio formale¹³⁶. In quest'ultima figura vi sarebbe una rinuncia, da parte dell'ordinamento generale, alla diretta regolamentazione e, dunque, una sorta di volontaria autolimitazione della propria competenza regolatrice. Tuttavia, l'ordinamento generale si dichiara competente a disciplinare il rapporto (e il precetto entra a fare parte del medesimo ordinamento), sicché solo per ragioni tecniche desume il criterio regolatore da diverso ordinamento. Nella presupposizione¹³⁷, invece, si assisterebbe a una sorta di declinazione della propria competenza regolatrice da parte dell'ordinamento generale¹³⁸. In altri termini, non si tratta semplicemente di un modo di regolare un proprio rapporto, ma del richiamo di uno schema precettivo estraneo¹³⁹.

In una prospettiva di sintesi, ci si trova al cospetto di una costruzione raffinata che, come anticipato, presuppone l'adesione alla teorica, pur rivisitata, della pluralità degli ordinamenti giuridici¹⁴⁰.

La prospettiva ricostruttiva offerta dall'Autore è ampia e complessa¹⁴¹ e offre molti stimoli alla riflessione. Molto interessante è, ad esempio, il passaggio in cui Bassi, citando Benvenuti, afferma che le norme interne sono frutto di facoltà e non già di poteri o doveri¹⁴². In-

¹³⁶ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 237 e ss.

¹³⁷ Di presupposizione con riferimento a (interi) ordinamenti parla anche SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 156, che al riguardo ricorre a un'immagine molto evocativa: gli ordinamenti, in tal caso, vengono in evidenza «non nelle loro singole parti e, perciò non nelle norme o nei precetti in cui constano, ma ciascuno nella loro unità, come chiusi, a somiglianza di ciò che avviene in certe operazioni matematiche, fra parentesi» (p. 157).

¹³⁸ Si è accennato sopra al riconoscimento diretto ma parziale: esso ricorre, ad esempio, nel caso delle norme dell'ordinamento organizzativo statale (F. BASSI, *La norma interna*, cit., 223).

¹³⁹ Secondo l'Autore, vi sono casi di presupposizione rinforzata: l'ordinamento qualifica sfavorevolmente il comportamento non conforme ad alcune regole (F. BASSI, *La norma interna*, cit., 246 e ss.). Tipici esempi sono quelli della colpa disciplinare, della violazione delle norme di esperienza, dell'eccesso di potere (esso ricorre nell'ipotesi di mancato rispetto delle regole logiche).

¹⁴⁰ Dello stesso Autore, si v. la voce *Circolari amministrative*, in *Digesto disc. pubbl.*, III Torino, 1989, 56, ove si afferma che «il fondamento del potere di emanare circolari va individuato proprio nella natura ordinamentale dell'apparato amministrativo». Ciò varrebbe per le sole circolari di tipo normativo, giacché per quelle amministrative il titolo di legittimazione sarebbe costituito dalla supremazia speciale riconosciuta alle amministrazioni (p. 57).

¹⁴¹ Basti pensare all'idea secondo cui, in caso di rinvio recettizio, alcune norme interne cessano di essere tali in quanto replicate interamente.

¹⁴² F. BASSI, *La norma interna*, cit., 14, nota 24.

vero, alcuni approdi possono sembrare a volta controintuitivi: è il caso, in particolare, della qualifica alla stregua di norme interne delle regole non ordinamentali (psicologiche, etiche ed extragiuridiche, purché richiamate in via di presupposizione)¹⁴³ e le norme ultrastatali che, osservate da altro punto di vista, parrebbero addirittura esterne.

Ancora, la tesi non prende espressamente in considerazione il tema del vizio che colpisce l'atto posto in violazione della norma interna, mentre si occupa dell'eccesso di potere come ipotesi di riconoscimento indiretto di norme interne, né tratta dei casi in cui sussista materiale regolativo interno che, pur non essendo oggetto di presupposizione (o in difetto di altri meccanismi di collegamento), condiziona le scelte dell'amministrazione. In quanto incapace di spiegare una pur minima efficacia nell'ordinamento generale, esso non assurge alla dignità di oggetto di analisi. Tuttavia, la comune esperienza dei rapporti con le pubbliche amministrazioni suggerisce che quel materiale regolatorio esiste e, dunque, appare viepiù "pericoloso" per le libertà e per i diritti delle persone.

Un altro tema che rimane apparentemente sottotraccia attiene al rapporto tra fonte che produce norme interne e legittimazione politica. Al riguardo, invero, occorre ribadire che l'Autore esclude dal perimetro delle norme interne quelle prodotte da fonti in senso proprio, in forza di equiparazione, implicitamente riconoscendo che le norme interne non sono legate a scelte normative di soggetti dotati di legittimazione politica cui, dunque, non sono intestate fonti. Il rilievo, appena accennato, è di grande importanza ai fini del prosieguo della ricerca, posto che consente di confermare la distinzione tra il fenomeno qui indagato e quello delle norme prodotte da fonti (subprimarie) dell'ordinamento generale.

Per altro verso, è d'uopo indugiare su di un ulteriore spunto presente nello studio di Bassi. Accanto alla presupposizione e, quindi, al rinvio indiretto a norme interne quale momento di collegamento in grado di conferire rilevanza alle norme interne nell'ordinamento generale, l'Autore ammette la possibilità di un "riconoscimento indiretto" e parziale di un intero ordinamento¹⁴⁴, come accade, ad esempio, per quello dei privati attraverso la disciplina delle obbligazioni naturali¹⁴⁵. In ragione del fatto che non si tratterebbe tecnicamente di norme interne, Bassi si disinteressa di proseguire oltre nell'indagine. Tuttavia,

¹⁴³ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 539.

¹⁴⁴ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 301 e ss.

¹⁴⁵ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 310.

ragionando in prospettiva attuale, è evidente che, dal punto di vista istituzionale, i maggiori problemi di *deficit* di legittimazione politica si riscontrano appunto nei casi in cui l'ordinamento generale importi interi settori di ordinamenti esterni che, a tutti gli effetti, diventano norme (si pensi problematicamente al tema delle linee guida emanate da soggetti indipendenti), anche là dove i soggetti di quegli ordinamenti non abbiano specifici collegamenti con il circuito della legittimazione politica che innerva il nostro sistema¹⁴⁶.

11. *Il criterio negativo e il parziale allontanamento dalla logica ordinamentale: la posizione di Giannini*

Il tema del rapporto con le fonti emerge anche nel pensiero di Giannini¹⁴⁷. Egli assume che gli atti contenenti «proposizioni generali e astratte» sono fonti solo in presenza di una norma di riconoscimento, dal momento che «o sono atti che raccolgono clausole generali di obbligazioni dell'ente pubblico, ovvero sono atti che contengono norme interne». Conseguentemente, l'esito del ragionamento condotto dall'Autore è che «la nozione di norma interna esprime un contenuto solo negativo: norma non avente efficacia nell'ordinamento generale dello Stato come norma giuridica in senso tecnico».

Invero, egli offre anche alcuni esempi di «ordinamenti giuridici minori»¹⁴⁸ (regolamenti di disciplina dei corpi militari, regolamenti di comportamento, regolamenti degli ordinamenti sezionali), cogliendone l'eventuale rilevanza esterna: «la violazione di queste norme costituisce un illecito nell'interno dell'ordinamento in cui esse operano; nell'ordinamento generale può concretare una azione colposa, che, in concorso con gli altri elementi, può anche costituire illecito civile»¹⁴⁹. Si profila così l'urgenza teorica di distinguere tra “efficacia esterna” in quanto fonte e “rilevanza esterna” del materiale interno.

¹⁴⁶ La questione è assai complessa e merita ulteriori riflessioni, che saranno svolte nel corso della parte II del presente lavoro.

¹⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo - Anno 1959-1960*, Roma, 1961, 88.

¹⁴⁸ Tema a fondo studiato dall'Autore: si v. M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, Roma, 1950, 455 e ss.; ID., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 219 e ss. e in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1958, 957 e ss.

¹⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo - Anno 1959-1960*, cit., 88 e s.

L'analisi condotta da Giannini è molto utile ai fini della migliore comprensione del fenomeno e dei suoi confini: «altre norme interne riguardano l'ordinato funzionamento degli uffici» (regolamento di sala operatoria, regolamenti di convivenza, regolamenti tecnici); alcune «costituiscono il gruppetto dei regolamenti di supremazia speciale» (regolamenti delle biblioteche, dei musei, delle scuole ecc.); ancora, altre sono quelle che costituiscono norme interne in ragione non già dell'efficacia, bensì dell'oggetto (regolamenti degli organi collegiali)¹⁵⁰. Proprio perché non interessate dal sistema tipizzato delle fonti del diritto, l'Autore può così giungere ad affermare che le norme interne sono, in genere, svincolate dalla regola dell'atto nominato¹⁵¹.

La tematica è ripresa anche in ulteriori lavori¹⁵², alcuni dedicati all'analisi dell'attività interna (che, come più volte osservato, non coincide compiutamente con le norme interne¹⁵³ e che precede i momenti

¹⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo - Anno 1959-1960*, cit., 89.

¹⁵¹ M.S. GIANNINI, voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 3: «mentre le norme in senso stretto (o esterne) sono, di regola, quelle poste da atti che le norme base sulla normazione indicano specificamente, in un ordinamento, quali atti normativi, per le norme interne invece vige un criterio di individuazione di carattere sostanziale, onde nulla impedisce che norme interne vengano poste non mediante un atto prescritto – per esempio, decreto del ministro, deliberazione del consiglio di amministrazione – ma mediante una semplice determinazione non formale».

¹⁵² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 885 e s.

¹⁵³ L'importanza dello studio dell'attività interna era già stata sottolineata in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 134, dove egli affermava l'urgenza di analizzare il problema della «rilevanza in sfere giuridiche diverse da quella interna». In altro lavoro (M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 991), dopo avere ricordato che, secondo la tradizione, è attività interna quella che non supera la soglia della rilevanza giuridica nell'ordinamento generale («si dava come esempio l'assegnazione dei compiti tra gli addetti agli uffici, l'ordine di servizio, l'istruttoria interna»), l'Autore affermava che l'espressione indica cose eterogenee: «l'agire interno di un pubblico apparato che non ha rilevanza giuridica, ma di fatto, o quantomeno può aver rilevanza giuridica da punti di vista assai particolari» (per esempio, adempimento di obblighi d'ufficio per i dipendenti, «la ricerca dei precedenti, la copiatura dei documenti, la messa in ordine di fascicoli, e simili»); «attività e quegli atti posti in essere da uffici, che hanno rilevanza giuridica, ma in virtù di norme interne o di atti amministrativi interni aventi efficacia qualificatoria, e che non hanno invece rilevanza nell'ordinamento generale: tali gli ordini di servizio, i pareri interni, gli accertamenti d'ufficio, le prescrizioni interne sul disbrigo delle pratiche, sull'approntamento documentale, e così via»; «quella che si esprime in atti attinenti a rapporti tra uffici senza soggettività esterna, ma, a differenza della precedente, disciplinata da norme giuridiche dello Stato (in senso stretto, come dicono alcuni).

in cui le attività medesime, per disposto di norme, si formalizzano in atti e procedimenti)¹⁵⁴; altri, alle norme interne. A proposito di queste ultime, sul presupposto che sono atti normativi efficaci nell'ordinamento generale solo quelli espressamente previsti da norme sulla normazione dell'ordinamento statale, l'Autore osserva che «ogni atto che presenti la specie di un atto normativo, ma che non sia possibile inquadrare in una delle categorie formali note, è atto normativo interno, e contiene norme interne, efficaci solo nell'ambito interno lor proprio»¹⁵⁵.

Non manca il riferimento alla pluralità degli ordinamenti giuridici, come visto una delle tematiche tradizionali della sistematica sulle norme interne che, come visto, rispetto agli anni qui in considerazione è stata da ultimo ampiamente ripresa e approfondita da Franco Bassi. Tuttavia, l'approdo del ragionamento di Giannini segna una netta distanza rispetto alla cennata tradizione o, almeno, nei confronti di quelle opinioni che, abbandonato il riferimento alla supremazia speciale, configuravano le norme interne come manifestazione di un fenomeno ordinamentale. Infatti, trattando della questione nella prospettiva dell'attività interna, egli parte dal presupposto che non ogni organizzazione è un ordinamento giuridico (il quale richiede la sussistenza di tre condizioni: plurisoggettività, organizzazione, normazione), con la conseguenza che quell'attività non necessariamente è manifestazione dell'ordinamento, potendo collegarsi alla sfera interna di organizzazioni che non assurgono al rango di ordinamenti.

Procedendo lungo questa linea ricostruttiva, l'Autore opera una distinzione anche delle norme quanto alla natura giuridica¹⁵⁶. Alcune sono norme di veri e propri ordinamenti giuridici, distinti da quello statale: ad esempio, le norme degli ordinamenti sezionali o dell'ordinamento militare¹⁵⁷ o i regolamenti dei comuni¹⁵⁸. Altre sono

Così il procedimento di rilascio del parere dell'organo consultivo, il procedimento di controllo contabile dell'organo di riscontro degli atti del ministero».

¹⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 885 e ss., il quale più specificamente afferma che l'attività interna «non è un'attività irrilevante giuridicamente in senso oggettivo; non è ancora diventata rilevante nei confronti di soggetti fuori dell'organizzazione amministrativa, ma è rilevante in altri ambiti più ristretti».

¹⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 887.

¹⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 887 e ss.

¹⁵⁷ Di tale tema si è di recente ampiamente occupato R. URSI, *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, 201 e ss.

¹⁵⁸ L'ordinamento statale può riconoscere che alcuni di quegli atti sono anche atti normativi validi nell'ordinamento statale: si pensi, al riguardo, ai regolamenti dei Comuni.

norme di cui l'ordinamento statale si disinteressa del tutto (ad esempio, le norme di culto) o le assume come idonee a regolare elementi di fattispecie (ad esempio, le norme bancarie). Altre ancora sono norme interne non riferibili a «fatti ordinamentali»: ad esempio, i regolamenti sull'uso delle acque di un consorzio. In tale ultimo caso, come anticipato, secondo la teorica in illustrazione si è più propriamente al cospetto di proposizioni prescrittive contenute in determinazioni generali adottate da uffici o organi al vertice di organizzazioni che dispongono «una sola volta in termini generali»¹⁵⁹. Pertanto, mentre per Bassi il fenomeno deve essere tutto inquadrato nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici, nei casi in cui le norme non siano fatti ordinamentali (come detto, accedendo a una nozione più ristretta di ordinamento, che sussiste soltanto al ricorrere di alcune specifiche condizioni), Giannini suggerisce di utilizzare l'espressione «rapporto interno d'ufficio», che riposa su un fatto di autodisciplina della potestà¹⁶⁰.

Qui giunti e indugiando sui predetti passaggi, il giurista moderno può forse concludere che ancora oggi è irrisolta la relazione tra organizzazione e ordinamento derivato, su cui converrà a suo tempo indugiare¹⁶¹. Sempre in prospettiva di sintesi rapportata all'oggi, pure assai interessante è la contrapposizione tra norme esterne e norme interne, nonché quella tra norma interna pura e norma interna esternamente rilevante¹⁶², operata attingendo ancora una volta a una distinzione tracciata per l'attività, ma che pare riferibile anche alle norme. Con l'essenziale precisazione che, in questo secondo caso, la loro violazione può dare luogo a comportamenti illeciti o ad atti amministrativi viziati per eccesso di potere.

12. *Le voci successive: Capaccioli e la percezione del possibile rilievo intersoggettivo delle norme interne, unitamente alla problematizzazione del rapporto con l'ordinamento generale; A.M. Sandulli e l'abbozzo di statuto delle norme interne nel solco della tradizione; G. Barone e la traslazione della figura sul piano dell'ordinamento generale*

Continuando nella rassegna evolutiva delle tesi degli Autori che si

¹⁵⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 888.

¹⁶⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 892.

¹⁶¹ Sul punto, si v. *infra*, parte II di questo lavoro.

¹⁶² M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, cit., 992.

sono occupati delle norme interne, tra le varie voci che si sono espresse sul tema merita segnalazione quella di Capaccioli. Dopo avere riportato l'opinione dottrinale secondo cui la violazione di norme interne genera riflessi esclusivamente nell'ordinamento particolare e ragionando, in particolare, in merito alle circolari, egli rileva come l'inosservanza della norma interna non sia senza conseguenza per l'ordinamento giuridico generale, posto che determina un sintomo di eccesso di potere¹⁶³. In tal modo, l'Autore ha modo di sottolineare il dato empirico della rilevanza pratica del materiale regolatorio interno, anche in ragione del fatto che molte delle relative controversie sfuggono al contenzioso amministrativo, in quanto «nella grande maggioranza dei casi, i rapporti con le pubbliche amministrazioni sono decisamente influenzati dalle circolari». La specificità della figura consiste nel fatto che i soggetti interessati o subiscono o seguono spontaneamente le regole interne: «Non solo l'amministrazione pubblica ma anche i soggetti che operano in settori interessati dalle circolari, attende la circolare come indicazione di certezza sul da farsi»¹⁶⁴.

Si consuma così un deciso allontanamento rispetto all'idea secondo cui le norme interne non coinvolgono soggetti esterni, criterio ambiguo e di difficile applicazione. Le norme interne, cioè, regolano pur sempre i rapporti tra l'ente e i soggetti che vengono coinvolti dalla relativa azione. Il punto decisivo, per Capaccioli, è piuttosto il seguente: mentre l'applicazione delle norme dell'ordinamento generale non può essere "respinta" (sull'uso di questo termine, si v. *infra*) dai soggetti dell'ordinamento, «l'applicazione della circolare, invece, che promana da organi o enti non titolari costitutivamente di potere normativo generale... può essere respinta, dai soggetti dell'ordinamento generale, con l'invocazione dell'applicazione diretta della legge e del regolamento»¹⁶⁵. La differenza tra i due ambiti si coglie immediatamente pensando ai casi in cui «disposizioni concernenti esclusivamente la condotta

¹⁶³ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 101 e ss. Nello stesso senso si era espresso anche F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1949, 178 e ss., il quale aveva negato la possibilità per il privato di ricorrere in sede giurisdizionale contro la circolare perché questa «riflette rapporti che non lo riguardano direttamente» (p. 179).

¹⁶⁴ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 102.

¹⁶⁵ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 103. «Riassuntivamente, si può dire che le circolari regolano i rapporti fra uffici pubblici e soggetti che con essi vengono in relazione: solo che questi ultimi possono invocare, in contrasto con esse, l'applicazione diretta delle norme dell'ordinamento generale» (p. 104).

di funzionari e le procedure dell'attività degli uffici siano contenute in fonti dell'ordinamento generale». Il contenuto non cambia ma è diversa la forza vincolante, posto che «i funzionari devono osservarla, ma, in più, i soggetti esterni non possono pretendere che non sia osservata»¹⁶⁶.

Le norme interne rilevano allora non soltanto in quanto “atterrano” nell'ordinamento generale, ma in ragione di un'esigenza che potremmo definire di considerazione unitaria del rapporto tra fonte normativa, norma interna e scelta concreta. Esse sono comunque “derogabili” (per tradurre secondo la terminologia tradizionale il riferimento alla possibilità di “respingere” le norme).

Un ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato dell'analisi di Capaccioli emerge dall'approfondimento dedicato alla figura delle direttive. Secondo l'Autore, esse non sono norme interne perché vengono emanate sulla base di un'investitura di legge (titolo diverso, dunque, dalla «superiorità gerarchica» o «dal semplice potere di controllo»), sicché debbono osservarle tutti i soggetti dell'ordinamento e nessuno può pretendere che non siano osservate¹⁶⁷. Per differenza, pare intravedersi, quale carattere specifico delle norme interne (già presente in alcune riflessioni precedenti: si pensi a Silvestri), la circostanza di essere espressione di un potere non (solo non normativo, ma neppure) conferito dall'ordinamento generale.

Lasciando percepire sullo sfondo l'adesione alla teoria ordinamentale, anche Aldo M. Sandulli si è occupato del tema. Egli definisce alla stregua di interne le norme di ordinamenti minori che non vengono assunte nell'ordinamento generale, nel senso che non operano all'esterno dell'ordinamento minore («e cioè non hanno rilevanza nei confronti dei soggetti della collettività statale»)¹⁶⁸. Più nel dettaglio, occupandosi dei regolamenti dei singoli uffici o organi, dei capitoli generali, delle circolari e della prassi amministrativa, l'Autore sostiene che ci si troverebbe al cospetto non già di fonti dell'ordinamento generale, bensì di atti che sono espressione del potere di autoorganizzazione della pubblica amministrazione. Sul piano della tutela giurisdizionale nei confronti di tali atti (la protezione dei soggetti dell'ordinamento giuridico dinanzi al giudice è d'altronde tema centra-

¹⁶⁶ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 104.

¹⁶⁷ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 107.

¹⁶⁸ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, I, 85.

le e che emerge sempre nelle trattazioni condotte da Sandulli)¹⁶⁹, quasi delineando un abbozzo di statuto minimo della figura, egli indica, in negativo, la circostanza che non si dia luogo a ricorso per Cassazione in caso di loro violazione, né a violazione di legge. Il che non esclude la loro rilevanza, ad esempio, a livello di responsabilità dell'agente pubblico, a proposito della quale la norma interna viene in considerazione come un presupposto di fatto al fine di valutarne il comportamento. Per altro verso, sotto il profilo dell'incidenza sulla legittimità dell'atto, Sandulli invoca la tradizionale teoria dell'eccesso di potere¹⁷⁰.

Assecondando la tendenza di accostare all'analisi delle norme interne quella dell'attività interna oppure di trattare le prime nell'ambito delle riflessioni sulla seconda che, come visto, emerge con frequenza negli studi della dottrina, l'Autore riconosce la sussistenza di un'attività interna che esaurisce la propria funzione nell'ambito dell'amministrazione¹⁷¹. Ciononostante, egli segnala che i comportamenti interni hanno rilevanza sul piano dell'ordinamento esterno nella misura in cui siano in grado di condizionare comportamenti esterni, come accade nel caso dell'omissione di un parere obbligatorio¹⁷².

Dedicata interamente all'attività interna c.d. "pura" e, cioè, a quella priva di effetti esternamente rilevanti, è un'ulteriore monografia apparsa subito all'inizio degli anni Ottanta¹⁷³. Escludendo dal proprio oggetto sia gli atti compiuti con intenti strumentali, sia quelli certamente rilevanti all'esterno¹⁷⁴, tale indagine investe quell'attività – non

¹⁶⁹ Si v. sul punto le considerazioni svolte in M. OCCHIENA, *Diffida e silenzio-rifiuto: il tradimento della teoria di Aldo M. Sandulli*, in Aldo M. Sandulli (1915-1984): *attualità del pensiero giuridico del Maestro*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2004, 405 e ss.

¹⁷⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 86, 586- 587.

¹⁷¹ Si v. A.M. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 586: «A nulla rileva che il Ministro si sia lasciato o no consigliare, prima di provvedere, magari per iscritto, dal Direttore Generale». Su queste problematiche, si v. anche A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, IV, 249 e ss.

¹⁷² A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 586. Questa annotazione pare tuttavia doversi radicare principalmente alla concezione formale del procedimento amministrativo, come noto peculiare della ricostruzione elaborata dall'Autore nella fondamentale monografia *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; in tema, sia consentito rinviare a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 72 e ss.

¹⁷³ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit.

¹⁷⁴ Questi ultimi incidono sulla validità dell'atto finale e sono regolate da precise norme giuridiche: G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 4.

intercettata dal giudice e inconoscibile all'esterno¹⁷⁵ – che accompagna il formarsi tanto degli atti interni del procedimento, quanto del provvedimento finale, precisando che essa non sempre si specifica in singoli atti aventi una propria individuabilità (si pensi all'attività istruttoria)¹⁷⁶.

Trattando dell'attività, l'Autore continua a ispirarsi alla teoria degli ordinamenti giuridici minori¹⁷⁷. Ogni qual volta una certa articolazione amministrativa esibisca plurisoggettività, organizzazione e corpo di norme, sia pure modesto, ricorrerebbe un ordinamento giuridico¹⁷⁸; ove ciò non accada, la teoria ordinamentale non sarebbe peraltro sconsigliata, dovendosi piuttosto prendersi in considerazione l'apparato maggiore di cui esso fa parte. Il carattere interno dell'attività, in sostanza, andrebbe in tal caso misurato rispetto a esso, ma permarrebbe. Anche questa attività interna è comunque giuridicamente significativa, posto che buon andamento e imparzialità dipendono dal complesso dell'attività pubblica, senza distinzioni¹⁷⁹. Conseguentemente, merita di essere indagata dal giurista pure l'area in cui la legge non necessariamente penetra e che deve essere lasciata all'amministrazione, senza che sia imposta una particolare solennità di forme o un'articolazione dello svolgimento dell'attività attraverso atti precostituiti¹⁸⁰.

Dopo avere esaminato l'attività istruttoria e quella che si svolge all'interno dei collegi¹⁸¹, l'Autore affronta espressamente le norme in-

¹⁷⁵ Invero, l'Autore non esclude che, in talune ipotesi, essa diventi conoscibile nell'ordinamento generale: con riferimento all'attività interna dei collegi, si v. G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 21.

¹⁷⁶ Peraltro, in molti casi, quell'attività si specifica in atti interni logicamente e giuridicamente individuabili, pur inidonei a incidere sulla sfera giuridica degli amministrati: G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 52.

¹⁷⁷ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 6. Secondo l'Autore, sussistendo la plurisoggettività, l'organizzazione e un corpo di norme, sia pure modesto, di un'articolazione amministrativa costituisce un ordinamento giuridico (p. 9). Ove ciò non accada, si può però prendere in considerazione l'apparato maggiore di cui esso fa parte: il carattere interno va misurato dunque rispetto a esso.

¹⁷⁸ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 9.

¹⁷⁹ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 11.

¹⁸⁰ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 13.

¹⁸¹ Posto che produce ed esaurisce i propri effetti all'interno dell'amministrazione, l'atto interno è valutato dall'ordinamento generale come un fatto, alla stessa stregua di qualunque altro elemento che sia giunto nella sfera di conoscenza dell'amministrazione, senza, tra l'altro, che abbiano rilievo i vizi di forma: G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 67.

terne. Va ancora ribadito che secondo Barone il carattere interno deriva dalla circostanza che la produzione di effetti concernerebbe soltanto l'interno dell'ambito dell'amministrazione. Invero, unitamente ai relativi eventuali atti interni, quel segmento di attività può anche essere disciplinata da fonti dell'ordinamento generale. Appare allora evidente come, ancora una volta, si assista all'atterraggio nell'ordinamento interno di norme dell'ordinamento generale, fenomeno inverso a quello più usualmente analizzato, quello, cioè, dell'uso di materiale regolatorio interno da parte dell'ordinamento generale.

Si comincia a scorgere che non sussisterebbe una correlazione biunivoca tra attività interna e norme interne. Quella, infatti, può essere anche disciplinata da norme generali¹⁸², non essendo precluso alla legge spingersi fino alla disciplina di questi momenti interni¹⁸³.

Veniamo più nel dettaglio alle norme interne, studiate assieme a direttive, istruzioni, circolari e note¹⁸⁴. Portando alle estreme conseguenze le osservazioni già sviluppate, Barone prende le distanze dall'orientamento più tradizionale, sostanzialmente trasponendo questa categoria sul piano dell'ordinamento generale e, quindi, eliminandone la specificità e la biunivoca correlazione con l'attività interna. Ai fini del presente lavoro, non si può non notare come questa tesi indebolisca fortemente l'idea dell'autonomia concettuale della figura.

Più nel dettaglio, è affermato che molti dei problemi dibattuti possono essere superati considerando tali atti come dotati di immediata rilevanza nell'ordinamento generale perché esercizio di poteri da esso attribuiti. Svolgendo tutto il discorso su questo piano, si supera così il paradosso di una norma interna vincolante sul piano dell'ordinamento interno e derogabile sul piano dell'ordinamento generale¹⁸⁵: le norme interne sarebbero atti bensì interni, ma esternamente rilevanti.

Vero è che, sempre dal punto di vista di tale ordinamento, esse non sarebbero idonee a vincolare alla loro osservanza i titolari degli

¹⁸² G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 52. Invero, l'Autore precisa che se un atto di un procedimento è previsto da una norma di legge che lo inserisce nella sequenza procedurale, esso non può essere considerato meramente interno.

¹⁸³ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 59.

¹⁸⁴ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 79. L'Autore si riferisce, ad esempio, alla prescrizione con cui viene disposto che tra più proposte, l'amministrazione debba dare la precedenza a quella che contenga certi elementi. Gli ordini di servizio, invece, concernono un caso concreto (p. 111).

¹⁸⁵ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 94.

uffici sui sono dirette¹⁸⁶. Ciò troverebbe agevole spiegazione nel fatto che, condizionando l'esercizio della discrezionalità ed emanate, come detto, sulla base di poteri attribuiti dall'ordinamento generale, pur determinando a priori cosa l'interesse pubblico richieda per la sua cura, tali prescrizioni ammettono la possibilità di allontanarsene nel caso concreto¹⁸⁷. Se così non fosse, un potere attribuito come discrezionale dalla legge si tramuterebbe in vincolato in forza di un atto amministrativo¹⁸⁸.

In prospettiva di sintesi, può annotarsi come nell'ottica teorica fin qui riassunta ciò che conta davvero è la correttezza dell'atto esterno, che va valutata indipendentemente dall'osservanza delle norme interne o degli ordini di servizio e a prescindere addirittura dalla validità degli stessi¹⁸⁹.

Le tre tesi elaborate da Capaccioli, Sandulli e Barone, testé esposte, consentono di cogliere alcune linee di fondo dell'evoluzione del pensiero della dottrina, su cui meritano brevemente soffermarsi.

Rimangono ferme – con una significativa eccezione¹⁹⁰ – l'idea secondo cui l'inosservanza nella norma interna ridonda in eccesso di potere¹⁹¹ quanto alla legittimità dell'atto finale¹⁹² e l'acquisizione della non

¹⁸⁶ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 59.

¹⁸⁷ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 92.

¹⁸⁸ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 93.

¹⁸⁹ G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., 117.

¹⁹⁰ Critico nei confronti della tesi favorevole ad annoverare la violazione di norme interne tra le figure sintomatiche di eccesso di potere è E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 314, il quale nega la rilevanza delle norme estranee all'ordinamento generale. Secondo l'Autore, la situazione deve essere inquadrata nell'ambito del vizio di motivazione, posto che la mancata corrispondenza alla norma interna può essere superata motivando puntualmente.

¹⁹¹ Per uno spunto relativo al fatto che, ove l'atto si allontani da una prassi consolidata o da una «pronuncia di carattere generale» in modo «non giustificatamente motivato», sarebbe presumibile «un vizio nell'uso della discrezionalità», si v. P. GASPARI, *Appunti per una classificazione generale delle disfunzioni amministrative*, cit., 2 e ss., spec. 20.

¹⁹² In argomento merita segnalare anche l'approfondita analisi di V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 130 e ss., il quale, trattando di circolari, ricorda le varie tesi riportate dalla dottrina a favore della tesi dell'eccesso di potere: da un lato, vi è l'idea secondo la quale la norma interna specifica il mezzo che ritiene più adatto e più confacente per l'interesse pubblico, sicché si deve presumere che la stessa amministrazione che se ne discosti scelga e usi nel caso concreto un mezzo di minore vantaggio pubblico o meno adeguato (e si

ascrivibilità delle stesse alla categoria delle fonti. Si rafforza la convinzione secondo cui, sempre ai fini della legittimità dell'azione amministrativa, occorre considerare il rapporto complessivo con l'atto applicativo. Il riferimento alla tesi della pluralità degli ordinamenti non appare invece una costante: non ne parlava Capaccioli, l'applicava Barone, la reinterpretava Sandulli, distinguendo tra ordinamenti interni e sfere interne in cui si producono gli effetti delle attività interne.

Emerge comunque la difficoltà di considerare norme interne quelle prodotte da poteri tipici attribuiti dall'ordinamento generale, profilo che concorre a spiegare la proposta di considerare solo gli effetti esterni delle norme interne, trasladando l'indagine sul piano dell'ordinamento generale. Il che parrebbe suggerire l'opportunità di non studiare le norme interne in quanto categoria autonoma.

13. Le norme interne per i costituzionalisti: cenni a un percorso diverso di erosione della figura

La categoria delle norme interne non è sconosciuta al diritto costituzionale. Nei contributi offerti dalla dottrina costituzionalistica, infatti, si coglie una prospettiva evolutiva per certi versi analoga a quella rappresentata dalla sopra individuata tendenza alla riduzione dello spazio giuridico di tali norme in virtù della prevalenza/pervasività dell'ordinamento generale.

Trattando di questa figura nell'economia di un discorso più ampio sulle fonti, ad esempio, si è significativamente osservato che è «incerta l'inclusione tra le fonti del diritto di alcuni atti normativi, espressione di autonomia, che, pur producendo sicuramente norme, non sarebbero costitutivi dell'ordinamento giuridico generale: i regolamenti parlamentari ne rappresentano, appunto, l'esempio più significativo e discusso. Mentre la dottrina è largamente orientata a considerarli fonti vere e proprie, segnali diversi giungono dalla giurisprudenza costitu-

avvicina a tale argomentazione quella che riconduce la violazione di circolari alla contraddizione con altro provvedimento); d'altro lato, la violazione di circolari integrebbe un vizio della funzione determinate dall'esercizio della funzione medesima in spregio al principio gerarchico. Secondo Bachelet, in tal guisa argomentando, si introduce una presunzione, aprendo la via alla possibilità di motivare ove l'amministrazione intenda disattendere la norma interna, analogamente a quanto accade in tema di pareri facoltativi. Sennonché «in tal modo si viene a dare alle circolari, se non il valore di norme... almeno il valore di atti aventi rilevanza esterna» (p. 133 e s.).

zionale che, tuttavia, dall'inizio del Duemila registra una svolta. Le conseguenze, va sottolineato, non sono lievi: l'idea delle norme interne, legata alla vecchia teoria degli *interna corporis*, conduce in pratica alla sottrazione di questi atti ad ogni forma di controllo»¹⁹³.

Più in generale¹⁹⁴, affrontando il problema della fisionomia degli ordinamenti giuridici, sebbene secondo un ordine di argomentazioni che lambiva anche il tema delle norme interne, già precedentemente si era registrato il passaggio di alcuni c.d. "ordinamenti minori" nel pieno dominio dell'ordinamento generale, le cui fonti disciplinano sia la plurisoggettività, sia l'organizzazione¹⁹⁵. La conclusione, quanto alla

¹⁹³ L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 550. Il carattere di vera e propria fonte è stato riconosciuto ai regolamenti parlamentari anche da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 197. Si v. altresì A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 429; M. Manetti, voce *Regolamenti parlamentari*, in *Enc. diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 638 e ss., in part. 647.

¹⁹⁴ V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 925 e ss., in part. 934, nota 20, secondo cui la materia degli atti normativi interni «rimane tra le più oscure e controvertibili». Riconoscendo l'estrema fluidità e opinabilità dell'argomento, l'Autore aggiunge quanto segue: «Il solo punto che possa dirsi pacifico nella dottrina è di carattere negativo: si tratta di atti che, pur avendo struttura normativa (contenendo «precepti generali e astratti») non sarebbero fonti del diritto oggettivo».

¹⁹⁵ Così F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 27 e ss., trattando in particolare dell'ordinamento militare. Secondo l'Autore ne deriverebbero importanti riflessioni anche quanto alla natura ordinamentale di un gruppo organizzato (la prospettiva ordinamentale non viene dunque completamente abbandonata). Più nel dettaglio, richiamando la tesi gianniniana sugli ordinamenti (implicante, come visto *supra*, plurisoggettività, normazione e organizzazione), questa dottrina coglie esattamente che soggettività e organizzazione sono disciplinate solo in minima parte da norme "proprie" del preteso ordinamento particolare, mentre sono "dominate" dalle norme dell'ordinamento statale: «ora, se la normazione sulla soggettività e sull'organizzazione non sono proprie dell'ordinamento particolare e se, nondimeno, quest'ultimo è considerato vero e proprio ordinamento, il momento ritenuto decisivo è quello dell'esistenza di una normazione almeno parzialmente propria». Con specifico riferimento al complesso organizzativo della pubblica amministrazione, sarebbe possibile individuare soggetti determinati, una particolare organizzazione, una normazione propria, uno specifico sistema di sanzioni (le sanzioni disciplinari), «tali da renderlo un vero e proprio ordinamento (il cosiddetto ordinamento amministrativo), sempre che si prescindia dal fatto che soggettività ed organizzazione sono, in modo praticamente esaustivo, determinate da norme dell'ordinamento generale». L'Autore abbandona tuttavia questa prospettiva ricostruttiva giudicata «senza limiti e del tutto indefinita», posto che essa imporrebbe di riconoscere natura ordinamentale, tanto per esemplificare, agli insiemi di norme e regole prodotte da qualsiasi

nostra figura, è netta: in presenza della «inarrestabile tendenza della sempre più spiccata rilevanza “esterna” delle cosiddette norme interne (specie attraverso l’estensione del vizio di eccesso di potere degli atti applicativi), non potrà negarsi che un rigido criterio distintivo tra partizioni o articolazioni dell’ordinamento generale (originario) e veri e propri ordinamenti, sia pur derivati, sia destinato a diventare evanescente, se non è già del tutto vanificato. In tal senso, sembra nel vero la corrente dottrinale volta a restringere la nozione di ordinamenti particolari, ma il riferimento andrebbe fatto, più che ad una persistente normazione propria (da fonti del solo ordinamento particolare), ad una ipotetica normazione esternamente del tutto irrilevante, che però è assai dubbio possa ancora riscontrarsi nei vari settori dell’esperienza giuridica delle organizzazioni o dei gruppi integrati nella struttura statale ed effettivamente “dominati” dall’ordinamento generale (l’esempio dell’organizzazione militare è veramente emblematico)»¹⁹⁶.

organo: «se non si vuole scambiare una semplice parte o partizione dell’ordinamento statale, un complesso di normazione speciale, con un vero e proprio ordinamento sia pure “derivato” da quello generale, si dovrà sempre ricorrere alle “fonti” delle norme, come al criterio idoneo ad operare una reale distinzione» (p. 30).

¹⁹⁶ F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 31. Ancora, riferendosi a Giannini, l’Autore osserva come «resterebbero, sempre seguendo la dottrina che, sia pur movendo dall’ipotesi pluralistica, si è mostrata più vigilatamente critica e restrittiva, i cosiddetti ordinamenti sezionali o “settoriali”, che sono anzi una creazione della dottrina medesima. Essi sarebbero costituiti da tutti coloro che esercitano determinate attività economico-imprenditoriali ritenute di pubblico interesse (cosiddetta base economica che ne rappresenta l’aspetto soggettivo) il cui esercizio è subordinato ad un apposito atto autoritativo di concessione od autorizzazione (qui non importa precisare, trattandosi tra l’altro di una scelta di diritto positivo) e sottoposto ad un apposito controllo di determinati organi statali o di enti pubblici (aspetto organizzativo), ordinamenti consistenti, sotto l’aspetto normativo, da tutte le norme dettate dall’organizzazione autoritativa e provenienti da “fonti proprie” dell’ordinamento “particolare” oltreché “irrilevanti” sul piano dell’ordinamento generale (direttive, ordini, regole, ecc.)». Sull’inquadramento teorico dell’ordinamento militare, da ultimo si v. R. Ursi, *L’amministrazione militare*, cit., 219 e ss., con ampia trattazione anche sulle problematiche relative alla «legalità amministrativa» e all’apertura di quell’ordinamento. Secondo Corte cost., 17 dicembre 1999, n. 499, la «Costituzione parla di “ordinamento delle Forze armate”, non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all’ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l’assoluta specialità della funzione. Coerentemente, questa Corte ha messo in luce le esigenze funzionali e la peculiarità dell’ordinamento militare... pur ribadendo più volte che la normativa non è avulsa dal sistema generale delle garanzie costituzionali: nella sentenza n. 278 del 1987, in cui vi è l’eco dei risultati cui è pervenuta la dottrina, la Corte ha infatti osservato che la Costituzione repubblicana supera radicalmente la lo-

Insomma, al fine dell'esistenza degli ordinamenti, non sarebbe sufficiente la normazione interna¹⁹⁷, occorrendo altresì ipotizzare l'assenza di interferenze esterne, situazione che ben difficilmente ricorre con riferimento ai centri di potere amministrativo.

Anche muovendosi lungo questa traiettoria, la sorte delle norme interne pare dunque segnata.

14. *Un'ulteriore traiettoria scientifica (solo in parte rilevante): lo studio dell'autolimita. Analogie e differenze rispetto al fenomeno della predeterminazione delle decisioni. Il carattere "non imposto" delle norme interne*

Un ulteriore filone di ricerca, che invero non ha dialogato in modo approfondito, continuativo e costante con quello relativo alle norme interne¹⁹⁸, e che purtuttavia giova qui richiamare, è quello relativo al c.d. "autolimita" e, cioè, ai casi in cui l'amministrazione pone a se stessa dei vincoli per l'azione futura¹⁹⁹. A prima vista, infatti, un condizionamento

gica istituzionalistica dell'ordinamento militare, giacché quest'ultimo deve essere ricondotto nell'ambito del generale ordinamento statale».

¹⁹⁷ F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 34, nota 73, ricorda la tesi di Giannini secondo cui occorrerebbe distinguere tra norme interne appartenenti a veri e propri ordinamenti giuridici, distinti da quello statale e norme interne riferibili a fatti organizzativi non ordinamentali. Modugno tuttavia osserva quanto segue: «Ma anche l'illustre autore riconosce che, quando le "figure soggettive" di un'organizzazione sono tali in base a norme dell'ordinamento generale, i rapporti interorganici non sono rapporti regolati da norme o da disposizioni interne, bensì da norme esterne, con la conseguenza che, quando v'è rapporto interorganico, le situazioni soggettive degli organi gli uni verso gli altri sono già definite da norme dell'ordinamento generale; talché la rilevanza interna dell'attività interna, non presenta profili propri, perché coincide integralmente con la rilevanza esterna».

¹⁹⁸ Un'eccezione è costituita dalla monografia di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 233 e ss.

¹⁹⁹ In argomento, si v. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, la quale opportunamente prende le mosse dalla letteratura tedesca, ove il tema (*Selbstbindung der Verwaltung*) è stato ampiamente trattato. Si v. altresì A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 233 e ss. e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 269 e ss. Un interessante applicazione dell'autolimita riguarda il fronte delle decisioni algoritmiche o elettroniche, su cui, tra i primi, U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna 1993, spec. 54 e ss., nonché A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2002, 2256 e

analogo – se non identico – parrebbe uno degli effetti prodotti dalle norme interne. Tuttavia, senza che sia qui necessario ripercorrere in modo compiuto tutte le varie posizioni espresse dalla dottrina in ordine all'autolimita e in disparte il tema della diversa estensione applicativa dei due istituti, è sufficiente notare che, anche prima dell'entrata in vigore della l. 241/1990, la dottrina metteva in rilievo alcune importanti differenze tra le due classi di fenomeni²⁰⁰. In particolare, si sottolineava la maggiore duttilità e attitudine alle modifiche che sussistono per gli atti interni, laddove quelli esterni di autolimita (in ordine al cui campo di applicazione, per il vero, non sussisteva unanimità di vedute) impongono condizionamenti tendenzialmente non derogabili²⁰¹.

Per altro verso, guardando soltanto al fenomeno dell'autolimita, ma con uno sforzo definitorio che consente per differenza di coglierne le peculiarità rispetto alle norme interne, ancorché non sia mancato il riferimento al buon andamento²⁰², il fondamento dell'istituto è stato soprattutto individuato nei principi di eguaglianza e di imparzialità. Ancora, la fonte dell'autovincolo nella sua forma più netta²⁰³ è costituita da un provvedimento espressione di un potere che risulta tipica-

ss. e F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *www.cesda.it*, 2003, spec. 19. Il tema è stato particolarmente sviluppato da G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019. Da ultimo, anche per le esaustive note di richiami, si v. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *www.medialaws.eu*, 2020, spec. 11 e s. sui rapporti tra decisione amministrativa elettronica e autolimita.

²⁰⁰ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 90 e ss., che richiama anche le posizioni di G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit. e di G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971, 25 e ss.

²⁰¹ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 333. Diverso, rispetto all'ipotesi trattata nel testo, è il caso in cui sia lo stesso atto di autolimita a prevedere espressamente la facoltà di derogarvi: nel lavoro di Vipiana si riconosce espressamente che «profili problematici di più ardua risolvibilità si presentano allorché la deroga ad un autolimita non risulta contemplata dall'atto che lo prevede» (p. 335).

²⁰² P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 170.

²⁰³ Già si è detto che si è discusso dell'ampiezza dell'istituto: talune voci ne hanno invocato l'applicazione a tutti i casi di attività amministrativa che perviene a restringere la sfera giuridica dei destinatari: P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, 519. Sul punto, si v. anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 168, il quale esamina pure la precedente legislazione che aveva previsto la necessità di predeterminare criteri e modalità per la concessione di sovvenzioni (p. 173 e ss.).

mente attribuito dall'ordinamento generale per quella finalità²⁰⁴. Infine, nel caso dell'autolimita esiste un obbligo – appunto di autolimitare (e, dunque, di esercitare il potere “a monte”) – ricavabile dalla legge o dai principi²⁰⁵, sicché l'amministrazione che a esso si ribelli incorre nel vizio di violazione di legge e non già in quello di eccesso di potere.

A ogni buon conto, dopo l'entrata in vigore dell'art. 12 della l. 241/1990, l'autolimita resta confinato al settore dell'attribuzione di vantaggi economici, certamente importante, ma comunque limitato. La disposizione in esame, poi, conferma i caratteri che sono stati sopra individuati: l'istituto si basa sul principio di imparzialità, non ammette la deroga al vincolo imposto ed è correlato all'attribuzione di un potere tipizzato dall'ordinamento, appunto in forza dell'art. 12, cit.²⁰⁶.

Non occorre indugiare oltre per sottolineare le differenze rispetto alle norme interne, almeno nelle forme che la dottrina ha tradizionalmente ritenuto che le stesse si disvelassero²⁰⁷: esse sono utilizzabili tendenzialmente in ogni caso, si basano sul principio di autoorganizzazione, non sono correlate all'esercizio di un potere tipizzato e danno luogo a prescrizioni derogabili. Appunto in questa irriducibile distanza tra le due figure trova giustificazione la circostanza che il dibattito sulle norme interne non abbia tratto specifico alimento dalle riflessioni sull'autovincolo e viceversa. Ciò purché non si dimentichi che tra norme interne e autolimita dell'amministrazione sussiste comunque l'indubbio punto di contatto costituito dalla funzione di “obiettivare” l'azione amministrativa: in un caso (autolimita) più evidente; nell'altro (norme interne), quale conseguenza indiretta delle proposizioni prescrittive²⁰⁸.

Ciononostante, il confronto avrebbe potuto essere molto proficuo anche ai fini, per quanto qui maggiormente rileva, dell'affinamento dei caratteri delle norme interne. Infatti, quel raffronto è in grado di porre

²⁰⁴ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 357.

²⁰⁵ P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Sudi in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 585 e ss.

²⁰⁶ In materia, si v., da ultimo, F. GIGLIONI, *Art. 12. L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 669 e ss.

²⁰⁷ Parla invece di «stretta affinità che sussiste tra gli atti di predeterminazione delle decisioni amministrative e le c.d. norme interne», A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 239 e ss.

²⁰⁸ Su tale carattere, si v. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 209.

in luce, per differenza e a contrario, un carattere peculiare delle norme medesime: a differenza di ciò che accade nell'autolimita, la loro emanazione non è necessariamente imposta da una fonte esterna e dall'ordinamento giuridico, trattandosi dell'espressione autonoma di un bisogno autoregolativo dell'organo decisionale - centro prescrittivo.

Invero, anche in ragione della demarcazione del campo di applicazione dell'autolimita *ex art. 12, l. 241/1990*, dopo l'entrata in vigore della legge, cercando al contempo di offrirne una piena sistemazione teorica e individuandone i tratti distintivi rispetto all'autolimita²⁰⁹, la dottrina ha opportunamente rivolto la propria attenzione ai restanti casi in cui, in ragione di quello che potrebbe definirsi quale carattere rivale dei beni (là dove non vi sia sufficiente disponibilità per soddisfare tutte le istanze²¹⁰), l'amministrazione pone in essere atti di predeterminazione.

Anche ridefinendo in tal guisa il punto di osservazione, rimane il fatto che sussistono evidenti differenze tra autolimita e norme interne. Intanto, ove sia il legislatore a imporre siffatta predeterminazione, come accade, ad esempio, nell'ambito delle procedure concorsuali²¹¹, rispetto alle norme interne emerge l'irriducibile difformità che queste ultime, come annotato poco sopra, non sono espressione di un dovere sancito "dall'esterno". Inoltre, come posto in luce dalla dottrina per distinguerli dagli atti normativi, gli atti di predeterminazione sono sempre esplicitazione del potere discrezionale e, dunque, rappresentano «forme di suo anticipato esercizio»²¹². Ciò perché anche nelle ipotesi in cui questa attività sia posta in essere da un organo diverso da

²⁰⁹ Mentre l'autolimita, concernente la manifestazione esterna del vincolo, deve avvenire prima che inizi il processo decisionale, l'atto di predeterminazione potrebbe avvenire bensì in anticipo, ma anche in un momento in cui l'attività concreta sia già iniziata. L'attività di predeterminazione, poi, potrebbe assumere caratteri più o meno astratti e generali: sul punto, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 248.

²¹⁰ Secondo P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585, l'esigenza di prefissare criteri esiste in tutti i casi in cui, «per la limitatezza delle disponibilità», l'amministrazione deve fare scelte comparative o rilasciare un numero limitato di autorizzazioni o concessioni.

²¹¹ A questo proposito, si rammenta che già prima dell'entrata in vigore del disposizione *ex lege* 241/1990, l'art. 12, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, come sostituito dall'art. 10, comma 1, d.p.r. 3 ottobre 1996, n. 69, prevedeva che la disciplina dell'azione amministrativa da parte delle commissioni concorsuali fosse oggetto di preventiva predeterminazione.

²¹² A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 216.

quello che deve assumere la decisione finale, essa costituisce pur sempre svolgimento anticipato del potere decisionale e, dunque, presuppone una concreta applicazione, «seppur incompleta e non definitiva», degli interessi in gioco e una scelta fra le alternative possibili²¹³.

In sostanza, a tacere del fatto che l'istituto non è ad applicazione generalizzata, la predeterminazione riguarda un episodio determinato del complessivo esercizio del potere amministrativo volto alla gestione dell'interesse pubblico. Il che è particolarmente evidente pensando a un concorso, o a una borsa di studio, o a una sovvenzione. Le norme interne, invece, costituiscono l'espressione di un bisogno regolativo che può essere generalizzato e si pongono all'esterno rispetto allo specifico momento di esercizio del potere il cui svolgimento risulta normato. Per questa ragione è stato sostenuto che i criteri e le modalità di azione che l'amministrazione predetermina non sono né norma interne, né limiti spontaneamente imposti²¹⁴. In tal modo, mutano anche le conseguenze del mancato rispetto dell'atto di predeterminazione: se il vincolo deriva da una specifica norma di legge²¹⁵, si versa nel caso della violazione di legge; la predeterminazione della decisione diventa poi condizione di legittimità dell'agire.

15. *Le posizioni della dottrina più recente, tra tradizione e scetticismo*

Nell'ultimo torno di anni, la materia non ha suscitato particolare interesse in dottrina, che se ne è occupata in modo occasionale e comunque sempre in più ampi contesti di studio e approfondimento.

A questo proposito, si segnala la tesi che riconduce la violazione delle norme interne al terreno della tutela dell'affidamento del cittadino²¹⁶. In sostanza, disattendendo quelle norme l'amministrazione violerebbe immediatamente e direttamente il principio dell'affidamento. Né, secondo l'Autrice, varrebbe obiettare che il soggetto pubblico possa discostarsi motivando, posto che, allorché accada, semplicemen-

²¹³ Per queste annotazioni, si v. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 249 e ss. È interessante notare come l'Autore riconduca anche direttive, istruzioni e circolari nel novero degli atti di predeterminazione (p. 236 e ss.).

²¹⁴ Ancora A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 321.

²¹⁵ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 331 e 336. Con riferimento alle altre ipotesi, si v. p. 329 e s.

²¹⁶ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 273.

te ciò significa che in concreto si dimostra che non vi è spazio per tutelare l'affidamento. Invero, in disparte la circostanza che la violazione di un principio normativo dovrebbe integrare il vizio della violazione di legge, va osservato che la teoria qui richiamata si riferisce specificamente agli atti di predeterminazione (con cui l'amministrazione "anticipa" l'esercizio della discrezionalità), laddove le norme interne, come più volte detto, paiono esibire i già richiamati aspetti di disomogeneità rispetto a questa tipologia di atti, almeno nella misura in cui esse siano esterne rispetto all'abbrivio dell'esercizio del potere.

Clarich si è occupato del tema in una delle poche trattazioni manualistiche che hanno riservato ampia trattazione alla categoria giuridica in disamina. Egli sottolinea come la distinzione tra norme esterne e norme interne sia venuta affievolendosi vuoi in ragione del fatto che l'ordinamento generale tende a superare la separatezza e l'impermeabilità dell'ordinamento amministrativo rispetto a quello generale; vuoi per l'adozione da parte della giurisprudenza amministrativa di una «visione sostanzialistica» che «tende a valutare le norme interne sotto il profilo della loro attitudine a incidere effettivamente su situazioni giuridiche individuali»; vuoi perché – sottolineatura assai rilevante – l'art. 12, l. 241/1990, cit., e oggi, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 hanno introdotto un obbligo generalizzato di pubblicare il "materiale regolatorio interno" (in taluni casi le norme interne sono addirittura pubblicate nella Gazzetta ufficiale)²¹⁷. Conseguentemente, in

²¹⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 97, che ricorda come l'art. 18, d.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092, prevede che i Ministeri competenti possono chiedere la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle circolari esplicative dei provvedimenti legislativi. Quanto al citato art. 12, d.lgs. 33/2013, come modificato dall'art. 12, comma 1, lettera a), d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, vale la pena segnalare come statutaria che «Sono altresì pubblicati le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'amministrazione e ogni atto, previsto dalla legge o comunque adottato, che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determina l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta, le misure integrative di prevenzione della corruzione individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 2-bis, della legge n. 190 del 2012, i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione». Questa disposizione ha riproposto quanto già stabilito dall'art. 26, comma 1, l. 241/1990, comma peraltro abrogato dall'art. 53, comma 1, lett. a), d.lgs. 33/2013. Né si può dimenticare che l'art. 18, comma 4, d.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092, stabilisce che in Gazzetta Ufficiale «Sono pubblicate anche le circolari esplicative dei provvedimenti legislativi, la cui pubblicità in questa forma sia chiesta dal Ministro competente e sia ritenuta opportuna dal Presidente del Consiglio dei Ministri».

quanto conoscibili al di là della stretta cerchia dei loro destinatari, secondo l'Autore gli obblighi di pubblicazione contribuiscono a fare assumere alle norme interne una rilevanza esterna: «esse fanno sorgere nella generalità degli amministrati l'aspettativa che esse costituiranno una guida dell'azione amministrativa che si concretizza nell'adozione di atti che producono effetti diretti nei loro confronti»²¹⁸.

Secondo Clarich la violazione delle norme interne ha come conseguenze l'eccesso di potere e la possibile irrogazione di sanzioni disciplinari.

Infine, l'Autore ha ricondotto nell'alveo delle norme interne la prassi amministrativa, indicata alla stregua di *species sui generis* di norme interne la quale, «Una volta formatasi... viene talora recepita a titolo ricognitivo, ed è così in qualche modo avallata e rafforzata dalla stessa amministrazione, per mezzo di una circolare»²¹⁹.

Opera monografica recentemente apparsa e dedicata al tema "contiguo" dell'attività interna si segnala perché, pur trattando di questioni in gran parte distinte e in un'ottica anche di comparazione, imposta un nesso tra norme interne e *soft law*²²⁰, svolge un opportuno approfondimento sulle linee guida Anac e dedica ampio spazio alle regole di condotta del dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro²²¹. Viene così individuato un ulteriore spazio di indagine spesso trascurato dalla dottrina, che, tenendo conto delle riforme sulla disciplina del rapporto di lavoro presso le amministrazioni, impone di guardare alle dinamiche proprie dello svolgimento delle prestazioni lavorative.

Alle norme interne è stata dedicata un'analisi ricostruttiva in una recente voce enciclopedica in cui, unitamente a un quadro classificatorio, l'Autore ha offerto alcune riflessioni in ordine ai due nodi centrali rappresentati dalla rilevanza di tali norme dal punto di vista, da un lato, della responsabilità dei pubblici funzionari, sia sul piano disciplinare che della responsabilità amministrativa in quanto, in ipotesi di danno erariale, l'inosservanza di norme interne può «configurare il comportamento dell'agente pubblico in termini di colpa grave»; dall'altro lato, della tutela del cittadino qualora l'inosservanza di tali norme evidenzii l'illogicità e la contraddittorietà dell'agire amministrativo oppure

²¹⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 98.

²¹⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 98 e s.

²²⁰ V. BERLINGÒ, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, cit., 17 e ss.

²²¹ V. BERLINGÒ, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, cit., 70 e ss.

la violazione dei principi dell'affidamento e della buona fede «che i cittadini ripongono sul fatto che i pubblici uffici agiscano in conformità a prassi amministrative proprie e consolidate»²²².

Infine, va fatta menzione della tesi più netta apparsa da ultimo in materia che, trattando in generale di fonti, ha ricondotto anche le norme interne alla tematica delle fonti del diritto terziarie. Premesso che norma sarebbe qualsiasi atto che, per il contenuto più o meno generale e astratto, si attegga in quanto tale a precetto²²³, l'Autore fa più nel dettaglio riferimento alla categoria dei precetti a obbligatorietà condizionata, nel senso che i comportamenti dagli stessi previsti sono obbligatori a condizione che, o sino a che, non si provi l'opportunità di non attenersi, secondo lo schema della violazione delle circolari ricondotta alla figura dell'eccesso di potere. In questo contesto, secondo la tesi in illustrazione sono dunque fonti tutti gli atti che contengono precetti del tipo anzidetto²²⁴.

Secondo Mazzamuto, più in generale, non solo le norme interne hanno a loro modo rilevanza esterna, ma non esiste una sfera dell'amministrazione separata dall'ordinamento generale e anche la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici sarebbe fonte di inutili complicazioni²²⁵. In sostanza, per tornare alle fonti, o l'atto ha un'efficacia precettiva intercettata dal giudice, e allora è fonte ed è rilevante; oppure – quasi secondo una progressione parmenidea – quella rilevanza non ha e allora non tanto la figura non è fonte, quanto addirittura essa scompare dall'ambito proprio della rilevanza giuridica.

Lasciando sullo sfondo il tema della legittimazione politica della fonte²²⁶ e richiamando anche l'autorevole posizione di Scoca²²⁷, questa

²²² G. BOTTINO, voce *Norme interne*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 2007, X, Milano, 62 e ss. (p. 66 per le citazioni riportate nel testo).

²²³ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. ammin.*, 2015, 713.

²²⁴ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 724, dove si citano le tesi di Cammeo e di Bobbio (cui si deve la definizione, sopra riportata, di precetti a obbligatorietà condizionata).

²²⁵ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 713 e s.

²²⁶ L'Autore anzi afferma che «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»: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 710.

²²⁷ Secondo F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. VI, 2002, 88 e ss., il principio di legalità avrebbe smarrito il proprio originario signifi-

riflessione si interessa principalmente di cogliere il condizionamento sugli atti amministrativi prodotto dalla presenza di prescrizioni precettive collocate a monte. Si ritiene, però, che uno dei punti essenziali che l'analisi delle norme interne consente di evidenziare sia costituito proprio dalla riflessione circa la possibilità di elevare materiale regolatorio proveniente da centri non dotati di legittimazione democratica alla dignità di fonte. Emblematico è il caso delle autorità indipendenti. Conseguentemente, riappare in tutta la sua centralità il problema di definire lo statuto di quei precetti prescrittivi che provengono da centri regolatori differenti²²⁸, ferma restando la necessità che, ove abbiamo efficacia precettiva, essi siano intercettati a fini di giustizia da un giudice²²⁹.

Per altro verso, come d'altro canto avverte lo stesso Autore²³⁰, portando alle estreme conseguenze la teoria, si dovrebbe ammettere che qualsiasi atto (si pensi a un parere o a un atto di predeterminazione) che, addirittura senza neppure vincolarne il contenuto, condizioni un successivo provvedimento, potrebbe atteggiarsi a precetto più o meno astratto a obbligatorietà condizionata e, dunque, a fonte. La violazione delle norme prodotte dalle fonti, poi, darebbe ora luogo a violazione di legge, ora – ricorrendo a un non ben definito carattere di alcune di esse, costituito dalla sussistenza di una clausola implicita di derogabilità in sede esecutiva²³¹ – a eccesso di potere, costringendo comunque l'interprete a operare una distinzione all'interno della categoria generale.

Il prezzo da pagare sui vari fronti (anche in termini di chiarezza e di nitore dei contorni delle categorie giuridiche) per riconoscere alle norme interne il carattere di fonte terziaria sembra troppo alto a fronte dei vantaggi che vengono così guadagnati. Se la finalità, commendevole, è quella (valorizzando il ruolo del giudice che ne intercetta l'azione) di imbrigliare il potere dell'amministrazione che agisce ribellandosi alle proposizioni prescrittive, essa può essere raggiunta senza necessità

cato di presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sul potere esecutivo.

²²⁸ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 713, ha ovviamente ben chiaro il problema, tanto è vero che afferma che gli atti che producono norme interne vanno inseriti nel sistema delle fonti «mantenendo la propria specificità e la propria tipicità precettiva».

²²⁹ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737.

²³⁰ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 711.

²³¹ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 721.

di eliminare l'autonomia della relativa categoria di atti per operarne la trasmigrazione nell'area delle fonti (risultato cui subito si accompagna l'urgenza di rivendicarne una spiccata specialità), potendo ad esempio ipotizzarsi di valorizzare il tema della ragionevolezza e non contraddittorietà generale dell'azione amministrativa.

Infine, rimangono in ombra il delicato tema della valutazione "autonoma", anche in termini di legittimità, di quelle proposizioni prescrittive e, questa volta sotto il profilo soggettivo, la riflessione in ordine alla legittimazione politica dei centri da cui promanano, che così incisivamente condizionano le scelte dell'amministrazione.

16. *L'incidenza indiretta di altre vicende e tendenze che si sono manifestate nel nostro ordinamento*

Nel terminare la presente trattazione, non si può tacere di ulteriori fattori che, pur se talora in modo indiretto e forse non consapevole, hanno indebolito l'autonomia della categoria o hanno concorso a determinarne la crisi teorica, per così dire (e se si passa il gioco retorico) schiudendo all'esterno la sfera interna dell'amministrazione.

Premesso che la rilevanza e centralità di tali fattori esime da specifiche citazioni o approfondimenti, si può cominciare a osservare che molti rapporti tradizionalmente ritenuti sottoposti a supremazia speciale si sono "aperti" all'ordinamento generale, anche in forza delle coordinate costituzionali (basti pensare all'ordinamento militare).

Le relazioni con i dipendenti, spesso considerati come i principali destinatari delle norme interne, sono sempre più spesso rette da fonti dell'ordinamento o da normative di origine contrattuale, aventi rilevanza esterna in forza della disciplina del rapporto di lavoro presso le amministrazioni di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Tutta l'attività amministrativa, senza distinzioni, è ritenuta oggi rilevante²³², anche alla luce dell'art. 97 Cost.; l'intero spettro dell'azione amministrativa, poi, soggiace alla legalità-indirizzo²³³.

Ai sensi dell'art. 98, Cost., i dipendenti sono al servizio della Nazione ed è difficile che un vincolo tanto intenso non abbia alcun rifles-

²³² È sufficiente al riguardo citare F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 88 e ss.

²³³ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

so intersoggettivo e continui a schermare un'intera sfera di attività e il relativo corredo di proposizioni prescrittive.

Nella normativa non mancano significativi indizi a favore del superamento dello schermo della personalità onde giungere all'individuo, assecondando un percorso di apertura che è per certi analogo a quello che viene ingaggiato con riferimento alle norme interne. Basti pensare alla figura del responsabile del procedimento o al principio di imparzialità, che ha conosciuto una significativa estensione trasfigurandosi in chiave "soggettiva", in quanto riferita alla persona fisica. L'art. 6 *bis*, l. 241/1990, infatti, dispone che «il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

L'art. 12, d.lgs. 33/2013, inoltre, come visto, impone alle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui propri siti istituzionali «le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'amministrazione e ogni atto, previsto dalla legge o comunque adottato, che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determina l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse».

Ai sensi dell'art. 22, l. 241/1990, infine, il diritto di accesso può esercitarsi anche sugli atti interni.

Tutto ciò esposto e considerato, rimane tuttavia il dubbio che questo movimento di indubbia apertura, che coinvolge anche le norme interne, giustifichi pienamente l'eventuale scelta di abbandonare completamente la ricerca volta a definire lo statuto giuridico delle stesse.

Ma così non è. Infatti, proprio perché questo materiale regolatorio è oggi più visibile e rilevante (ma chi può escludere che ne esista altro che non affiora?), si avverte ancora più forte l'urgenza di studiarne la fisionomia in chiave garantista. Si tratta pur sempre di "potere" che si aggiunge a "potere".

PARTE II

LO STATUTO DELLE NORME INTERNE: PROFILI RICOSTRUTTIVI E INDICAZIONI SISTEMATICHE

SOMMARIO. 1. Le norme interne: un istituto ancora in grado di interessare il giurista moderno. – 2. Alla ricerca di uno statuto minimo delle norme interne: pochi tratti condivisi in un orizzonte di incertezze. – 3. Uno scarto metodologico: alla radice dell'ordinamento derivato quale fondamento delle norme interne, guardando a Luhmann. – 4. Ordinamento e organizzazione. – 5. Spunti e ricadute in tema di norme interne: differenze rispetto alle norme poste dalle fonti dell'ordinamento. Una riflessione ulteriore sulle fonti nella prospettiva dell'accoppiamento strutturale. – 6. Le norme interne sono espressione di ordinamenti. Il trattamento da parte dell'ordinamento generale. – 7. Nel dettaglio: norme interne ed eccesso di potere. Quattro aspetti del regime delle norme interne e quattro modalità di atteggiarsi dei rapporti tra norme interne e decisione finale. Cenni al tema della consumazione della discrezionalità. – 8. Alcuni esempi di norme interne: ulteriore rilevanza delle stesse. Una distinzione di rilievo: prevedere futuri comportamenti dell'organizzazione o porre prescrizioni incidenti sulle relazioni intersoggettive. – 9. I corollari della teoria: *a)* Cedu, linee guida e diritto ultrastatale. – 10. *Segue: b)* l'attività interna. – 11. Cenni agli ordinamenti dei privati. – 12. Le reti nell'era della tecnica, della tecnologia e dell'intelligenza artificiale: quattro scenari e una nuova prospettiva di ricerca; il rischio del medioevo sistemico.

1. Le norme interne: un istituto ancora in grado di interessare il giurista moderno

L'analisi condotta nel corso della prima parte del lavoro ha dimostrato l'interesse tradizionalmente riservato al tema delle norme interne dalla dottrina, anche se con intensità differente nei diversi periodi storici. Quell'interesse è sfociato nelle riflessioni di grandi giuristi che hanno accompagnato l'evoluzione complessiva dell'ordinamento giuridico. Sarebbe, questa sola, una ragione sufficiente per continuare a guardare alle norme interne con curiosità culturale e con passione scientifica.

Ma ve n'è un'altra, non meno significativa, vista la spiccata propensione applicativa del diritto amministrativo. Infatti, dal punto di

vista pratico, chi si confronta con le amministrazioni ben conosce la rilevanza del materiale regolatorio non classificabile come una fonte tradizionale. Ove nel medesimo contenitore vengano poi fatte confluire figure quali la *soft law*, i codici di comportamento, i piani adottati nella prospettiva del *risk management*, le linee guida, le *best practices*¹, ci si dovrà immediatamente interrogare circa la possibilità di svolgere un discorso unitario che, partendo dalle norme interne intese in senso più ristretto e tradizionale, possa allargarsi, appunto, fino ad abbracciare tutti i molteplici casi in cui prescrizioni generali non normative (nel senso proprio del termine) condizionano l'azione pubblica.

Quale che sia la categoria giuridica invocabile, in ragione dei due profili testé indicati e a tacere di altri motivi di interesse, sembra dunque ancora giustificata la scelta di dedicare sforzi teorici al tema oggetto del presente lavoro, soprattutto nella prospettiva della garanzia e della protezione dei privati.

2. Alla ricerca di uno statuto minimo delle norme interne: pochi tratti definiti in un orizzonte di incertezze

Le norme interne non scaturiscono da fonti del diritto per così dire “tradizionali” dell’ordinamento generale.

Al di là di questo “statuto minimo”, le varie posizioni teoriche fiorite in argomento sono non omogenee, addirittura discordanti, spesso parziali. Senza indugiare nuovamente in questa sede sugli approdi cui sono giunte le diverse tesi già analizzate, in particolare, sembra possibile osservare come ciascuna delle principali elaborazioni affacciate nella dottrina italiana metta in risalto un aspetto del regime delle nor-

¹ Basti citare la direttiva del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione 24 aprile 2018, n. 3, «Linee guida sulle procedure concorsuali», che fa diffusamente riferimento alle migliori pratiche da perseguire nello svolgimento dei concorsi, nonché l'ampio documento del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca 14 maggio 2018, prot. n. 39 recante «Atto di indirizzo concernente l'aggiornamento 2017 al piano nazionale anticorruzione - sezione Università, approvato con delibera Anac n. 1208 del 22 novembre 2017», con cui il citato Dicastero ha dato seguito alle indicazioni dell'Anac contenute nella predetta delibera di approvazione (in specie nella sezione III della «Parte speciale - Approfondimenti»), in particolare individuando tutta una serie di «misure volte a contrastare fenomeni di corruzione, di cattiva amministrazione e di conflitto di interessi» la cui attuazione è demandata alle singole Università. Sull'atto di indirizzo Miur, si v. l'approfondimento di M. OCCHIENA, *Editoriale n. 2* 2018, in *www.ildirittodelleconomia.it*.

me interne, senza però riuscire (o impegnarsi o risultare interessata) a coglierne gli altri tratti. Pur se una quota parte delle norme interne può forse condizionare unicamente figure soggettive “interne” alle amministrazioni², molto spesso esse disciplinano e/o interessano relazioni tra amministrazione e privati. In tal senso, esse trovano evidenza nell’ordinamento generale o, comunque, all’esterno della sfera dell’amministrazione, luogo solipsistico di relazioni interorganiche.

Di quest’ultimo aspetto la dottrina ha progressivamente preso coscienza, in ragione dell’invadenza di quelle prescrizioni, che sembra quasi atteggiarsi a paradossale reazione rispetto all’invadenza della legge. Proprio questo fenomeno rende ancora più urgente definire lo statuto giuridico delle norme interne, in considerazione della loro carica potenzialmente lesiva per le libertà; e non è un caso che il giudice può occuparsi anche di norme interne, così attestandone la rilevanza esterna. Al contempo, però, il rilievo testé evidenziato impone di abbandonare il criterio, che potrebbe apparire sufficientemente sicuro quanto alla definizione della categoria e alla sua distinzione rispetto a quella delle norme tradizionali, costituito dalla rilevanza solo interna delle prime.

Passando alla prospettiva ordinamentale che, collegando norme interne e ordinamenti derivati, riusciva a fornire un’indicazione assai interessante circa la definizione dei confini della categoria e la radice del fenomeno (svincolato dall’idea della supremazia speciale), può invece osservarsi come essa lasciasse in ombra il tema della loro derogabilità, ancorché siffatto carattere – ma compiendo uno sforzo che sembra implicare una “forzatura” della volontà degli Autori – potesse forse dedursi a partire dalle premesse teoriche di quella visione. A tacere delle mai sopite dispute in relazione alla definizione stessa di ordinamento, inoltre, rimaneva di norma solo accennata la circostanza che (o la modalità mediante la quale) il materiale regolatorio può essere utilizzato anche ad altri fini nell’ordinamento generale. A questo proposito, si pensi, ad esempio, al tema della colpa.

Ancora: non veniva espressamente evidenziato un ulteriore carattere (che talora – ma non sempre – ricorre, posto che le norme interne in talune ipotesi sono genuinamente sviluppo di una “facoltà” e di una possibilità non imposta dall’esterno) e, cioè, il fatto che esse possono risultare espressione di un potere riconosciuto dall’ordinamento gene-

² Sotto questo profilo, alcune delle riflessioni relative alle norme interne possono estendersi all’attività c.d. “interna”.

rale (è il caso di molte linee guida), il cui esercizio è dunque doveroso per il titolare.

Per quanto riguarda l'antica intuizione che qualificava la violazione delle norme interne come una figura sintomatica di eccesso di potere, essa concerne soltanto un frammento dell'intera tematica e non si spingeva fino al punto di cogliere la ragione più profonda delle stesse e lumeggiare la cifra complessiva della categoria.

Circa la tesi che invece prendeva coscienza della pervasività delle fonti tradizionali, tentando di mantenere fermo il carattere autonomo dell'ordinamento dell'amministrazione, essa non riusciva a distinguere quell'area prescrittiva dalle norme giuridiche propriamente dette.

L'elegante costruzione di Bassi, che considerava "interne" le norme che hanno un'efficacia parzialmente "esterna", meno si interessava (non solo della questione della derogabilità, ma anche) dell'ipotesi in cui nell'ordinamento generale manchi un criterio di collegamento: si pensi a molte prescrizioni interne o prassi poste in essere dall'amministrazione al di fuori di qualsiasi riconoscimento legislativo o rinvio. Così opinando, ne conseguiva che questi casi venivano confinati nell'assoluta irrilevanza giuridica. Ancora, quella teorica non poneva al centro dell'indagine il fatto che le norme interne costituiscono un fenomeno riconducibile al "prevedere" regole di azione dell'amministrazione in vista di un "provvedere" successivo.

In sintesi, rimane confermata l'impressione già espressa nel corso della precedente parte di questo lavoro, ossia che la figura oggetto di disamina può essere definita a seguito di una serie di differenziazioni in negativo³: le norme interne non sono individuabili in forza del criterio dell'estensione (efficacia soltanto interna) o dell'origine (e, cioè, riconducendo alla categoria unicamente le prescrizioni provenienti dal centro di potere in cui atterrano), non sono prodotte da fonti tradizionali, non rientrano nel fenomeno dell'autolimita, non costituiscono esercizio di poteri tassativamente assegnati dall'ordinamento.

Proseguendo lungo questa china, risulta difficile presidiare i confini della categoria e assicurarne l'autonomia teorica. In assenza di differenziazioni convincenti, come accade anche nella scienza⁴, la figura è destinata a confluire in altri e più plausibili – perché in grado di offrire soluzioni certe – modelli esplicativi e, cioè, istituti giuridici.

³ Si v. *supra*, parte I, paragrafo 1.

⁴ La questione sarà succintamente ripresa in questa parte del presente lavoro: si v. *infra*, paragrafo 6.

Si spiega pure così l'opinione più scettica, che considera un'inutile complicazione discutere di pluralità di ordinamenti giuridici e/o preferisce guardare al fenomeno soltanto dal punto di vista dell'ordinamento generale. Tuttavia, come già osservato, anche quest'ultima impostazione deve accettare un notevole allargamento della nozione di fonte giuridica e un significativo indebolimento dei caratteri della stessa, fino ad ammettere la natura (che ricorre però solo in alcuni casi) derogabile delle norme dalle fonti prodotte. Con ciò si apre un ulteriore fronte critico avente a oggetto la distinzione delle norme interne rispetto ad atti (quali i pareri non vincolanti, del pari derogabili con motivazione) che, tra l'altro, sono espressione di una funzione – nel caso: consultiva – certamente diversa da quella cui sono riconducibili le proposizioni prescrittive che qui ci impegnano⁵. Sempre sullo sfondo rimane la delicata questione della compatibilità con le nostre coordinate istituzionali di fonti che potrebbero non avere legami con il circuito della legittimazione democratica. Né si spiega agevolmente che le norme interne abbiano una disciplina specifica, diversa da quella applicabile alle prescrizioni poste da fonti tradizionali, in tema di obblighi di trasparenza (art. 12, d.lgs. 33/2013)⁶.

Per andare poi all'origine del dissenso e della critica mossa da quelle opinioni, pur dovendo dare atto della scarsa precisione e consapevolezza linguistica del legislatore, la categoria di ordinamento giuridico è ben conosciuta anche nel diritto positivo, posto che numerose norme fanno allo stesso frequente riferimento. A livello costituzionale è sufficiente richiamare l'art. 117, Cost., che, tra gli altri, menziona l'ordinamento dello Stato e degli enti pubblici nazionali e l'ordinamento sportivo. Sul piano della legislazione primaria, basti citare, per limitarsi ad alcuni riferimenti, gli artt. 2, 3, 4 e 12, d.lgs. 165/2001, nonché gli artt. 2, commi 3, 5 e 9-*bis*, 4, 12 e 23, l. 241/1990.

⁵ Sul punto, si v. M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, cit., 55 e ss.

⁶ Si v. quanto osservato *supra*, parte I, paragrafo 15. Come già osservato nella precedente parte I di questo lavoro (si v. paragrafo 16, in fine), la l. 241/1990 si occupa invece di atti interni. Infatti, l'art. 22 dispone che per "documento amministrativo" si intende «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale». A sua volta, l'art. 24, comma 6, lett. e), prescrive che, con regolamento, il Governo può prevedere casi di sottrazione al diritto di accesso «quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato».

3. *Uno scarto metodologico: alla radice dell'ordinamento derivato quale fondamento delle norme interne, guardando a Luhmann*

Un merito indiscusso delle tesi più scettiche sopra menzionate consiste comunque nell'aver messo a fuoco la circostanza che, soltanto ipotizzando di individuare un contesto che sia "altro" e autonomo rispetto all'ordinamento generale (e che quelle tesi negano, o di cui negano la rilevanza), trova giustificazione lo sforzo volto a configurare le norme interne quale categoria specifica del diritto. Il rilievo induce dunque a ritornare sul tema dell'ordinamento derivato e distinto rispetto a quello generale o, meglio, sulla plausibilità di quella prospettiva.

Per altro verso, la tematica delle norme interne sembra connessa a un problema specificamente "moderno" e, cioè, alla complessità della società e dei fenomeni giuridici: ché, se tutto fosse uniforme, indifferenziato e omogeneo, neppure si potrebbe ipotizzare il sorgere di proposizioni prescrittive distinte da quelle generali⁷. Si può aggiungere che le norme interne possono essere concepite come strumenti volti a ridurre e contenere la complessità che i decisori debbono costantemente fronteggiare⁸. Una sorta di reazione fisiologica, insomma.

Ancora: le norme interne concernono fenomeni organizzativi e una fisionomia dei centri di potere all'interno dei quali, senza che direttamente rilevi la volontà psichica delle persone fisiche che vi operano come agenti, vengono effettuate operazioni ricorsive.

Infine, la questione implica e impone di assumere continuamente punti di vista e di osservazione differenti (interno-esterno; generale-derivato) e di sciogliere paradossi (norme che sono interne solo se a efficacia esterna, sicché esibiscono un carattere in quanto ne disvelino un altro).

Colte nel loro complesso, queste indicazioni suggeriscono quasi naturalmente di operare un confronto con la teoria di N. Luhmann⁹. Ciò

⁷ Per uno spunto (pur nel quadro di un ragionamento differente da quello svolto nel testo), si v. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit. 20: «La "possibilità stessa della pluralità" è saggiata, in definitiva, dalla "virtuale conflittualità" degli ordinamenti. Se non vi fossero contrasti e conflitti possibili, l'ordinamento della condotta sarebbe ricomposto in un'unità statica onnicomprensiva, in un unico e totale ordinamento mondiale, utopia certamente ricorrente nella storia del pensiero».

⁸ Invero, come si dirà meglio *infra*, paragrafo 3, la complessità viene in tal guisa pure alimentata.

⁹ Centrali, nel percorso intellettuale e scientifico di questo Autore, sono le opere

nella piena consapevolezza dei rischi¹⁰ che derivano dall'accostamento di teorie tra loro molto diverse (basti ricordare la circostanza che la tesi di Luhmann ha un marcato profilo anti-ontologico¹¹ e che rinuncia a qualsiasi apriori o valore fondante extrasistemico) e delle insidie delle assonanze¹² terminologiche (organizzazione e istituzione acquisiscono significati diversi da autore ad autore) cui si indulga in modo non sorvegliato¹³. Tuttavia, proprio perché complessità, modernità, organizzazioni, pluralità di punti di osservazione, allontanamento dal dato volontaristico e paradossi¹⁴ sono temi centrali nell'indagine del grande pensatore tedesco, si ritiene produttiva la ricerca volta a verificare se da quella teoria possano essere tratte riflessioni, indicazioni o suggestioni utilizzabili per la soluzione del problema delle norme interne, prescindendo da un giudizio sulla teoria stessa.

Rechtssoziologie, Hamburg, 1972 e *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 (trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978); si v., poi, N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, 1992. Vastissima la letteratura che si è occupata del pensiero di Luhmann: *ex multis*, L. AVITABILE, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jasper in costante riferimento a Luhmann*, Milano, 1998; B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*, Roma, 1996; S. COSTANTINO, *La ragione amministrata*, Palermo, 1983; R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979; A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975. Si v., inoltre, B. TRONCARELLI, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano, 2002, in specie, con espresso riferimento alle tesi di N. Luhmann, 28 e ss. Né si può qui dare conto delle riflessioni in parte analoghe svolte da altri Autori, quali G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996 e A. FEBBRAJO, *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in *Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective*, Ashgate, 2016.

¹⁰ Sui quali giustamente ammoniva R. De Giorgi nel corso del seminario *Incontro con Raffaele De Giorgi per discutere di Luhmann*, Università Bocconi, 12 giugno 2019.

¹¹ P. TRANIELLO, *Biblioteche e società*, Bologna, 2009, 109.

¹² Non solo: come ancora si dirà, mentre per Luhmann le persone non sono componenti del sistema sociale (ma albergano nell'ambiente), per Santi Romano esse fanno parte dell'ordinamento, che è corpo sociale: «sostrato dell'istituzione» sono sempre e necessariamente degli «uomini fra di loro collegati» (così Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 37), pur non dimenticando che, secondo l'Autore, la norma ha carattere oggettivo in ragione dell'impersonalità del potere «che trascende e s'innalza sugli individui» (pag. 20).

¹³ L'Autore cita criticamente Santi Romano e la teoria istituzionale (N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 25, nota 70 e 358, nota 45) e osserva che con il «termine istituzione si intendono premesse comportamentali date in modo relativamente durevoli e resistenti al mutamento, sulle quali può appoggiarsi l'agire risparmiando ulteriori analisi».

¹⁴ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 31.

Giova indugiare brevemente sul testé richiamato profilo della complessità¹⁵. L'impiego di un modello concettuale che dia rilievo a questo fenomeno pare particolarmente utile pensando alla drammatica, recente e appunto "complessa" esperienza della diffusione del Coronavirus, ove le linee guida, assai più flessibili delle tradizionali fonti, sono state utilizzare in modo davvero massiccio, integrando il paradigma di riferimento anche di molte decisioni del giudice amministrativo¹⁶. Le linee guida, poi, si configurando come uno strumento – si pensi alle circolari Inail, anche con riferimento al tema dell'assimilazione del contagio all'infortunio sul lavoro e al delicato problema della rilevanza dell'accertamento Inail a fini penali (art. 42, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. nella l. 24 aprile 2020, n. 27 e, da ultimo, art. 29-bis, d.l. 8 aprile 2020 n. 23, conv. nella l. 5 giugno 2020, n. 40, che rinvia alle linee guida e ai protocolli) – per ripartire rischi: la complessità, come anticipato, è essenziale nella tesi di Luhmann; pure rilevanti e convincentemente risolti, al suo interno, sono i motivi dell'incertezza e dell'assunzione di rischi per mezzo di decisioni; le linee guida adottate nel periodo della pandemia, infine, si caratterizzano per essere modificabili e revisionabili (*ex multis*, si v. Circolare Ministero della sanità 3 aprile 2020, recante «Aggiornamento delle indicazioni sui test diagnostici e sui criteri da adottare nella determinazione delle priorità. Aggiornamento delle indicazioni relative alla diagnosi di laboratorio») e anche questo aspetto, legato alla possibilità di modificare le cornici normative predecisionali, come si avrà modo di chiarire, trova puntuale spiegazione nella proposta luhmanniana.

D'altro canto, per tornare al tema dell'ordinamento, le analisi operate da decenni dai giuristi sulla relativa nozione sono ormai così numerose, profonde e note che davvero poco si potrebbe aggiungere continuando a mantenersi nell'orizzonte problematico della riflessione

¹⁵ N. LUHMANN, voce *Complessità sociale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, 127 e ss.; N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 40.

¹⁶ Basti al riguardo citare TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 27 aprile 2020, n. 385 (il giudice era stato chiamato a scrutinare la legittimità della scelta di inibire la prosecuzione di attività di test diagnostici a favore di soggetti asintomatici), secondo cui le disposizioni operative, contenute anche nelle circolari e in quanto provenienti da qualificati organismi sanitari (siffatte disposizioni raccomandavano che l'esecuzione dei test dovesse essere riservata prioritariamente ad alcune categorie di soggetti, e, in particolare, ai casi clinici sintomatici), frutto della valutazione dell'ampiezza e della virulenza dell'epidemia e degli strumenti disponibili per fronteggiarla, non risultano in contrasto con l'art. 32 Cost. che tutela la salute non solo come diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività.

solo giuridica: di qui l'interesse a verificare se altri punti di vista, esterni alla scienza del diritto, possano offrire stimoli nuovi a favore o contro la plausibilità dell'idea di una pluralità di ordinamenti giuridici. E l'indagine di Luhmann, che si svolge a tutto campo, può a pieno titolo essere impiegata anche nel diritto¹⁷ e nella teoria del diritto, settore che ha costantemente interessato il Sociologo tedesco, il quale, laureato in giurisprudenza, svolse anche una parte del proprio percorso professionale come funzionario ministeriale¹⁸.

Ciò detto, giova preliminarmente ricordare i tratti essenziali della grandiosa costruzione luhmanniana, che non era minimamente interessata a mostrare come dovrebbe funzionare un sistema, ma unicamente si preoccupava di mettere in luce, proprio in termini funzionalistici, come esso funziona e, ancor più nel dettaglio, come si possa instaurare la differenza tra sistema e ambiente.

Premesso che la società è un sistema che è il risultato della propria evoluzione, le operazioni costitutive del sistema-società sono le comunicazioni, che contengono informazioni e producono senso. L'unità minima ed elementare cui guardare, dunque, è rappresentata dalla comunicazione (e non già dall'azione); essa ha cittadinanza solo nel sistema sociale¹⁹. La società si configura come il sistema universale e unico della comunicazione sociale²⁰.

Chiariti questi aspetti, pare necessario ora aggiungere un cenno ad alcune ulteriori e fondamentali nozioni: autopoiesi, differenza funzionale, codice binario, prestazioni dei sistemi, organizzazione.

Quanto al primo concetto, sempre indulgiando sulle comunicazioni (il cui insieme, come detto, costituisce i sistemi sociali), l'Autore aggiungeva che sono tali le operazioni mediante le quali essi (*sistemi*)

¹⁷ In generale, sull'utilizzabilità della tesi di Luhmann al di fuori della prospettiva sociologica, si v. M. KING, *What's the Use of Luhmann's Theory?* in M. KING - C. THORNILL, *Luhmann on Law and Politics*, Londra, 2003, 37 e ss. (in part. 50 e ss.) e J.I. MARTINEZ GARCIA, *Justicia e igualdad en Luhmann*, in *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Epoca*, Madrid, 1987, IV, 43 e ss.

¹⁸ L'Autore si è occupato del tema del diritto in particolare nell'opera *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 1990.

¹⁹ Come l'operazione "frase" è tale solo all'interno della lingua; operazioni comunicative sono votare, comprare, esercitare il potere e così via; ove non sia assicurata la presenza fisica dei partecipanti alla comunicazione, le operazioni sono rese possibili dall'esistenza di un medium, materiale caratterizzato da accoppiamento lasco di elementi; esso si articola poi in forme: scrittura, stampa, web, social media e così via.

²⁰ Si v. sul punto le osservazioni di S. COSENTINO, *La ragione amministrata*, cit., 8 e ss.

«possono riprodursi autopoieticamente con l'aiuto dei loro prodotti»²¹. In altri termini, l'operazione di comunicazione implica e produce sempre e solo comunicazione ed è esattamente la comunicazione medesima che consente l'autopoiesi del sistema, la sua delimitazione rispetto all'ambiente²² (in cui vanno inserite le persone e i relativi stati psichici) e, dunque, la costruzione di un'identità²³. Nella prospettiva dell'autopoiesi, la comunicazione è un'operazione che si connette all'operazione precedente.

Ogni sistema – aggiungeva l'Autore richiamandosi alle tesi di Maturana²⁴ – costruisce quanto utilizza come informazione (in questo senso è autoreferenziale).

I confini del sistema distinguono ciò che viene attribuito allo stesso e ciò che non lo è²⁵. Al riguardo, occorre aggiungere che il sistema sociale racchiude al suo interno altri sistemi; ciò avviene perché la società moltiplica le differenze, sicché genera “universi” in cui si differenzia. Le differenze si costituiscono riproducendo all'interno del sistema quella diversità tra società e ambiente cui già si è accennato ed è appunto l'autopoiesi che consente la riproduzione della differenza tra sistema e ambiente. Il primo opera incessantemente in vista di questa differenziazione, costruendo la propria specifica realtà come prodotto della propria osservazione e presidiando il confine che dalla società lo separa²⁶ e, dunque, ispessendo quell'argine.

In relazione alla nozione di funzione, secondo Luhmann nelle società moderne il criterio di differenziazione tra sistemi è (appunto) la funzione²⁷ specificamente assoluta da ciascuno di essi, sicché nessun sistema può svolgere le funzioni di altri (la scienza quella dell'economia; la politica la funzione dell'economia). In altri termini, nella società (che è l'unità di tutte le differenziazioni) moderna vi è una specifica forma della differenziazione, di matrice funzionale (mentre in passato vi erano altri modelli, quali il criterio “centro-periferia”), che si è costruita lungo percorsi evolutivi assai complessi. A conclusione degli stessi, i sistemi sociali, i quali debbono riconoscere quali operazioni

²¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 318.

²² N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 26.

²³ D. SPARTI, *Epistemologia delle scienze sociali*, Bologna, 2010, 216.

²⁴ H. MATURANA, *Biologia della cognizione*, Bologna, 1985.

²⁵ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 197.

²⁶ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2010, 130.

²⁷ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 254 e ss.

passate e future vanno trattate come proprie²⁸, si sono differenziati in base a specifiche funzioni, senza la possibilità di rintracciare “luoghi” di rappresentazione in cui, confondendosi, convergono i vari sistemi (diritto, religione, scienza e così via). Per semplificare il discorso, non ci si rivolge alla religione per avere la prestazione “vero-non vero”, ma alla scienza; la politica si emancipa dalla religione, l’economia dalla politica e così via²⁹.

Poiché ciascun sistema si specifica sulla base di una funzione, per risolvere in esclusiva un peculiare problema, esso è l’unico che realizza la funzione in chiave universalizzante³⁰. Per citare un solo esempio, solo il sistema del diritto riconosce “diritto” nel senso che verrà meglio chiarito subito *infra*.

Guardiamo ora al terzo concetto: il codice binario. Il sistema elabora come informazioni il rumore che proviene dall’ambiente a esso esterno; il rumore è filtrato attraverso un codice binario, che è la forma con cui ogni sistema tratta e riconosce ciò che cade nel proprio campo di osservazione. Accanto all’orientamento alla funzione (“trattamento” di un solo problema specifico), dunque, si percepisce nel sistema la presenza di un codice (che è ben definito soprattutto in certi sistemi, quali il diritto). Il codice è una sorta di trasformatore, che muta qualsiasi rumore in informazione e produce continuamente comunicazione³¹: ad esempio, nella scienza si usa il codice “vero/non vero” e ciò è in grado di assicurare la comunicazione che, viceversa, sarebbe impossibile ove uno scienziato utilizzasse le proprie ricerche per comunicare qualche cosa di diverso – ad esempio, con il fine di mandare messaggi a un amico – e, cioè, ove utilizzasse un codice differente. In tal guisa, il sistema tiene latente la complessità reale perché offre un numero ridotto di alternative entro cui orientarsi³² e, per altro verso, traduce l’estrema complessità dell’ambiente in complessità interna, identificando i problemi come problemi interni. Così facendo, si apre la via all’adozione di scelte in seno a un quadro di alternative e si orientano le aspettative³³.

²⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 63.

²⁹ In questo contesto, non è dato immaginare una sopraordinazione tra un sistema e un altro, attesa l’autonomia dei sistemi e l’impossibilità di una gerarchizzazione.

³⁰ Tutto questo porta a una moltiplicazione dei “punti di vista” e di “centri”; ogni sistema è ambiente per un altro sistema e rappresenta il mondo in modo diverso.

³¹ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 305.

³² R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 211.

³³ R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 217.

Trattiamo quindi delle prestazioni dei sistemi. Ogni sistema offre specifiche prestazioni selettive: il diritto, ad esempio, consente di scegliere aspettative di comportamento in quanto è in grado di determinare in anticipo se qualcosa sarà legale o illegale, offrendo un risultato assai utile, ad esempio, al sistema dell'economia. Al contempo, il diritto stabilizza quelle aspettative, impedendo che vengano problematizzate³⁴. Tornando al ruolo svolto in generale dal codice, esso è in grado di generare prospettive "universalizzanti", perché, avendo due valori, consente di trattare tutto ciò che accade (in positivo o in negativo) e, dunque di tutto includere, al contempo escludendo dalla propria capacità operativa tutto ciò che non considera giuridicamente rilevante. Da questo punto di vista ogni sistema è unità della differenza.

Riassumendo, possiamo osservare che nella società moderna si riscontra una serie di sistemi differenziati per funzioni svolte in esclusiva, senza, cioè, la presenza di sistemi "concorrenti esterni" da un lato e, d'altro lato, di "funzioni concorrenti interne" (alla politica interessa solo il consenso³⁵ e null'altro, analogo discorso può essere svolto per l'arte e per la scienza). Tali sistemi operano trattando i temi con un proprio codice binario e, in maniera appunto centralizzata, distribuiscono i valori del codice (indicando ad esempio ciò che è giuridicamente rilevante, lecito e così via), producendo autopoieticamente comunicazione, regolando da sé i temi che trattano³⁶ e creando proprie semantiche, ossia modi di espressione condensati³⁷ (si pensi alle qualificazioni giuridiche o a concetti quali la personalità giuridica).

Giungiamo così all'ultimo concetto di cui pare fondamentale

³⁴ R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 224. Si v. anche J. PATTERSON, *Reflecting on Reflexive Law*, in M. KING - C. THORNILL, *Luhmann on Law and Politics*, Oxford, 2006, 13 e ss. Si noti che, alla luce di quanto chiarito nel testo, viene assicurato che le aspettative possano essere trasformate (R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 226). Più nel dettaglio, si consente la possibilità di classificare come devianti i comportamenti difforni dalle aspettative le quali, per ciò stesso, non sono sensibili all'apprendimento e, cioè, non mutano a fronte di "delusioni" (A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, cit., 62 e s.). Un'altra strategia è quella cognitiva, consistente nel correggere l'aspettativa delusa in modo da adeguarla alla nuova realtà (siffatto atteggiamento viene utilizzato, ad esempio, nel campo della scienza, ove si procede a correggere le strutture in seguito a esperienze difforni). Il diritto nasce dunque dal passaggio da aspettative cognitive a aspettative normative: L. AVITABILE, *Diritto e osservatore*, cit., 148.

³⁵ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 304.

³⁶ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 300.

³⁷ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 264.

l'illustrazione, in quanto davvero centrale nell'economia del presente lavoro: quello di organizzazione³⁸. I sistemi non possono entrare in contatto con l'ambiente. Ciascun sistema, più nel dettaglio, non può comunicare a "proprio nome" e le relative operazioni non possono abbandonare il sistema e a oltrepassarne i limiti: al più, un sistema irrita un altro sistema, in ordine al quale si configura come ambiente³⁹. Si possono immaginare forme d'interazione che esprimono comunicazioni all'esterno (come una dimostrazione di protesta o un incontro tra amici: tuttavia, si tratta di «episodi»⁴⁰ di durata limitata, a differenza dei sistemi sociali), «sulle quali difficilmente si può tornare» e, cioè, che non sono inserite in sistemi con capacità retrospettiva o prospettica⁴¹.

Per ottenere risultati comunicativi duraturi occorre un'organizzazione, abilitata a comunicare a proprio nome (si pensi ai sindacati, alle scuole, alle associazioni private) e, cioè, a produrre comunicazioni che possono essere comprese. La tipologia di operazione che è ascrivibile all'organizzazione (e solo all'organizzazione, a differenza dunque di altri sistemi autopoietici) è la decisione⁴².

Le decisioni hanno la funzione di assorbire l'incertezza, al contempo costruendo una propria complessità secondaria⁴³; esse, inoltre, sono osservazioni che osservano mediante distinzioni (alternative). La decisione, cioè, indica quale lato dell'alternativa si preferisce (e deve essere chiarito che entrambi i lati della distinzione sono raggiungibili e possono essere indicati)⁴⁴. Illumina, dunque, una delle possibilità, informando sia su sé stessa, sia sull'alternativa⁴⁵, che è una possibilità scartata. Attraverso la decisione, poi, i pericoli (che sono tali perché inseriti nell'ambiente) diventano rischi⁴⁶. Tutto ciò ha una rilevanza molto evidente: se dalla mera comunicazione si passa alla comunica-

³⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, *passim*, in part. 49, 83, 86, 124, 152, 162, 183.

³⁹ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 313.

⁴⁰ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 320.

⁴¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 318.

⁴² L'organizzazione, dunque, è operativamente costituita dalla comunicazione di decisioni: N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 101.

⁴³ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 183. Le organizzazioni si chiudono operativamente rispetto all'ambiente, riducendo la complessità esterna e, contemporaneamente, creandone un'interna.

⁴⁴ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 109.

⁴⁵ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 117.

⁴⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 49.

zione di decisioni, diventa più semplice comprendere una comunicazione. Ecco perché i maggiori contesti richiedono organizzazioni⁴⁷.

Le organizzazioni rilevano ai nostri fini specifici anche per un'altra caratteristica. Esse aumentano l'incertezza di ciò di cui trattano, quasi a rendere necessaria l'assunzione di decisioni e, cioè, l'esistenza stessa delle organizzazioni⁴⁸. In esse, cioè, si innesca una continua riproduzione di un fabbisogno di decisioni attraverso decisioni (una «specie di irrequietezza autoprodotta»⁴⁹).

Quest'ultimo aspetto è particolarmente rilevante. Le organizzazioni si mettono in condizioni di operare, producendo complessità interna, decidendo premesse decisionali per altre decisioni⁵⁰. L'arricchimento della complessità, cioè, dipende dal fatto che vengono fissate premesse per una quantità indeterminata di decisioni future, le quali si raffronteranno a queste premesse decisionali – una sorta di cornice in cui l'organizzazione costruisce il proprio mondo – senza dovere «ricostruire l'intera complessità delle situazioni»⁵¹.

Le premesse non sono semplicemente decisioni che vengono assunte come dati (ché, altrimenti, anche una decisione precedente concreta sarebbe premessa decisionale), ma devono riguardare «una quantità ancora indeterminata di decisioni»⁵². Pur non fissando ancora le decisioni future, attraverso le premesse decisionali le organizzazioni «mettono a fuoco la comunicazione sulle decisioni fissate nelle premesse», «orientandosi a differenze come osservanza o non osservanza e conformità o devianza, invece di dovere ogni volta ricostruire l'intera complessità della situazione»⁵³. Le premesse decisionali servono per stabilire quali decisioni varranno come decisioni dell'organizzazione. Viene così definita una «cornice nella quale una organizzazione può costruire il suo mondo», trasformando incertezza in certezza⁵⁴.

A questo proposito Luhmann richiama in particolare i programmi decisionali e, cioè, le «condizioni regolative del decidere del futuro decidere in modo corretto» che riducono il carico informativo a un formato sopporta-

⁴⁷ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 50.

⁴⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 178.

⁴⁹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 57.

⁵⁰ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 183.

⁵¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 185.

⁵² N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 184.

⁵³ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 185.

⁵⁴ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 197.

bile e abbattano i costi decisionali⁵⁵. Il punto è centrale: ove non avesse la possibilità di decidere anche sulle premesse decisionali, l'organizzazione sarebbe una semplice appendice del suo ambiente⁵⁶ ovvero, pare potersi aggiungere, di un'altra (e propriamente tale) organizzazione.

Nella sintesi ora proposta è rimasta sullo sfondo la questione dei rapporti tra organizzazioni e sistemi. Alle prime «manca ciò che nei sistemi di funzioni della società viene reso possibile dalla codificazione binaria, cioè l'orientamento a una sola distinzione positivo/negativo... Naturalmente, essendo attive entro determinati sistemi di funzioni, le organizzazioni si vincolano al loro codice». Suggestivo è lo sviluppo del ragionamento relativo al codice binario: «le premesse decisionali... al livello dei sistemi organizzativi, sono l'equivalente funzionale della codificazione dei sistemi di funzioni. Anche le premesse decisionali sono conglomerati di distinzioni binarie... Ma, a differenza del codice dei sistemi di funzioni, esse possono essere trasformate»⁵⁷.

In sostanza, le organizzazioni rispettano il codice binario del sistema in cui sono ospitate, ma hanno un proprio corredo strutturale in grado di ridurre la complessità e, cioè, dispongono di premesse decisionali, entro certi limiti modificabili. L'analogia con i sistemi si spinge ancora oltre, là dove viene affermato che le organizzazioni producono «particolari correlati operativi, particolari semantiche, particolari distinzioni, con l'aiuto dei quali osservano il mondo».

Talora le organizzazioni sono costruite con riferimento a singoli sistemi, configurandosi, cioè, come organizzazioni che si formano all'interno di un sistema, assumendone il primato funzionale (sistemi scolastici, organizzazioni della scienza, organizzazioni dello Stato). Possono però anche darsi organizzazioni "trasversali" a vari sistemi di funzioni (è il caso di alcune associazioni di privati), le quali, in ogni caso, approfittano della complessità dei sistemi sociali nei cui interstizi germinano e della necessità di decidere⁵⁸.

Si è fatto cenno alle organizzazioni più importanti, le quali assumono il primato funzionale di un sistema. Esse non possono però attirare su di sé tutte le operazioni del sistema di funzioni, nel senso che, per citare un solo esempio, l'educazione può esistere anche al di fuori dell'organizzazione scolastica⁵⁹.

⁵⁵ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 187.

⁵⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 189.

⁵⁷ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 197.

⁵⁸ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 331.

⁵⁹ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 332.

4. *Ordinamento giuridico e organizzazione*

È giunto il momento di valorizzare i risultati dell'analisi condotta da Luhmann e vagliarne la compatibilità con l'impostazione teorica basata sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, tenendo conto che l'elemento comune tra le due prospettive è costituito dall'organizzazione.

Le organizzazioni sono tali a condizione che (parlando a “nome proprio”) esprimano decisioni – volte ad assorbire incertezze assumendo rischi – e che sia possibile distinguere tra regola e decisione concreta. Ove difetti uno di questi profili si sarà al cospetto di un “terminale”, di un sistema giuridico o di una componente di una organizzazione più ampia. Se sono vere organizzazioni, invece, le strutture fissano le condizioni regolative del futuro decidere concreto.

Le organizzazioni possono esprimere una o più funzioni e, dunque, correlarsi a uno o più sistemi. In ogni caso, esse consentono di operare senza dovere ricostruire l'intera complessità delle situazioni, costruiscono il proprio mondo, operano sulla base di un corredo di distinzioni binarie, elaborano una propria semantica e, in quanto collegate a un sistema (nel nostro caso: il diritto), erogano le prestazioni di quel sistema.

I caratteri ora indicati sembrano in linea di principio collimanti con l'idea romaniana di ordinamento giuridico, che è tale in quanto sia organizzazione. Essi, anzi, consentono di compiere alcune precisazioni che paiono di rilievo e, comunque, permettono di meglio cogliere i confini del fenomeno, anche alla luce della complessità della società moderna.

Intanto, offrono una guida per definire la soglia al di sotto della quale non si può dare un ordinamento – si sarebbe tentati di aggiungere – “resiliente rispetto all'ambiente”. Si tratta di un problema che immediatamente impegna chi si preoccupi di isolare e di censire nel panorama giuridico i singoli ordinamenti⁶⁰ ed è assai significativo che esso rimanga in qualche modo latente nelle discussioni teoriche⁶¹.

⁶⁰ Si v. le osservazioni dello stesso SANTI ROMANO, *L'ordinamento*, cit., 35, nota 29 *ter*. Secondo N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, in SANTI ROMANO «la parola-chiave “organizzazione” non viene mai chiaramente definita». In argomento, si v. altresì SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati (Appunti)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1392.

⁶¹ *Ex multis*, M. DELLA TORRE, *Appendice*, in N. MACCORMICK - O. WEINBERGER,

Le indicazioni luhmanniane sono al riguardo non solo assai suggestive, ma anche molto utili. Esse suggeriscono la necessità che la struttura abbia la capacità di decidere e, prima ancora, di esprimere regole generali per le decisioni future, che sia in grado al contempo di elaborare una propria semantica (“osservando” il mondo) e di “distribuire” i valori del codice binario del sistema (eventualmente, ma il profilo qui non interessa, anche di altri sistemi di riferimento) in cui è inserita, ricordando che tale codice per l’organizzazione medesima non è disponibile. Più propriamente, quando e in quanto sia organizzazione giuridica, la struttura si candida a esprimere la funzione del diritto (conforme al diritto/non conforme al diritto: ecco il passaggio all’ordinamento romaniano).

Tutto ciò è non solo necessario, ma risulta sufficiente.

In primo luogo, da quanto chiarito deriva, ad esempio, che non qualsiasi elemento strutturale dell’amministrazione può essere qualificato come un’organizzazione e, dunque, nella terminologia romaniana, risulta “visibile” come ordinamento: si pensi a un ufficio esecutivo o a un’altra partizione organizzativa; al di fuori dell’organizzazione vi è un magma instabile e non immediatamente rilevante di “concrezioni”. Per altro verso, per identificarsi come ordinamento non occorre che sussistano i più stringenti caratteri individuati dalla dottrina e, in particolare, da Giannini⁶² (il quale, infatti, relegava al rango di fatti non ordinamentali molte figure che per Santi Romano avevano dignità di ordi-

Il diritto come istituzione, a cura di M. DELLA TORRE, Milano, 1990, 395. Altre teorie individuano le istituzioni, assegnando però un significato diverso al termine (sarebbe istituzione, ad esempio, il “contratto”), in ragione della presenza di alcune norme (ad esempio «costitutive, terminative e consequenziali»): *ex multis*, N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK - O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit., 59 e ss.

⁶² M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), *Le organizzazioni, elementi degli ordinamenti giuridici* (1994), in *Massimo Severo Giannini*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2010, 7 e ss. Il problema è affrontato e risolto in modo diverso da F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., 18: «Occorre tuttavia stabilire se o fino a qual punto la “derivazione” (o il riconoscimento) consenta all’ordinamento “derivato” di mantenere una “propria” plurisoggettività, una “propria” organizzazione, una propria “normazione”, in modo tale da renderlo riconoscibile nella sua fisionomia di “ordinamento” e da non trasformarlo o ridurlo a semplice parte o articolazione dell’ordinamento dominante». Essenziale pare invece che l’organizzazione possa esprimere una propria semantica, distribuire il valore del diritto e decidere le premesse decisionali. Altra questione, che verrà trattata *infra*, nel testo, attiene ai rapporti tra ordinamenti.

namento)⁶³, così come non è ostativo il fatto che alcune norme che l'organizzazione deve rispettare siano definite dall'esterno. È sufficiente che vi sia distinzione tra “prevedere” e “provvedere” e che una quota delle prescrizioni generali e astratte sia riservata all'organizzazione. Il che ha un significato di stabilizzazione nelle relazioni sociali, anche soltanto per assolvere alla funzione distintiva.

In secondo luogo, si getta un ponte tra diritto e altri sistemi sociali, nel senso che si dà evidenza a un elemento intuitivo, ma spesso dimenticato dai giuristi (Santi Romano, in fondo, ne coglieva forse, ma parzialmente, la rilevanza parlando ora di istituzione – sotto il profilo sociale – ora, dal punto di vista giuridico, di ordinamento)⁶⁴, costituito dal fatto che quelle organizzazioni-ordinamenti non rilevano solo per il (“non sono solo”) diritto. Tali strutture sociali possono essere il terminale anche di sistemi (e di funzioni) diversi: si pensi all'Università, che distribuisce valori (o, per usare un'altra espressione, “risolve problemi”) giuridici, ma anche educativi, economici e talora politici.

In terzo luogo, il riferimento a Luhmann contribuisce a chiarire in che cosa consista la dimensione giuridica dell'organizzazione-ordinamento (o, meglio dell'organizzazione che il diritto elegge o riconosce come propria struttura funzionale)⁶⁵. Essa, perché organizzazione del sistema-diritto, “decide” e “tratta” in modo autopoietico il materiale che cade sotto il proprio raggio di osservazione. Si riconosce e si fa riconoscere come autonoma; gestisce il valore del diritto; a monte, poi, in quanto organizzazione, “prevede” come “provvedere” e, cioè, pone regole seriali sulle decisioni future, così evitando di dovere ogni volta ricostruire l'intera complessità della situazione. Risulta confermato che, anche se partendo da presupposti completamente diversi, per Santi Romano come per Luhmann il diritto non si esaurisce nella norma scritta.

È già intuibile la ricaduta che tutto ciò può avere sul tema delle norme interne: in quanto organizzazione-ordinamento, questa struttu-

⁶³ Si v. *supra*, parte I, paragrafo 11.

⁶⁴ Per SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 35, l'individualità dell'istituzione deve essere «esteriore e visibile». L'Autore pare negare che vi sia perfetta coincidenza tra le nozioni di ordinamento, organizzazione e istituzione: p. 101, nota 69 *bis*. Più che un rapporto di sinonimia, dovrebbe farsi questione di «equazione»: SANTI ROMANO, *Frammenti di un ordinamento*, voce *Diritto e morale*, cit., 69; nell'opera *L'ordinamento giuridico*, cit., 27, peraltro, l'equazione viene qualificata come assoluta.

⁶⁵ Sul punto si tornerà *infra*, paragrafo seguente.

ra sociale esprime proposizioni prescrittive generali e astratte in vista di decisioni e azioni future volte a ridurre incertezza.

Essa esprime, cioè, norme interne.

Sotto diverso aspetto, le norme interne sono un indizio della presenza di un'organizzazione-ordinamento.

Prima di trattare specificamente il tema delle norme interne, giova soffermarsi ancora sulla situazione che ricorre quando l'apparato non è un'organizzazione.

Luhmann, come detto, precisa che ove non decida sulle premesse decisionali, la struttura sarebbe una semplice appendice del suo ambiente⁶⁶. Più nel dettaglio, sembra potersi affermare che, se abilitata ad assumere decisioni, si sia al cospetto di una partizione organizzativa e, cioè, di un elemento che fa responsabilmente parte di un'organizzazione più ampia. Al riguardo, si ricordi che il contributo di una decisione all'assorbimento dell'incertezza è la «responsabilità»⁶⁷. In caso contrario, si può al più pensare a forme estemporanee di interlocuzione o a concrezioni all'interno di sistemi.

Giova poi aggiungere che, con il termine generico «amministrazione pubblica», si denota un insieme di organizzazioni preordinate ad assumere decisioni. D'altro canto, come ricorda Luhmann, le organizzazioni cercano spesso rapporti simbiotici con altre organizzazioni, operando in modo reticolare⁶⁸, sicché risulta agevole spiegare la tendenza dei giuristi ad aggregare le varie organizzazioni (e le loro componenti) sotto il comune denominatore di «amministrazione pubblica».

Infine, queste osservazioni impongono di gettare luce sul rapporto tra organizzazioni e ordinamento generale e di indugiare su quella che appare una significativa distanza tra l'impostazione romaniana e quella luhmanniana.

Al di fuori dell'ordinamento derivato, per Santi Romano parrebbe esservi, ancora, un ordinamento (quello generale), oppure il nulla giuridico (o, altrimenti detto, un materiale sociale non organizzato). Ciò per la semplice ragione che non ci può essere diritto senza ordinamento.

Al di fuori delle organizzazioni, per Luhmann, ci sono invece sistemi (tra questi, per quanto a noi interessa, anche il diritto), posto che nessuna organizzazione ha l'esclusiva di una funzione; ancora oltre, si situa l'ambiente.

⁶⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 189.

⁶⁷ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 162.

⁶⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 335.

È questa la “distanza” cui si faceva testé cenno e su cui occorre ancora indugiare.

L’ordinamento generale di cui parla Santi Romano (e di cui, invero, i giuristi continuano incessantemente a parlare) potrebbe apparire come l’organizzazione amplissima dello Stato colta sotto il profilo giuridico. Nello Stato, in effetti, si riscontrano i caratteri sopra indicati: fissazione di premesse decisionali, proprio codice e propria semantica, responsabilità decisionale, distribuzione del valore “diritto”. Non è anzi escluso che, in certi contesti istituzionali, le cose stiano esattamente così, nel senso che l’organizzazione statale assorba e al contempo anche esprima tutto il diritto (si pensi a Cuba e, probabilmente, alla Cina, oppure a città-stato come Singapore), sicché al di fuori dello Stato esisterebbe, appunto, il nulla giuridico. Questa soluzione, tuttavia, proprio perché porta prepotentemente al centro del discorso lo Stato, la sua organizzazione e il suo diritto, conduce a un risultato che probabilmente l’Autore avrebbe rigettato. Anche per Santi Romano, cioè, l’organizzazione dello Stato non ha il monopolio della funzione del diritto, che spetta, appunto, all’ordinamento, che è ancora organizzazione. Per altro verso, così opinando, si pone in secondo piano il fatto che quella (macro)organizzazione (ordinamento) statale esprime molte altre funzioni oltre a quella del diritto.

Si potrebbe, poi, opinare nel senso che l’ordinamento generale di Santi Romano sia la sintesi degli altri ordinamenti (beninteso nella misura in cui essi, per qualche loro aspetto, si “amalgamano” con l’ordinamento generale e ne facciano parte integrante).

Pare comunque più corretto vedere nell’ordinamento generale romaniano null’altro che il sistema sociale del diritto (luhmanniano) in azione, che opera per definire incessantemente i propri limiti (ecco perché al di fuori dello stesso si incontra il “nulla giuridico”), trattando in modo autopoietico come proprie le operazioni passate e future e, in qualche modo, dando loro ordine (momentaneo). Ordine (che però aumenta la complessità) senza organizzazione in senso tecnico; continua stabilizzazione di aspettative, senza necessità di assumere decisioni con rilevanza esterna, spettanti alle organizzazioni.

E l’ordinamento (generale) per Santi Romano è appunto forza (o tensione) ordinante del diritto, che non cala dall’alto, ma si costruisce dal basso e si affranca da un potere esclusivamente statale: se l’organizzazione romaniana è manifestazione sociale “ordinata”⁶⁹, si

⁶⁹ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 26.

può anche dire – attingendo alla prospettiva luhmanniana – che fuori da quell'ordinamento-organizzazione⁷⁰ residua l'ambiente sociale, da cui il primo si differenzia. Vero è, cioè, che per Romano, il concetto di diritto va ricondotto a quello di società; essa, tuttavia, non è qualsiasi relazione o interazione tra individui⁷¹, ma deve essere, appunto, ordinata/organizzata. Sotto questo profilo, dunque, l'ordinamento generale risulta simile al “sistema diritto” di Luhmann che, con un compasso molto più ampio del concetto di organizzazione dallo stesso impiegato, struttura aspettative e, dunque, esprime una funzione ordinante *à la* Romano (senza essere organizzazione *à la* Luhmann) e si differenzia da ciò che “sta fuori”, ossia da tutte le altre operazioni comunicative costitutive del sistema-società che, secondo Romano, costituiscono forze materiali non ordinate, in quanto tali “non diritto”.

La nozione di ordinamento generale offerta dal Giurista siciliano in termini di organizzazione, d'altro canto, a differenza di quanto accade per gli ordinamenti più specifici, appare molto ampia e di meno immediata percezione, tanto che i suoi caratteri sembrano indebolirsi fino quasi a perdere di definizione, laddove è coerente con l'idea di sistema sociale del diritto. Per altro verso, pur se rimane vero che l'organizzazione per Luhmann non coincide con il sistema diritto e non è con esso consustanziata, affinché la comunicazione del sistema venga stabilizzata e accettata si richiedono organizzazioni, che consentano la sincronizzazione tra sistemi altrimenti sordi l'uno rispetto all'altro. Da questo punto di vista potrebbe in ogni caso trovare giustificazione ulteriore e diversa l'impiego del termine “ordinamento derivato” per indicare le organizzazioni, nel senso che esse dipendono dal sistema diritto, in cui si collocano.

Ciò chiarito, va aggiunto che la vera differenza tra le tesi degli Autori qui esaminati pare essere un'altra. Per Santi Romano, nell'ordinamento ci sono le persone, anche se esso sopravvive indipendentemente dal mutare delle persone. Per Luhmann gli individui “sono” l'ambiente esterno. Proprio tale profilo spinge però il diritto a comunicare anche mediante organizzazioni⁷².

⁷⁰ In questa espressione il termine “organizzazione” va dunque inteso in senso lato, come forza ordinante, e non già come struttura sociale stabilizzata *à la* Luhmann e nel senso prima descritto. Si v. anche *infra*, nel testo.

⁷¹ Non a caso, parlando di rapporti quali l'amicizia, SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 25, nota 22, introduce la distinzione tra «società in senso largo» e «società in senso stretto, in cui si produce il fenomeno giuridico».

⁷² Esse, armonizzando enormi quantità di interazioni, producono il «prodigio» di

Detto questo, le organizzazioni di cui qui per ora ci occupiamo sono soggetti pubblici e, dunque, pur assommando diverse funzioni, sono anche organizzazioni del sistema sociale che (in senso lato) indichiamo come “politica”⁷³; da ciò deriva che l’ordinamento amministrativo nel suo complesso è pubblico.

Invero, il sistema giuridico può articolarsi in sottosistemi, secondo ulteriori criteri, quali la gerarchia, il rapporto centro-periferia e così via. Rispetto al “centro” Stato (ma analogo discorso potrebbe condursi per le Regioni e per gli enti locali), le altre organizzazioni sono “periferia”, con tutte le conseguenze che sono immaginabili.

Ragionando nella prospettiva di «organizzazioni di organizzazioni» (che sono pur sempre organizzazioni con perimetro diverso) si comprende altresì perché si diano casi di norme interne prodotte da organizzazioni sovraordinate che condizionano le decisioni di altre organizzazioni sotto-ordinate, da questo punto di vista non concepite come “altre” dalle prime, ma amalgamate in un’unica struttura sociale: si pensi alle già citate circolari dei Ministeri nei confronti delle Università, fattispecie in cui è tra l’altro evidente l’esigenza della politica di potere condizionare (a torto o a ragione) le scelte del complesso settore cui fa capo il Ministero; oppure ancora ad alcune linee guida dell’Agenzia per l’Italia Digitale volte all’attuazione del Codice dell’amministrazione digitale ai sensi del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che si rivolgono a tutte le amministrazioni pubbliche⁷⁴.

Più in generale, come si dirà meglio nel corso del prossimo paragrafo, il diritto calibra i rapporti tra le semantiche giuridiche prodotte dalle varie organizzazioni.

Per fermare il discorso con un’osservazione sintetica, si può co-

sincronizzare le interazioni medesime «tra passato e futuro»: N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 330.

⁷³ Sui rapporti tra politica e “sotto-sistema” dell’amministrazione (con l’avvertenza che, per Luhmann, l’ambito dell’amministrazione – «organizzazione burocratica che prende decisioni vincolanti» – comprende anche l’apparato legislativo e quello giudiziario), si v. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, a cura di A. FEBBRAJO, Napoli, 1978, 31 e ss.

⁷⁴ Si v., ad esempio, le «Linee guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni» del 9 maggio 2019, in cui si legge che «I soggetti destinatari delle presenti linee guida sono le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all’articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione».

munque sottolineare che l'utilità della prospettiva di Luhmann consiste in ciò: essa consente di meglio definire la soglia di insorgenza di un'organizzazione (che può anche essere "ordinamento" romaniano) e di tenere fermo il fatto che le organizzazioni si correlano a una pluralità più ampia di funzioni sistemiche (economia, educazione, diritto), che esse non esauriscono. Tanto è vero che il diritto esiste anche al di fuori delle stesse e che, ad esempio, l'amministrazione statale fa molto di più che produrre o essere diritto. La teoria dell'ordinamento giuridico costituisce pertanto un punto di vista importantissimo, ma parziale, di questa realtà.

Resta soltanto da ribadire che le organizzazioni, fissando condizioni regolative del decidere del futuro decidere e, quindi, adottando la scansione "prevedere" in astratto per "provvedere" in concreto, sono abilitate a porre (quelle che potremmo definire) prescrizioni generali e astratte di azione futura.

Ove si correlino al sistema diritto, le organizzazioni sono in grado di distribuire la prestazione tipica del diritto (attestando ciò che è conforme/non conforme al diritto) e di esprimere una propria semantica (in sostanza, si tratta di regole precettive)⁷⁵. Il che significa che la produzione giuridica non si esaurisce nello stabilire regole per il futuro agire dell'organizzazione, ma si sporge fino a definire in chiave autopoietica, ad esempio, situazioni e figure soggettive, avendo, dunque, altri destinatari immediati (sul punto, si v. anche *infra*, paragrafo 8). Per riprendere il tema sopra adombrato, quanto alle norme di azione e quanto alle qualificazioni giuridiche o precetti questa produzione giuridica potrebbe entrare in conflitto con il diritto espresso da altri ordinamenti.

5. Spunti e ricadute in tema di norme interne: sulle differenze rispetto alle norme poste dalle fonti dell'ordinamento. Una riflessione ulteriore sulle fonti nella prospettiva dell'accoppiamento strutturale

A questo punto del ragionamento è possibile tornare a trattare più specificamente delle norme interne, rilevando come le stesse siano collegate agli ordinamenti, posto che costituiscono essenzialmente⁷⁶ le

⁷⁵ In generale, si v. le riflessioni di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

⁷⁶ Ulteriori precisazioni saranno effettuate *infra*, paragrafo 8.

premesse decisionali e le condizioni regolative del decidere del futuro decidere in modo corretto.

Quanto al loro spazio di operatività, va osservato che non possono costituire organizzazioni-ordinamenti quelle strutture completamente regolate da un ordinamento diverso, proprio perché, mancando uno specifico corredo strutturale, difetta la possibilità di definire le premesse decisionali (“prevedere” in astratto). Ove ricorrano i caratteri dell’organizzazione nei termini sopra indicati, si avrà invece un’organizzazione in grado non solo di comunicare decisioni, ma anche di definire premesse decisionali e, dunque, di produrre norme interne.

Il sistema diritto assegna o riconosce a talune di quelle organizzazioni la funzione tipica del diritto. In particolare, ciò accade per quelle costituite all’interno di alcuni sistemi, come la politica⁷⁷; più in generale, come ancora si dirà, un’organizzazione (che è tale perché produce decisioni e perché assume premesse decisionali) difficilmente non “interessa” il diritto.

Si configura, in ogni caso, un contesto popolato da numerose organizzazioni-ordinamenti, i rapporti della cui produzione normativa rimangono ancora oscuri. Pur se è plausibile che sussistano relazioni di indifferenza, il più delle volte il sistema sociale non tollera questo disordine normativo. La soluzione al problema non può che essere rimessa al sistema diritto, che ha appunto il monopolio della funzione e che è in grado di distribuire i valori della legalità e di elaborare una propria semantica. Spetta, dunque, al diritto definire i rapporti tra i vari ordinamenti, attribuendo la prevalenza alle semantiche e, ancor prima, alle condizioni regolative del decidere del futuro decidere in modo corretto espresse da alcune l’organizzazione rispetto alle altre.

Ecco spiegata la ragione per cui gli ordinamenti minori o derivati non possono prevalere su quello generale⁷⁸, pur se rimane da individuare il meccanismo attraverso cui ciò accade.

In taluni casi, in ragione della centralità del processo d’integrazione politica (concetto su cui si tornerà subito appresso) che caratterizza quelle organizzazioni e che esse esprimono, il diritto attribuisce alle predecisioni o alla semantica correlata ad alcune organizzazioni –

⁷⁷ Il discorso può estendersi anche alle organizzazioni-ordinamenti private e richiederà ulteriori svolgimenti (si v. *infra*, ultimo paragrafo).

⁷⁸ D’altro canto, come ripetutamente osservato, essi non hanno il monopolio della funzione che esprimono: il diritto esiste anche al di fuori degli stessi e, proprio per questo, è in grado di modulare la capacità semantica delle varie organizzazioni.

pur non statali – il valore di norme prodotte da fonti dell'ordinamento generale⁷⁹. Non si tratta soltanto delle fonti provenienti dalle organizzazioni della politica statale, ma anche di altri atti, quali le fonti soggettivamente amministrative che, per attingere a un'altra felice espressione coniata nella scienza del diritto costituzionale, vengono intese come un «prolungamento dei processi politici in altri processi e atti», sicché il diritto conferisce «loro una capacità rappresentativa generale del processo di integrazione politica»⁸⁰. In tali casi, non si profila un ordinamento propriamente separato sotto il profilo giuridico⁸¹, posto che l'organizzazione rende una prestazione giuridica (nello specifico: decide premesse decisionali ed esprime semantiche) che, per precisa scelta del diritto⁸², è considerata come parte di un processo politico che include tutto ciò che accade nello Stato ordinamento⁸³. Il fenomeno ben si coglie nel diritto amministrativo sotto il profilo del vizio della violazione di legge, che scaturisce dal mancato rispetto di una qualsiasi di quelle prescrizioni.

Ove, viceversa, quegli atti siano meramente espressione di autoorganizzazione, si ha una prestazione pur sempre giuridica e si è al cospetto di atti normativi per l'ordinamento derivato, ma essi non si configurano come fonti.

⁷⁹ Nel senso che le fonti del diritto sarebbero espressione dei processi di unificazione politica nella sfera dell'ordinamento giuridico, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 13 e ss.

⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 17.

⁸¹ Indipendentemente dal contenuto delle norme (si pensi alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione), infatti, le stesse si amalgamano pienamente con le altre e non si può parlare, da questo punto di vista, di un ordinamento distinto. Ciò non esclude che, ad altri fini e, spesso per ragioni di semplificazione, si faccia utilmente ricorso al termine ordinamento, spesso evocando un preciso ambito materiale o una peculiare dimensione soggettiva di riferimento: dal punto di vista della dignità della prestazione espressa, tuttavia, non vi sono peculiarità che giustificino questa distinzione.

⁸² «Poco (talora nulla) è detto in Costituzione delle fonti secondarie, il che può trovare spiegazione nel fatto che il sistema delle fonti è chiuso solo a livello primario e dunque le fonti secondarie possono essere create e disciplinate da atti di ordinaria legislazione»: L. CARLASSARRE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 550.

⁸³ Da ciò deriva, ad esempio, che dalle singole norme è possibile e doveroso risalire ai principi e che solo la violazione delle fonti configura la violazione di legge anche ai fini dell'art. 111, Cost. (ricorso in Cassazione); il principio *iura novit curia*, poi, vale per le fonti legali.

La differenza si coglie pensando anche alle c.d. “fonti fatto”⁸⁴: sono consuetudini se “correlate” al piano dei processi di integrazione politica; sono invece prassi i comportamenti ripetuti posti in essere all’interno delle organizzazioni che esprimono semplicemente premesse decisionali per provvedimenti futuri.

Viene dunque qui riproposta l’antica distinzione tra norme espressione di fonti dell’ordinamento generale (e, dunque, in estrema sintesi, espressione di sovranità o correlate al processo di legittimazione democratica – o al criterio di effettività – che in quel contesto si dispiega) e norme interne, in passato collegate al potere di supremazia speciale e, ora, viceversa, ancorate alla teoria degli ordinamenti derivati (che, cioè, ricavano la propria rilevanza da un altro ordinamento).

Giova insistere sul fatto che, nel nostro ordinamento (e anche nelle ipotesi di fonti soggettivamente amministrative), le organizzazioni abilitate a rendere la prestazione qui in esame (diritto prodotto da “fonti”) sono quelle che hanno una legittimazione politica. Detto in altri termini, si è qui al cospetto di un atteggiamento regolatorio assunto (e considerato dall’ordinamento, che appresta a questi fini specifici “spazi”, a livello nazionale, regionale o locale⁸⁵) in chiave di rappresentazione di esigenze generali⁸⁶.

Quelle fonti si amalgamano allora con quelle che compongono l’ordinamento generale e ne condividono il regime (in particolare, come detto, in caso di violazione delle regole da esse prodotte, verrà a integrarsi il vizio di violazione di legge e non già quello di eccesso di potere).

Ben si attagliano a questo ordine di considerazioni, ancora una volta, le riflessioni di Luhmann. Fonti sono soltanto quegli atti e fatti che risultino espressione diretta del sistema politico, preoccupato dal problema del consenso. In altri termini, guardando da questo punto di vista il tema delle fonti, si scorge un essenziale profilo, talora trascurato dalla dottrina sulle norme interne, consistente nel fatto che, perché si abbia “fonte”, il soggetto decisore deve ricevere una qualificazione tipica da parte della semantica della politica, che, “irritando” il diritto (le fonti sulla produzione), individua i soggetti dotati di legittimazione democratica.

⁸⁴ Su cui, per tutti, si v. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019, 3 e ss.

⁸⁵ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 16.

⁸⁶ Il fenomeno del «riconoscimento di autonomia normativa», come si è visto nel corso della parte I, paragrafo 10, era stato qualificato da F. Bassi nei termini di «equiparazione».

Anzi, è possibile al riguardo attingere a un altro concetto cardine di Luhmann, quello di “accoppiamento strutturale”⁸⁷, forma che consente a vari sistemi di comprendersi, traducendo le comunicazioni prodotte dall’uno, in termini appunto comprensibili per l’altro e che permette una reciproca osservazione.

Secondo questa chiave di lettura, a differenza delle norme interne, le fonti consentono alla politica di osservare direttamente il diritto e viceversa⁸⁸.

D’altro canto, sotto un angolo visuale specifico, il problema è stato colto dalla dottrina più avvertita che si è occupata di fonti. Indugiando sul loro rapporto con lo Stato di diritto, essa ha osservato che, in uno Stato (appunto di diritto) democratico, il potere di creare e modificare il sistema non può che spettare al popolo sovrano o all’organo che lo rappresenta⁸⁹. In sostanza, le fonti del diritto debbono avere un collegamento con i processi di legittimazione politica.

Anche per questa ragione, nell’economia del discorso relativo alle fonti interne, la “prestazione giuridica” resa dagli ordinamenti derivati (pur in sé analoga a quella dell’ordinamento pubblico generale) non può prevalere sul diritto prodotto dalle fonti dell’ordinamento generale.

⁸⁷ N. LUHMANN - R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 30 e ss. e N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 325 e ss.

⁸⁸ Luhmann parla di accoppiamento strutturale tra politica e diritto trattando della Costituzione (si v. C. BARALDI - G. CORSI - E. ESPOSITO, voce *Accoppiamento strutturale*, in *Luhmann in Glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Milano 1997, 31 e ss.), ma quell’ordine di considerazioni pare riferibile anche alle fonti per le ragioni indicate nel testo.

⁸⁹ L. CARLASSARRE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 549. Vi è pure un’implicazione importante derivante dalla forma di Governo: negli Stati a regime parlamentare si rileva «una corrispondenza più o meno stretta fra il modo in cui è regolato il rapporto di fiducia che subordina... il governo al parlamento e il modo in cui sono distribuite le funzioni normative fra potere legislativo e potere esecutivo» e su ciò si basa la gerarchia delle fonti, «in virtù della quale la superiorità giuridica di una fonte è fatta dipendere dalla forza politica di cui essa è espressione»: A. PIZZORUSSO, *Il problema dei decreti legge e il suo rapporto con la forma di governo vigente in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, 302 e ss., nonché Id., *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli, 2004, III, 1706. Osserva ancora L. CARLASSARRE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2, che la riserva di legge è un fondamentale istituto di garanzia, che ha una duplice valenza, «democratica e garantistica».

6. *Le norme interne sono espressione di ordinamenti. Il trattamento da parte dell'ordinamento generale*

Onde completare la descrizione dello statuto delle norme interne, vediamo più nel dettaglio la “prestazione” resa dall’organizzazione alorché – ed è il caso che ci interessa – il diritto non elevi la produzione giuridica al rango di fonte dell’ordinamento, ma l’organizzazione sia pur sempre correlata al sistema diritto.

Sintetizzando quanto chiarito nel corso delle pagine precedenti, ci riferiamo ai casi in cui l’organizzazione sia pubblica e adotti il codice binario del diritto: la decisione sulle premesse relative a proprie decisioni future costituisce propriamente la produzione di norme interne, giuridicamente rilevanti nel senso che ancor meglio sarà chiarito *infra*. A differenza di ciò che accade in ordine al codice binario (conforme al diritto o difforme dal diritto: tale codice è indisponibile per l’organizzazione), come visto, e alla luce dell’insegnamento di Luhmann, le norme interne sono modificabili. Difatti, non vi è dubbio che, nel tempo, esse possano essere abrogate, modificate, rinnovate e, nei casi concreti e nei limiti che saranno illustrati, derogate. L’organizzazione – perché correlata al sistema diritto – esprime al contempo una propria semantica e distribuisce il valore del diritto. Applicando quelle premesse, l’organizzazione deciderà e sarà in grado di comunicare “all’esterno”.

Le norme (espressione della seguente scansione: “prevedere” in vista del successivo “provvedere”) sono giuridiche, in quanto coinvolte nella prestazione tipica del diritto. Rimane soprattutto confermato che la fisionomia delle stesse si può cogliere unicamente partendo dal presupposto dell’esistenza di ordinamenti separati (od organizzazioni distinte).

Muovendo da questa netta impostazione, trovano più distesa spiegazione gli altri caratteri “negativi” delle norme interne, spesso emersi analizzando le varie posizioni della dottrina.

Va incidentalmente notato che, in tal modo, si coglie il carattere progressivo della tesi qui sostenuta, la quale pare in grado di risolvere adeguatamente una serie di problemi⁹⁰ che, altrimenti, resterebbero difficilmente spiegabili⁹¹.

⁹⁰ Impostando quindi il discorso secondo la prospettiva euristica proposta da I. LAKATOS, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici*, 2001, Milano.

⁹¹ Le varie “anomalie” (nel senso usato da T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni*

A ogni buon conto, le norme interne non sono espressione di supremazia speciale, bensì dell'autopoiesi di strutture organizzative. Si badi che quanto detto non esclude che alcune decisioni sulle premesse siano espressamente previste e in parte anche disciplinate da fonti del diritto ("ordinamento generale"). Tuttavia, anche per ragioni di rispetto dell'organizzazione, non vi è piena penetrazione del principio di legalità in tutte le sue declinazioni⁹².

Proseguendo nella considerazione di alcuni caratteri tradizionali della figura, può aggiungersi che non si tratta necessariamente di norme con efficacia meramente interna, posto che le prescrizioni (e le semantiche) espresse da un'organizzazione, nella misura in cui l'azione "prevista" intercetti posizioni giuridiche di altri soggetti, ben possono interessare questi terzi e, dunque, avere carattere intersoggettivo. Questo essenziale profilo non va confuso con il fatto che il diritto (l'ordinamento generale) tende comunque a rendere visibile quanto accade all'interno dei singoli ordinamenti, come confermato dagli obblighi di pubblicazione sanciti dall'art. 12, d.lgs. 33/2013. Ancorché non pubblicato, il materiale regolatorio interno è comunque rilevante nel senso qui chiarito. Anzi: proprio perché (e nella misura in cui sia) "schermato" e non "emerso", merita la massima attenzione in chiave di tutela dei privati.

Si è al cospetto non già di meri precedenti rispetto a decisioni concrete, ma di premesse decisionali che costituiscono condizioni regolative del futuro decidere. Ciò spiega la differenza che, sotto questo profilo, corre tra la violazione di una norma interna e la contraddittorietà rispetto a un precedente atto o il vizio che nasce ove si disattenda senza motivare un parere, ancorché tali ultimi due fenomeni, al pari della ribellione a norme interne, non ricadano nel raggio di azione della violazione di legge.

Inoltre, poiché, nel caso di norme interne, non si fa ancora questione dell'esercizio di uno specifico potere provvedimentoale, è possibile individuare un ulteriore confine concettuale e disciplinare rispetto

scientifiche, Torino, 1999; dello stesso Autore, si v. altresì *La tensione essenziale: tradizione e innovazione nella ricerca scientifica*, in T. KUHN, *La tensione essenziale. Cambiamenti e continuità nella scienza*, Torino, 1985, 244 e ss. e *La funzione del dogma nella ricerca scientifica*, in T. KUHN, *Dogma contro critica*, Milano, 2000, 3 e ss.) delle altre teorie sono quelle indicate *supra*, parte II, paragrafo 2.

⁹² Sul punto, per tutti, si v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2019. Si ritiene comunque che vada rispettata almeno la c.d. "legalità-indirizzo".

all'ipotesi di cui all'art. 12, l. 241/1990, ove, tra l'altro, la "predeterminazione" è imposta dalla legge e, pur se si pone a uno stadio iniziale, essa non è propriamente riconducibile al "prevedere" in vista di una serie indefinita di decisioni future⁹³.

Le norme interne si differenziano, poi, anche dalla *lex specialis* di una procedura selettiva o dai piani. La legge di gara è già situata all'interno dell'esercizio di uno specifico potere ed esprime una "decisione", seppure colta al momento di esordio della vicenda. I piani, a tacere d'altro, sono espressione di un potere conferito dall'ordinamento, hanno di norma effetti immediatamente conformativi e costituiscono già decisioni, piuttosto che incarnare un momento di genuina autoorganizzazione.

In quanto esprimono prestazioni giuridiche, nel senso della stabilizzazione di aspettative, le norme interne rilevano per il sistema sociale "diritto", anche se i loro effetti debbano rimanere confinati in quanto accade nell'organizzazione. Poiché, tuttavia, è la decisione concreta finale il fattore che può ledere la posizione dei terzi, si comprende perché gli atti che le pongono siano impugnabili non già direttamente, ma soltanto unitamente all'atto applicativo⁹⁴. Semmai si discute se vi

⁹³ Pur se dettata a fini diversi, giova qui richiamare la posizione espresso da Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «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».

⁹⁴ Il problema è stato affrontato soprattutto in merito alle circolari: sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5664 (che ne ammette la disapplicazione anche *ex officio* da parte del giudice); Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1458. Non mancano decisioni contrastanti, invero minoritarie: ad esempio, si v. TAR Lazio, Sez. I, 4 marzo 2019, n. 2800, secondo cui «l'onere di impugnare una circolare unitamente al provvedimento applicativo che renda attuale il pregiudizio subito non sussiste nell'ipotesi in cui tale circolare disciplini concretamente l'attività dei destinatari, ponendo prescrizioni immediatamente e direttamente lesive, rispetto alle quali il provvedimento di applicazione ha carattere semplicemente adempitivo (*ex multis*, tra le più recenti, cfr. Tar Lazio, sez. II ter, 19 gennaio 2015, n. 802)». Merita ricordare Cass. civ., Sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, secondo cui le circolari emanate dal fisco non hanno alcun carattere vincolante nei confronti dei contribuenti né dei giudici tributari, non assurgendo al rango di fonti del diritto; nello stesso senso, da ultimo, Cass. civ., Sez. trib., 11 luglio 2019, n. 18618; Cass. civ., Sez. trib., 2 novembre 2017, n. 2301; Cass. pen., Sez. III, 13 giugno 2012, n. 25170. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 986, afferma che «la circolare

sia l'onere o meramente la facoltà di impugnare tali atti (e, segnatamente, la circolare) assieme all'atto applicativo⁹⁵, senza dimenticare la

non è una fonte normativa, ma rappresenta soltanto l'opinione di una delle due parti del rapporto fra cittadino e amministrazione, e come tale ha valore soltanto se conforme alla legge. In altri termini, l'interpretazione di cui alla circolare o è legittima o non lo è, e non sussiste una terza possibilità; non si può invece sostenere che un dato provvedimento è legittimo o illegittimo perché conforme o difforme da una circolare». Si v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 3457, secondo cui le circolari amministrative «costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi» (nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4859). Utile rassegna delle posizioni assunte dal giudice amministrativo è compiuta da Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7098, in cui si legge che, con riferimento alle circolari amministrative, la giurisprudenza ha affermato che: «a) costituiscono mere norme interne, finalizzate a disciplinare l'attività di organi e uffici periferici, in quanto tali prive di rilevanza nell'ordinamento giuridico generale se non in via mediata ed indiretta sotto il profilo dell'obbligo dei destinatari di tali norme di conformarsi ad esse e darne esecuzione (fatta salva la possibilità per il pubblico dipendente di non ottemperare all'ordine illegittimo); b) non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari degli atti applicativi, che non hanno l'onere di impugnarle, e possono limitarsi a contestare la legittimità di questi ultimi, al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; c) la disamina delle circolari presupposte dagli atti impugnati ben può avvenire d'ufficio, e quindi su iniziativa del Giudice anche in assenza di richiesta delle parti, e può giungere alla disapplicazione delle disposizioni contenute in una circolare che si pongano in contrasto con la legge qualora incidano su una posizione di diritto soggettivo; d) dalla natura meramente interna della circolare discende una mera facoltà di impugnativa e non un onere, rimanendo affidata alle scelte defensionali l'impugnazione della circolare congiunta all'atto che ne costituisce applicazione; e) perfino nelle ipotesi di circolari dalla "indubbia rilevanza esterna", si configura la mera facoltà di impugnativa della circolare unitamente all'atto applicativo». In dottrina, si v. F. SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *Nuove autonomie*, 2012, 487 e ss. Si v., poi, C. TUBERTINI, voce *Circolari amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, II, 858 e ss.; M.P. CHITI, voce *Circolare*, cit., 2 e ss.; M.S. GIANNINI, voce *Circolare*, cit., 3 e ss.; F. BASSI, voce *Circolari amministrative*, cit., 56 e ss.; AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 1992.

⁹⁵ Oltre a quanto riportato nella precedente nota, si v. nel senso della facoltatività, allorché la circolare non si atteggi ad atto presupposto, Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478. In relazione alle circolari che non siano espressione di una mera attività interpretativa, incidendo negativamente sulla legittimità dell'atto individuale, Cons. Stato, Ad. plen., 14 novembre 2011, n. 19 ha ritenuto che esse siano «senz'altro impugnabili congiuntamente all'atto applicativo».

tesi favorevole alla disapplicazione della circolare illegittima non impugnata⁹⁶.

Al riguardo, pare potersi osservare che, in quanto generali e astratti, quegli atti non attengono ancora a casi concreti e, per restare alla “semantica” dell’ordinamento generale, non sono ancora in grado di generare pregiudizi a situazioni giuridiche riconosciute da quell’ordinamento e/o di radicare l’interesse ad agire.

Da altro punto di vista, è ragionevole che il giudice possa decidere la questione prescindendo dalle norme interne anche in assenza di impugnazione espressa degli atti da cui sgorgano. Si è al cospetto, infatti, di atti non già presupposti, bensì di regole espressione di una funzione in senso lato normativa, sicché non sembra errato accedere al meccanismo della c.d. “disapplicazione normativa”⁹⁷ che, se vale per i regolamenti⁹⁸, a maggior ragione non può non trovare applicazione per norme non espressione di fonti tipizzate.

Vero è – e qui soccorre la teoria della pluriqualificazione dei fenomeni giuridici⁹⁹, oltre che il consueto atteggiamento garantistico della giurisprudenza – che, in taluni casi, le circolari (per restare alla figura più indagata) sono lesive e, dunque, già impugnabili¹⁰⁰, ovvero esibi-

⁹⁶ Si v., ancora, nota 93, cui *adde* Cons. Stato, Sez. III, 28 gennaio 2016, n. 310, che afferma che «le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, che non hanno l’onere di impugnarle, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; ne discende, a fortiori, che una circolare amministrativa *contra legem* può essere disapplicata anche d’ufficio dal giudice investito dell’impugnazione dell’atto che ne fa applicazione, anche in assenza di richiesta delle parti».

⁹⁷ In generale, su tale figura, Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 2750; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515.

⁹⁸ *Ex multis*, si v. la recente Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219 che ha ampiamente trattato la questione. In dottrina, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, 2017.

⁹⁹ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1953, 61 e A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 206 e ss.

¹⁰⁰ Secondo Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016 n. 4478, «la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l’azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni, cosicché, non essendo considerabile quale atto presupposto del provvedimento applicativo ritenuto lesivo, non sussiste l’onere della sua impugnazione; ma questa regola non è applicabile alle circolari del Ministero dell’interno in materia di stato civile atteso che le istruzioni ministeriali in questo settore dell’ordinamento sono

scono carattere propriamente normativo o di atto generale¹⁰¹. In realtà, se ciò accade, è perché non sono (più o solo) norme interne, ma decisioni appunto lesive o, appunto, atti normativi o generali¹⁰².

Si è ripetutamente affermato che la norma interna, in quanto espressa dall'organizzazione, pur essendo "prestazione giuridica", ce devole rispetto a quelle rese da una superiore organizzazione (e, cioè,

normalmente contenute in circolari vincolanti per ogni ufficiale dello stato civile, che deve ad esse uniformarsi – e, quindi, anche nei confronti del sindaco che, nella sua veste di ufficiale dello stato civile, è posto in posizione di subordinazione rispetto al Ministero dell'interno, per quanto non di tipo gerarchico in senso tecnico, se non altro – perché avverso gli atti dell'ufficiale di stato civile non è ammesso alcun ricorso gerarchico, nel sistema previsto dal d.P.R. n. 396 del 2000; la circolare ministeriale, che reca le istruzioni in questa materia, pertanto, vincola gli ufficiali dello stato civile, a differenza delle altre circolari interpretative che, ordinariamente, sono prive di efficacia vincolante nei confronti degli organi periferici – i quali possono, infatti, disattendere l'interpretazione senza che ciò comporti l'illegittimità dei loro atti per violazione di legge – e che si limitano a riproporre il contenuto precettivo di atti normativi in vigore, con la conseguenza che, per l'assenza di una loro immediata lesività, non è configurabile un interesse concreto ed attuale ad impugnarle».

¹⁰¹ In tal caso, ai sensi dell'art. 13, comma 4-*bis*, c.p.a., «La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza».

¹⁰² Secondo Cons. Stato, Sez. I, 14 marzo 2017, n. 567, «le circolari fanno parte della categoria delle norme interne, come ordini, direttive, istruzioni, regolamenti interni, la cui effettiva natura ha costituito oggetto di un articolato e vivace dibattito dottrinale. Sul piano classificatorio, sono state individuate diverse tipologie di circolari: quelle organizzative, che recano disposizioni sul funzionamento degli uffici; quelle interpretative, sulle leggi e regolamenti, con finalità di applicazione uniforme del diritto; quelle normative, attraverso cui gli organi sovraordinati dettano norme di comportamento agli uffici sottostanti nell'esercizio della loro attività; quelle di cortesia, prive di rilevanza giuridica; quelle informative, aventi finalità di informazione dei destinatari su determinati accadimenti utili per l'espletamento di compiti istituzionali; le circolari c.d. regolamento, da taluni definite "false circolari" in quanto aventi la forma tipica della circolare e la sostanza del regolamento e, pertanto, caratterizzate dai requisiti tipici degli atti normativi. Questione dibattuta è l'impugnabilità autonoma della circolare, prima e indipendentemente dal successivo atto con cui l'organo o l'ufficio ne fa applicazione. In giurisprudenza, muovendo dal ritenuto carattere solo interno delle stesse, se ne esclude l'autonoma impugnabilità, in assenza del provvedimento attuativo, in mancanza di un attuale interesse a ricorrere. L'obbligo dell'autonoma impugnativa della circolare a pena d'inammissibilità d'impugnativa del provvedimento a valle, per la giurisprudenza, sussiste invece in relazione a tutte le circolari che siano immediatamente incidenti sulla sfera soggettiva di soggetti esterni all'amministrazione e, in ogni caso, con riguardo a tutte le circolari regolamentari nei (rari) casi in cui siano immediatamente lesive».

dalle fonti), non è riconducibile a (non scaturisce da) una fonte in senso proprio. Trova così agevole spiegazione la circostanza, già più volte sottolineata, per cui, ove violate, le norme interne non danno luogo a quella specifica forma di difformità che il sistema diritto qualifica come violazione di legge.

7. Nel dettaglio: norme interne ed eccesso di potere. Quattro aspetti del regime delle norme interne e quattro modalità di atteggiarsi dei rapporti tra norme interne e decisione finale. Cenni al tema della consumazione della discrezionalità

Quanto in ultimo osservato impone di affrontare il tipo di conseguenza che, in ordine al regime dell'atto applicativo, deriva dalla violazione delle norme interne.

Si è ampiamente osservato come risalga a Cammeo la felice intuizione secondo cui l'atto amministrativo che, senza offrire un'adeguata motivazione, non rispetti le norme interne sarebbe viziato sotto il profilo dell'eccesso di potere¹⁰³. Ciò consente di cogliere e riassumere quattro aspetti del regime della figura in esame.

a) Le norme interne (in quanto mere predecisioni) non sono direttamente lesive delle situazioni giuridiche che albergano sul piano dell'ordinamento generale.

b) Esse sono derogabili dall'atto applicativo.

c) Vengono in evidenza, beninteso per l'ordinamento generale, non già autonomamente, ma soltanto assieme al provvedimento applicativo: senza la decisione puntuale e concreta, con il loro eventuale potenziale lesivo, esse giacciono inerti nell'ordinamento derivato, proprio perché non si "amalgamano" con quelle dell'ordinamento generale.

d) Infine, le norme interne sono sviluppo ed esercizio di una facoltà di autoorganizzazione e non già doveroso esercizio del potere amministrativo puntuale e concreto.

Ci si deve interrogare sulla ragione più profonda che giustifica la possibilità per l'amministrazione di seguire le norme interne salvo, appunto, discostarsene motivando adeguatamente (eventualità che pos-

¹⁰³ In materia di circolari, si v. Cons. Stato, Sez. IV, n. 1458/2016, cit. Sull'applicazione del vizio di eccesso di potere con riguardo alle norme interne e alle circolari, si v., da ultimo, M. TRIMARCHI, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. ammin.*, 2017, 1300 e ss.; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 e ss.

siamo chiamare “regola di Cammeo”). Più in generale, occorre analizzare i quattro scenari che si aprono trattando dei rapporti tra decisione concreta, norma interna e ordinamento generale.

I) Pare intanto potersi individuare una dinamica del tutto interna all’ordinamento particolare, percepita con relativo disinteresse da quello generale. Agendo in conformità alle norme interne, l’ordinamento particolare rispetta fisiologicamente il “mondo” che, per non ritornare continuamente a ricostruire l’intera complessità delle situazioni, ha esso stesso costruito. Dal punto di vista dell’ordinamento generale, che tratta il tema della legittimità della decisione finale (risultato dell’esercizio di un potere), tutto ciò è accettabile in una logica di coerenza complessiva, che può essere declinata lungo due direzioni: coerenza astratta, rispettata ove il provvedimento sia conforme alle norme interne; coerenza in concreto ed *ex post*, ove il decisore dimostri che migliore e più coerente è una scelta diversa. E infatti la semantica dell’ordinamento generale esprime principi quali il buon andamento e la ragionevolezza che certamente costituiscono una cornice adeguata a inquadrare la vicenda ora descritta¹⁰⁴.

Ove si assuma una decisione non in linea con la norma interna, tuttavia, irritata da questa possibilità, l’organizzazione, a fini interni, di auto-osservazione e di adeguata comunicazione all’esterno, deve ricostruire la complessità della situazione (o, meglio, delle modalità escogitate in concreto per renderla sopportabile e ridurla) e della diversa alternativa individuata. Occorre comunque rilevare come, in ragione del fatto che le norme interne non sono imm modificabili, l’organizzazione sia abilitata a individuare un’altra via, più adeguata, per decidere, assorbendo in concreto l’incertezza.

Tendenzialmente, anche l’ordinamento generale pretende che la

¹⁰⁴ Già si è ripetutamente detto che il meccanismo del *comply or explain* si ritrova anche nel caso di pareri non vincolanti, così come la coerenza e la non contraddittorietà possono essere invocate per censurare atti in contrasto con precedenti provvedimenti relativi alla stessa vicenda. Si tratta di una parziale sovrapposizione di regime (che si spiega ricorrendo al criterio di coerenza richiamato nel testo e) che non deve fare dimenticare la circostanza che solo le norme interne sono premesse decisionali astratte espressione di un ordinamento giuridico particolare, laddove negli altri casi si è in presenza dell’esercizio di un potere in senso proprio o dello svolgimento di una funzione (consultiva) differente da quella di autoorganizzazione. Un discorso analogo (e un’analoga differenza ontologica) può essere svolto con riferimento alla rilevanza degli ordini puntuali e concreti.

ragionevolezza sia giustificata a fronte di uno scarto rispetto al prevedere che, per lo più, dovrebbe essere rispettato al momento di provvedere in concreto. Spingono in questa direzione il principio di ragionevolezza, l'esigenza di coerenza complessiva e, laddove sussistano ipotesi di precedenti decisioni assunte in attuazione della norma interna, il rispetto del generale principio di imparzialità dell'agire amministrativo.

Ecco spiegato il senso della motivazione richiesta per disattendere la norma interna. La "regola di Cammeo", appunto.

II) Per la stessa ragione, senza motivazione l'atto di "ribellione" è normalmente illegittimo.

III) Si badi, tuttavia, che, in una logica sostanziale certamente non estranea al diritto amministrativo (si pensi alla *ratio* sottesa all'art. 21-*octies*, l. 241/1990, ancorché siffatta norma concerna ipotesi di violazione di norme poste da fonti in senso tradizionale e, in uno dei due casi disciplinati, si riferisca all'attività vincolata), non è escluso che l'ordinamento generale ritenga sufficiente che la scelta finale risulti ragionevole, senza subordinarne la legittimità a una specifica motivazione che dia conto delle ragioni per cui si è ritenuto di non conformarsi alla norma interna, soprattutto se illegittima. L'esperienza concreta, infatti, mostra che non sempre la "regola di Cammeo" è rispettata. Soprattutto ponendo mente alle realtà concrete e quotidiana dell'agire dei soggetti pubblici, talora l'amministrazione decide senza motivare le ragioni per cui non segue quella specifica prassi e ciò non genera illegittimità nella decisione finale comunque "corretta". In sostanza, si verifica una ribellione alle norme interne avallata – o non impedita – dall'ordinamento generale.

A tacere dei casi (qualitativamente diversi) in cui la rilevanza sull'azione amministrativa del rispetto della norma interna sia rafforzata e imposto da una disposizione dell'ordinamento generale¹⁰⁵ e al netto delle ipotesi – assai frequenti – nelle quali il problema esiste, ma non affiora nelle aule giudiziarie, non è facile delimitare e censire le situazioni in cui la disobbedienza immotivata rispetto alla norma interna, legittima o illegittima che essa sia, non trasmoda in illegittimità per l'ordinamento generale. Ciò che è certo è che, quando ciò accade, sul piano interno si registra una forzata (perché indotta dall'esterno)

¹⁰⁵ Si v. *infra*, paragrafo seguente.

modifica della norma interna, fenomeno probabilmente fonte di un'irritazione interna destinata a rimanere latente. Vi è comunque da aggiungere (profilo che dovrebbe contenere lo spazio di incidenza dell'ipotesi qui prospettata) che, indipendentemente dal carattere legittimo o meno della norma interna, ove la stessa venga comunicata e percepita all'esterno dai privati, il rispetto della stessa dovrebbe diventare rilevante perché la semantica dell'ordinamento generale contempla principi quali la buona fede e l'affidamento che sarebbero violati dall'azione amministrativa complessiva che risulterebbe dunque illegittima. Ciò accade tutte le volte in cui il materiale regolatorio appunto comunicato all'esterno (ad esempio, in ottemperanza agli obblighi di comunicazione *ex art. 12, d.lgs. 33/2013*) sia trattato come completamente irrilevante, a danno del privato, senza fornire alcuna motivazione. In tale ultimo caso – in presenza, cioè, di motivazione – si ricade nelle fattispecie esaminate *supra, sub I e II*. Laddove acconsente all'applicazione del meccanismo della disapplicazione della norma interna illegittima, la giurisprudenza rischia di frustrare il funzionamento di questi due meccanismi, imponendo una modifica *ex post* della norma interna medesima, al contempo condannando all'irrilevanza la prescrizione originaria.

IV) Dopo avere analizzato tre casi di “ribellione” rispetto alla norma interna, trattiamo di un'ulteriore possibilità, quella, cioè, dell'applicazione della norma interna illegittima da parte del provvedimento puntuale. Si tratta delle ipotesi in cui la decisione risulta coerente rispetto alle censurabili norme interne che l'organizzazione si è data e ciò determina un atto illegittimo sotto il profilo dell'ordinamento generale.

Il tema è particolarmente delicato, per un doppio ordine di ragioni. Da un lato, le norme interne (incontrollabili, quasi alla stregua di un oscuro fenomeno di *gold plating*) sono spesso fonte di soprusi e risultano decisamente censurabili; d'altro lato, proprio per la necessità, ai fini della deroga nel caso concreto, di dovere ricostruire tutta la complessità e di ripercorrere le alternative già “processate”, per vischiosità, stanchezza od opportunismo, molto spesso le amministrazioni si adeguano alle proprie premesse decisionali, ancorché non convincenti.

Utilizzando una propria prevalente semantica, anche in questo caso l'ordinamento generale si impone e induce un allineamento delle norme interne illegittime. Posto che, come osservato, la semantica dell'ordinamento generale (o, altrimenti detto, le norme prodotte dalle

sue fonti) prevale su quella (il “diritto”) degli ordinamenti derivati, va qualificato come illegittimo il provvedimento puntuale e concreto conforme a norme interne, ma che risulti contrastante con fonti dell’ordinamento generale.

Dal punto di vista del processo amministrativo, ancora una volta, può essere impiegato lo strumento della disapplicazione normativa, dovendosi peraltro aggiungere che, in merito alla condotta del privato, l’affidamento creato da quelle norme interne potrebbe rilevare, ad esempio, sotto il profilo dell’errore scusabile in relazione a fattispecie sanzionatorie o di responsabilità¹⁰⁶. Il profilo interno di queste disposizioni ha poi le già annotate ricadute sul piano delle responsabilità degli agenti pubblici che, nel decidere, se ne discostino¹⁰⁷. Ai fini della sussistenza dell’illecito erariale compiuto dal dipendente in violazione di leggi, secondo la Corte dei conti sussisterebbe l’irrilevanza, anche sotto il profilo della scusabilità della colpa, del rispetto o della presenza di norme interne *contra legem*¹⁰⁸. Ancora, spostandoci nel settore, proprio del diritto privato, del rapporto di lavoro nel pubblico impiego, in materia di sanzioni disciplinari emerge la scelta affatto radicale operata dal legislatore, che ha escluso aprioristicamente la validità di disposizioni (anche) interne di regolazione dei relativi procedimenti. Difatti,

¹⁰⁶ Per un’applicazione, si v. art. 10, comma 2, l. 27 luglio 2000, n. 212 (recante «Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente»): «Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell’amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall’amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell’amministrazione stessa». Su questa disposizione, si v. riflessioni di G. BOTTINO, voce *Norme interne*, cit., 67. Si rammenta la già segnalata giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui «Le circolari ministeriali in materia tributaria non costituiscono fonte di diritti e obblighi, sicché, ove il contribuente si sia conformato a un’interpretazione erronea fornita dall’Amministrazione finanziaria, non è esonerato dall’adempimento dell’obbligazione tributaria, essendo esclusa soltanto l’irrogazione delle relative sanzioni e degli interessi, in base al principio di tutela dell’affidamento, espressamente sancito» dalla norma sopra riportata (così Cass. civ., Sez. trib., n. 18618/2019, cit.). Infine, sul fronte della responsabilità amministrativa dell’agente pubblico, si v. quanto *supra* annotato in merito all’orientamento seguito dalla giurisprudenza della Corte dei conti.

¹⁰⁷ Oltre a quanto annotato *supra*, parte I, paragrafi 3, 4, 7, 12, si v. anche *infra*, paragrafo 8.

¹⁰⁸ *Ex multis*, si v. Corte conti, Sez. I appello, 9 luglio 2018, n. 278; Corte conti, Sez. II appello, 11 novembre 2019, n. 389. Si v. anche G. BOTTINO, voce *Norme interne*, cit., 65 e s., nonché la trattazione che sarà condotta *infra*, paragrafo 8.

l'art. 55-*bis*, comma 9-*bis*, d.lgs. 165/2001, stabilisce che «Sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare».

A conclusione di questa rassegna di ipotesi, si può osservare che le norme interne sono cedevoli "verso l'alto" (le fonti dell'ordinamento) e "verso il basso" (secondo il meccanismo del *comply or explain*). In taluni casi, però, esse possono essere non rispettate (al contempo modificandosi) in nome di un parametro dell'ordinamento generale (*modify – by a breach of them – to comply the law*).

In un'ottica liberale, l'assetto complessivo così conseguito si fa apprezzare perché, nei quattro casi testé individuati, si raggiunge l'auspicabile obiettivo di imbrigliare il potere. Infatti, il decisore:

- deve rispettare le premesse decisionali (legittime) che l'ordinamento particolare si è dato;
- deve motivare ove intenda da esse discostarsi;
- in casi eccezionali, può ribellarsi alle medesime invocando una legalità superiore;
- non può comunque adottare un atto illegittimo invocando il rispetto di norme interne non in linea con l'ordinamento generale.

L'ultimo punto implica anche l'importante corollario secondo cui le norme interne non sono in grado di rendere discrezionale un provvedimento che l'ordinamento generale delinea come vincolato, fermo restando che, come già osservato, l'affidamento ingenerato dall'amministrazione attraverso la divulgazione di norme interne potrebbe rilevare sotto profili diversi.

Quanto rilevato coincide in sostanza con il tipo di lettura che del fenomeno offre il giudice amministrativo¹⁰⁹, completando lo statuto delle norme interne in virtù del principio secondo cui esse sono scrutinate nel momento in cui si sindacava la legittimità dell'atto applicativo che è esercizio di un potere attribuito dall'ordinamento generale. Osservazione che pare di per sé sufficiente a giustificare l'indagine qui condotta sull'autonomia delle norme interne.

¹⁰⁹ Altri rimedi, non a caso in qualche misura ancora interni, come l'autotutela, non funzionano appieno e non sono (ancora) in grado di scongiurare i rischi connessi al mancato rispetto delle norme interne o al pedissequo conformarsi a quelle illegittime; in materia, si v. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

Posto che il trattamento della figura è quello tipico del diritto amministrativo, preoccupato di proteggere le libertà dei privati, si conferma la valenza garantistica dello stesso. Ove si considerino nel loro complesso le quattro regole e i quattro scenari sopra tracciati, si coglie al contempo come esse definiscano le condizioni al ricorrere delle quali l'ordinamento accetta che norme siano prodotte al di fuori del sistema delle fonti. Ciò in quanto esse restano, per così dire, "imbrigliate". Raccordate al sistema del diritto, esprimono una semantica che è però subordinata a quella dell'ordinamento generale, nel senso che, attraverso i valori della coerenza (*supra*, *sub* I e II) e della legalità (*sub* III e IV), quest'ultimo è in grado di imporsi, così confinando le norme interne alla dimensione di fenomeno espressione di un essenziale bisogno regolatorio che mai può trasmodare in vera ribellione rispetto alle scelte dei soggetti che sono collocati all'interno del processo politico.

In altri termini, rispettate le suddette condizioni, l'ordinamento tollera che materiale prescrittivo venga prodotto da soggetti che non sono abilitati ad adottare fonti.

Invero, rimane sullo sfondo un ulteriore e grave problema che sorge allorché ricorra un diverso scenario: norme prodotte da un'organizzazione (del pari sottratta al circuito della legittimazione politica) che costituiscono la fonte privilegiata di disciplina di alcune fattispecie, per una sorta di "abdicazione" da parte di quelle tradizionali. Deve, cioè, spiegarsi come ciò si concili con l'assetto istituzionale complessivo, posto che non trova applicazione il complesso sistema di limiti delineato nel corso di questo paragrafo.

Tale questione sarà espressamente trattata in seguito (si v. paragrafi 8 e 9). Per il momento, giova ancora indugiare brevemente sul fatto che le norme interne sono espressione di un principio di autoorganizzazione, che rimane distinto dallo svolgimento di un potere in senso proprio (vicenda che ricorre nella diversa ipotesi di autolimita) o dello svolgimento di una funzione consultiva (parere non vincolante). Se ciò è vero, guardando alla scansione "prevedere - provvedere", in seno al loro studio non è pertinente il richiamo alla vicenda di "consumazione della discrezionalità"¹¹⁰ che può porsi alla base dell'istituto, disciplinato dall'art. 31, c.p.a., della condanna a provvedere.

¹¹⁰ Per un cenno, sotto un profilo ovviamente diverso, si v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 136, secondo il quale, allorché l'atto amministrativo si fondi su «norme che le singole istituzioni minori... pongono da loro stesse», è difficile che il potere «possa essere discrezionale».

Infine, va aggiunto che non esiste uno statuto specifico degli atti da cui derivano le norme interne e una regola generale relativa alla loro validità. D'altronde, per le ragioni ampiamente indicate, a questo livello non sembra potersi applicare meccanicamente la "semantica" dell'ordinamento generale propria del regime dei provvedimenti o delle fonti. Pertanto, salvo indicazioni differenti provenienti in particolare dal medesimo ordinamento derivato (oppure dall'ordinamento generale come nel caso delle direttive o delle linee guida), vige il principio della libertà delle forme e un'applicazione solo tendenziale del principio di competenza¹¹¹. D'altro canto, il decisore spesso si adegua alla norma interna¹¹² senza interrogarsi circa la sua correttezza formale: tanto basta per indurre l'osservatore esterno a ritenere rilevante quella manifestazione giuridica regolatoria.

Più in generale, pur se manifestazioni della legalità dell'ordinamento giuridico dell'organizzazione, le norme interne non soggiacciono al principio di legalità, che afferisce invece all'ordinamento generale, a eccezione dei casi in cui quell'ordinamento consideri talmente rilevanti le semantiche espresse dall'organizzazione-ordinamento da assegnare alle norme in disamina una diretta rilevanza esterna, in tal modo conferendo un tradizionale potere all'organizzazione, in ossequio al citato principio di legalità (sul punto, si v. *infra*, paragrafo 9).

8. *Alcuni esempi di norme interne: ulteriore rilevanza delle stesse. Una distinzione di rilievo: prevedere futuri comportamenti dell'organizzazione o porre prescrizioni incidenti sulle relazioni intersoggettive*

Già si è fatto ripetutamente cenno ad alcune categoria di norme interne, quali le circolari, le istruzioni e le prassi.

Un altro esempio di norme interne può essere colto ponendo mente al fenomeno della standardizzazione di processi decisionali. Ad

¹¹¹ Da questo punto di vista paiono ancora attuali le osservazioni svolte da Silvestri con riferimento alle norme interne: si v. *supra*, parte I, paragrafo 7. Sulle direttive, *ex multis*, si v. G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo. Profili generali*, Milano, 1993.

¹¹² Essendo comunque emanate da un'autorità amministrativa, si pone poi la questione della disapplicazione di cui all'art. 5, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248, da parte del giudice ordinario in ordine alle norme interne illegittime: sul punto, si v. *supra*, paragrafo 6.

esempio, disciplinando il piano anticorruzione, l'art. 1, comma 9, lett. b), l. 6 novembre 2012, n. 190, prevede per le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione l'attivazione di idonei meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire detto rischio. Queste "regole" si pongono come previsione astratta in vista di provvedimenti futuri; nel caso di specie, peculiare è anche la sanzione, nel senso che, nell'ipotesi di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza risponde ai sensi dell'art. 21, d.lgs. 165/2001, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano e di avere vigilato sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso.

Più incerto è il profilo della rilevanza, sotto il profilo del regime dell'atto "ribelle", della violazione di una prescrizione del piano. Nella misura in cui essa non sia ripetitiva di fonti dell'ordinamento, in coerenza con quanto sin qui osservato, sembra doversi affermare che la fattispecie possa ricondursi al modello dell'eccesso di potere¹¹³.

Ancora, ai sensi, dell'art. 23, l. 18 giugno 2009, n. 69, come modificato dall'art. 53, d.lgs. 33/2013, «L'elaborazione e la diffusione delle buone prassi sono considerate ai fini della valutazione dei dirigenti e del personale». L'accenno disvela un esempio di come la violazione di una norma interna possa rilevare a fini della valutazione e della responsabilità del dipendente. Può trattarsi, appunto di responsabilità dirigenziale o disciplinare, oppure di illecito civile¹¹⁴ o amministrativo-

¹¹³ TAR Abruzzo, Sez. I, 7 gennaio 2020, n. 4, invero, ha qualificato come illegittima l'azione amministrativa posta in essere in violazione del piano anticorruzione (nel caso di specie si trattava della formazione di una commissione), significativamente cercando il conforto di una norma di legge che verrebbe violata contestualmente alla "ribellione" rispetto a una prescrizione del piano anticorruzione. Infatti, nell'arresto in disamina per «chiarire la fonte della rilevata illegittimità», il giudice ha cura di precisare che «l'articolo 1 comma 3 della legge 190 del 2012 ha appunto disposto che l'ANAC può ordinare "la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani"; e siccome la rimozione, cioè l'annullamento d'ufficio (cfr. Tar Milano sentenza 2215 del 2019), presuppone l'illegittimità del provvedimento da rimuovere, se ne deduce che tale contrasto comporta *ex lege* (l'articolo 3 comma 1 cit. appunto) il vizio di violazione di legge». In sostanza, si avrebbe qui un caso in cui l'ordinamento generale, pur se in modo implicito, prescrive con una propria fonte di rispettare la norma interna.

¹¹⁴ Anche dell'amministrazione: TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 13 agosto 2003, n. 1290, ha affermato che, in materia di responsabilità extracontrattuale

patrimoniale, nella misura in cui, ad esempio, quella violazione integri (o faccia emergere o concorra a dimostrare) il mancato rispetto di uno standard di diligenza o consenta di qualificare come illecita la condotta¹¹⁵. In tale ultimo caso, la norma interna, o, meglio, la prescrizione o la qualificazione che essa pone, è oggetto di un rinvio da parte dell'ordinamento generale (della relativa "semantica") nell'ambito della qualificazione complessiva di una fattispecie.

Si possono ancora ricordare i piani della *performance* (e gli standard ivi indicati), i codici di comportamento (art. 54, d.lgs. 165/2001, che, peraltro, scolpisce anche la rilevanza della loro violazione sotto il profilo della responsabilità)¹¹⁶, i codici etici¹¹⁷, le prassi¹¹⁸.

dell'amministrazione, l'elemento soggettivo della colpa può essere individuato in via presuntiva ogni volta che sia dimostrata la violazione di norme, regolamenti o disposizioni interne, o la sussistenza di chiari sintomi di eccesso di potere che l'amministrazione non sia in grado di giustificare.

¹¹⁵ Si v., ad esempio, Corte conti, Sez. giurisd. Marche, 15 febbraio 2018, n. 11: nel caso di specie, la condotta illecita era avvenuta appunto in violazione di disposizioni interne. Corte conti, Sez. III appello, 3 agosto 2011, n. 596, ha affermato la sussistenza della colpa grave nel comportamento del dipendente pubblico consistito nel disattendere le disposizioni ministeriali indicanti i criteri di determinazione dell'indennità di sede spettante al personale di una delegazione diplomatica.

¹¹⁶ L'art. 54, comma 3, d.lgs. 165/2001 stabilisce che «La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniquale volta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55-quater, comma 1» (tale norma si occupa di licenziamento).

¹¹⁷ Significativa in materia è la decisione Cons. Stato, Sez. II, 26 gennaio 2012, n. 361/2012, secondo cui «la violazione del codice etico, a parte riflessi sul piano disciplinare, 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*. 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».

¹¹⁸ Non mancano comunque, nel nostro ordinamento, ulteriori esempi di norme interne. Un esempio è la Direttiva 24 aprile 2018, n. 3 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione cui, in tema di reclutamento del personale, spetta definire indirizzi sullo svolgimento delle prove e sulla valutazione dei titoli, ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale ai sensi dell'art. 35, d.lgs. 165/2001. Norme interne nel senso qui assunto possono essere anche alcune delle misure relative all'organizzazione degli uffici: ai sensi dell'art. 5, d.lgs. 165/2001, «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rap-

Anche in queste ipotesi, le conseguenze sul piano della validità dell'atto concreto del mancato rispetto delle norme interne vanno ricondotte al vizio di eccesso di potere. A meno che una norma di fonte primaria ne imponga il rispetto, posto che, in tale ultimo caso, la ribellione alla norma interna integra in realtà la violazione della legge, per espressa volontà dell'ordinamento generale.

Di interesse è pure il meccanismo introdotto dall'art. 1, d.l. 16 marzo 2020, n. 33, convertito nella l. 14 luglio 2020, n. 74 (che opera l'equiparazione tra linee guida e protocolli, entrambi vincolanti), ai sensi del quale le «attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale...» (comma 14); «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza» (comma 15).

Infine, le riflessioni fin qui svolte consentono di individuare una distinzione, all'interno della categoria delle norme interne, tra materiale regolatorio prodotto da centri organizzativi costituito da previsioni generali in vista di future decisioni dell'amministrazione (in parte simili alle norme di azione), da un lato, e qualificazioni che operano direttamente sul piano delle relazioni intersoggettive in ragione del fatto che l'organizzazione distribuisce la tipica prestazione del diritto, dal lato opposto.

Le prime corrispondono propriamente alle predecisioni in vista di future decisioni delle organizzazioni. Le seconde rappresentano semantiche

porti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro». Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo loro natura provvedimentale, ha ammesso che, mediante il procedimento relativo all'«attività amministrativa organizzativa», «a livello macroorganizzativo, l'amministrazione non entra in relazione diretta con i titolari di situazioni giuridiche soggettive, ma crea soltanto presupposti alla instaurazione di rapporti giuridicamente rilevanti con tali soggetti» (così Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5143).

giuridiche (regole precettive) delle organizzazioni piuttosto che vere e proprie predecisioni e, come anticipato, possono essere espresse in quanto le organizzazioni si intestino la funzione del sistema diritto.

In taluni casi, poi, come accade nel sopra richiamato meccanismo disciplinato dal d.l. 33/2020¹¹⁹ e – trattando di linee guida – come meglio si verrà illustrando nel corso del prossimo paragrafo, quella “semantica” (prescrizione o qualificazione di fattispecie) è addirittura richiamata da una norma dell’ordinamento generale o rilevante al suo interno.

9. I corollari della teoria: a) Cedu, linee guida e diritto ultrastatale

Attingendo alla prospettiva della pluralità dei punti di vista, può aggiungersi che, in quanto espressione di una istanza di obiettivazione dell’agire amministrativo prima che si giunga al provvedere concreto, le norme interne parrebbero potere rilevare ai fini del rispetto del principio di legalità declinato come ragionevole prevedibilità delle misure nella prospettiva Cedu.

Più nel dettaglio, occupandosi dei casi di violazione delle norme convenzionali sulla proprietà (art. 1, Prot. addiz.), alla Corte di Strasburgo sostanzialmente interessa che sussista la prevedibilità *ex ante* del comportamento dell’amministrazione, indipendentemente dal tipo di fonte che costituisce il parametro di riferimento¹²⁰. Si ravvisa in questo caso un chiaro esempio in cui un ordinamento diverso (quello Cedu) “tratta” e considera (nella prospettiva di una propria “semantica”) il materiale regolatorio prodotto da centri di potere interni allo Stato.

Pur necessitando di alcune precisazioni di rilievo, un ulteriore istituto per la cui migliore comprensione pare utile muovere in riferimento alle norme interne è quello delle linee guida¹²¹. Esso è di interesse perché consente di affrontare la questione, *supra* adombrata, della pos-

¹¹⁹ Già s’è fatto un cenno alla rilevanza delle linee guida in relazione alle responsabilità dei datori di lavoro nel periodo della pandemia (art. 29-*bis*, d.l. 8 aprile 2020 n. 23, convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40, che richiama le linee guida e i protocolli di cui al cit. d.l. 33/2020 e, in precedenza, circolari Inail 20 maggio 2020, n. 22 e 3 aprile 2020, n. 13).

¹²⁰ Si v., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, 20 aprile 2009, caso n. 75909/01, 23 febbraio 2017, caso de Tommaso; Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330; Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24,

¹²¹ In questo senso, infatti, v. V. BERLINGÒ, *Contributo ad uno studio dell’attività amministrativa interna nelle riforme dell’Italia e della Cina*, cit., *passim*.

sibilità che materiale regolatorio (non costituente fonte legata al processo di integrazione politica) espresso da un ordinamento costituisca la regolazione primaria di una serie di fattispecie.

Con specifico riferimento a quelle adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione in relazione al codice dei contratti pubblici¹²², prima della riforma introdotta dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55, Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, aveva individuato tre categorie di linee guida. In particolare, le linee guida e gli altri decreti «ministeriali»¹²³ o «interministeriali» (art. 144, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativo ai servizi di ristorazione) avrebbero «una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste. Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400».

Vi sono poi le linee guida vincolanti, correlate all'esercizio di poteri di regolazione, e quelle non vincolanti, queste ultime accostate alle circolari (ecco, dunque, un suggestivo nesso con le norme interne). Tralasciando la prima categoria di linee guida (incorporate in fonti o atti dell'ordinamento generale), giova riprendere l'analisi di Franco Bassi, il quale aveva specificamente esaminato i vari criteri di collegamento che consentono all'ordinamento generale di «importare» materiali da ordinamenti diversi¹²⁴. Nel caso di rinvio recettizio (o materiale) e di rinvio formale (o alla fonte), egli sosteneva che si avrebbe in realtà un riconoscimento diretto e pieno della prescrizione, sicché il fenomeno non si potrebbe più configurare in senso proprio come utilizzo di norme interne, che sono tali soltanto nella misura in cui le prescrizioni non abbiano piena efficacia nell'ordinamento generale. Il precetto entra a fare parte dell'ordinamento generale (rinvio formale),

¹²² Le linee guida sono previste anche dalla disciplina sulla della trasparenza e in molti altri contesti. Per evitare di allargare eccessivamente il compasso dell'analisi, il discorso avrà comunque a oggetto esclusivamente quelle emanate dall'Anac alla luce del codice dei contratti.

¹²³ Si v., ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, l'art. 24, comma 2, d.lgs. 50/2016; si v. altresì, sulla direzione dei lavori: l'art. 111, commi 2 e 3.

¹²⁴ Si v. *supra*, parte I, paragrafo 10.

oppure è in esso replicato (rinvio materiale)¹²⁵. Soltanto nell'ipotesi di presupposizione questa situazione di "assorbimento" non ricorrerebbe¹²⁶: la norma non avrebbe piena efficacia nell'ordinamento generale o rinviante, limitandosi a disciplinare un elemento di una fattispecie.

Ciò ribadito, posto che le linee guida hanno strutturalmente caratteristiche analoghe alle prescrizioni prodotte dalle fonti dell'ordinamento generale, ci si può chiedere se esse possano configurarsi alla stregua di norme interne che diventano rilevanti nell'ordinamento generale in virtù del meccanismo della presupposizione, che serve a dare appunto rilievo alla norma di un ordinamento diverso. Si avrebbe, più nel dettaglio, una norma dell'ordinamento particolare (*recte*: dell'organizzazione-ordinamento giuridico particolare) che opera direttamente la qualificazione del fatto e una norma dell'ordinamento generale che disciplina una fattispecie, lasciando "in bianco" l'elemento oggetto dello schema prescrittivo ricavabile dalla linea guida, prescrizione appunto presupposta dall'ordinamento generale medesimo.

Questa mossa teorica ai fini dell'inquadramento sistematico delle disposizioni in parola avrebbe l'indubbio vantaggio di sgomberare il campo di riflessione dal complicato approfondimento circa la possibilità di riconoscere alle stesse natura di fonti dell'ordinamento generale. Infatti, le linee guida sarebbero appunto richiamate dall'ordinamento generale e dalle sue fonti, senza che ciò comporti alcuna significativa alterazione della loro articolazione, alla stessa stregua di quanto accade in tutti gli altri casi in cui il meccanismo della presupposizione opera nel nostro ordinamento. Siffatta opzione implica di potere individuare un ordinamento derivato in materia di contratti. Sostenuta da ultimo in dottrina¹²⁷, questa ipotesi ricostruttiva trova conforto in alcuni dati innegabili: provvisto di un proprio codice, il settore si caratterizza per la presenza sia di un rito processuale speciale, sia di un soggetto pubblico che ha il ruolo di "signore" dei contratti, l'Anac.

Tra l'altro, indugiando sull'Autorità anticorruzione, non si può non notare come la sua presenza si giustifichi anche e soprattutto in ragione delle competenze tecniche a esso affidate: tra i caratteri della presupposizione, secondo Bassi, vi sarebbe appunto una sorta di declinazione della propria competenza regolatrice da parte dell'ordina-

¹²⁵ Si v. altresì F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., 16 e ss.

¹²⁶ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 159 e ss.

¹²⁷ P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit. 281 e ss.

mento generale, a favore, in questo caso, di un soggetto “tecnicamente attrezzato” a regolare specifiche fattispecie.

Vero è che di ordinamento derivato potrebbe dubitarsi in ragione del fatto che esso non ha a oggetto un vero e proprio mercato in senso proprio (la disciplina ha piuttosto quale proprio baricentro la fattispecie contrattuale¹²⁸) e, più in generale, che la disciplina dei contratti pubblici parrebbe riassorbita in quello generale, con la conseguenza che non appare dallo stesso distinto. La natura di norme interne potrebbe altresì essere smentita dal fatto che l’art. 1, comma 1, lett. t), l. 28 gennaio 2016, n. 11, prevede l’impugnabilità delle linee guida assunte dall’Anac «innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa», con ciò riconoscendo che si fa questione di atti a rilevanza esterna. Infine, per una quota rilevante delle stesse (quelle vincolanti), il loro carattere non derogabile appare in netto contrasto con il regime delle norme interne.

Rimane però difficilmente contestabile che i destinatari delle norme interne sono soprattutto i soggetti deputati all’affidamento di commesse pubbliche e che, da questo punto di vista, le amministrazioni aggiudicatrici possono essere considerate come parti di un’organizzazione complessiva che fa appunto capo all’Autorità anticorruzione, chiamata sia a definire premesse decisionali in vista dei concreti provvedimenti sia, più in generale, a esprimere proprie semantiche specifiche (come risulta evidente guardando a tutta la produzione giuridica di questo Ente).

Invero, la riflessione di Franco Bassi è assai utile per una ragione differente, che può essere sviluppata addirittura a prescindere dall’adesione alla teorica dei rapporti ordinamentali e alla configurabilità delle linee guida (in particolare, di quelle vincolanti) alla stregua di norme interne. Come si è detto a suo tempo, accanto alla presupposizione e, quindi, al rinvio indiretto a norme interne, l’Autore ammetteva la possibilità di un “riconoscimento indiretto” e parziale di un intero ordinamento. Ebbene, nel caso delle linee guida *ante* riforma del 2019, appare difficile ammettere che ci fosse un riconoscimento solo parziale che consentisse alle norme (e, cioè alle linee guida) di produrre effetti – appunto – solo parziali nell’ordinamento giuridico generale.

La rilevanza e l’estensione delle linee guida vincolanti era tale che il fenomeno poteva piuttosto essere inquadrato ricorrendo all’immagine di un ordinamento che prende in considerazione tutti gli effetti delle linee

¹²⁸ In questo senso, v. ancora P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 290 e s.

guida, le quali non sono colte, per così dire, solo incidentalmente, rimanendo per altri profili indifferenti all'ordinamento generale medesimo o limitatamente alla disciplina di "spezzoni" di fattispecie regolati dall'ordinamento generale. Per altro verso e in continuità con il rilievo testé indicato, le fattispecie cui si applicavano le linee guida vincolanti non apparivano affatto esterne rispetto all'ordinamento generale.

Anche senza scomodare la categoria delle norme interne, dunque, non è chi non veda come il meccanismo del rinvio risulterebbe essere (stato) impiegato in termini quantitativamente così imponenti da imporre comunque una riflessione.

Proseguendo lungo questa via, che Bassi non aveva bisogno a suo tempo di affrontare, il giurista moderno deve cioè chiedersi se sia compatibile con le nostre coordinate istituzionali la scelta di un ordinamento che, in luogo di limitarsi a utilizzare il meccanismo della presupposizione, operi il richiamo diretto di un intero ordinamento o, comunque, faccia ricorso in modo ampio e indifferenziato al meccanismo di rinvio formale. Si prospetta, infatti, una sorta di parziale, ma significativa, apertura da parte dell'ordinamento generale che abbandona interi territori a favore di un regolatore diverso (coerentemente inducendo a qualificare quelle linee guida in termini di "nuove fonti" dell'ordinamento), quasi a guisa di abdicazione totale o tendenzialmente generalizzata della propria funzione normativa.

Tutto ciò riporta in primo piano il problema, su cui *supra* ci si è a lungo intrattenuti e che la prospettiva luhmanniana consente di meglio mettere a fuoco, del difetto di responsabilità politica in capo a chi esercita sostanzialmente un potere prescrittivo rilevante nell'ordinamento generale. Non è un caso che la giurisprudenza e parte della dottrina avessero già cercato di apprestare limiti, di tracciare confini o di delineare prospettive euristiche differenti.

Le linee guida non vincolanti, come detto, erano state ricondotte al modello della circolare.

Per quelle vincolanti è da tempo valorizzato l'esercizio di una funzione specifica, estranea sia alla logica dei rapporti interordinamentali, sia alla teorica delle fonti in senso più tradizionale. Secondo il Consiglio di Stato, le linee guida vincolanti avrebbero natura di «atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare»¹²⁹. In

¹²⁹ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4. Parimenti, si v. Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, che ha reso il parere sullo

questo caso, per decisione dell'ordinamento generale, ad alcuni soggetti ("organizzazioni") indipendenti sono attribuiti poteri di regolazione, che danno luogo ad atti inderogabili.

L'intervento del c.d. "decreto sblocca-cantieri" (il già citato d.l. n. 32/2019, convertito in l. n. 55/2019), infine, ha ridotto la funzione prescrittiva intestata all'Anac, in sostanza confinandola all'area in cui sussiste una specifica copertura eurounitaria, aprendo la via nel settore dei contratti alla riappropriazione di spazi normativi da parte della fonte regolamentare¹³⁰. Invero, ciò non deve fare pensare al superamento della logica (delle scelte di spettanza) dell'ordinamento separato. Residuano, infatti, ancora spazi per le linee guida, rilevanti in forza di presupposizione o di rinvio. Senza scomodare il tema delle fonti, si profila dunque piuttosto un richiamo residuale e quantitativamente accettabile soltanto di alcune delle proposizioni prescrittive che esprime l'ordinamento derivato che fa capo ad Anac, al contempo confermando, almeno in via tendenziale¹³¹, uno dei tratti essenziali delle norme interne: la loro derogabilità¹³², cui si deve accostare la non immediata impugnabilità¹³³.

schema di regolamento per il rilascio di pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del codice dei contratti, ove si è osservato che l'inquadramento delle linee guida vincolanti come atti di regolazione delle Autorità indipendenti «può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*». In termini, Cons. Stato, comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22.

¹³⁰ In particolare, sono demandate alla disciplina regolamentare le seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali.

¹³¹ Restano, infatti, in capo all'Anac importanti – ma più limitate rispetto al passato – competenze regolatorie (vincolanti), che spaziano da quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, a quelle concernenti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, nonché alle linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

¹³² Rimane poi sempre possibile che le scelte dell'Autorità rilevino ad altri fini: esse, «a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, assumono, in ogni caso, valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza», dunque ai fini della responsabilità (Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358/2015).

In conclusione, ripercorrendo questa traiettoria evolutiva e guardandola con le categorie concettuali che offre l'analisi complessiva delle norme interne, pare potersi cogliere che la fattispecie del "rinvio" ai risultati dell'esercizio del potere delle autorità indipendenti incontra specifici limiti¹³⁴, che forse erano stati superati nel periodo delle linee guida vincolanti dell'Anac.

Oggi il sistema trova un assetto tendenziale caratterizzato dalla presenza di fonti tradizionali, di uno spazio tollerabile di regolazione e (secondo lo schema proprio delle norme interne) di linee guida derogabili.

Quanto al secondo profilo, appunto perché ora contenuto, il riconoscimento di un'area per la produzione di regole "primarie" da parte di un soggetto sottratto al processo di integrazione politica può meglio essere tollerato dal sistema giuridico, così come dal sistema della politica.

Indugiando appunto sulle linee guida vincolanti, correlate alla funzione di regolazione, va osservato che la legittimità di questo modello era stata riconosciuta dalla giurisprudenza soltanto a condizione che fosse rispettato il principio di legalità (necessario in ragione del fatto che le linee guida possono conformare direttamente le situazioni giuridiche dell'ordinamento generale, senza essere "mediate" da un provvedimento ulteriore); che sussistesse una copertura costituzionale e/o una copertura comunitaria¹³⁵; che, soprattutto, sussistesse una vivida matrice tecnico-settoriale dell'intervento¹³⁶, pure garantendo la sindacabilità di quegli atti. Non può non rilevarsi come, in passato, probabilmente, per la loro latitudine, le linee guida vincolanti dell'Anac non potevano essere tutte ricondotte all'istituto della regolazione. Questo

¹³³ TAR Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735, ha qualificato alla stregua di non vincolanti le «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», approvate dall'Anac con determinazione 8 novembre 2017, n. 1134.

¹³⁴ Si v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, in materia di poteri di dettare una disciplina impositiva di obblighi ai distributori da parte dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. In ogni caso, allargando l'orizzonte di riferimento, ampio rinvio a disposizioni da adottarsi in linee guida a opera dell'Agenzia per l'Italia digitale è previsto nella legislazione di semplificazione *post* emergenza da Covid-19 (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), a testimonianza che si tratta di fonti prescrittive tutt'altro che destinate al definitivo superamento.

¹³⁵ Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 14 febbraio 2005, n. 11603.

¹³⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

riporta in primo piano il tema dei limiti del rinvio a materiali regolatori di altri ordinamenti che appunto lo studio delle linee guida aiuta a cogliere.

Quanto fin qui osservato ha una valenza sistematica più ampia, nel senso che consente di individuare i confini entro cui l'ordinamento generale, senza attivare proprie fonti, può attingere a materiali regolatori (che spesso non si limitano e "prevedere" in generale secondo il modello delle norme di azione) prodotti da ulteriori centri, esterni al proprio perimetro. Si pensi alle prescrizioni provenienti da soggetti collocati oltre le colonne d'Ercole della sovranità. A tacere del fatto che spesso il problema non si pone, posto che quel materiale "atterra" nel nostro ordinamento in forza di un rinvio (si pensi al tema dei contratti: artt. 49 e 68, d.lgs. 50/2016), in assenza di altri meccanismi di collegamento, giammai l'ordinamento nazionale, in modo massiccio e incontrollato, potrebbe abdicare al proprio ruolo regolatorio a favore di quelle prescrizioni, senza rispettare, cioè, i controlimiti che si sono indicati. A lungo andare, preoccupata dal problema del consenso e come dimostrato da altre reazioni di Stati europei, la politica non lo consente.

Ci si può chiedere se tutto ciò valga anche per le norme prodotte negli ordinamenti privati. La questione merita una specifica analisi, che sarà condotta dopo avere menzionato un ulteriore tema, quello dell'attività interna e dopo avere effettuato un'ultima sintesi conclusiva in ordine alla regolazione. Essa non si inquadra nel fenomeno delle linee guida derogabili (cui consegue il corredo di limiti e garanzie illustrate nel corso del paragrafo 7), né si esprime per mezzo di fonti tradizionali, posto che non si ravvisa quello spazio per un processo di integrazione politica di cui si è fatto cenno nel corso del paragrafo 5. Piuttosto, per "specialissimi motivi"¹³⁷ (si potrebbe dire: per consentire un'integrazione economica), l'ordinamento generale abdica alla disciplina diretta – ossia con fonti tradizionali – di alcune fattispecie limitate, lasciando spazio alla funzione di regolazione (che, tra l'altro, rispetto a quanto accade per le fonti tradizionali, può espandersi senza incontrare ostacoli nella legislazione regionale), ma apprestando i limiti sopra individuati.

¹³⁷ Un'ulteriore possibilità colta dalla dottrina, infatti, è quella che ricorre allorché la legge si ritragga e garantisca uno spazio ad altri atti (come accennato nel testo) "per specialissimi motivi" di per sé privi dei caratteri politici generali che qualificano gli atti-fonte: G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I - Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 17 (ciò accade, ad esempio, per i regolamenti interni degli organi costituzionali).

10. Segue: b) *l'attività interna*

Nel corso della prima parte del lavoro si è fatto ripetutamente cenno all'attività interna, precisando però che essa non costituisce il fulcro della ricerca qui condotta.

Pare tuttavia opportuno svolgere alcune ulteriori precisazioni al riguardo.

A differenza delle norme interne (qualificabili in positivo ricorrendo alla prospettiva ordinamentale), l'attività interna si misura solo in termini negativi, posto che attiene a quelle operazioni e a quegli atti che non hanno alcuna immediata efficacia sul piano dell'ordinamento generale: si pensi all'attività di studio e all'istruttoria¹³⁸.

Ciò trova agevole spiegazione ove, riprendendo quanto chiarito nel paragrafo 4, si consideri che, in questi casi, non si è (ancora) al cospetto di una decisione che deve essere comunicata all'esterno.

L'attore non "parla" a nome dell'organizzazione e non impegna la propria responsabilità¹³⁹.

Il che ovviamente non esclude che quell'attività possa essere in parte disciplinata da norme interne, il cui spettro di azione è però potenzialmente più ampio; per altro verso, secondo le consuete regole dell'agire amministrativo, essa può diventare rilevante al momento in cui si adatterà un provvedimento avente efficacia sul piano dell'ordinamento generale, in grado dunque di pregiudicare la posizione giuridica di terzi.

¹³⁸ Non a caso la migliore definizione di questa tipologia di attività pare potersi formulare "in negativo", trattandosi di quella attività amministrativa «priva di rilevanza al di fuori dell'amministrazione in cui si svolge»: così E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 524. In generale, quel materiale interno potrebbe essere rilevante come fatto per l'ordinamento giuridico generale: in questa prospettiva, si v. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 121 e ss.

¹³⁹ Come già notato da M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, cit., 991 (che pure utilizzava una terminologia in parte diversa), non vi è «alcuna ragione per non considerare attività interna anche quella che si svolge in organizzazioni pubbliche che non danno luogo ad ordinamenti giuridici», dal momento che essa potrebbe realizzarsi in contesti organizzativi che non superano la soglia di esistenza di un ordinamento o di una organizzazione.

11. *Cenni agli ordinamenti dei privati*

Nel presente lavoro ci si proponeva di analizzare il materiale regolatorio prodotto da centri pubblici, ove il fenomeno delle norme interne, proprio perché comporta l'aggiunta di "potere" a "potere" (pubblico e tipizzato dall'ordinamento generale) è particolarmente delicato e significativo.

La sistematizzazione teorica che si è tentato di offrire, invero, come si è visto nel corso del paragrafo 9, consente di dare ragione anche del trattamento del materiale proveniente da centri (spesso pubblici, ma non necessariamente tali, come accade per alcune organizzazioni volte a fornire certezza giuridica o a produrre standard) collocati all'esterno del compasso della nostra sovranità. Non ci si può allora non chiedere, se il tentativo sistematico in parola non possa altresì utilmente gettare luce sui rapporti tra ordinamento generale e ordinamenti, in esso inclusi, dei privati, ove non mancano certo bagliori di pericolosi poteri, tema peraltro costantemente trattato nella nostra dottrina.

Intanto, va osservato che, mentre le organizzazioni pubbliche sono sempre oggetto di interesse per il diritto in virtù dei principi costituzionali che attivano una serie di principi e di "semantiche" (si pensi ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità, garanzia di tutela giurisdizionale nei confronti dei relativi atti, nonché al profilo del rapporto con la politica), ciò non necessariamente accade per l'ordinamento dei privati. Ma non pare di potersi fermare a questa semplice osservazione, perché siffatta conclusione è fondata soltanto nei limiti in cui non si superi una certa soglia di rilevanza. In forza di principi quali la correttezza e la buona fede, infatti, è arduo immaginare organizzazioni, che pure assumano il primato funzionale di altri sistemi, le cui decisioni e le cui premesse decisionali sfuggano completamente al sistema diritto¹⁴⁰.

Prima di procedere nell'analisi e di meglio spiegare questa dinamica, s'impone una riflessione sulla distinzione pubblico-privato.

Gli ordinamenti interni fin qui esaminati sono espressione di organizzazioni che in senso lato costituiscono emanazione della politica e per

¹⁴⁰ Si tratterebbe di organizzazioni che, pur operando sulla base di premesse decisionali, non adottano il codice binario del diritto (si potrebbe ipotizzare, almeno al di sotto di una certa soglia di rilevanza, il caso dell'organizzazione necessaria per gestire un premio letterario o delle regole prefissate in una comunità scientifica per sviluppare la ricerca). Come si è già avuto modo di rilevare *supra*, parte I, paragrafo 15, nella prospettiva di garantire la tutela dei privati nei confronti di norme interne valorizza i principi dell'affidamento e della buona fede G. BOTTINO, voce *Norme interne*, cit. 66.

questa ragione sono da qualificarsi pubblici. Ciò non accade invece per le organizzazioni private, sorte al di fuori della sintesi degli interessi siccome effettuata nell'ambito di operatività della politica pubblica. Ancora attingendo a Luhmann, sembra convincente aggiungere che, proprio in ragione del carattere ora individuato, gli ordinamenti pubblici occupano uno spazio in cui non sussistono terzi (il consenso non potrebbe d'altro canto "lasciare indietro" qualcuno), laddove gli ordinamenti privati, che non sono espressione della politica, vivono anche disinteressandosi della presenza di alcuni terzi¹⁴¹. Per questo, peraltro, la loro produzione giuridica non interferisce con l'articolazione delle fonti tradizionali.

Ciò chiarito, torniamo ad analizzare più da vicino questi ordinamenti privati, sorti spontaneamente o per gemmazione da altre organizzazioni private, spesso all'interno del sistema economico¹⁴².

Invero, alla stregua di quanto sopra chiarito, essi sussistono esclusivamente a condizione che sia ravvisabile un'organizzazione. Solo ove ricorrano i caratteri descritti nel corso del paragrafo 4, infatti, siamo al cospetto di una struttura sociale in grado di decidere e di assommare più funzioni sistemiche (si pensi a un'associazione di volontariato). Diventando "resiliente" rispetto all'ambiente, l'organizzazione sorge dunque allorché la struttura sociale adotti premesse decisionali e sia in grado di effettuare decisioni che comunica agli altri sistemi, assumendosene la responsabilità. Altrimenti, si resterà nel mondo delle interazioni, non rilevanti ai fini della presente indagine.

Quella testé indicata è condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché si sia al cospetto di un ordinamento dei privati: è necessario che l'organizzazione si intesti la funzione tipica del diritto, rispettandone il codice. In tale ipotesi, l'ordinamento dei privati rende dunque le prestazioni tipiche di quel sistema sociale (strutturare e stabilizzare aspettative), in modo tale che le decisioni vengano accettate anche quando quelle aspettative risultino disattese.

Alla luce di quanto chiarito, non ogni "operazione" privata costituisce un ordinamento; per contro, non esiste un unico ordinamento privato. Possiamo aggiungere che questa "strutturazione sociale" è spesso la risposta a un eccesso di complessità.

¹⁴¹ Basti ricordare che, ai sensi dell'art. 1372, c.c., il contratto «ha forza di legge tra le parti».

¹⁴² Non si dimentichino, tuttavia, i sistemi educativi e religiosi.

12. *Le reti nell'era della tecnica, della tecnologia e dell'intelligenza artificiale: quattro scenari e una nuova prospettiva di ricerca; il rischio del medioevo sistemico*

La chiave di lettura in ultimo illustrata offre la possibilità di interpretare anche alcuni fenomeni tipici della società moderna, così complessa e in continua evoluzione.

Si pensi a recenti esperienze, quali Uber, *sharing economy*, *blockchain*, piattaforme e *smart-city*, ovvero a reti *social* come Facebook o Instagram, il cui esame analitico e compiuto esorbita dai limiti della presente trattazione, la quale può però delineare alcune traiettorie argomentative che si ritengono meritevoli di essere percorse.

Questi fenomeni possono essere analizzati prospettando quattro scenari.

I) In primo luogo, occorre verificare se quelle strutture sono organizzazioni, in grado di assumere decisioni e di stabilire premesse decisionali.

Ebbene, nei casi sopra riportati, pare che a un certo punto, nella società, si sia assistito alla solidificazione di una “rete”. In modo stabile (e stabilizzato), essa definisce un proprio mondo e adotta premesse decisionali per non dovere costantemente “ricostruire l'intera complessità delle situazioni” e per stabilire quali decisioni varranno come decisioni dell'organizzazione.

La rete è in grado di produrre decisioni che comunica all'esterno (si pensi ai *like*, alle valutazioni mediante *apps* e ai *feed-back*), assorbendo incertezze (o addirittura creando certezze, come nell'ipotesi della *blockchain*) e, comunque, “parlando a nome proprio” o rendendo prestazioni “intelligenti” (come nel caso dell'intelligenza artificiale). Essa esprime, poi, una propria semantica (identifica ruoli, qualifica relazioni, struttura aspettative, definisce procedure, anche attraverso algoritmi e programmi) e seleziona premesse decisionali. Si percepisce, cioè, quella tensione verso la stabilità attraverso operazioni ripetibili che possono essere riconosciute come proprie, che trasmoda in dimensione istituzionale e che integra un'organizzazione.

La costruzione luhmanniana, dunque, consente di inquadrare il fenomeno dal punto di vista dell'analisi del corredo strutturale e funzionale delle organizzazioni e di spiegarne le dinamiche interne ed esterne. Quelle organizzazioni, come già osservato, sorgono soprattutto all'interno del sistema economico, al quale prioritariamente si correlano, assumendo il relativo primato funzionale.

II) E giungiamo al secondo scenario, che può essere tratteggiato considerando le relazioni che quelle organizzazioni possono avere con il sistema diritto. Quest'ultimo può guardare a quelle in modo non uniforme e variabile.

Può intanto trattarle con indifferenza, senza imporre la propria semantica e senza intervenire, ad esempio, a fronte di decisioni quali l'espulsione da un gruppo formatosi all'interno di una piattaforma *social*.

III) Quando le organizzazioni assumono o confermano una rilevanza o una dimensione particolari, la politica (funzione intestata allo Stato), preoccupata maniacalmente del problema del consenso, può decidere di intervenire, irritando il diritto che, con le proprie fonti, "entra in campo" e distribuisce i propri valori che si formalizzano in regole¹⁴³.

Questa traiettoria è assai evidente pensando al modo, intenso ma variabile, con cui leggi e giudici si stanno occupando di "organizzazioni" quali Airbnb; in altri casi – si pensi a Uber in Sudamerica – la politica preferisce ora introdurre una regolazione leggera¹⁴⁴, ora aprire un fronte di scontro più intenso e facilmente percepibile, con l'auspicio di resistere a fronte dell'irritazione della tecnologia e dell'economia.

In linea teorica, comunque, l'atteggiamento della politica e del diritto può oscillare dal disinteresse apparente, ad esempio per catturare il consenso dei privati o per mostrarsi liberale e non paternalista, ai tentativi di "regolazione" del fenomeno, fino a giungere alla decisione di annettere quell'organizzazione al territorio pubblico e, dunque, di collocarla in uno spazio in cui non sussistono "terzi". È la vicenda, ben nota, della pubblicizzazione di ordinamenti e soggetti originariamente privati. Per citare un diverso esempio di considerazione del fenomeno dell'organizzazione ordinamentale dei privati (che non ha a che fare

¹⁴³ Si ponga mente al dibattito relativo agli spazi o al tipo di intervento relativamente a Google e Facebook: J. SAMPLES, *Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media*, in *CATO Institute*, April 9, 2019, Policy Analysis No. 865. Il nuovo programma di U. von der Leyen (Political Guidelines) dedica significativamente una specifica attenzione al seguente tema: *A Europe fit for the digital age*. Entrambi gli spunti sono stati forniti da F. GIAVAZZI nel corso di una relazione tenuta presso l'Università Bocconi in data 19 ottobre 2019.

¹⁴⁴ A fronte di Province in Argentina in cui il sistema Uber non è stato riconosciuto legale, a Mendoza è stata approvata una *Ley de Movilidad* che apre all'impiego di questa piattaforma.

con la tecnologia), si segnala la disciplina della l. 22 novembre 2017, n. 168, che qualifica i domini collettivi come ordinamenti giuridici primari delle comunità originarie.

In ogni caso, così tornando alle reti e alla tecnologia, a un certo punto dell'evoluzione, anche quelle organizzazioni possono diventare ordinamenti giuridici. Il sistema del diritto può rinviarvi per alcuni profili specifici¹⁴⁵ e per il resto ancora disinteressarsene (Santi Romano avrebbe parlato di ordinamenti irrilevanti l'uno nei confronti dell'altro¹⁴⁶), oppure può processare un profilo assai particolare (obbligazioni naturali per quanto attiene all'ordinamento dei privati) dell'intera vicenda¹⁴⁷. Si pensi alla rilevanza della legalità per le forme comunicative o per gli algoritmi impiegati nel procedimento di formazione di decisioni¹⁴⁸ o all'assegnazione a una *blockchain* della capacità di produrre certezze riconosciute dall'ordinamento.

¹⁴⁵ Ai sensi dell'art. 5, l. 8 marzo 2017, n. 24, ad esempio, «gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida... elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». Può altresì richiamarsi l'art. 6 della predetta legge, che modificando il sistema penale dell'omicidio e delle lesioni personali colposi ha introdotto l'art. 590-*sexies*, c.p., ai sensi del quale «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

¹⁴⁶ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 202.

¹⁴⁷ Parafrasando la distinzione tra contratti esclusi e completamente estranei sviluppata nel settore dei contratti delle amministrazioni pubbliche (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16), si potrebbe dire che le organizzazioni private sono di norma escluse ma non totalmente estranee (rispetto ai principi costituzionali).

¹⁴⁸ La questione è stata analizzata da Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e da Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Ad avviso del secondo arresto, «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa». E ancora: «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di

Trova conferma il fatto, su cui già più sopra si è indugiato¹⁴⁹, che la teorica luhmanniana offre il duplice vantaggio di individuare la soglia superata la quale una concrezione sociale può atteggiarsi a organizzazione, presupposto dell'ordinamento, e di fare comprendere come e perché quell'organizzazione-ordinamento si intesti più funzioni (dell'economia e del diritto, ad esempio).

Sotto il profilo strettamente giuridico, la teoria degli ordinamenti giuridici è poi lo strumento concettuale più adatto o, comunque, migliore di altri, per assicurare – almeno al giurista che non si accontenti di una mera descrizione acritica – un inquadramento di (e una spiegazione a) un fenomeno tanto rilevante, quanto nuovo, allorché si assista all'emersione del codice binario del diritto. Va aggiunto che, come accade anche nell'ambito dei centri pubblici, alcuni frammenti o profili di quelle organizzazioni e della loro attività ben possono essere disciplinati da fonti dell'ordinamento generale: può al riguardo essere utile evocare il concetto di autonomia in senso oggettivo, nel senso che si è in precedenza descritto¹⁵⁰.

IV) E veniamo al quarto e ultimo scenario.

modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere. Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi. In tale contesto... assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo». Su questi temi, si v. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit.

¹⁴⁹ Si v. il paragrafo precedente.

¹⁵⁰ Si v. *supra*, parte I, paragrafo 9.

Può prendere avvio (o scorrere parallela) una vicenda ancora diversa, suscettibile di dare luogo a due esiti diversi.

IV.A) Può accadere che emerga addirittura un sistema che si intesti una funzione e un codice binario completamente differenti da quelli fin qui noti nella società moderna. Un sistema che “risolve” in esclusiva un problema del tutto nuovo e differente e che ospita (accanto ad altre concrezioni, quale è un algoritmo) proprie organizzazioni o, comunque, organizzazioni a quel sistema correlate. Questa traiettoria evolutiva è al momento non compiutamente preventivabile, ma non pare possibile escluderne a priori il dispiegarsi, pensando all'imprevedibilità dello sviluppo sociale¹⁵¹ e al crescente ruolo della tecnica (intendendo il termine in senso così ampio da includere anche l'intelligenza artificiale) nella storia, che alimenta una vera e propria rivoluzione globale.

Spesso i *social* sono accusati – non a torto – di separare l'individuo dalla società e di assegnare ruoli che non esistono nella vita reale. Si tratta di semantiche non effimere, perché cristallizzate e stabilizzate e, comunque, diverse da quelle offerte dai sistemi tradizionalmente conosciuti: diritto, economia, arte e così via. Quelle reti e concrezioni sociali, epifania di un nuovo sistema, condensati di operazioni, offrono la pericolosissima garanzia di appartenenza a una comunità virtuale, di un rifugio rispetto alla vita reale e di soddisfazione di una crescente irrequietezza, che diventa tra l'altro spesso autoprodotta, fenomeno perfettamente spiegabile nella logica autopoietica.

Ora, in una prospettiva di analisi teorica non sembra di potersi fermare ad annotare meri accenti pessimistici: nel suo complesso, la tecnica non va demonizzata in quanto tale, giacché, come strumento, può essere utilissima. Essa va però compresa e studiata. In questo sforzo e dal punto di osservazione qui adottato, ciò che a tutta prima balza agli occhi è la circostanza che quelle organizzazioni non si limitino a esprimere decisioni (si considerino le già citate valutazioni o i *likes* degli utenti) e a porre premesse decisionali come le altre organizzazioni correlate a sistemi tradizionali. Esse paiono profilarsi come strutture che si intestano le funzioni di un nuovo sistema, il quale si occupa maniacalmente di un moderno e specifico problema: operano in vista della semplificazione della complessità, che a sua volta genera ulteriore complessità, per mezzo della creazione di una realtà virtuale e, cioè, di una sorta di vita parallela rispetto a quella reale, alla stregua di una *second life*, meno profonda di quella appunto reale e che impedisce lo schiudersi di nuovi orizzonti.

¹⁵¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., 288.

Il nuovo sistema è preoccupato dell'appartenenza al mondo telematico/tecnologico e di garantire l'interconnessione, processando la realtà alla luce di un proprio specifico codice non modificabile, costituito da una distinzione binaria: appartenenza tecnologica e *smart* al "mondo tecnologico"/non appartenenza a un peculiare contesto virtuale. Quel codice consente di riconoscere l'appartenenza dell'operazione al sistema e ne permette la chiusura operativa. Tra l'altro, esso non si limita a selezionare la complessità, ma definisce il presupposto per potere interagire e comunicare.

Siffatto sistema, per mezzo delle proprie organizzazioni – cui afferiscono anche le pubbliche amministrazioni, le quali sono certamente tra i principali protagonisti della svolta storica che stiamo vivendo, anche perché detengono una mole impressionante di dati e di informazioni – offre decisioni specifiche e telematiche, che altri sistemi non sono in grado di garantire. Si pensi alla decisione assunta per mezzo di un algoritmo, alla profilazione degli utenti, alla predizione dell'insorgenza di malattie (Google Flu Trends) e così via.

Vi sono almeno tre specificità del sistema.

In primo luogo, si osserva che, almeno formalmente, l'appartenenza al sistema non è necessaria, come invece accade per altri sistemi, quali il diritto e l'economia. È frutto di una decisione, anche se la preoccupazione del *digital divide* tende a coinvolgere potenzialmente e progressivamente tutti¹⁵² o, comunque, ad esempio in situazioni di emergenza (si pensi alla grave e recente crisi della SARS-CoV-2, che ha determinato l'impiego massiccio dello *smart-working* e dell'*e-learning*), l'impiego della tecnologia viene potenziato ed esteso, perché oggettivamente assai utile. Anzi, il futuro si configura sempre e auspicabilmente più digitale¹⁵³. Si prospetta qui, d'altro canto, un problema specificamente giuridico e politico, nella misura in cui la barriera tecnica diventi ostacolo alla fruizione di benefici e vantaggi, soprattutto se connotati da una valenza pubblicistica, come accade nell'ipotesi della *smart-city*. Questo carattere conferma la tendenza universalizzante del nuovo sistema, che processa tutti i problemi utilizzando un proprio "codice" a due valori.

¹⁵² Anche in questo caso è di interesse il confronto con l'arte: N. LUHMANN, *L'arte della società*, Milano, 2017, 254.

¹⁵³ Sul punto, la risposta dell'ordinamento giuridico generale appare inequivocabile: a dimostrarlo è l'impianto complessivo del già citato d.l. 76/2020, che reca numerose disposizioni volte a introdurre misure di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale.

Peculiare è, in secondo luogo, il modo con cui avviene la comunicazione, costituito dagli strumenti tecnologici e dai *social media* (che costituiscono lo specifico *medium* di questo sistema) e, cioè, da forme fissate per essere riutilizzate¹⁵⁴. I media, per Luhmann, rendono infatti possibile la comunicazione senza che sia necessaria la presenza fisica dei partecipanti. Nel caso di specie, essa è per definizione assente e non rilevante e questo spiega il rischio dell'isolamento e della fuga dal mondo reale insito nell'uso di questa tecnologia. Giova insistere sul tema dell'isolamento, riprendendo l'accento all'esperienza drammatica dell'emergenza da Covid-19. Da un lato, come detto, le misure adottate, si basano anche sull'impiego della tecnologia; d'altro lato, però, le altre dolorose misure assunte dalle istituzioni, limitando la socialità e le aggregazioni "in presenza", hanno costretto tutti a prendere coscienza di quanto queste dimensioni siano essenziali per la vita delle persone e come non possano essere surrogate dalle reti e dai *social*. Al solito, le situazioni di crisi impongono un brusco ritorno alla realtà e questo destino non risparmia le reti, mettendone a nudo i limiti e il carattere non essenziale. Le crisi ristabiliscono gerarchie ed enfatizzano il principio di competenza: esattamente quello che nelle reti spesso pare svanire, in forza della prevalenza dell'effimero. Liberando tempo ed esimendo gli individui dall'obbligo della presenza, il maggior tasso di digitalizzazione che caratterizzerà la società nella fase successiva al recente periodo emergenziale pare poi essere funzionale a uno stile di vita più connesso con la realtà. In ogni caso, le forme della comunicazione implicano di introdurre differenziazioni sempre più complicate nel *medium*, rappresentato dai *bit*. Come anticipato, il "nuovo petrolio" è spesso saldamente nelle mani delle organizzazioni amministrative. Prospettive comunicative ancora inesplorate, poi, sono ipotizzabili pensando all'avvento della tecnologia quantistica.

In terzo luogo, l'appartenenza ormai di fatto generalizzata al nuovo sistema ha un effetto ulteriore, posto che essa implica una continua intromissione nella sfera tradizionalmente considerata come foro interno delle persone e, cioè, negli stati psichici di cui parla Luhmann nel momento in cui colloca le persone e, appunto, i relativi stati psichici nell'ambiente esterno. In altri termini, il nuovo sistema non solo opera incessantemente per distinguersi dall'ambiente, ma ne annette sempre più gli spazi, con un'intensità che solo parzialmente può essere para-

¹⁵⁴ Da questo punto di vista si colgono alcune similitudini con l'opera d'arte e con il sistema dell'arte: si v. N. LUHMANN, *L'arte della società*, cit., 60.

gonata a quanto in un remoto passato accadeva in ordine alla religione. Anzi, può osservarsi che questa presa sul singolo finirà per irritare la politica e la sua proiezione semantica più rilevante, costituita dalla sovranità¹⁵⁵, posto che appunto la sovranità ha tradizionalmente combattuto contro i sistemi che hanno accampato analoghe pretese sui singoli e sui loro atti. Pertanto, non sono da escludere reazioni statali alla pervasività delle reti. Al riguardo, sarà interessante verificare se si profilerà, per contro, un certo *favor* o una forma di attenzione “benevola” nei confronti delle reti e della tecnologia da parte di coloro (studiosi o centri di ricerca) che, anche culturalmente, vagheggiano il superamento della sovranità e la sua dissoluzione/attenuazione/sostituzione in un ordine globale tecnico, guardando alle reti medesime come al veicolo di diffusione di regole globali e, dunque, concepite come il “dover essere”, piuttosto che come l’“essere” oggetto di indagine¹⁵⁶.

Ciò chiarito, è possibile aggiungere che, in quanto facenti parte di un nuovo sistema autopoietico, le organizzazioni-reti decidono da sé ciò che le riguarda e ciò che non le riguarda; ad esempio i “criteri di reclutamento” delle persone *smart*, arrivando addirittura a qualificare forme di intelligenza, come accade nel caso di quella artificiale. Inoltre, esse reclamano una competenza universale a processare tutti i problemi, in quanto “sistema tecnologico” e creano un proprio mondo gestendo l’incertezza, ossia cogliendo e costruendo un aspetto, spesso il più superficiale, della realtà e delle relazioni sociali.

Tutto ciò potrebbe irritare o interessare altri sistemi, dando luogo a un complicato reticolo di accoppiamenti: si pensi all’economia (c’è un mercato “specializzato” relativo a queste reti; indubitabile è il valore economico dei *big data*; le società che le gestiscono si quotano in

¹⁵⁵ C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, 2019, *passim*. A questo proposito, è significativo che i regimi totalitari ostacolano la diffusione nei territori dominati della rete internet, comunque sottoposta a un capillare controllo che limita gli accessi a determinati siti e piattaforme digitali.

¹⁵⁶ Sia consentito il rinvio a F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull’utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, cit., in part. p. 8, dove si contesta l’idea secondo cui la soluzione a problemi globali passi attraverso l’applicazione di regole globali. Al riguardo, ancora indugiando sulla crisi emergenziale da Covid-19 e guardando alla risposta fornita dagli ordinamenti sovrani, si trovano ulteriori conferme del fatto che la prospettiva della globalizzazione (o, comunque, l’idea del superamento/dissolvimento della sovranità dello Stato in una rete giuridica ultrastatale, se mai davvero essa fosse stata prospettata), a fronte appunto di problemi e crisi globali, può cogliere soltanto un parziale aspetto dei problemi della modernità, non riuscendo ad assumere a convincente modello esplicativo generalizzato.

borsa), all'etica (entra in crisi l'etica del rispetto dell'altro o conduce a cercare il "prossimo" in territori lontani, quali l'ambiente definito in modo generico) e alla politica (che utilizza in modo sempre più intenso i *social*; per mezzo di tali strumenti, poi, gli individui si interessano a tutto, sebbene non partecipino attivamente alla vita politica).

Il diritto potrebbe (illudersi – ove non compia uno scarto decisivo – di) continuare ad assicurare la propria prestazione, ad esempio individuando i comportamenti leciti e illeciti relativamente all'uso dei dati personali e alle comunicazioni sui *social*, tenendo conto delle peculiarità di quei contesti¹⁵⁷, in un gioco continuo di interazioni e di reciproche irritazioni. In questo quadro si colloca anche lo sforzo, chiaramente percepibile ad esempio dalla lettura del principio affermato dal primo paragrafo dell'art. 22, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 aprile 2016 n. 2016/679 (recante il «Regolamento generale sulla protezione dei dati»), profuso dal diritto per definire una linea di confine tra i sistemi o, comunque, per arginare il peso della sola tecnica¹⁵⁸.

IV.B.) Veniamo ora al secondo esito cui sopra si faceva cenno. Il rischio che qui si paventa è che questi sistemi (diritto, politica, economia, arte e così via), a un certo punto lascino al nuovo "luogo" sistemico un importante spazio di soluzione del problema di cui essi si fanno carico, smarrendo quell'esclusiva che si sono guadagnati nella società moderna.

Ove ciò accada, soprattutto là dove il dato tecnologico dovesse risultare particolarmente esasperato ed elitario, il nuovo sistema si svilupperebbe in modo del tutto indipendente, sordo rispetto agli altri tradizionali sistemi: diritto, politica, arte, morale.

Si prospetterebbe in tal modo il ritorno a una sorta di medioevo sistemico¹⁵⁹, nel cui seno un unico sistema assomma in sé varie funzioni:

¹⁵⁷ Talora si percepisce la tendenza a scambiare realtà virtuale con realtà effettiva, nel senso che si pretende di applicare alla prima coordinate giuridiche elaborate per la vita reale: si pensi alla difficilissima opera di delimitazione dei confini del disvalore dell'insulto nei due contesti; sul punto, si v. le riflessioni condotte in F. FRACCHIA, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, in *www.federalismi.it*, 2020.

¹⁵⁸ «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

¹⁵⁹ L'espressione intende significare un arretramento rispetto alla differenziazione funzionale che caratterizza la modernità. Da altro punto di vista, viceversa (sotto il

dall'arte (con una preoccupante omologazione del sentire estetico, perché ciò che è artistico viene definito da chi non ha competenza specifica, in quanto propria di altro e diverso sistema) e dalla moda (si pensi alla diffusione di *TikTok* tra i giovani), all'economia (si ponga mente al fenomeno dei *bitcoins*, che autorisolve il problema del valore economico all'interno del sistema); dalla scienza (anche senza scomodare il tema delle *fake news*, il "vero" è attestato da quanto riassunto in *blog* e trattazioni, talora anche con presunzione enciclopedica, non rimesse al controllo della comunità scientifica di riferimento, cui non di rado consegue che l'autorità della scienza tradizionale risulti per essere persino indebolita), all'etica¹⁶⁰. Fino a giungere al diritto, strutturando aspettative. Anche poteri tradizionalmente pubblici, quale è quello di porre regole e di controllarne l'applicazione, vengono esercitati dalle reti, e dalle organizzazioni che le dominano, come accade, per citare un solo esempio, nel caso delle prescrizioni fornite da *Twitter*.

Cominciano a levarsi (sia consentito, preoccupanti) voci favorevoli a delegare completamente alle macchine le decisioni giurisdizionali, sull'effimero presupposto che esista un insieme di dati oggettivi sulla base dei quali elaborare decisioni. A tacere del fatto che quei dati sono frutto del trattamento compiuto da un soggetto o da un'organizzazione che, all'esito di operazioni selettive, li ha inseriti nella macchina, si rileva come questa sorta di delega in bianco al sistema tecnologico finisca immancabilmente con il privare le parti in conflitto di potere adottare soluzioni conciliative o, comunque, decisioni basate sull'equità. Inoltre, in tal modo si condanna il sistema giudiziario a perdere il proprio carattere multicentrico: se la sentenza deriva da un algoritmo, una volta che esso è stato scelto e quindi inserito nella pro-

profilo, cioè, giuridico), nel Medioevo si può prospettare la presenza di più ordinamenti giuridici: in generale, si v. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995 (ristampa 2013).

¹⁶⁰ La cronaca mostra purtroppo quotidianamente come, nelle reti, le consuete coordinate etiche siano spesso totalmente stravolte: il bene e il male, cioè, si smarriscono, così come la colpa assume connotazioni affatto diverse da quelle che esibisce nel diritto e nella morale. Deve essere peraltro chiarito come, anche sotto questo specifico punto di vista, potrebbe giovare la tesi di Luhmann. Si ponga mente a una comunicazione che avvenga tra tre-quattro persone via *WhatsApp* (un gruppo, dunque, chiuso): questa, proprio perché manca la possibilità di assumere decisioni verso l'esterno, è una mera forma di interazione. Come tale, alla stessa stregua, cioè, di una conversazione privata tra tre-quattro persone, dovrebbe essere trattata dal diritto in caso, ad esempio, di comunicazioni sconvenienti o offensive.

grammazione del computer, non ha più senso avere una pluralità di giudici. Così come viene meno anche la necessità di approntare un sistema di impugnazione delle decisioni, posto che la loro revisione sarebbe di per sé impossibile. Ancora, il sottrarre al diritto la propria tradizionale riserva di umanità¹⁶¹, che implica fisiologicamente anche la commissione di errori, non corrisponde necessariamente alla formazione di un sistema di decisioni giuste e infallibili. Infatti, il decisore algoritmico è per sua stessa natura insensibile ad adeguare la soluzione alla imprevedibilità del caso concreto e, soprattutto, senza stimoli eterodeterminati, non può certamente offrire l'evoluzione dei ragionamenti e delle interpretazioni, che si traducono nell'assunzione di soluzioni innovative e inattese, essenza stessa del progresso giuridico¹⁶².

La riflessione sociologica, focalizzata sulla sola descrizione, può disinteressarsi di procedere oltre nell'analisi di siffatto assetto.

Il giurista non può invece rinunciare ad avanzare nel proprio sorvegliato e critico incedere, continuando a rivendicare ciò che costituisce l'essenza del valore della giustizia: le ragioni del diritto.

¹⁶¹ J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in www.laadministraciondla.inap.es.

¹⁶² Su tali profili, si v. ancora F. FRACCHIA, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, cit.

INDICE DEGLI AUTORI

(il numero romano indica il capitolo, quello arabo la nota in cui l'opera è stata citata per la prima volta; all'indicazione possono corrispondere più opere)

A

ALLENA M., II.109
AVANZINI G., I.199
AVITABILE L., II.9

CRISAFULLI V., I.194
CUDIA C., I.199

B

BACHELET V., I.192
BARALDI C., II.88
BARONE G., I.40
BASSI F., I.6; I.140
BERLINGÒ V., I.9
BOBBIO N., I.5; I.48; II.60
BODDA P., I.88
BORSI U., I.96
BOTTINO G., I.222

D

D'ALESSIO F., I.163
DE GIORGI R., II.9; II.10
DE VALLES A., I.84
DELLA TORRE M., II.61
DI GASPARE G., II.138

E

ESPOSITO E., II.88

C

CAMMEO F., I.16
CAPACCIOLI E., I.4
CARLASSARRE L., I.193; II.89
CASETTA E., I.190; II.138
CASSESE S., I.40
CHITI M.P., I.87
CIANFEROTTI G., I.11
CIOFFI A., I.59
CLARICH M., I.3
CORSI G., II.88
COSENTINO S., II.20
COSTANTINO S., II.9

F

FALCON G., I.108
FANTIGROSSI U., I.199
FEBBRAJO A., II.9
FERRARESE M.R., II.26
FERRARIS C.F., I.13
FORTI U., I.91
FRACCHIA F., I.1; II.157
FRANCHINI F., I.16
FURNO E., II.98

G

GALLI C., II.155
GASPARRI P., I.92
GIANNINI M.S., I.147; I.148;
I.151; I.152; I.153; II.62
GIAVAZZI F., II.143
GIGLIONI F., I.206
GROSSI P., II.159
GUICCIARDI E., I.108

K

KING M., II.17
KUHN T., II.91

L

LAKATOS I., II.90
LUCIFREDI R., I.20; I.75
LUHMANN N., II.9; II.15; II.18;
II.38; II.73; II.152

M

MACCORMICK N., II.61
MANETTI M., I.193
MARTINEZ GARCIA J.I., II.17
MARZUOLI C., I.232
MATURANA H., II.24
MAZZAMUTO M., I.222
MEUCCI L., I.12
MIELE G., II.99
MODUGNO F., I.5; I.195

O

OCCHIENA M., I.37; I.109;
I.169; II.1
OROFINO A.G., I.199
OTTAVIANO V., I.97

P

PANTALONE P., II.92
PAPPALARDO N., I.16
PATERSON J., II.34
PERICU G., I.200
PIZZORUSSO A., I.193; II.89
POLICE A., I.60
PONCE SOLÉ J., II.161
POSTERARO N., I.37
PRESUTTI E., I.14

R

RAMAJOLI M., II.103
ROMANO A., I.110; I.115;
I.116
ROMANO B., II.9
ROMANO SALV., II.60
ROMANO SANTI, I.41; I.43;
I.57; I.59; I.117
ROSSI P., I.40

S

SACCO R., I.40
SAITTA F., I.199; II.94
SALEMI G., I.17
SAMPLES J., II.143
SANDULLI A.M., I.168; I.171

SCIULLO G., II.111
SCOCA F.G., I.226; II.75
SILVESTRI E., I.62
SPARTI D., II.23

T

TEUBNER G., II.9
TRANIELLO P., II.11
TRIMARCHI M., II.103
TROCARELLI B., II.9
TUBERTINI C., II.94

U

URSI R., I.157

V

VERBARI G.B., I.11
VERNILE S., I.199
VIPIANA P.M., I.199
VIRGA P., I.205
VITTA C., I.90
VOLPE F., I.108

Z

ZAGREBELSKY G., I.107
ZANOBINI G., I.24; I.36

Percorsi di diritto amministrativo

1. G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, 2008
2. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, 2008
3. M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, 2008
4. F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra critica e difesa del comportamento del dipendente*, 2009
5. C. BOTASSI, F. FRACCHIA (a cura di), *La tutela urgente nei confronti dell'attività amministrativa illegittima. Uno sguardo comparato*, 2009
6. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della spacie umana*, 2010
7. M. CAPANTINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, 2010
8. G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, 2011
9. S. CIMINI, M. D'ORSOGNA (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, 2011
10. T. BONETTI, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, 2011
11. F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta. Una lettura del d.lgs 159/2009 riflettendo su Luhmann*, 2011
12. F.G. SCOCA (a cura di), *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, 2012
13. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, 2012
14. M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, 2012
15. A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, 2012
16. D. SICLARI, *La Corte dei conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, 2012
17. W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, 2012
18. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, 2012
19. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, 2012
20. G. VERCILLO, *La tutela della «chance». Profili di diritto amministrativo*, 2012
21. V. M. SESSA, *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, 2012
22. R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, 2013
23. M. D'ORSOGNA, E. GUISELIN, S. CIMINI, A. DI SCIASCIO (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università. La mutation de la gouvernance des universités en France et en Italie*, vol. I, 2013
24. G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università. Il finanziamento dell'Università*, vol. II, 2013

25. L. AZZENA, *L'Università italiana. L'attuazione del disegno costituzionale tra tecnica e politica*, 2013
26. G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università. Criticità del sistema e incertezza per il futuro*, vol. III, 2013
27. F.G. COCA, A.F. DI SCIASCIO, (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, 2014
28. L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, 2015
29. F.G. COCA, A.F. DI SCIASCIO, (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, 2015
30. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, 2015
31. R. PAPANIA, *La disciplina degli atti di organizzazione nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, 2015
32. F.G. COCA, A.F. DI SCIASCIO, (a cura di), *Le proprietà pubbliche. tutela, valorizzazione e gestione*, 2016
33. F. NUGNES, *L'impatto della governance economica europea sulla decisione di bilancio*, 2016
34. P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, 2016
35. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, 2016
36. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, 2017
37. G. FARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti giuridici della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, 2017
38. A. MAZZA LABOCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, 2017
39. D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, 2017
40. V. MANZETTI, *Fondazioni di origine bancaria e principio di sussidiarietà*, 2017
41. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, 2017
42. S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, 2017
43. F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, 2017
44. L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance, multimodalità, fiscalità*, 2017
45. G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, 2017
46. F.G. COCA, A.F. DI SCIASCIO, (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50 aprile 2016). Profili sostanziali e processuali*, 2017
47. R. ROLLI, *La non candidabilità fra sostanza e processo*, 2017
48. B. RAGANELLI, *Architettura finanziarie e Corti europee*, 2018
49. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, 2018

Finito di stampare presso la *Vulcanica Print* - Nola (Na)
nel mese di luglio 2020

