



Rivista N°: 4/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 08/11/2018

AUTORE: Marilisa D'Amico\*

## AMMINISTRAZIONE CREATRICE ED ESECUTRICE DEL DIRITTO\*\*

*Sommario: Introduzione. – 1. Il modello tradizionale: l'amministrazione come mera "esecutrice" del diritto nel rispetto del principio di legalità. – 2. Il progressivo superamento del paradigma classico e la profonda modificazione del sistema delle fonti. – 3. Ambiti differenti per uno stesso fenomeno: una normazione secondaria ampia, pervasiva e spesso staccata dalla legge. – 4. La pubblica amministrazione fra "esecuzione" e "creazione": riflessi sui diritti delle persone. – 4.1. L'amministrazione "creatrice" parte da lontano: il ruolo delle circolari nell'attuazione delle leggi razziali. – 4.2. Una forte analogia oggi: l'assenza della legge nella materia dell'immigrazione. – 4.3. La pubblica amministrazione promuove o nega i diritti: fra circolari, linee guida e note. – 4.4. Il ruolo della pubblica amministrazione nella tutela dei diritti nei settori di rilevanza tecnico-scientifica. - a) Le previsioni e la natura delle Circolari ministeriali in materia di procreazione assistita ante legem. - b) Le linee guida ministeriali. - c) I documenti approvati dalle Regioni con specifico riguardo alla tecnica di fecondazione eterologa. - d) Le linee guida regionali in materia di interruzione di gravidanza. - e) Il fine vita e la c.d. obiezione di struttura. - f) Le vaccinazioni obbligatorie e raccomandate: quali fonti? – 4.5. Alcune riflessioni sulla circolare amministrativa alla luce della giurisprudenza di legittimità, amministrativa e costituzionale. – 4.6. I Decreti non regolamentari fra legislatore e giudici. – 5. Fuori dal perimetro classico. – 5.1. Le autorità amministrative indipendenti: il caso emblematico dell'ANAC. - a) Premessa: le autorità amministrative indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato costituzionale. Cenni. - b) Il potere normativo delle Authorities, tra legalità "sostanziale" e legalità "procedimentale". - c) Il crescente ruolo dell'ANAC e la controversa qualificazione delle sue linee guida. – 5.2. Riflessioni critiche sul tramonto del paradigma classico e sulla (necessaria) copertura democratica dei poteri normativi delle Authorities. – 6. Il Csm tra esecuzione e creazione. – 6.1. I c.d. poteri para-normativi del Csm. – 6.2. Il caso "limite" della circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura, deliberata il 16 novembre 2017. – 6.3. Il caso "limite" della circolare P-13378/2014 del 24 luglio 2014 alla luce della delibera del 21 ottobre 2015. – 7. In conclusione: dalla realtà attuale a nuovi scenari.*

### Introduzione

Il titolo di questo saggio tocca un punto che è diventato centrale negli studi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, con riferimento almeno agli ultimi vent'anni<sup>1</sup>: quello

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

\*\* Il saggio costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Primo colloquio biennale AIC-AIDA, "Governò: indirizzo politico e amministrazione", tenutosi a Roma il 20 aprile 2018, e destinato alla pubblicazione negli atti dell'iniziativa.

<sup>1</sup> In realtà, il tema era stato affrontato, sia pure in chiave differente, già negli anni '50 e '60, laddove si discuteva della distinzione fra regolamento e atto amministrativo: v. tra i più significativi scritti G. GUARINO, *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, I, 81 ss.; A. M. SANDULLI, *La potestà regolamenta-*

della trasformazione del paradigma di un'amministrazione soltanto esecutrice del diritto in quello di un'amministrazione che, gradualmente, ma inesorabilmente, si trasforma in "creatrice".

Ancora attuali, per fotografare questo percorso di trasformazione, che distanzia enormemente la pubblica amministrazione odierna da quella riconducibile al modello dello stato liberale, paiono le riflessioni del Prof. Bognetti, secondo cui oggi la pubblica amministrazione "si compone anche di una rete complessa di organi nella quale esistono centri di autentica autonomia, non soggetti gerarchicamente al comando superiore del governo"; e per il quale, ancora, "in epoca liberale l'amministrazione dello stato poteva concepirsi più o meno come una semplice longa manus dell'esecutivo, parte subordinata di questo Potere. Oggi l'amministrazione deve considerarsi come un Potere a sé, distinto dal Potere governante. Lo deve, su un piano costituzionale sostanziale, perché essa non può venir concettualmente ridotta a meccanico applicatore della volontà del governo. In molti dei suoi snodi, essa prende sovente decisioni originanti da scelte indipendenti"<sup>2</sup>.

Mi sono però chiesta, e sarà questo il filo rosso del lavoro, se l'inversione che viene qui presentata, ossia un'amministrazione prima creatrice che esecutrice, o più creatrice che esecutrice, sia una svista – e non lo credo –, sia una descrizione della realtà dell'attuale assetto del sistema normativo italiano – potrebbe esserlo<sup>3</sup> – oppure sia un'opzione interpretativa che, prendendo anche atto della tendenza dell'amministrazione a farsi "creatrice" del diritto, muova dall'idea che, nella complessa società attuale e di fronte al fallimento del modello tradizionale della democrazia "rappresentativa", sia inevitabile una fuga dalle fonti "classiche", per inventare nuovi spazi e nuovi paradigmi decisionali<sup>4</sup>.

Dal punto di vista del costituzionalista, insomma, occorre ragionare a fondo sulla trasformazione del sistema delle fonti, sulla possibilità di rinunciare del tutto al rapporto fra sistema delle fonti e principio della separazione dei poteri, sulle conseguenze della trasformazione del principio di legalità sostanziale in una legalità soltanto procedurale<sup>5</sup>.

---

re nell'ordinamento vigente, in *Foro it.*, 1958, pt. IV, vol. 81, 57 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 254 ss. Sull'argomento, con una puntuale critica alle posizioni giurisprudenziali, v. M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53 ss.

Una interessante ricostruzione delle problematiche dottrinali può trovarsi in M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011, 63-81.

Quello che cambia, oggi, è la totale assenza della legge quale fondamento dell'atto amministrativo. V., da ultimo, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 14 ss., per un quadro generale sugli ultimi sviluppi del fenomeno, oramai di lungo corso, della crisi della legge, e 60 ss. per un esame dell'emblematico punto di vista degli atti "normativi" delle autorità indipendenti; si v. inoltre L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, III, 924 ss.

<sup>2</sup> Si vedano, in particolare, le pp. 83 e ss. della seconda edizione del volume *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*.

<sup>3</sup> Per questo punto di vista v. il ricco e importante saggio di B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015, III, 388 ss.

<sup>4</sup> Questa la tesi ipotizzata da A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?* in *Diritto Pubblico*, 2012, 50-80.

<sup>5</sup> Sul significato del principio di legalità inteso in senso sostanziale nella nostra democrazia, ci si limita in questa sede a citare L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 132 ss.; Id., *Regolamento (dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 621 ss.; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere*

Le domande sono tante, ma riassumibili in due: quanto spazio e quali limiti dobbiamo imporre all'amministrazione "creatrice" del diritto, da un lato, e quanto spazio e quale consistenza ha oggi un'amministrazione "esecutrice", dall'altro? Osservando la realtà attuale sembra infatti che uno spazio per un'amministrazione che "esegua" il diritto non ci sia più o sia comunque molto esiguo.

Per rispondere a queste domande, ho cercato di analizzare, sia pure in modo non esaustivo, trattandosi di campi molto diversi e molto ampi, tutti i profili maggiormente problematici, che svelano un diverso rapporto fra la pubblica amministrazione e il diritto.

Anticipando le conclusioni, credo che oggi all'interprete tocchi l'arduo compito di descrivere sicuramente la profonda trasformazione del sistema delle fonti e del posto dell'amministrazione, ma anche di ragionare sulle conseguenze rispetto, soprattutto, ai principi e valori sottesi al modello "classico", *in primis* le garanzie nei confronti del cittadino, per tentare di verificare non solo e non tanto quanto le tendenze in atto rispondano al modello costituzionale, ma anche soprattutto quale potrebbe essere il "nuovo" confine della legalità costituzionale<sup>6</sup>.

## **1. Il modello tradizionale: l'amministrazione come mera "esecutrice" del diritto nel rispetto del principio di legalità**

Nella concezione classica del sistema delle fonti, al Parlamento, composto dai rappresentanti dei cittadini, era affidato il compito di produrre le leggi; al Governo e alla sua amministrazione quello di eseguirle, eventualmente esercitando una funzione normativa secondaria di stretta esecuzione delle stesse; al Giudice quella di applicarle, senza esercitare alcun effettivo potere interpretativo (si parlava del giudice "bocca della legge")<sup>7</sup>.

L'impostazione classica, fondata sulla tripartizione fra potere legislativo, esecutivo e giudiziario era, come è a tutti noto, ma non pare inutile ribadire in queste riflessioni, funzionale alla tutela dei diritti delle persone: diceva Montesquieu che nello Stato dispotico il Governo fa un uso irrazionale della forza, tendendo ad abusarne, mentre lo Stato moderato, in cui una porzione di libertà è garantita, si connota per il principio di legalità<sup>8</sup>.

---

*regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 53 ss.; imprescindibili paiono inoltre le riflessioni sulla natura formale o sostanziale e sul fondamento del principio di legalità nell'ordinamento costituzionale di S. FOIS, *Legalità (principi di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 661 ss. Sulla più recente evoluzione del principio, da intendersi, secondo certa giurisprudenza, in senso procedurale, v. *infra* le riflessioni condotte al § 2 e § 5 e relativi sottoparagrafi.

<sup>6</sup> Come afferma B. TONOLETTI, *Fuga*, cit., § 7.

<sup>7</sup> Sul ruolo dei giudici e sui limiti di questa visione, v. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 180 ss.

<sup>8</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, rist. 2a ed. a cura di S. COTTA, Torino, 1973, libro II, cap. I, 66; libro III, cap. IX, 93; libro V, cap. XIV, 138; libro VIII, cap. X, 218.

Secondo questa impostazione, negli studi classici del diritto amministrativo viene descritta anche la posizione della pubblica amministrazione, come distinta e autonoma rispetto agli altri poteri dello Stato e proprio rispetto alla relazione con il “diritto”. Tanto è vero che la funzione legislativa e quella giurisdizionale vengono da alcuni autori riunite sotto il nome di attività giuridica dello Stato; in contrapposizione a questa, l'amministrazione costituirebbe la sua attività sociale. Solo con l'azione immediata della pubblica amministrazione vista in senso oggettivo, infatti, gli organi dello Stato pongono in essere le attività necessarie per curare i fini a cui lo stesso Stato si rivolge. Chiarissima la descrizione di Guido Zanobini<sup>9</sup>, il quale afferma che “[l]a funzione con cui lo Stato pone queste varie norme di condotta, dicesi legislazione; quella con la quale assicura l'osservanza delle norme stesse, costituisce la giurisdizione<sup>10</sup>; e, pur non condividendo la terminologia usata allora per distinguere la legislazione e giurisdizione dalla amministrazione, insiste nell'affermare che tale differenziazione “trova un reale fondamento nella differenza profonda che divide le due prime attività dalla terza”<sup>11</sup>. Infine, dopo aver descritto la legislazione e la giurisdizione, l'Autore continua affermando che “la definizione dell'amministrazione è sembrata così complessa che alcuni autori hanno preferito dare di essa una nozione soltanto negativa, indicandola come qualunque attività dello Stato che non si possa ricondurre né al concetto di legislazione, né a quello di giurisdizione”<sup>12</sup>.

È chiaro, nell'impianto costituzionale classico, il rapporto fra sistema delle fonti e principio di separazione dei poteri, come inscindibile condizione a garanzia dei diritti dei cittadini<sup>13</sup>.

La relazione profonda fra i diritti dei singoli e la legalità dello Stato e quindi la soggezione della pubblica amministrazione alla legge, come aspetti essenziali dello Stato costituzionale, viene del resto confermata dalla circostanza che il principio di legalità costituisce uno dei principi cardine della nostra Costituzione, letto dalla Corte costituzionale come aspetto imprescindibile dello Stato democratico. È lo stesso Giudice delle leggi a ribadirlo fin dal suo primo periodo di attività, quando, chiamato ad occuparsi delle ordinanze contingibili e urgenti, ha pronunciato decisioni centrali nell'interpretazione costituzionale del principio di legalità<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Si ricordi che il pensiero di Zanobini, sviluppato in epoca fascista, fu oggetto di considerazioni profondamente critiche: cfr. A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo*, in *Quad. fior.*, 1993, 409 s., secondo il quale la tesi formale di Zanobini si risolve di fatto in una giustificazione della realtà, richiamando formalisticamente una legge che non c'era più. Sulla storia del potere regolamentare in epoca fascista e sui limiti del pensiero di Zanobini, v. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione dell'interesse legittimo*, Milano, 1985, 457 ss.

<sup>10</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 11.

<sup>11</sup> G. ZANOBINI, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>12</sup> G. ZANOBINI, *op. ult. cit.*, 12; l'A. cita tra i sostenitori della definizione “negativa” di amministrazione F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1913; A. MERKEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna – Berlino, 1924; C. DIECKMANN, *Verwaltungsrecht*, Berlino, 1922; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 45; S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in S. ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1950, II, 361 ss., 13 nt. 16 e 17.

<sup>13</sup> Si rinvia, per tutti, a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, 1979 e 1984; G. SILVESTRI, *I Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 670 ss.

<sup>14</sup> V. le note sentt. nn. 8 del 1956 e 26 del 1961, su cui cfr. tra i tanti V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2 leggi di pubblica sicurezza dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 889 ss.; M. SCUDIERO, *In tema*

Anche la dottrina ha interpretato in modo molto preciso questo legame: afferma Lorenza Carlassare che la pubblica amministrazione, in quanto posta al servizio dei cittadini, non è tenuta a far prevalere l'interesse dell'ente in modo assoluto o a dare rilievo soltanto agli interessi normativamente previsti, tralasciando di comparare tutti gli interessi in gioco, ma avverte però che il "*legame fra imparzialità e legalità, e quindi fra imparzialità e democrazia tramite appunto la legalità, implica naturalmente che quest'ultima venga assunta nel suo valore sostanziale, venga intesa cioè nell'unico senso idoneo a consentire l'adeguarsi dell'amministrazione all'indirizzo posto, attraverso la legge, dall'organo direttamente rappresentativo della comunità popolare*"<sup>15</sup>.

Del resto, la centralità del principio di legalità, intesa come soggezione dello Stato democratico e della pubblica amministrazione alla legge, era anche un modo per rifiutare il modello dello Stato di epoca fascista, nel quale la legge, espressione della sovranità popolare, era stata messa a tacere. Non a caso, è in quel contesto che nascono le fonti normative primarie dell'esecutivo, con la legge n. 100 del 1926; la potestà regolamentare del Governo viene esercitata in assenza di base normativa e alla pubblica amministrazione è concesso uno spazio autonomo indipendente dalla legge. Uno spazio direttamente incidente sui diritti del cittadino, a cui non è concesso alcuno strumento giudiziario di difesa: pensiamo alla vicenda delle leggi razziali, dove largo spazio, come ricorderemo, è dato proprio ad atti amministrativi come le circolari<sup>16</sup>. Un'amministrazione, insomma, non soggetta alla legge è stata in Italia il modello che la nostra Costituzione ha inteso rifiutare<sup>17</sup>.

## **2. Il progressivo superamento del paradigma classico e la profonda modificazione del sistema delle fonti**

Come è noto, nella storia repubblicana, uno degli aspetti più rilevanti e problematici è stato l'inesorabile perdita di centralità della legge del Parlamento come fonte primaria e la

---

*di ordinanze prefettizie ex articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rass. Dir. dir. pubbl.*, 1961, 379 ss.; più di recente, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 14 ss. e 89 ss. Sulla portata del principio di legalità, si veda anche l'importante sent. n. 115 del 2011, riguardante le ordinanze dei sindaci.

<sup>15</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione*, cit., 132-133.

<sup>16</sup> Sull'evoluzione del rapporto tra potere legislativo e regolamentare per effetto della l. n. 100 del 1926, v. M. MASSA, *Regolamenti*, cit., 60 ss., cui si rinvia anche per la interessante ricostruzione, lucida e ricca di riferimenti, del panorama dottrinale dell'epoca. In argomento v. anche S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010.

In questa sede, per la dottrina dell'epoca, ci si limita a segnalare la denuncia delle strumentalizzazioni della lettura del sistema delle fonti, che hanno poi preso piede, di S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista* (1929), trad. it. a cura di A. PIZZORUSSO, Venezia, 1983, 203 ss.

<sup>17</sup> Però alla fine c'è molta continuità: l'interpretazione della riserva di cui all'art. 97 Cost. come relativa, infatti, ha significato poi come conseguenza un ampio margine in materia di organizzazione alla pubblica amministrazione. In tema v. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 93; v. inoltre, sul pensiero di Giannini in relazione all'importanza dei principi costituzionali della pubblica amministrazione ed al ruolo di quest'ultima nell'attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale, S. CASSESE, *Giannini e la preparazione della Costituzione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2015, 863 ss.

progressiva occupazione di tale spazio da parte della normativa primaria di natura governativa (decreti – legge e decreti legislativi)<sup>18</sup>.

In parole più semplici, il Governo assume il monopolio nella produzione normativa, spinto in questo senso dalla lentezza del Parlamento a fronte della necessità di tempi di decisione più veloci, con la complicità della Corte costituzionale che per anni ha lasciato proliferare decreti-legge adottati senza i requisiti della necessità e dell'urgenza, reiterati in modo da eludere il termine di sessanta giorni, comunque convalidati negli effetti da leggi di conversione “di sanatoria”. E quando la Corte interviene con la sent. 360 del 1996<sup>19</sup>, per bloccare il fenomeno della reiterazione con il quale nella prassi si assisteva all'adozione di provvedimenti “provvisori” che duravano anni, è lo stesso Parlamento ad investire il Governo di “deleghe” ampie, contrarie ai principi costituzionali, raramente sanzionate dal Giudice costituzionale<sup>20</sup>.

La complessità del sistema delle fonti, naturalmente, non è dovuta soltanto a questa inversione nella relazione fra poteri che rende, di fatto, nel nostro ordinamento costituzionale, il Governo il vero “legislatore”.

In generale, infatti, si assiste a una progressiva confusione di ruoli, che vede anche il legislatore occupare, con le leggi provvedimento, lo spazio dell'amministrazione<sup>21</sup>: si fanno strada anche tesi secondo le quali le fonti dovrebbero essere qualificate non tanto in base alla forma, quanto in base alla sostanza<sup>22</sup> e, tuttavia, tale distinzione, alla prova dei fatti, non regge dal momento che, ad esempio, la differenza sostanziale fra regolamenti e atti amministrativi generali, che pure viene invocata dalla giurisprudenza per determinare diversi effetti quanto al regime dell'impugnazione degli atti – il regolamento può essere disapplicato, mentre per l'atto amministrativo generale sussiste l'onere di impugnazione rituale – non è chiara e si risolve, appunto, in un diverso trattamento davanti al giudice amministrativo, il quale riveste un ruolo centrale nella qualificazione delle stesse fonti<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> In tema, la letteratura è molto ampia. In questa sede, v. per tutti, ai fini del presente lavoro, M. CARTABIA, *Il Governo “signore delle fonti”?*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, a cura di M. CARTABIA - E. LAMARQUE - P. TANZARELLA, Torino, 2011, IX, secondo cui “*la sostituzione degli atti aventi forza di legge alla legge è soddisfacente nell'ottica della rule of law, ma non risponde esattamente alla diversa logica del principio di legalità, implicitamente basata su un dialogo e una distinzione di ruolo tra Parlamento e Governo*”; N. LUPO, *Gli atti normativi del Governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli*, in *Gli atti normativi del Governo*, cit., 550.

<sup>19</sup> A commento tra i tanti v. F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, III, 3157; M. CICCONE, *La sent. 360 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*, ivi, 3162.

<sup>20</sup> Si v. Corte cost. sent. 28 luglio 2004, n. 280 in materia di competenze Stato-Regioni; Corte cost., sent. 6 dicembre 2012, n. 272 in materia di mediazione obbligatoria; da ultimo Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 151 che ha dichiarato in parte incostituzionale la legge delega che mirava alla riforma della P.A (c.d. legge Madia).

<sup>21</sup> Cfr. in particolare G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, Milano, 2013, 151 ss.

<sup>22</sup> V. in particolare, P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 607 ss.

<sup>23</sup> Interessanti osservazioni critiche sul punto in M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico*, cit. 98 ss.

Una responsabilità in tal senso hanno anche il largo spazio conquistato dalle fonti dell'Unione Europea, sovente direttamente applicabili dai giudici, e la riforma costituzionale del 2001, che diminuisce, sia pure solo in apparenza, il posto della normativa statale in favore della potestà legislativa delle Regioni. Infatti, se è vero che lo Stato rivendica molte delle competenze attribuite sulla carta alle Regioni, occorre tuttavia sottolineare che l'espansione dell'intervento statale passa attraverso un'accesa conflittualità scaricata sulla Corte costituzionale, che per anni deve ridisegnare i confini delle competenze, con operazioni caratterizzate da incertezza e quindi dalla sperimentazione di soluzioni diverse (nell'incertezza, tra l'altro, si lascia spazio anche all'amministrazione, pronta ad intervenire, talvolta su richiesta della legge statale, con decreti di natura non regolamentare)<sup>24</sup>.

Un altro, e fondamentale, aspetto su cui occorre riflettere per capire le ragioni che hanno condotto l'amministrazione a liberarsi del suo ruolo di semplice "esecutrice" è quello che riguarda l'evoluzione e la progressiva autolimitazione del potere regolamentare.

La fonte secondaria per eccellenza, il regolamento, come è noto, è stata oggetto, insieme alle fonti primarie, di un importante provvedimento legislativo: la legge n. 400 del 1988 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*)<sup>25</sup>.

Nell'ottica del legislatore del 1988, i regolamenti avrebbero dovuto assurgere a fonti centrali nell'ordinamento statale, addirittura occupando interi settori lasciati liberi dal legislatore, attraverso lo strumento della delegificazione, disciplinato dall'art. 17 della stessa legge n. 400. Il tentativo di formalizzare il procedimento di formazione del regolamento, per razionalizzarne e incentivarne l'uso, però, non riesce, probabilmente in larga parte per la natura non costituzionale della legge n. 400, percepita a livello istituzionale come fonte descrittiva e non precettiva e dunque non sufficiente a scardinare una prassi pluridecennale<sup>26</sup>.

Dal 1988 ad oggi, invece, abbiamo assistito a una progressiva "fuga dai regolamenti"<sup>27</sup> e anche al sostanziale fallimento della c.d. delegificazione, volta, nelle intenzioni del legislatore, a ristabilire un equilibrio nei rapporti tra fonti primarie e secondarie.

---

<sup>24</sup> Per una disamina di esempi significativi, v. B. TONOLETTI, *Fuga*, cit., 388 ss.; v. inoltre, per riflessioni su esempi di questo tipo, F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss.

<sup>25</sup> Sulle origini di tale legge e sul suo legame col mutamento della concezione del sistema delle fonti, sempre più complesso ed in cui la centralità del Parlamento è sempre meno marcata, nonché sul suo impatto, assai limitato, cfr. M. MASSA, *Regolamenti*, cit., 76 ss.

<sup>26</sup> In tema v. la chiave di lettura efficacemente proposta da B. TONOLETTI, *Fuga*, cit., 388 ss., e da U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/88)*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 277 ss., spec. 297, il quale, fotografando l'impatto della l. n. 400 del 1988 all'indomani della sua entrata in vigore, sottolinea criticamente che il Governo ed i Ministri fingevano "di ignorare che alla precedente identità formale fra provvedimenti amministrativi e norme regolamentari, ora invece corrisponde una necessaria diversificazione procedimentale e formale derivante dalla natura dei poteri esercitati". V. anche le importanti riflessioni di N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 21 ss.

<sup>27</sup> Tra i primi ad usare questa espressione, v. U. DE SIERVO, *Lo sfuggente*, cit., 277 ss., spec. 297; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 356 ss.; L. CARLASSARE - P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 951 ss., spec. 958 ss. Più di recente, per una riflessione critica sul fenomeno, v. inoltre B. TONOLETTI, *Fuga*, cit., 388 ss.

Tutto questo dimostra come in Italia da molto tempo il paradigma classico, fondato sulla separazione dei poteri e sulla centralità della legge come fonte primaria, non esista più e come tutto questo abbia determinato una confusione di ruoli fra potere legislativo ed esecutivo, che sicuramente ha influito su quella separazione fra pubblica amministrazione e “potere normativo” di cui riferiva Zanobini.

Vi è, poi, un ulteriore elemento, messo in luce dai commentatori, che si aggiunge alla modifica di ruoli rispetto alla produzione normativa fra Parlamento e Governo e che potrebbe aver influito profondamente sulla trasformazione della pubblica amministrazione in “creatrice” di diritto: sempre più spesso le fonti primarie, e anche quelle secondarie, non dettano norme che possano essere semplicemente applicate, ma, al contrario, si tratta di norme che rinviano a decisioni e piani ulteriori di specificazione.

Un esempio paradigmatico è costituito dall’art. 1 della legge 7 dicembre 1984, n. 818 (*Nulla osta provvisorio per le attività soggette ai controlli di prevenzione incendi, modifica degli articoli 2 e 3 della legge 4 marzo 1982, n. 66, e norme integrative dell’ordinamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*), nella parte in cui rinvia ad una fonte di grado inferiore (il decreto ministeriale 16 febbraio 1982) per l’individuazione dei destinatari di un obbligo (di richiesta di certificato in materia di incendi) la cui violazione era sanzionata penalmente dal successivo art. 5. Infatti, la tabella allegata al decreto ministeriale in oggetto, che indicava ben novantasette attività soggette all’obbligo di richiesta del certificato di prevenzione incendi, ha posto rilevanti problemi di natura interpretativa, imponendo l’adozione di svariate successive circolari ministeriali. La situazione tuttavia non è stata chiarita nemmeno grazie a questi ulteriori interventi, richiedendo una pronuncia della Corte costituzionale, che, con la sent. n. 282 del 1990, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma di legge in questione, facendo leva sul principio di determinatezza in materia penale, di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., che le ha consentito, dato l’ambito penalistico della materia in gioco, di intervenire a dissipare il problematico intreccio di fonti.

Questa trasformazione della stessa struttura del precetto giuridico diventa responsabile del trasferimento della scelta su piani diversi; e qui si inserisce spesso l’attività della pubblica amministrazione che, invece di eseguire, crea, spesso approfittando dei vuoti lasciati dalla legge ed occupando dunque spazi non propri. Fra poco vedremo che questo è il problema centrale nella valutazione delle circolari e del peso che esse rivestono nell’applicazione o produzione del diritto.

Occorre sul punto evidenziare che la previsione e implementazione costante dei poteri normativi delle amministrazioni indipendenti è emblematica della trasformazione in atto, e che, oltretutto, la giurisprudenza, amministrativa in *primis*, ha comunque in qualche modo registrato e cercato di giustificare questo processo, imponendo però, come contrappeso, che *“la de-quotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell’attribuzione alle autorità di settore di ampi poteri regolamentari – impone il rafforzamento del principio di legalità pro-*



*cedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari*<sup>28</sup>.

Merita attenzione, nella stessa prospettiva, una recente decisione della Corte costituzionale, la sent. n. 69 del 2017, che ha affrontato proprio il tema del rapporto tra legalità e discrezionalità delle amministrazioni indipendenti<sup>29</sup>. Nel dichiarare la questione non fondata (sia pur “*nei sensi e nei limiti di cui in motivazione*”), la Corte ha svolto importanti considerazioni sul tema in commento, precisando che “*l'eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici*”, dando conseguentemente rilievo “*alla previsione di determinati elementi o moduli procedurali che consentano la collaborazione di più enti o organi – specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati ad operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico – o anche la partecipazione delle categorie interessate*”. Un simile modo di operare, per la Corte costituzionale, rappresenta il portato “*giuridicamente doveroso*”, già riconosciuto dall'orientamento sopra citato, consolidato, del Consiglio di Stato, “*di quella declinazione procedurale del principio di legalità, che è ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa tipica delle autorità indipendenti e rappresenta un utile, ancorché parziale, complemento delle garanzie sostanziali richieste dall'art. 23 Cost.*”.

Ci si potrebbe chiedere, però, se questa legalità “procedurale” possa sostituire completamente quella sostanziale e se la trasformazione totale di questo principio sia accettabile alla luce della nostra Costituzione: le parole del Giudice costituzionale nella sentenza appena citata, che sottolinea come si tratti di “*un utile, ancorché parziale*” complemento delle garanzie richieste dalla riserva di legge, sembrano muovere in questa direzione.

### **3. Ambiti differenti per uno stesso fenomeno: una normazione secondaria ampia, pervasiva e spesso staccata dalla legge**

Quello che più colpisce a fronte di un'analisi dei vari ambiti nei quali possiamo cogliere i tratti di un'amministrazione “creatrice” sono le dimensioni del fenomeno: circolari, decreti non regolamentari, linee guida, atti di indirizzo, tutti termini che indicano fonti atipiche che per ragioni diverse intervengono in settori lasciati liberi dalla legge, cui la legge si affida, e che talvolta modificano addirittura previe decisioni legislative.

---

<sup>28</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2012, n. 2521. Sul punto si vedano in modo più specifico le considerazioni svolte successivamente nel § 5.

<sup>29</sup> La Corte era stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della previsione legislativa che stabilisce le regole per il finanziamento delle attività dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), ritenuta dal giudice rimettente in contrasto con plurimi parametri costituzionali (l'art. 23 Cost., anzitutto) perché imporrebbe una prestazione patrimoniale in assenza di una base legale sufficientemente determinata.

Sentenza poi confermata dalla decisione n. 269 del 2017, riguardante l'AGCM.

Una produzione secondaria che viene ancora lasciata in secondo piano nella lettura del sistema delle fonti e che, tuttavia, a guardare i casi e le problematiche nelle quali si inserisce, tocca invece direttamente aspetti rilevanti della vita delle persone, spesso incidendo su diritti fondamentali.

Non è facile stabilire una connessione fra i vari profili e fra i differenti soggetti coinvolti: possiamo però fin da ora osservare che il fenomeno riguarda sia la pubblica amministrazione classicamente intesa (come nel caso delle circolari), sia soggetti nuovi a cui la legge affida la “gestione” di interi settori (*in primis*, le Autorità amministrative indipendenti), sia organi, come il Consiglio Superiore della Magistratura (di seguito: Csm) e, in generale, gli organi di autogoverno delle magistrature speciali, che interpretano i propri poteri in modo più ampio.

In tutti questi casi, indipendentemente dalla circostanza, ovviamente importante, ma non risolutiva, come vedremo, che una legge ci sia e abbia autorizzato, anche in via generale o implicita, la produzione di norme, quello che colpisce è che la definizione della fattispecie e l’assetto normativo della disciplina vigente sono tutti determinati all’interno della pubblica amministrazione e su un piano secondario.

Non essendo possibile trattare in modo sistematico tutti gli ambiti e premessa una selezione degli argomenti, si esamineranno i profili che paiono più problematici, operando una prima ripartizione fra le questioni all’interno della pubblica amministrazione classicamente intesa e quelle che riguardano invece nuovi soggetti, come le Autorità amministrative indipendenti e da ultimo l’Anac, che nascono proprio con l’intento legislativo di disciplinare settori specifici, anche attraverso poteri di regolazione. Mentre quest’ultimo fenomeno è da tempo oggetto di riflessione anche da parte della dottrina e quindi molti aspetti sono già stati ampiamente studiati e discussi, le nuove problematiche che toccano l’amministrazione classicamente intesa e la sua capacità innovativa anche oltre e al di fuori del regolamento meritano ulteriori analisi e riflessione alla luce di casi nuovi e recenti.

#### **4. La pubblica amministrazione fra “esecuzione” e “creazione”: riflessi sui diritti delle persone**

##### ***4.1. L’amministrazione “creatrice” parte da lontano: il ruolo delle circolari nell’attuazione delle leggi razziali***

Se guardiamo alla nostra storia istituzionale, è impressionante accorgersi che nel periodo più buio un ruolo centrale nella negazione dei diritti fondamentali delle persone è stato assunto dalla pubblica amministrazione: l’esperienza del regime fascista, infatti, conduce alle sue più estreme conseguenze l’accentramento di poteri, anche normativi, in capo all’esecutivo.

Tale accentramento, come è noto, ha contribuito alla conformazione della forma di Stato e di Governo ed è stato disciplinato dalla legge 31 gennaio 1926, n. 100 (*Sulla facoltà del Potere esecutivo di emanare norme giuridiche*), deputata a regolamentare il novero delle

attribuzioni normative del Governo in senso fortemente accentratore e nell'ambito della quale si scorge la peculiare accezione assunta dal principio di legalità nel contesto dello Stato totalitario. Un principio di legalità che, come sottolinea la dottrina, *“possiede un valore puramente teorico, costituzionalmente esangue, lontano e distaccato dal significato storico e istituzionale del primato del Parlamento, che coincide con l'affermazione del principio democratico, della centralità della rappresentanza politica”*<sup>30</sup>.

Se, dunque, il principio di legalità nel quadro dello Stato totalitario di epoca fascista non agisce quale fondamento autorizzativo del potere regolamentare del Governo, è agevole comprendere come la dottrina sia giunta sino ad assegnare al regolamento di quegli anni, ancorché fonte di rango secondario, *“una condizione parallela alla legge, da questa distinta per materiale determinazione di rispettive competenze”*<sup>31</sup>.

Il regolamento conosce infatti invero nello Stato totalitario quale fonte secondaria, solo formalmente subordinata alla legge, nel rispetto di un principio di legalità formale<sup>32</sup>, ben lontano dalla dimensione sostanziale di impronta costituzionale.

In questo quadro, anche l'impiego di atti non regolamentari, come le circolari, ha assunto una consistenza significativa sì da potersi affermare che molti tra i provvedimenti più repressivi nei confronti della minoranza ebraica sono stati adottati nella forma della circolare, attuativa di decreti approvati in seno all'esecutivo. Come osservato efficacemente in letteratura, le circolari sono state *“uno strumento formidabile. [...] La natura di questi documenti era varia: provvedevano ad illustrare alcuni provvedimenti [...] e a coordinarli, oppure attenuavano l'effetto di una disposizione, limitandone la portata o differendone l'entrata in vigore ma, molto più di sovente, aggravavano le disposizioni normative, forzando il dettato normativo anche notevolmente”*<sup>33</sup>. In proposito, si parla anche di “stillicidio” con riferimento all'effetto dispiegato dalle circolari in epoca fascista<sup>34</sup>.

Un esempio tragico di quanto stiamo affermando è offerto dal Regio Decreto Legge del 17 novembre 1938, n. 1728, recante *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*, su cui si è innestata la circolare 22 dicembre 1938, n. 270, aggravandone, tramite interventi di sicuro contenuto normativo, le previsioni normative. Pensiamo soprattutto all'art. 8<sup>35</sup> che, nel

---

<sup>30</sup> Così, M. MASSA, *Regolamenti*, cit., 62.

<sup>31</sup> Così sottolineava G. VACCHELLI, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, 55.

<sup>32</sup> Di “*perdurante centralità della legge*”, pure a fronte dell'incidenza significativa del regolamento sui diritti individuali, riferisce M. MASSA, *op. cit.*, che richiama efficacemente le tesi sostenute dalla dottrina di quegli anni e, in particolare, da G. Zanobini, tra i cui scritti si veda *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, 1922, 17 e ss.

<sup>33</sup> S. GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010, 231.

<sup>34</sup> Nell'ambito della dottrina costituzionalistica, offrono un ulteriore approfondimento della legislazione di epoca fascista, anche, P. CARETTI - A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 2213 ss.

<sup>35</sup> La norma così stabiliva: “Agli effetti di legge:

a) è di razza ebraica colui che è nato da genitori entrambi di razza ebraica, anche se appartenga a religione diversa da quella ebraica;

b) è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di cui uno di razza ebraica e l'altro di nazionalità straniera;

RDL detta la definizione di ebreo, rispetto al quale la circolare così disponeva: “[i] criteri contenuti in questo articolo per determinare l’appartenenza della razza ebraica hanno carattere fondamentale e, conseguentemente, sono di portata più ampia dell’attuale provvedimento; ad essi, pertanto, occorre fare riferimento nell’applicazione di qualsiasi disposizione di legge che presupponga la nozione dell’appartenenza alla razza ebraica. Per la lett. a), chi discende da genitori entrambi ebrei è ebreo egli stesso, qualunque sia la religione professata: in questo caso, quindi, il fattore religioso non può modificare l’origine razziale. Per la lett. b), il figlio di un genitore ebreo (italiano o straniero) è sempre considerato ebreo - anche in questo caso prescindendo dalla religione professata - se l’altro genitore, non ebreo, sia di nazionalità straniera. In questo caso, dunque, è necessario che l’indagine risalga a stabilire la nazionalità dei genitori, anche se questi avessero eventualmente conseguito - per concessione o per matrimonio - la cittadinanza italiana. Per la lett. d), il nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo ebreo, è considerato ebreo se professi la religione ebraica, o risulti iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto manifestazioni di ebraismo. Per manifestazioni di ebraismo debbesi intendere qualsiasi concreta attività che riveli sentimenti e tendenze nettamente ebraici. Il nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo sia ebreo, non è considerato ebreo se, alla data del 1 ottobre XVI, apparteneva a religione diversa dall’ebraica: se, invece, alla data del 1 ottobre 1938 - XVI, non apparteneva ad alcuna religione, deve essere considerato ebreo. Tutti i dubbi che dovessero presentarsi nell’applicazione dell’art. 8 - applicazione dalla quale, come è evidente, discendono notevoli conseguenze giuridiche - e tutte le controversie al riguardo, dovranno essere sottoposti, previa una diligente istruttoria da parte delle Prefetture, al Ministero dell’Interno (Direzione Generale per la Demografia e la Razza), a termini dell’art. 26 della legge”.

Come si vede dalla lettera della norma contenuta nella circolare, tale atto introduceva due fondamentali puntualizzazioni sia quanto alla interpretazione, o meglio, alla sua ampiezza, della definizione di ebreo, sia quanto alle modalità con cui ovviare a eventuali problemi applicativi connessi alla norma del RDL rispetto ai quali di evidente centralità risulta il ruolo assolto dal Ministro dell’Interno.

Altra norma, per quanto qui interessa, da ricordare del RDL è, poi, l’art. 26 a norma del quale: “[l]e questioni relative all’applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l’interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere di una Commissione da lui nominata. Il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale”<sup>36</sup>.

---

c) è considerato di razza ebraica colui che è nato da madre di razza ebraica qualora sia ignoto il padre;

d) è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto, in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo.

Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che, alla data del 1° ottobre 1938-XVI, apparteneva a religione diversa da quella ebraica”.

<sup>36</sup> Tra le altre circolari di rilievo, è possibile qui ricordare: la circolare n. 54299 del 30 luglio 1940 con la quale si prevedeva “il divieto del rilascio di licenze per commercio ambulante di qualsiasi articolo ad appartenenti razza ebraica”; sempre in materia di commercio, la circolare n. 63886 del 13 settembre 1940 precludeva agli ebrei di prendere parte ad attività legate al commercio di oggetti antichi e d’arte; una circolare datata dicembre

Interessante osservare<sup>37</sup>, da ultimo, che a concludere la vicenda delle limitazioni e compressioni di diritti fondamentali degli ebrei sul territorio dello Stato italiano tramite circolari amministrative, intervenne una circolare del 28 agosto del 1943 della Direzione Generale della Pubblica Sicurezza, che stabiliva la revoca delle limitazioni e dei divieti posti con le precedenti circolari.

Va anche ricordato che la circolare, quale strumento capace di dotarsi di contenuto normativo e di incidere sui diritti individuali, continuò a rivestire una sua centralità negli anni della Repubblica di Salò, con il celebre esempio della circolare del Ministro degli Interni, Buffarini Guidi, del 30 novembre 1943, con cui venne disposto il sequestro dei beni, mobili e immobili, degli ebrei residenti sul territorio nazionale.

In conclusione, l'esperienza della legislazione razziale di epoca fascista e la successiva riproposizione dell'analoga piattaforma politico-programmatica fatta propria dalla Repubblica di Salò, in piena aderenza alla forma di Stato e di Governo accolta, dimostra come soprattutto lo strumento della circolare abbia consentito una rapida e progressiva limitazione dei diritti fondamentali, allontanandosi sistematicamente in misura più o meno accentuata dalla lettera della norma di legge di riferimento.

#### **4.2. Una forte analogia oggi: l'assenza della legge nella materia dell'immigrazione**

La situazione passata appena descritta presenta analogie impressionanti rispetto a quello che succede oggi in relazione ai diritti fondamentali delle persone più fragili, come i migranti. Come è già stato efficacemente messo in luce<sup>38</sup>, molti settori che investono direttamente la stessa possibilità di rimanere nel nostro Stato o di "esistere" anche dopo la mor-

---

1938 disponeva il ritiro del brevetto di pilota civile di veicolo agli ebrei; sempre con circolare, n. 34440 del 1940, venne proibito agli ebrei di svolgere attività turistica, dal momento che "data speciale la natura attività uffici viaggi e turismo che importa funzione propagandistica e valorizzatrice risorse turistiche nazionali, il Ministero non ritiene opportuno che attività stessa venga svolta da elementi razza ebraica"; la circolare n. 36314 del 24 luglio 1939 vietava agli ebrei la possibilità di ottenere il rilascio di licenze di affittacamere; una circolare del 1939 ha introdotto il divieto di rilasciare agli ebrei la licenza per il mestiere di fattorino di albergo e di facchino; la circolare n. 1549 del 18 giugno 1940 inibì gli ebrei dallo svolgimento di qualsiasi attività nel settore dello spettacolo; ulteriori circolari intervennero, poi, vietando il rilascio agli ebrei di licenze per scuole di ballo, per l'esercizio del mestiere di custode o portiere, per l'esercizio del commercio di oggetti usati, per l'esposizione di modelli; altra circolare inibì agli ebrei anche la partecipazione ad aste pubbliche e ai locali in cui queste si svolgevano.

<sup>37</sup> In questo senso, ancora, S. GENTILE, *op. cit.*

<sup>38</sup> In tema di diritti fondamentali degli stranieri si vedano fra i tanti P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Sant'Arcangelo di Romagna, 1993; E. GROSSO - A. GIORGIS - M. LOSANA (a cura di), *Diritti eguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017; R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001.

te<sup>39</sup>, come nel caso della identificazione dei cadaveri, sono privi di garanzie e, soprattutto, disciplinati da norme molto spesso adottate in assenza di base legale e in balia di decisioni dell'Amministrazione.

Già Vezio Crisafulli nel 1957, commentando una sentenza del consiglio di Stato, nella quale si affermava che il diritto di ingresso spettasse esclusivamente ai cittadini, esprimeva il suo “grave disagio” nei confronti di una legislazione nei confronti degli stranieri “grettamente provinciale e nazionalistica ed nei confronti di una ancora “più impacciata” [...] prassi amministrativa, che una tale legislazione ha sempre interpretato in modo ottusamente restrittivo – ossia nel modo peggiore”<sup>40</sup>.

Negli ultimi anni si è assistito ad una proliferazione di documenti amministrativi, provvedimenti di “emergenza”, atti atipici adottati dalle istituzioni nazionali ed europee al fine di fronteggiare la “crisi migratoria”.

Il diritto dell’immigrazione<sup>41</sup> è, infatti, considerato un diritto dell’“emergenza” e dell’“eccezione”<sup>42</sup>, caratterizzato da un sistema di fonti complesso e multilivello, notevolmente influenzato dall’andamento dei flussi migratori, come dai repentini cambiamenti degli indirizzi politici, particolarmente sensibili al tema.

Talvolta è la stessa legge a prevedere l’intervento di carattere straordinario dell’Amministrazione. Fra i molteplici esempi, pare interessante richiamare il d.l. n. 59 del 2012, che, modificando la legge n. 225 del 1992 e inserendo tra i compiti della protezione civile la gestione delle calamità “connesse con l’attività dell’uomo” consente al Governo di dichiarare lo stato di emergenza a fronte di ingenti flussi migratori e, conseguentemente, di intervenire “anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, (...) nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico”<sup>43</sup>. Si badi che il potere di ordinanza, di cui alla legge n. 225 del 1992, deve necessariamente essere – come ha affermato la Corte costituzionale in riferimento a tale legge - “circoscritto” poiché “il richiamo a una finalità di interesse generale – ‘pur di precipuo e stringente rilievo’ - non dà fondamento, di per sé, a mi-

---

<sup>39</sup> Per quanto riguarda il pregiudizio dei diritti fondamentali dei migranti che scompaiono attraversando le acque del Mediterraneo e dei loro familiari sia consentito il rinvio a M. D’AMICO – C. CATTANEO, *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, 2017.

<sup>40</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell’apolide*, in *Foro Amm.*, 1957, I, VI, 10.

<sup>41</sup> Su tutti B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

<sup>42</sup> Sul tema si veda, in generale, G. AGABEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003; in relazione all’emergenza nei fenomeni migratori D. U. GALETTA, *Il diritto di asilo in Italia e nell’Unione Europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all’«esternalizzazione» e politiche nazionali di gestione della c.d. «emergenza immigrazione»*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, VI, 1449 ss.; S. PENASA, *Quando l’eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in S. BONINI - L. BUSATTA - I. MARCHI (a cura di), *L’eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015, 141-168; F. SCUTO, *La gestione dell’“emergenza” tra interventi dell’Unione europea e ordinamento nazionale: l’impatto sulle fonti del diritto dell’immigrazione*, in F. CORTESE - G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Napoli, 2017, 373 ss.

<sup>43</sup> Sui poteri del Governo in situazioni di emergenza si veda diffusamente G. RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010.

*sure che vulnerino la sfera di interessi, garantita a livello costituzionale*". E ciò al fine di "scongurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti"<sup>44</sup>.

Più recentemente, invece, di fronte ai crescenti flussi migratori verso l'Italia, l'Amministrazione non sembra essersi limitata a rispondere all' "emergenza" mediante gli strumenti – seppur straordinari – previsti dalla legge, ma è divenuta lei stessa "creatrice" di diritto, assumendo un ruolo centrale nella regolamentazione e nella disciplina dell'immigrazione.

Ciò si è tradotto, a discapito dei principi di legalità e di certezza del diritto, in uno stravolgimento del sistema delle fonti, dimostrato dal superamento dell'utilizzo dei tradizionali strumenti normativi in favore di un utilizzo massiccio di fonti di rango secondario e/o atipiche, nonché nel pregiudizio delle garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, proprie dello Stato di diritto.

Emblematica in questo senso è la recente introduzione dei c.d. *hot-spot*<sup>45</sup> - "punti di crisi" istituiti nei Paesi di confine dell'Unione al fine di "affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori"<sup>46</sup> - la cui genesi e la cui conseguente disciplina è caratterizzata, tanto a livello interno quanto a livello europeo, dal ricorso a fonti atipiche o di rango sub-primario, in materie coperte da riserve di legge (artt. 10 e 13 Cost.).

Il riferimento agli *hot-spot* compare, per la prima volta, nella c.d. Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea nel maggio del 2015.

Nel documento, la Commissione non fornisce una definizione precisa di *hot-spot*, ma si limita ad annunciare l'introduzione di "un nuovo metodo basato sui «punti di crisi» (*hot-spot*)", dove "l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol lavoreranno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo [...]"<sup>47</sup>. Dal testo dell'Agenda europea gli *hot-spot* sembrano profilarsi, dunque, come un "metodo" di razionalizzazione della prima accoglienza, nonché delle procedure di richiesta di protezione internazionale, da un lato, e di rimpatrio, dall'altro.

---

<sup>44</sup> Corte cost., sent. del 14 aprile 1995, n. 127; con nota di A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del diritto "eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, II, 265.

Nello stesso senso, porta l'esempio della l. n. 125 del 1992, S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e Cie*, cit., 143.

<sup>45</sup> Sull'istituzione dei punti di crisi si veda S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2017, II.

<sup>46</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, par. 25.

<sup>47</sup> Commissione europea, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione.

Le procedure di attuazione dell'Agenda europea sono state precisate con due documenti successivi: le Conclusioni del Consiglio europeo del 16 giugno 2016 e la Comunicazione della Commissione europea del 23 settembre 2015<sup>48</sup>.

La Commissione, al fine di “dare risposta immediata” alla crisi migratoria, decide di intervenire, adottando diverse comunicazioni, fonti atipiche a carattere programmatico che dovrebbero limitarsi ad orientare le politiche degli Stati membri, ma che di fatto introducono misure non previste dall'ordinamento e che incidono fortemente sul sistema di asilo europeo.

Ne consegue che la competenza che spetta all'Unione in materia di immigrazione e asilo (“Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione”, art. 77 ss. TFUE) non viene esercitata tramite l'adozione di atti tipici, come imporrebbe l'art. 288 TFUE, ma mediante atti atipici della Commissione europea, che sembrano essere caratterizzati da una forte vocazione normativa<sup>49</sup>.

Allo stesso modo, anche a livello interno, l'introduzione e la regolamentazione degli *hot-spot* è stata segnata da un forte protagonismo di fonti di rango secondario e circolari del Ministero dell'Interno<sup>50</sup>.

La circolare del Ministero dell'Interno del 28 settembre 2015 sembra andare oltre le richieste della Commissione europea, definendo gli *hot-spot* non solo come mero “metodo” di accoglienza, ma come luoghi fisici “chiusi”, ove “*sono disponibili strutture di prima accoglienza [...] per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici*”.

La regolamentazione degli *hotspot* viene poi precisata ed implementata con una serie di circolari che definiscono le attività di accoglienza e identificazione, nonché le procedure di avvio delle domande di asilo.

In particolare, la circolare del Ministero dell'Interno contenente le *operational standards rules*<sup>51</sup>, fissa una vera e propria sequenza operativa che deve essere messa in atto dal personale delle strutture.

Le prime attività, precisate dalla stessa circolare, riguardano il salvataggio e lo sbarco dei migranti. In seguito, la circolare impone alle autorità presenti negli *hot-spot* di procedere allo screening sanitario e all'informativa sui diritti in materia di immigrazione e asilo. Inoltre, il personale delle strutture è incaricato delle procedure di pre-identificazione (mediante foto identificativa o l'uso dei braccialetti identificativi); procedure che devono ritenersi propedeutiche al controllo sulle banche dati di polizia.

---

<sup>48</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio. Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 23.9.2015, COM (2015), 490 final. Si segnala inoltre, da ultimo, il Piano d'azione della commissione europea sulle misure a sostegno dell'Italia e per ridurre la pressione sulla rotta del mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà, 4 luglio 2017, SEC(2017) 339.

<sup>49</sup> Per una critica al quadro normativo in materia a livello europeo A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, III.

<sup>50</sup> Ministero dell'Interno, Road Map, 28 settembre 2015.

<sup>51</sup> Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015.



Infine, le autorità dovranno espletare le procedure di accoglienza nelle strutture ricettive dell'*hot-spot*, somministrando "*informative strutturate sul funzionamento delle procedure di richiesta della protezione internazionale e della procedura di ricollocazione*".

Riguardo alle modalità di smistamento delle domande di protezione internazionale e ricollocazione, la circolare del 10 ottobre 2015<sup>52</sup>, rivolta ai prefetti e alle forze di polizia, distingue tre modalità differenti: a) le persone che manifestano la volontà di richiedere la protezione internazionale verranno trasferite "di norma" nei centri di accoglienza presenti sul territorio per la formalizzazione della domanda; b) i migranti che, in base a quanto stabilito dall'Agenda europea, possono essere definiti *in clear need of protection* poiché provenienti da paesi che versano in una grave crisi umanitaria, come la Siria, devono essere informati in relazione alle procedure di ricollocamento in altri Stati membri; c) chi non manifesta la volontà di richiedere asilo, deve essere sottoposto ad ulteriori accertamenti dalle autorità di polizia.

Stupisce come, anche in assenza di una base legislativa adeguata a legittimare l'intervento del Ministero, siano le stesse circolari ministeriali ad individuare la fonte di riferimento. Si legge, infatti, nella già citata circolare contenente le *operational Standards rules* che "*il testo di riferimento è l'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015*"; atto atipico che fuoriesce dal sistema tradizionale delle fonti. In altri termini, a partire dall'Agenda europea sull'immigrazione sembra essersi innescato un botta-risposta tra amministrazione interna ed europea, caratterizzato dall'adozione di atti che dovrebbero avere carattere meramente programmatico, ma anche nei fatti – come precedentemente affermato – sembrano avere funzione normativa.

Infatti, seppur le circolari del Ministero dell'Interno dovrebbero esplicitare efficacia interna alla pubblica amministrazione, orientando il comportamento delle amministrazioni e stabilendo "*regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo degli affari d'ufficio*"<sup>53</sup>, non si può non notare come la circolare del Ministero dell'Interno che ha dato avvio all'approccio *hot-spot* abbia di fatto prodotto effetti giuridici di rilievo esterno, istituendo un nuovo metodo e nuovi luoghi di accoglienza, estranei all'ordinamento e non previsti in alcun modo dalle fonti primarie.

L'adozione di tali atti atipici e di rango sub-primario viene giustificata tanto dalla Commissione europea, quanto dal Ministero dell'Interno, in ragione del carattere straordinario ed emergenziale del fenomeno migratorio che l'Europa e i Paesi di confine stanno fronteggiando.

Tuttavia, né a livello interno, né a livello sovranazionale sono stati adottati gli strumenti normativi che l'ordinamento predispone per far fronte alle situazioni di emergenza, rispettivamente l'art. 78, par. 3 del TFUE e il decreto legge. L'art. 78, par. 3 del TFUE avrebbe, infatti, consentito al Consiglio, di adottare su proposta della Commissione, "*measure tem-*

---

<sup>52</sup> Ministero dell'Interno, circolare rivolta ai prefetti e alle forze di polizia del 10 ottobre 2015.

<sup>53</sup> F. CAMMEO, *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1920, III.

poranee” “per affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi”<sup>54</sup>.

La Commissione, invece, intervenendo mediante l'adozione di comunicazioni, sembra stravolgere le procedure tipiche di attivazione delle competenze dell'Unione, sorpassando di fatto gli organi legislativi.

Come ammesso dalla stessa Commissione, oltretutto, le misure che sono state introdotte a seguito dell'Agenda europea “sono state concepite come misure di emergenza in risposta a una crisi specifica che sarebbe illusorio caratterizzare come un bisogno a breve termine non destinato a ripetersi”.

Ed, infatti, nel giro di pochi anni si è assistito ad una “stabilizzazione” della situazione di emergenza che ha comportato la codificazione delle misure emergenziali in fonti di rango primario. A livello europeo gli *hot-spot* sono stati disciplinati dal Regolamento (EU) 2016/21624 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, del 14 settembre 2016, adottato a più di un anno di distanza dall'Agenda europea<sup>55</sup>.

A livello interno, con due anni di ritardo rispetto alla situazione di emergenza annunciata dalle comunicazioni della Commissione europea, i punti di crisi hanno trovato regolamentazione nel decreto legge n. 13 del 2017, convertito in legge n. 13 del 2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando), che ha introdotto l'art. 10-ter del d. lgs. n. 286 del 1998 (TU Immigrazione).

Ciò posti, gli atti di *soft law* richiamati sopra non sono discutibili solo dal punto di vista della gerarchia delle fonti, ma la loro problematicità risulta tanto più evidente se si considera che le misure che essi hanno introdotto rischiano di incidere sui diritti fondamentali dei migranti, ed in particolare sul diritto alla libertà personale, in relazione al quale vige un riserva di legge assoluta<sup>56</sup>.

Le circolari del Ministero dell'Interno, infatti, stabiliscono numerose operazioni pregiudizievoli della libertà personale dei migranti, come le attività obbligatorie di identificazione e di rilevamento delle impronte digitali<sup>57</sup>.

Su altro fronte, per quanto riguarda l'acquisizione delle impronte digitali e foto-segnalamento la circolare sulle procedure operative standard afferma che “fino all'adozione di nuova normativa da parte del Governo italiano, si applicano la Circolare del Ministero dell'Interno N. 400/A//2014/1.308 del 25.09.2014 e del 25.09.2014”. Non solo, la medesima circolare mira a facultizzare la regolamentazione del foto-segnalamento da parte di altre fonti di rango secondario, ma per di più precisa che “ove si renda necessario, è doveroso un uso

---

<sup>54</sup> Sul procedimento di cui all'art. 78 TFUE si v. A. ADINOLFI, *Articolo 78*, in F. POCAR - C. BARUFFI (a cura di), *Commentario Breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014.

<sup>55</sup> Regolamento (UE) n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea.

<sup>56</sup> Sull'inammissibilità dell'intervento di fonti secondarie in ambiti coperti da riserva di legge assoluta v. tra i più significativi e relativamente recenti A. CERRI, *Libertà personale (Dir cost.)* – postilla di aggiornamento, agg. XVI, 2008.

<sup>57</sup> Sul problematico uso della forza nel rilevamento delle impronte digitali e sul trattenimento nei punti di crisi si veda M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, II, 25 ss.

della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona". Questa ultima disposizione sembra porsi in difficile equilibrio con la giurisprudenza della Corte costituzionale, e ciò non tanto per la violazione delle garanzie previste dell'art. 13 Cost., ma piuttosto per l'assenza di una fonte normativa primaria chiara in relazione ai predetti rilevamenti. Come noto, infatti, la Corte costituzionale, pur ritenendo che i rilievi "fotografici ed antropometrici, dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo), *"non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possono talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona"*, afferma che spetta unicamente al legislatore *"formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione"* (Corte cost., sent. n. 30 del 1962<sup>58</sup>).

Ancora più problematica pare la previsione nella circolare ministeriale sul tempo di permanenza negli *hot-spot*<sup>59</sup>. La circolare, infatti, non prevede un termine massimo di permanenza, ma si limita a precisare che *"il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell'ingresso, deve essere il più breve possibile, compatibilmente con il quadro normativo vigente"*.

La permanenza negli *hot-spot* non rientra tra le forme di limitazione della libertà personale tipizzate dalla legge in conformità all'art. 13 Cost., né tanto meno è possibile sostenere che essa possa rientrare tra le limitazioni provvisorie, consentite solo in casi straordinari di necessità ed urgenza.

Più plausibili paiono, invece, quelle tesi che sostengono un parallelismo tra la permanenza negli *hot-spot* e il trattenimento amministrativo nei CIE. In effetti, seguendo il ragionamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2001 in riferimento al trattenimento, sembra possibile far rientrare la permanenza negli *hot-spot* tra le *"altre restrizioni della libertà personale"*, di cui all'art. 13 Cost., dato che essi sono configurati come centri "chiusi" in cui è possibile l'uso della forza da parte delle autorità di pubblica sicurezza e che non è previsto alcun termine massimo di permanenza.

In questo caso, dunque, fonti secondarie intervengono in una materia coperta da riserva di legge assoluta, introducendo misure che, sempre secondo la sent. n. 105 del 2001 della Corte costituzionale rischiano di determinare *"quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale"*.

---

<sup>58</sup> Corte cost., sent. del 27 marzo 1962, n. 30, con osservazioni di R. G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di ps.*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 242. V. inoltre Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, che, a partire da un caso relativo all'effettuazione di prelievi ematici compiuti quali operazioni di ricerca della prova nel processo penale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, del codice di procedura penale nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge.

<sup>59</sup> Ci si riferisce ancora una volta alla circolare sulle procedure operative standard.

L'assenza di una base legislativa per misure limitative della libertà della persona pare, inoltre, porsi in contrasto con l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>60</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte Edu), nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>61</sup>, ha considerato come la permanenza di due cittadini Tunisini nel CPSA (Centro di primo soccorso e accoglienza) di Lampedusa, oggi divenuto *hot-spot*, "costituisca una «privazione della libertà» tenuto conto delle restrizioni che le autorità hanno imposto agli interessati e nonostante la natura della qualificazione ritenuta dal diritto interno". La Corte nota come "la privazione della libertà contestata è priva di base legale nel diritto italiano [...] il quale non prevede in alcun modo il trattenimento di migranti (...) sistemati in un CSPA".

Tale considerazione è sufficiente per affermare che la privazione della libertà personale per mano di circolari ministeriali non può essere considerata «regolare» ai sensi dell'art. 5 della Convenzione e rappresenta, secondo la Corte Edu, una violazione del principio generale della certezza del diritto e contrasta con lo scopo di proteggere l'individuo dall'arbitrio dell'Amministrazione.

A questo proposito, si segnala che è stato di recente dichiarato ammissibile dalla I sezione della Corte Edu il ricorso presentato per conto di 13 minori non accompagnati in un *hots-pot* di Taranto, per violazione degli artt. 3, 5, 8 e 13 della CEDU, non avendo l'Italia garantito condizioni dignitose di detenzione (art. 3), non essendo la detenzione basata su una procedura prevista dalla legge, né i minori informati delle ragioni della limitazione della loro libertà personale, né prontamente condotti davanti ad un giudice e privati della necessaria assistenza legale, tra cui la nomina di un tutore (art. 5), avendo subito delle illegittime intrusioni nella loro vita privata e familiare (art. 8) e non avendo avuto a disposizione effettivi rimedi interni per presentare un ricorso<sup>62</sup>. Sarà molto importante, dunque, verificare se la Corte sovranazionale contribuirà al ripristino dei diritti violati, attraverso un ritorno ad un paradigma di legalità effettivo.

Infine, sempre in relazione all'impatto che le circolari ministeriali rischiano di produrre a discapito dei diritti fondamentali, merita di essere richiamata la circolare del Ministero dell'Interno del 4 luglio 2018<sup>63</sup>, la quale parrebbe incidere direttamente su un diritto costituzionale, il diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost.

La circolare - rivolta al Capo della Polizia, ai Prefetti, ai Questori, ai Presidenti delle Commissioni territoriali, al Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - non solo mira

---

<sup>60</sup> Sull'art. 5 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Articolo 5*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012.

<sup>61</sup> Corte Edu, sent. del 1° settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*, con osservazioni di M. F. CUCCHIARA, *Lampedusa, hotspot e detenzione illegittima dei migranti: Il caso Khlaifia all'esame della Grande Camera EDU*, in *Giur. pen. web*, 7-8/2016.

Inoltre, si segnala che il Governo ha inviato al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa due comunicazioni (del 6/9/2017 e dell'11/1/2018), presentando le azioni previste per porre fine alle violazioni dei diritti convenzionali emerse. Tuttavia, il Comitato dei Ministri ha chiesto ulteriori chiarimenti al Governo entro il 30 giugno, non ritenendo sufficienti le spiegazioni ricevute nelle due comunicazioni citate.

<sup>62</sup> Ric. n. 47287/17, *Alagie TRAWALLI e altri c. Italia*, presentato il 5 luglio 2017 (comunicazione dell'11 gennaio 2018).

<sup>63</sup> Ministero dell'Interno, circolare del 4 luglio 2018, "Il riconoscimento della protezione internazionale e la tutela umanitaria".

alla “*riduzione dei tempi*” per l’esame delle domande di protezione, ma si concentra in particolare sulla concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, istituto di diritto interno disciplinato dall’art. 5, comma 6, d. lgs. n. 286 del 1998. Ci si riferisce, in particolare, a quei casi in cui la Commissione territoriale competente, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, trasmette gli atti al Questore per l’eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, quando ricorrano “seri motivi”, “*di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*” (art. 5, comma 6, d. lgs. n. 286 del 1998).

La circolare evidenzia come il permesso di soggiorno per motivi umanitari, nonostante abbia carattere “residuale” rispetto alle altre forme di protezione disciplinate dal diritto dell’Unione europea (status di rifugiato e protezione sussidiaria), rappresenti il “*beneficio maggiormente concesso dal sistema nazionale*”, comportando “*conseguenziali problematiche sociali che, nel quotidiano, involgono anche motivi di sicurezza*”.

Per tale ragione, il Ministro dell’Interno “*richiama l’attenzione*” dei Collegi per il riconoscimento del diritto d’asilo e delle Commissioni e Sezioni Territoriali, “*sulla necessaria rigidità dell’esame delle cause di vulnerabilità degne di tutela, che ovviamente*” – precisa la circolare – “*non possono essere riconducibili a mere e generiche condizioni di difficoltà*”.

Al fine di individuare tali cause di vulnerabilità degne di tutela, la circolare fa riferimento ad una recente pronuncia della Corte di cassazione, richiamandone solo alcuni passaggi in base ai quali si desume che l’attribuzione del beneficio del permesso di soggiorno per motivi umanitari debba fondarsi su indici oggettivi e soggettivi, avendo riguardo “*alla situazione oggettiva del Paese di origine e della condizione soggettiva del richiedente in quel contesto, alla luce delle peculiarità della sua vicenda personale*” (Corte cass., sez. I, 23/02/2018, n. 4455)<sup>64</sup>.

Ciò che colpisce della circolare, appena richiamata, è il tentativo di fornire un’interpretazione restrittiva di una previsione legislativa giustificandola, da un lato, mediante una lettura parziale della giurisprudenza della Corte di cassazione e, dall’altro, in base alla considerazione che il permesso di soggiorno per motivi umanitari sarebbe un istituto “residuale” puramente di diritto interno, non codificato dal diritto europeo.

In tale ricostruzione, tuttavia, la circolare non tiene conto del fatto che il permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all’art. 5, comma 6, del d. lgs. 286 del 1998 trova fondamento diretto, coerentemente con quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione<sup>65</sup>, nelle norme costituzionali, ed in particolare nel diritto d’asilo, consacrato all’art. 10, comma 3, della Costituzione.

Infatti, la protezione umanitaria - come da ultimo specificato proprio nella stessa sentenza richiamata dalla circolare - “*costituisce una delle forme di attuazione dell’asilo costitu-*

---

<sup>64</sup> A commento si veda in particolare C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2018.

<sup>65</sup> In questo senso si vedano in particolare Corte cass., sent. n. 10686 del 2012; Corte cass., sent. n. 16362 del 2016.

zionale (art. 10 Cost., comma 3), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche".

Per mano di una circolare, dunque, si tenta di suggerire un'interpretazione restrittiva non solo della legge, ma dell'interpretazione che della stessa è fornita dalla giurisprudenza di legittimità, in conformità ai principi costituzionali.

In breve, il diritto dell'immigrazione è uno dei tanti esempi che mettono in luce il ruolo dell'Amministrazione come "creatrice di diritto", ma forse, in quest'ambito più che in altri, risulta evidente il rischio che lo stravolgimento del sistema delle fonti può comportare in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Per quanto ai fenomeni migratori degli ultimi anni possano essere connessi emergenziali "problemi di sicurezza e di ordine pubblico", la gravità di questi ultimi non può minimamente scalfire "il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani"<sup>66</sup>.

#### **4.3. La pubblica amministrazione promuove o nega i diritti: fra circolari, linee guida e note**

Emblematici sono anche i recenti casi nei quali, in assenza della legge o comunque di un quadro normativo chiaro, la pubblica amministrazione ha potuto inserirsi direttamente con provvedimenti di natura diversa e scegliendo se promuovere o negare diritti<sup>67</sup>.

Così, la pubblica amministrazione ha svolto un ruolo sicuramente promozionale rispetto a diritti non ancora riconosciuti dal legislatore, pur muovendosi nell'ambito limitato della proprie competenze, quando ha deciso di istituire i registri delle unioni civili<sup>68</sup> o quelli per le dichiarazioni delle disposizioni anticipate di trattamento.

I registri, infatti, hanno costituito un primo riconoscimento dall'importante valore simbolico, come è stato affermato anche dalla Corte Edu nel noto caso *Oliari e altri c. Italia*<sup>69</sup> e

---

<sup>66</sup> Così Corte cost., sent. n. 105 del 2001. Tale affermazione è stata ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 222 del 2004 e nella recente sentenza n. 275 del 2017, in tema di allontanamento differito.

<sup>67</sup> In tema, per un approfondimento con specifico riferimento alla posizione degli stranieri all'interno dell'ordinamento costituzionale, si veda E. GROSSO, *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017.

<sup>68</sup> In dottrina, si rinvia a L. IMARISIO, *Il registro delle unioni civili*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del Convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli, 2014. Per un approfondimento sul tema delle relazioni tra famiglia e Costituzione, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, 2016, Milano, 142 e ss.

<sup>69</sup> Corte Edu, *Oliari e altri c. Italia*, Seconda sezione, 21 luglio 2015. Per un commento si rinvia a C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

hanno svolto, in assenza della legislazione, un importante stimolo anche per il legislatore, affiancandosi positivamente alle iniziative e alle pronunce giudiziarie.

In assenza di legge, però, sono talvolta entrati in gioco anche atti amministrativi secondari non finalizzati all'attuazione di diritti sprovvisti di tutela legislativa: a differenza di quelli richiamati in precedenza, adottati da parte degli enti locali, che segnavano un atteggiamento promozionale della pubblica amministrazione rispetto a diritti fondamentali, in questo caso, infatti, gli interventi registrati si dimostrano orientati in opposta direzione, e cioè al restringimento della portata dei diritti.

Così è stato per la circolare del Ministero degli Interni Angelino Alfano, che dava disposizione di non trascrivere i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all'estero.

Si tratta della circolare ministeriale emessa nella fase particolarmente delicata in cui, da un lato, l'ordinamento giuridico nazionale ancora difettava di una normativa organica in tema di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso; dall'altro, invece, la giurisprudenza dimostrava attenzione ai diritti delle coppie omosessuali, ordinando agli ufficiali di stato civile la trascrizione nei registri dello Stato Civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero. È in questo contesto che il Ministro dell'Interno nell'ottobre del 2014 invita i Sindaci che avevano provveduto ad effettuare tali trascrizioni, a disporre la cancellazione, "avvertendo che, in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 nonies della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs. 267/2001".

La circolare non mancava di fare riferimento al quadro normativo esistente a livello nazionale e sovranazionale<sup>70</sup>, così come alla giurisprudenza costituzionale – la celebre decisione costituzionale n. 138 del 2010<sup>71</sup> in tema, appunto, di unioni familiari non matrimoniali tra persone dello stesso sesso – e, pur tuttavia, introduceva un divieto destinato a riverberarsi in via immediata nei confronti di quelle coppie che avessero cercato all'estero forme di tutela giuridica della propria unione.

La circolare ha determinato la reazione pressoché immediata alle trascrizioni di certificati di matrimoni oppure di *civil partnership* da parte dei Sindaci di alcuni Comuni italiani all'interno dei registri dello stato civile. Il caso ha riguardato, come noto, Roma, ma anche altre città italiane e ha avuto quale seguito l'emanazione da parte delle rispettive prefetture di decreti di annullamento delle trascrizioni effettuate.

Sulla legittimità della circolare si è espresso in modo differente il giudice amministrativo, il cui intervento è stato sollecitato da alcune coppie che si sono viste annullare le trascrizioni dei rispettivi certificati formati all'estero in base alle disposizioni contenute nella circolare ministeriale.

---

<sup>70</sup> Per un approfondimento dello stato di attuazione dei diritti lgbt in Italia e in Europa attraverso una comparazione con l'esperienza statunitense, si vedano M. D'AMICO - C. NARDOCCI - M. WINKLER, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, 2014.

<sup>71</sup> Cfr. *ex multis* R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, 2011; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010 e, volendo, M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, 85 e ss.

In primo grado, il giudice amministrativo, con tre decisioni conformi<sup>72</sup>, ha accolto i ricorsi, disponendo l'annullamento della circolare in esame, dal momento che non spetta al Prefetto, bensì all'autorità giudiziaria, disporre (eventualmente) l'annullamento della trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero entro il Registro dello Stato Civile.

Guardando all'*iter* motivazionale e alla ricca ricostruzione offerta dalle pronunce dei Tribunali amministrativi regionali, particolarmente significativa nella prospettiva qui in esame è la conclusione della motivazione della pronuncia del Tar Friuli Venezia Giulia, che enfatizza come solo al legislatore spetti decidere con legge il riconoscimento di "nuovi diritti", non potendo a ciò supplire né l'autorità giudiziaria o amministrativa, né le Corti supreme, nazionali o europee, né i sindaci e che "[p]ur non essendo trascrivibili gli atti di matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, in quanto inadeguati a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, qualora tali atti siano trascritti dal Sindaco nei registri dello stato civile, l'amministrazione centrale non detiene il potere di intervenire direttamente sui registri dello stato civile disponendone la modifica mediante decreto prefettizio, spettando esclusivamente all'Autorità giudiziaria l'eventuale annullamento delle dette trascrizioni"<sup>73</sup>. In altre parole, questa pronuncia si segnala perché, nel passaggio citato, stigmatizza la stessa iniziativa dei sindaci, come a dire che nel silenzio della legge non è compito di altri soggetti inventare nuovi diritti. In questo caso, dunque, a differenza di altri, l'iniziativa di promozione dei nuovi diritti da parte dell'amministrazione comunale, in parte creatrice, è limitata dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

La circolare stessa è stata però oggetto di una successiva e importante pronuncia di segno contrario del Consiglio di Stato che, con sentenza del 26 ottobre 2015<sup>74</sup>, si è viceversa espresso nel senso della sua legittimità, accogliendo l'appello del Ministero degli Interni avverso la decisione del Tar Lazio che aveva ritenuto illegittimo il provvedimento con cui il Prefetto di Roma aveva disposto l'annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero dai ricorrenti.

Ad avviso del Consiglio di Stato la legittimità del provvedimento di annullamento delle trascrizioni disposto dal Prefetto troverebbe il proprio fondamento, anzitutto, nel rapporto di sovra-ordinazione che caratterizza i rapporti tra amministrazione centrale e Prefetto e tra Prefetto e Sindaco quanto alla tenuta dei registri di stato civile; in questo senso, il Sindaco deve limitarsi a dare seguito alle istruzioni impartite dal Ministero dell'interno. Sotto altro versante, poi, il Consiglio di Stato conclude nel senso della legittima potestà del Prefetto quanto all'annullamento delle trascrizioni disposte dal Sindaco *"quale potere compreso certamente, ancorché implicitamente, nelle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza attribuitegli"*

---

<sup>72</sup> Si vedano Tar Lazio, 12 febbraio 2015, n. 3907, sez. I-ter; Tar Friuli Venezia Giulia, 21 maggio 2015, sez. I; e Tar Lombardia, 29 settembre 2015, sez. III, n. 02037.

<sup>73</sup> Tar Lazio, sez. I-ter, 12 febbraio 2015, n. 3907.

<sup>74</sup> Cons. Stato, 26 ottobre 2015, con commento di G. CASABURI, *"Contra paganos". La lama di palazzo Spada sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero* (nota a Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4899, e Tar Lazio, sez. I ter, 9 marzo 2015, n. 3907), in *Foro it.*, 2016, 27 ss.; E. RAFFIOTTA, *Sulla trascrizione delle unioni omosessuali celebrate all'estero: il Consiglio di stato riporta a razionalità l'ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 707 ss.; M. MAGRI, *Una discutibile sentenza "esemplare", tra diritto e politica del diritto. Nota a Cons. Stato sez. III 26 ottobre 2015, n. 4897*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 719 ss.



*dall'ordinamento*" e, forse ancora più sorprendentemente, per la superfluità del controllo del giudice ordinario dal momento che l'eliminazione dell'atto illegittimo dall'ordinamento *"risulta soddisfatta solo dall'identificazione di uno strumento (anche) amministrativo (e non necessariamente giurisdizionale) di correzione di atti dello stato civile abnormi [...] ed eseguiti in difformità dalle istruzioni impartite dall'autorità statale titolare della funzione"*.

Un ulteriore esempio di interazione tra atti secondari e tutela dei diritti fondamentali è stato offerto dalla vicenda relativa alla presenza del velo islamico nello spazio pubblico<sup>75</sup>.

Anche in questo caso si è assistito ad un intervento preliminare di un Ministro, che, tramite una circolare, ha tentato di regolamentare una fattispecie incidente sull'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto costituzionale alla libera manifestazione del proprio credo religioso.

La circolare del Ministro dell'Interno venne adottata il 14 marzo 1995<sup>76</sup>, intervenendo quindi in relazione a quanto disposto a norma dell'art. 289 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, che, al quarto comma, stabiliva che la fotografia da applicare sulla carta d'identità dovesse riprodurre l'immagine *"a mezzo busto, senza cappello"*.

L'interrogativo relativo alle capacità estensive della norma, sì da poterla considerare applicabile anche al velo islamico qualora quest'ultimo renda complessa oppure precluda del tutto il riconoscimento della donna che lo indossa, è stato risolto dalla circolare del Ministro dell'Interno, *recante disposizioni per il rilascio della carta d'identità a cittadini professanti culti religiosi diversi da quello cattolico – uso del copricapo*: nella circolare si affermava che il turbante o anche il velo *"sono parte integrante degli indumenti abituali e concorrono, nel loro insieme, ad identificare chi li indossa, purché mantenga il volto scoperto"*<sup>77</sup>, con la conseguenza che *"la copertura del capo in vari modi: velo, turbante o altro, e imposta da motivi religiosi, [...] non può essere equiparata all'uso del cappello, ricadendo così nel divieto posto dall'articolo 289 del Regolamento del T.U.L.P.S."*<sup>78</sup>.

La circolare, quindi, ammetteva le fotografie da inserire nei documenti di identità in cui la persona è ritratta con il capo coperto da indumenti, alla sola condizione che *"i tratti del viso siano ben visibili"* ed il velo risultasse così essere parte integrante del viso e non, all'opposto, un elemento tale da procurarne l'occultamento integrale o parziale.

Simile impostazione è stata confermata qualche anno più tardi in una circolare successiva del 14 luglio 2000<sup>79</sup>, sempre in tema di *"uso in pubblico di capi d'abbigliamento idonei a travisare i tratti delle persone che li indossano"*, in cui il Ministero dell'Interno invitava i

---

<sup>75</sup> Per un inquadramento anche in chiave comparata, si veda S. MANCINI, *Il potere dei simboli. I simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2009 e, volendo, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., e *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2015, 1 ss.

<sup>76</sup> Circolare del Ministero dell'Interno, 14 marzo 1995, n. 4, "Rilascio carta di identità a cittadini professanti culti religiosi diversi da quello cattolico - uso del copricapo".

<sup>77</sup> Su cui si veda ancora, volendo, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., 248 e ss. e A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le Regioni*, 2010, 349 e ss.

<sup>78</sup> Circolare del Ministero dell'Interno, 14 marzo 1995, n. 4, cit.

<sup>79</sup> Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia, "Misure atte ad impedire l'uso in pubblico di capi d'abbigliamento idonei a travisare i tratti delle persone che li indossano", 14 luglio 2000.

Questori a rispettare quanto già disposto nella precedente circolare del 1995, estendendone l'operatività anche alle fotografie da apporre sui permessi di soggiorno. Un ulteriore caso di circolare che, pur muovendosi nel rispetto del quadro costituzionale almeno sotto il profilo sostanziale o contenutistico, va tuttavia oltre la lettera della legge, ossia del sopra richiamato art. 289 del T.u.l.p.s., vietando azioni che possano rivelarsi in contrasto con un'interpretazione dell'art. 19 Cost., che, sempre la circolare, sceglie di avvalorare. Un'interpretazione, quindi, che non si oppone alla presenza di simboli religiosi nello spazio pubblico.

Qui, allora, il tema si sposta dalla illegittima compressione di diritti individuali quale prodotto della violazione del principio di legalità, di cui è esempio la sopra richiamata circolare "Alfano", all'allargamento dell'ambito di applicabilità di norme giuridiche, il cui contenuto viene esteso a ipotesi nuove e non immediatamente riconducibili alla fattispecie immaginata dal legislatore. In questa seconda evenienza, la principale criticità è data dalla contrarietà dello strumento rispetto alla gerarchia delle fonti e, dunque, dalla sua incompatibilità con il principio di legalità, senza che ciò si riverberi immediatamente in una violazione di posizioni giuridiche soggettive.

Il velo islamico non è stato, però, soltanto al centro di interventi ministeriali tramite le circolari di cui è già detto, ma anche di interventi problematici delle amministrazioni locali. Ci si riferisce ai tentativi di alcuni Sindaci che, avvalendosi dello strumento dell'ordinanza, hanno introdotto il divieto di indossare il velo nello spazio pubblico. Un divieto, come è di tutta evidenza, che non appare sorretto da alcun atto di rango primario, appalesandosi del tutto lesivo del principio di legalità e risolvendosi nella diretta violazione di diritti costituzionali individuali.

Senza voler in questa sede ripercorrere l'*iter* delle decisioni adottate dai Giudici amministrativi, sollecitati a intervenire in materia, può essere interessante limitarsi a richiamare il caso del Comune di Azzano Decimo dove, tramite ordinanza<sup>80</sup>, il Sindaco aveva disposto il divieto di indossare il velo islamico "*che copra il volto*" nei luoghi pubblici, proponendo e avallando un'interpretazione estensiva dell'art. 5, della l. n. 152 del 1975 in tema di utilizzo di "*mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona*", che sarebbe da riferire, appunto, anche al velo islamico<sup>81</sup>.

A seguito dell'annullamento dell'ordinanza da parte del Prefetto di Pordenone<sup>82</sup> e della successiva impugnazione da parte del Comune di Azzano Decimo, il Tar Friuli Venezia Giulia (sentenza n. 645/2006) e poi, più significativamente, il Consiglio di Stato (sentenza n. 3076/2008) hanno confermato l'annullamento dell'ordinanza a motivo della sua intrinseca illegittimità<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Ordinanza n. 24 del 2004.

<sup>81</sup> In dottrina, per un approfondimento, A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, cit.

<sup>82</sup> Il riferimento è al decreto del Prefetto di Pordenone, 9 settembre 2004.

<sup>83</sup> Per un commento critico alla pronuncia, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa*, cit.

Ciò che, però, più rileva nella prospettiva qui in esame sono gli argomenti impiegati dal Giudice amministrativo a sostegno della illegittimità dell'ordinanza del Sindaco e che muovono concordi nel senso dell'omesso rispetto del principio di legalità, tanto formale quanto sostanziale, da parte del Comune di Azzano Decimo, reo non soltanto di aver fornito una erronea interpretazione della legge, ma di essere andato oltre la lettera della stessa tramite un atto avente carattere e contenuto innovativo e, quindi, del tutto illegittimo.

Un altro importante argomento di cui si è molto discusso e che tocca anch'esso la presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico, è offerto dalla circolare, invero di epoca precedente l'entrata in vigore della Carta costituzionale, del Ministro di Grazia e Giustizia del 29 maggio 1926, la n. 2134/1867, che stabiliva che *“nelle aule di udienza, sopra il banco dei giudici e accanto all'effigie di Sua Maestà il Re sia restituito il Crocefisso, secondo la nostra antica tradizione”* quale *“solenne ammonimento di verità e di giustizia”*.

Sulla perdurante vigenza e compatibilità di siffatto divieto nel contesto dello Stato costituzionale laico si sono interrogati dapprima i giudici, con il Presidente della Corte d'Appello delle Marche che domandò al Ministro se l'obbligo fosse ancora vigente e a cui seguì una nota del Ministro degli interni del 5 ottobre 1984, n. 51160 con cui si rispose che essendo il cristianesimo una *“componente integrante della nostra storia”* la sua presenza nelle aule, ove si amministra la giustizia, è *“tuttora opportuna e non contrast[a] con i principi di libertà di pensiero e di religione posti dalla Costituzione”*, atteso anche che il simbolo è rappresentativo della *“legge morale e dell'etica [...] della nostra società”*.

Sulla questione non vi sono stati sviluppi ulteriori, ma, certo, la nota ministeriale rimane allo stato il solo “aggancio” para-normativo che permetta di giustificare la presenza del crocifisso nelle aule di giustizia. Si tratta di un esempio significativo di come una circolare ministeriale, di epoca pre-fascista, si atteggi a base legale della regola che impone la presenza del crocifisso nelle aule di giustizia. Non vi è chi non veda come in relazione a un problema che è divenuto sempre più scottante, quello della presenza dei simboli religiosi in luoghi pubblici in uno Stato laico come il nostro, la nota ministeriale appena citata sia quanto meno discutibile nel suo rapporto con i principi costituzionali, anche in assenza di un intervento del legislatore.

Emblematica rimane, sempre con riferimento alle relazioni tra luogo pubblico e crocifisso, la vicenda relativa alla presenza di quest'ultimo all'interno delle aule scolastiche: anche in questo caso, una circolare costituisce la base legale della regola giuridica in esame e tale circolare è diventata protagonista di una lunga vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti giudici amministrativi, Corte costituzionale e Corte Edu.

La previsione dell'affissione in questo caso viene giustificata dal giudice amministrativo sulla base di un'interpretazione del crocifisso non come simbolo religioso, ma come simbolo facente parte della tradizione culturale italiana e come tale non lesivo del principio di laicità costituzionale. Il giudice, pertanto, rigetta il ricorso del padre di un'alunna, il quale la-

mentava la contrarietà della presenza del simbolo rispetto al principio costituzionale di laicità<sup>84</sup>.

Chiamata ad esprimersi sul tema, con ordinanza n. 389 del 2004<sup>85</sup>, la Corte costituzionale risolve il problema declinando la propria competenza e dichiarando la manifesta inammissibilità della questione sollevata<sup>86</sup>, a motivo dell'“*improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo di questa Corte*”.

Così facendo, la Corte si è di fatto preclusa la possibilità di un intervento in un settore delicatissimo in cui sui diritti individuali interviene un atto di rango secondario, in questo caso addirittura di epoca precedente l'entrata in vigore della Carta costituzionale.

Di fronte alla Corte Edu, in un primo momento, l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, a prescindere dalla sua fonte legittimante, viene condannata, per contrarietà con i principi di cui all'art. 9 e 2 Protocollo n. 1 di adesione CEDU<sup>87</sup>.

In sede di riesame, a seguito della richiesta avanzata dal Governo italiano, la Grande Camera<sup>88</sup> ha, invece, ribaltato il giudizio della Sezione, riconoscendo l'ampio margine di apprezzamento dell'Italia e qualificando il crocifisso come “simbolo” dalla natura “passiva”, la cui esposizione non determina di per sé il tentativo di proselitismo, e quindi assolvendolo da ogni violazione rispetto all'art. 9 della Convenzione. È evidente che tale pronuncia ha di fatto “legittimato” la circostanza che il fondamento della regola che impone la presenza del crocifisso nelle aule poggia su una circolare in luogo di una fonte di rango primario, anche se questo profilo della sentenza in esame può essere ridimensionato, tenuto conto che la base le-

---

<sup>84</sup> In questo senso, si esprimevano sul medesimo caso concreto poi portato davanti alla Corte edu, il Tar Veneto con sentenza del 17 marzo 2005 e, in appello, il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 556 del 13 febbraio 2006.

<sup>85</sup> Per un commento della pronuncia della Corte costituzionale, si vedano, tra i molti, S. CECCANTI, *Crocifisso: dopo l'ordinanza 389/2004. I veri problemi nascono ora*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 e ss.; G. CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in *Oliv.it*, 2005, 1 ss.

<sup>86</sup> La questione era stata sollevata sugli artt. 159 e 190 del D.lgs. n. 297 del 1994 (*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297 (*Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*) e dall'art. 118 del regio decreto 30 aprile 1924, n. 965 (*Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media*), e dell'art. 676 del predetto d. lgs n. 297 del 1994, dal Tar Veneto.

<sup>87</sup> Ci si riferisce al noto caso *Lautsi e altri c. Italia*, n. 30814/06, II Sez., 3 novembre 2009. Per un commento alla pronuncia della Sezione, tra i molti, si vedano M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte Europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2009, 5251 e ss.; L. CARLASSARE, *Una prevedibile sentenza nel nome della laicità*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, 554 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Il crocifisso italiano a Strasburgo: una political question?*, in *Questione Giustizia*, 2010, 185 ss.

<sup>88</sup> Corte Edu, *Lautsi e altri c. Italia*, n. 30814/06, GC, 18 marzo 2011, su cui v. C. PINELLI, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Giur. cost.*, 2011, 947 ss.; S. MANCINI, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, II, 425 ss.; L. CARLASSARE, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa “non laica”*, in *Costituzionalismo.it*, 2011.

gale prevista dall'art. 9 CEDU, così come da altre previsioni della CEDU, è sempre stata interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo in modo ampio, mentre il concetto nazionale di riserva di legge è molto più stringente<sup>89</sup>.

La pronuncia della Grande Camera ha, infatti, tralasciato considerazioni sul fondamento giuridico relativo all'obbligatoria presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, concentrandosi piuttosto sulla compatibilità del simbolo rispetto all'art. 2 del Protocollo n. 1 di adesione alla CEDU che costituisce *lex specialis* rispetto all'art. 9 CEDU<sup>90</sup>.

In conclusione, se è vero che per la Corte Edu è meno naturale intercettare problematiche legate al mancato rispetto del principio di legalità, giudicando essa in un sistema che vede partecipare anche ordinamenti di *common law* ed avendo dunque optato per una nozione sostanziale di base legale, questo caso ben mette in risalto come una sensibilità maggiore del giudice sovranazionale sia auspicabile e importante per aprire il varco a nuove forme di rimedio nei casi in cui le vie giudiziarie interne, per motivi legati al contesto culturale nazionale, faticano a ripristinare il corretto assetto del sistema delle fonti.

#### **4.4. Il ruolo della pubblica amministrazione nella tutela dei diritti nei settori di rilevanza tecnico-scientifica**

Un ulteriore aspetto che risulta particolarmente significativo ai fini del presente lavoro è costituito dal ruolo che la stessa pubblica amministrazione svolge nella tutela dei diritti in settori dell'ordinamento fortemente caratterizzati dall'evoluzione delle tecniche e delle conoscenze scientifiche.

Infatti in questo ambito vengono in rilievo, oltre alle criticità già emerse in ragione dell'alterazione dei rapporti fra le fonti del diritto, ulteriori problemi derivanti dalla marginalizzazione del ruolo della legge quale fonte per eccellenza preposta a compiere le scelte di fondo sul bilanciamento tra diritti in settori in cui le acquisizioni scientifiche sono in continua evoluzione.

Particolarmente significativi paiono, a questo riguardo, alcuni episodi in tema di procreazione medicalmente assistita (con specifico riferimento sia alle Circolari ministeriali antecedenti alla legge n. 40 del 2004; sia alle linee guida ministeriali che periodicamente vengono aggiornate, alla luce dell'art. 7 della stessa legge n. 40; sia, infine, ai documenti adottati

---

<sup>89</sup> Con specifico riferimento alla materia penale, che costituisce un punto di vista privilegiato per guardare alle dissonanze che investono l'interpretazione della nozione di base legale nel sistema costituzionale e in quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si vedano O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e Diritto penale*, Milano, 2013, 199 e ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015; si veda, infine, volendo, M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 167 e ss.

<sup>90</sup> Cfr. Corte Edu, *Lautsi e altri c. Italia*, n. 30814/06, GC, cit., §§ 59 ss.

dalle Regioni in sede di Conferenza suscettibili di orientare e vincolare l'applicazione della disciplina) e di interruzione volontaria di gravidanza (ci si riferisce alle linee guida adottate dalla Regione Lombardia, con cui l'amministrazione regionale aveva individuato un termine ultimo oltre al quale non si sarebbe potuto applicare il trattamento interrottivo a partire dal terzo mese di gestazione).

Altrettanto interessante è il caso del provvedimento adottato dalla stessa Regione Lombardia nella nota vicenda Englaro, con cui la direzione generale della sanità aveva negato l'accesso a una struttura regionale per dare attuazione alla sentenza della Corte d'Appello di Milano, che autorizzava il distacco del sondino naso-gastrico di alimentazione e idratazione artificiale della paziente.

Da ultimo, ci si soffermerà sul rilievo che assume l'intervento dell'autorità amministrativa sanitaria nello specifico settore dell'individuazione delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate e del conseguente possibile riconoscimento del diritto all'indennizzo in caso di menomazioni permanenti riconosciuto dalla legge n. 210 del 1992. In relazione a questo settore, risulta particolarmente importante il ruolo svolto dalla Corte costituzionale, che in diverse occasioni si è soffermata specificamente sulle modalità di ricostruzione di simile qualificazione.

Dall'analisi di questi casi risulta certamente ragionevole e, come si vedrà, anche espressamente auspicato dalla stessa Corte costituzionale che - nelle materie in cui domina la scienza e assumono un ruolo fondamentale l'autonomia e la responsabilità del medico chiamato a operare le necessarie scelte terapeutiche - intervengano fonti di rango secondario, che trovino però il loro fondamento in specifiche disposizioni di legge. In tal modo, infatti, è possibile garantirne il necessario periodico adattamento e aggiornamento, proprio alla luce dell'evoluzione tecnica e scientifica.

Cionondimeno, dall'analisi di questi casi emergono notevoli profili di problematicità, laddove queste stesse fonti secondarie atipiche si pongano in contrasto o non tengano conto sia delle relative disposizioni di legge, sia delle decisioni della Corte costituzionale, che in alcune occasioni hanno modificato anche profondamente queste ultime.

#### **a) Le previsioni e la natura delle Circolari ministeriali in materia di procreazione assistita *ante legem***

Un aspetto importante, messo in secondo piano dalla dottrina che si è molto occupata dell'argomento, a causa della complessa e intricata vicenda giudiziaria che lo ha visto protagonista, è costituito dal fatto che prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 la materia della procreazione medicalmente assistita fosse disciplinata tutta da fonti secondarie.

A questo proposito venivano in rilievo una serie di Circolari ministeriali<sup>91</sup>, nonché alcune disposizioni del codice deontologico medico. Tali previsioni, in mancanza di una organica disciplina di rango primario, erano suscettibili di incidere direttamente sulla concreta ed effettiva applicazione delle tecniche assistite.

In particolare, la Circolare c.d. Degan del 1985, recante limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, che limitava il proprio ambito applicativo ai soli centri pubblici, riconosceva l'accesso alle tecniche solo per le coppie sposate e vietava il ricorso alla donazione di gameti esterni. La Circolare c.d. Donat-Cattin del 1987, sulle misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano usato per la fecondazione artificiale, poi ripresa dalla Circolare c.d. De Lorenzo del 1992, rendeva conto dei protocolli relativi alla selezione dei donatori, nei centri che applicavano la fecondazione eterologa, con specifico riguardo ai controlli relativi all'identificazione dell'HIV. Con la Circolare De Lorenzo veniva poi superato il limite di accesso a questa tecnica previsto per le strutture pubbliche.

Una serie di specifiche previsioni dedicate ai profili della commercializzazione e della pubblicità di gameti ed embrioni umani erano poi inserite in alcune ordinanze ministeriali, che stabilivano il divieto di pubblicizzare la cessione di gameti e altro materiale genetico o di riconoscere un compenso in denaro per simile cessione; il divieto di ogni forma di sperimentazione e intervento finalizzati alla clonazione umana o animale; il divieto di importazione ed esportazione di gameti o embrioni umani<sup>92</sup>.

Il codice deontologico medico del 1998 stabiliva all'art. 42 che il medico anche nell'interesse del nascituro non potesse applicare tecniche di maternità surrogata, di fecondazione al di fuori di coppie eterosessuali stabili, di fecondazione di donne in età avanzata o in caso di morte del componente maschile della coppia. Da ultimo, si vietava la fecondazione ispirata a pregiudizi razziali, la selezione di gameti e ogni altro tipo di sfruttamento commerciale e pubblicitario di gameti, embrioni o tessuti embrionali e fetali, oltre che la creazione di embrioni al solo scopo di ricerca.

Precedentemente all'entrata in vigore della legge n. 40, prima disciplina organica di rango legislativo in materia, dunque, la procreazione medicalmente assistita è stata di fatto interamente regolamentata da fonti di livello secondario, ovvero le Circolari e le Ordinanze, o da codici deontologici, che, oltre a regolare profili particolarmente rilevanti delle tecniche di procreazione assistita, prevedevano obblighi e limiti alla loro applicazione.

---

<sup>91</sup> Sul ruolo delle circolari in questo ambito, v. S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, 2007, 61.

<sup>92</sup> In particolare, si segnalano le ordinanze ministeriali del 5 marzo 1997 (*Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani*), prorogata fino al 30 giugno 2004; del 5 marzo 1997 (*Divieto di pratiche di clonazione umana o animale*), prorogata fino alla stessa data; del 25 luglio 2001 (*Divieto d'importazione e di esportazione di gameti o di embrioni umani*), parimenti prorogata.

## b) Le linee guida ministeriali

La legge n. 40 del 2004, come è noto, fin dai suoi lavori preparatori ha suscitato un ampio e divisivo dibattito, in ragione delle specificità della materia da essa regolata e della particolare incidenza dell'evoluzione tecnica e scientifica. Questi stessi profili problematici sono stati, come altrettanto noto, oggetto di diverse decisioni della Corte costituzionale, che a partire dal 2009 ha profondamente inciso sull'impianto originario della disciplina, ridisegnandone alcune disposizioni.

Pur non potendosi dare diffusamente conto di tali atti in questa sede, è possibile soffermarsi in modo particolare sul rilievo delle linee guida adottate dal Ministero per dare concreta attuazione alla stessa disciplina e verificare quali siano i profili maggiormente problematici in relazione alla stessa tutela dei diritti sottesi.

L'art. 7 della legge n. 40 assegna espressamente al Ministero della Salute il compito di adottare linee guida a seguito dell'entrata in vigore della stessa disciplina, da aggiornare periodicamente almeno ogni tre anni e tenendo conto dell'evoluzione scientifica<sup>93</sup>.

Le prime linee guida del 2004<sup>94</sup> avevano mostrato rilevanti profili di problematicità, puntualmente rilevati dal TAR del Lazio che con la sentenza n. 398 del 2008 ne aveva dichiarato la parziale illegittimità, nella parte in cui, contrariamente alle disposizioni della legge n. 40, limitavano ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni al solo tipo osservazionale<sup>95</sup>.

In relazione all'ultimo aggiornamento del 2015<sup>96</sup> si possono ulteriormente porre in rilievo alcune disposizioni che, in particolare, sembrano scostarsi dalle chiare indicazioni contenute nelle decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'incostituzionalità di diverse disposizioni della legge n. 40.

La Corte, come è noto, è intervenuta sulla legge n. 40 dichiarando incostituzionali le disposizioni che prevedevano il divieto di creazione di un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica, da destinarsi a un unico e contemporaneo impianto; il divieto di

---

<sup>93</sup> In generale, sulle problematiche relative al rapporto tra evoluzione scientifica e diritto sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 novembre 2015, oltre che a A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005. Sulla specifica natura delle Linee guida e sul problematico inquadramento nella gerarchia delle fonti del diritto si vedano P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLawJournal*, 2016, I, 241 ss.

Ancora, si vedano F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, e A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008.

<sup>94</sup> Decreto ministeriale del 21 luglio 2004 (*Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*).

<sup>95</sup> Tar Lazio, sez. III-quater, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, IV, 1134 ss.

<sup>96</sup> Decreto ministeriale del 1 luglio 2015 (*Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*).



differimento dell'impianto anche per pregiudizi alla salute della donna prevedibili al momento della fecondazione; il divieto di ricorso alla donazione esterna di gameti; il divieto di accesso alle tecniche assistite per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di malattie genetiche gravi.

In alcune di queste decisioni la Corte costituzionale, in modo particolarmente significativo, ha fatto riferimento all'opportunità di intervenire sui diversi profili che venivano in rilievo attraverso lo specifico ricorso all'aggiornamento delle linee guida.

Con la sentenza n. 162 del 2014, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, la Corte, infatti, ha espressamente indicato che *"In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei [...], ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto"*. La Corte quindi rilevando che dalla caducazione del divieto si sarebbe potuto determinare un profilo problematico attinente alla limitazione del numero delle donazioni per ciascun soggetto ha precisamente richiamato lo strumento delle linee guida, pur indicando come auspicabile la previsione di un numero "ragionevolmente ridotto".

Ancora, con la sentenza n. 96 del 2015, con cui si è riconosciuto il diritto di accesso alle tecniche anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, la Corte ha richiamato il legislatore al compito di *"introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie"* che consentono tale accesso.

Nonostante questi chiari e diretti riferimenti, nell'ambito dell'aggiornamento delle linee guida del 2015, invece, non sono stati presi in considerazione proprio tali specifici profili. Benché alle citate decisioni della Corte debba senz'altro riconoscersi efficacia diretta e immediata, sarebbe stato di certo auspicabile un chiaro e diretto intervento, idoneo a garantire non solo uniformità di garanzia dei sottesi diritti alla salute e all'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, ma anche una disciplina in grado di essere periodicamente aggiornata, proprio alla luce dell'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche.

### **c) I documenti approvati dalle Regioni con specifico riguardo alla tecnica di fecondazione eterologa**

A seguito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, si sono poste rilevanti problematiche relative alla effettiva garanzia di accesso a questa nuova tecnica.

Nonostante la Corte nella sua decisione avesse tenuto a richiamare specificamente tutti i riferimenti normativi già presenti nell'ordinamento idonei a disciplinare compiutamente la materia, si sono contrapposte diverse prospettive che hanno condotto alcune Regioni ad assumere proprie iniziative, anche condivise in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, con ciò ponendosi in rilievo un ulteriore profilo problematico, ossia quel-

lo del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni in una materia in cui viene in rilievo l'evoluzione delle tecniche e delle conoscenze scientifiche.

In particolare, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha adottato un documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza n. 162 il 4 settembre 2014<sup>97</sup>, con cui ha delineato, in attesa di un eventuale intervento del legislatore statale, specifici indirizzi operativi e indicazioni cliniche cui si sono ispirate le Regioni<sup>98</sup>. Ancora, la Conferenza ha adottato un ulteriore documento, relativo alla tariffa unica convenzionale per le tecniche eterologhe a seconda della tipologia di donazione<sup>99</sup>.

A fronte di questi documenti che mirano a offrire indicazioni omogenee per la tutela del diritto alla salute sul territorio nazionale, si deve segnalare l'iniziativa della Regione Lombardia, che con propria delibera del 12 settembre 2014 aveva posto a carico delle coppie il costo della prestazione relativa alla fecondazione eterologa, fino a quando non fosse ricompresa nei livelli essenziali di assistenza<sup>100</sup>, sospendendo altresì le procedure di rilascio di nuove autorizzazioni e accreditamenti per le attività di fecondazione assistita e limitando l'accesso alle tecniche laddove sia necessario il ricorso a un solo gamete esterno alla coppia (così escludendo la c.d. doppia eterologa).

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del Tar Lombardia, accogliendo parzialmente il ricorso nella parte in cui veniva censurato il trattamento economico differenziato fra la tecnica di procreazione omologo ed eterologo<sup>101</sup>. Ai giudici amministrativi non sfugge, dunque, in questo caso, come la scelta dell'amministrazione regionale lombarda, incidendo sul costo della prestazione sanitaria, abbia di fatto inciso sulla sostanza del diritto, con l'effetto di svuotare anche la portata della sentenza della Corte costituzionale sull'eterologa.

A fronte delle iniziative regionali, che hanno recepito i documenti elaborati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al fine di assicurare in modo omogeneo i diritti sottesi alle prestazioni della fecondazione assistita di tipo eterologo, si deve segnalare che i livelli essenziali di assistenza sono stati aggiornati con il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2017 (*Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*), che vi ha ricompreso tali prestazioni, senza però che sia ancora intervenuto alcun accordo in ordine alle relative tariffe.

---

<sup>97</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014*), 4 settembre 2014.

<sup>98</sup> Per un resoconto delle diverse iniziative delle singole Regioni si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 119 ss.

<sup>99</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (*Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa*), 25 settembre 2014.

<sup>100</sup> Su tale profilo, si vedano L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, I, 35 ss., e R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).

<sup>101</sup> Cons. Stato, sez. III, sent. 23 giugno 2016, n. 3297, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

#### **d) Le linee guida regionali in materia di interruzione di gravidanza**

Parimenti significativo, nella prospettiva di porre in luce il rapporto fra tutela dei diritti e attività amministrativa, risulta il caso del decreto della direzione generale della sanità della Regione Lombardia, che modificava in senso restrittivo le disposizioni della legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

In generale, con tale provvedimento regionale, si erano aggravate le procedure di accesso al trattamento interruttivo. Il profilo maggiormente problematico, che consente di evidenziare da un lato la questione relativa al rapporto fra le fonti, nella materia dei livelli essenziali delle prestazioni, e dall'altro lato quella del rapporto fra scienza e diritto, attiene alla previsione del termine ultimo oltre il quale non si sarebbe potuto accedere al trattamento di interruzione della gravidanza, oltre il terzo mese di gestazione. Tale termine, non espressamente indicato nella legge n. 194 che fa riferimento alla possibile vita autonoma del feto, veniva numericamente individuato nella ventiduesima settimana più tre giorni.

Questa previsione è stata dichiarata illegittima dal Tar Lombardia, con la sentenza n. 7735 del 2010, specificamente valorizzando da un lato il profilo del rapporto fra le fonti del diritto (in materia di livelli essenziali delle prestazioni e anche di salute) e dall'altro lato il rilievo che in materia deve assumere lo stato delle conoscenze scientifiche.

In modo particolarmente significativo il giudice amministrativo giunge a sostenere che in alcuni casi *“non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico”*<sup>102</sup>.

Con il provvedimento regionale, quindi, non solo si erano poste previsioni contrastanti con la fonte primaria (ossia, in particolare, la cristallizzazione di un termine non previsto dalla legge n. 194), ma non si era altresì tenuto conto della necessità di dare rilievo all'evoluzione scientifica e tecnica, che non consente di fissare rigidamente nozioni riconducibili, in questo caso specifico, alla vitalità del feto (suscettibile di essere variamente individuata a seconda del grado di evoluzione della tecnica).

#### **e) Il fine vita e la c.d. obiezione di struttura**

---

<sup>102</sup> A commento della decisione del Tar Lombardia, si vedano le osservazioni di F. BIONDI, *La sentenza del T.A.R. per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 febbraio 2011. Sul decreto della Regione Lombardia, si rinvia a S. CATALANO, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di 'attuazione' della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 aprile 2008.

Il rapporto fra la tutela dei diritti fondamentali e attività amministrativa viene ulteriormente in rilievo in un caso ben diverso, che riguarda il tema del c.d. fine vita, a fronte del mancato intervento del legislatore statale.

Esso pone in evidenza le problematiche sottese al rapporto fra attività amministrativa e garanzia dei diritti, in una materia particolarmente delicata, con indubbi riflessi anche sul rapporto fra la prima e il potere giudiziario.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4460 del 2014<sup>103</sup> ha svolto considerazioni particolarmente importanti a questo proposito, nell'ambito della vicenda del noto caso Englaro. In particolare, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso della Regione Lombardia presentato contro la sentenza del Tar Lombardia che aveva annullato la nota della Regione Lombardia con cui il Direttore Generale della direzione generale della sanità respingeva la richiesta che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico della paziente Englaro in stato di coma vegetativo permanente, a fronte dell'autorizzazione della Corte di Appello di Milano.

In modo significativo, il giudice amministrativo ha individuato nel provvedimento regionale l'espressione di una illegittima "obiezione di struttura", che avrebbe determinato la possibilità che l'amministrazione sanitaria si sottraesse all'obbligo di curare il malato, sulla base di una propria autoritativa visione della cura e delle conseguenti prestazioni sanitarie.

Pur consapevole del vuoto legislativo in materia in quel momento<sup>104</sup>, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non spettasse alla Regione sollevare "*un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria nel suo complesso, attenendo l'obiezione di coscienza, per sua stessa natura, al foro interno del singolo e non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso*"<sup>105</sup>.

#### **f) Le vaccinazioni obbligatorie e raccomandate: quali fonti?**

Ulteriori osservazioni si possono da ultimo svolgere, considerando una recente decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 268 del 2017), con cui è stato esteso il diritto all'indennizzo in caso di complicanze di tipo irreversibile anche nei confronti di coloro che si sottopongono alla vaccinazione raccomandata e non obbligatoria antinfluenzale.

---

<sup>103</sup> Cons. Stato, sez. III, 17 luglio 2014, n. 4460, in *Il Foro amministrativo*, 2014, IX, 2229 s.

<sup>104</sup> Con la legge n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) è stata introdotta la prima disciplina organica in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Per primi commenti alla legge si vedano U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *www.lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017, C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017, e B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2017, III, 262 ss.

<sup>105</sup> Si vedano anche le osservazioni di G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO, A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La Libertà di coscienza*, Napoli, 2015, 16 s., che si sofferma sulla titolarità da parte di enti delle convinzioni di coscienza.

Questa decisione mostra rilevanti profili di interesse per il tema che qui ci occupa, con particolare riguardo al ruolo svolto dall'autorità pubblica sanitaria, nella stessa individuazione delle vaccinazioni obbligatorie o raccomandate<sup>106</sup>.

Innanzitutto occorre ricordare che l'art. 1 della legge n. 210 del 1992 riconosce a chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, il diritto ad un indennizzo (alle condizioni e nei modi stabiliti dalla stessa legge).

La legge n. 210 quindi assegna un ruolo particolarmente importante ai fini di individuare l'elenco delle vaccinazioni obbligatorie non solo alla legge, ma anche al provvedimento che assume la veste di ordinanza dell'autorità sanitaria italiana. Questo compito si può ritenere che venga svolto, date le caratteristiche peculiari del settore, tenendo conto dell'evoluzione delle tecniche e delle conoscenze scientifiche in materia di immunizzazione contro determinate malattie e tenendo conto dei livelli di copertura vaccinale della popolazione.

L'individuazione a opera della pubblica autorità sanitaria delle vaccinazioni in relazione alle quali viene riconosciuto un decisivo diritto, quello all'indennizzo, in caso di menomazioni permanenti alle condizioni previste dalla legge n. 210, ha assunto, nella decisione in esame, un rilievo fondamentale, a fronte della richiesta della Corte d'appello rimettente, che chiedeva l'estensione del diritto all'indennizzo a una vaccinazione non qualificata come obbligatoria.

La Corte costituzionale, in particolare, ha inteso innanzitutto richiamare alcuni propri precedenti, con cui si era già esteso il diritto all'indennizzo ad altre vaccinazioni non obbligatorie, ma qualificate come raccomandate in presenza delle medesime condizioni previste dalla legge n. 210 (sentenze nn. 107 del 2012, in relazione alla vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia; 423 del 2000, con riguardo alla vaccinazione contro l'epatite B; 27 del 1998 rispetto alla vaccinazione contro la poliomielite). In modo particolarmente significativo, la Corte, nell'estendere il diritto all'indennizzo a coloro che avessero subito tali menomazioni a causa di vaccinazioni contro il morbillo, la parotite e la rosolia, ha ribadito che «*la ragione determinante del diritto all'indennizzo*» è «*l'interesse collettivo alla salute*» e non «*l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse*»; e che lo stesso interesse è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio (sentenze n. 226 e n. 423 del 2000) (sentenza n. 107 del 2012).

In secondo luogo, con la sentenza n. 268 del 2017 la Corte ha accertato che le stesse considerazioni svolte nei propri precedenti potessero essere estese anche alla vaccina-

---

<sup>106</sup> Si vedano, per le problematiche sottese al riconoscimento del diritto all'indennizzo, B. BARBISAN, *Vaccinazioni obbligatorie, trattamenti necessari e solidarietà per danni*, in *Giur. cost.*, 2001, 4117 ss., M. BERTONCINI, *Indennizzo per danni da vaccinazioni obbligatorie e possibile estensione della fattispecie alle non obbligatorie*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, II, 346 ss., e A. FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2012, III, 605 ss.

zione antinfluenzale. Quest'ultima, infatti, secondo la Corte rientra a pieno titolo fra le vaccinazioni raccomandate.

Tale passaggio risulta particolarmente importante ai fini che qui interessano, perché pone in luce l'importanza del ruolo della pubblica autorità sanitaria, nel qualificare come raccomandato o meno un determinato trattamento vaccinale.

La Corte, a questo proposito, ha richiamato precisamente le fonti che rendono quella antinfluenzale una vaccinazione raccomandata e, alla luce del parallelismo che può essere individuato fra le tecniche della raccomandazione e dell'obbligatorietà, ha conseguentemente esteso il diritto all'indennizzo.

In particolare, le fonti che qualificano come raccomandata la vaccinazione antinfluenzale sono, oltre alle insistenti e ampie campagne anche straordinarie di informazione e raccomandazione poste in essere dalle stesse autorità pubbliche sanitarie nelle loro massime istanze e le informazioni diffuse sul sito istituzionale del Ministero della Salute, i piani nazionali di prevenzione vaccinale e le raccomandazioni ministeriali adottate per ogni stagione influenzale.

Sul punto, preme rilevare che, ai fini dell'argomento qui trattato, la decisione discrezionale della pubblica amministrazione di invitare la popolazione a vaccinarsi (con atti e campagne promozionali), anche se trattasi di raccomandazione e non di obbligo giuridico, non è affatto priva di un risvolto giuridico molto significativo sul piano dei diritti fondamentali, essendone dalla Corte costituzionale stato ricavato l'obbligo di estensione del diritto all'indennizzo.

#### **4.5. Alcune riflessioni sulla circolare amministrativa alla luce della giurisprudenza di legittimità, amministrativa e costituzionale**

Gli ambiti portati ad esempio per ragionare sul problematico rapporto fra norme secondarie slegate dalla legge e diritti fondamentali conducono a una riflessione critica sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di circolari.

Prima di affrontare la giurisprudenza in tema, pare opportuno ricordare che sono state più volte proposte in dottrina alcune categorizzazioni volte a precisarne contenuti e caratteristiche<sup>107</sup>, che si sono però rivelate insufficienti alla prova della disinvoltura con cui in via di prassi è stato fatto ricorso a questo strumento, tanto è vero che, forse proprio in ragione del-

---

<sup>107</sup> Secondo autorevole dottrina, occorre distinguere tra circolare quale misura di notificazione e circolare in senso sostanziale, ovvero qualsiasi "atto amministrativo interno contenente indirizzi di azione di organi subordinati". Fondamentale acquisizione di questa dottrina è, inoltre, l'opportunità di rapportare l'efficacia di questa categoria non già alla circolare in quanto strumento "di notificazione di dichiarazioni nei rapporti amministrativi interni", ma agli atti normativi contenuti nella notifica a mezzo di circolare, i quali, se contrari alla legge, sono da considerarsi invalidi: così v. M. S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 2 ss. e spec., sull'ultimo punto, 4; v. inoltre, tra i numerosi autori occupatisi del tema, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 87 ss.; in tema cfr. inoltre F. BASSI, *Circolari amm.*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, 54 ss., cui si rinvia tra l'altro in particolare per la descrizione delle c.d. "false circolari", così chiamate perché alla forma tipica dell'atto in questione uniscono il contenuto tipico del regolamento.

la loro natura altamente eterogenea, le circolari sono state definite in dottrina come la più controversa fattispecie di norme interne della pubblica amministrazione<sup>108</sup>.

Ciò premesso, la giurisprudenza “dominante” nega alle circolari, almeno in astratto, valore di fonte del diritto, assegnando quindi effetti soltanto esecutivi e non innovativi<sup>109</sup>.

In particolare, sin dal 1994, si è progressivamente affermato e consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità un orientamento che circoscrive gli effetti prodotti dalla circolare entro il ristretto ambito dell’organigramma della amministrazione destinataria degli ordini e/o delle indicazioni stabilite dalla prima<sup>110</sup>.

La medesima impostazione di fondo si rinviene anche in pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali il Giudice di legittimità ha negato la possibilità di qualificare le circolari ministeriali quali fonti del diritto<sup>111</sup>.

Ancora, rispetto all’interpretazione della normativa tributaria oggetto di circolari o risoluzioni, la Cassazione civile ha affermato che essa “*non vincola né i contribuenti, né i giudici e non costituisce fonte del diritto*”<sup>112</sup>; e ciò in quanto, sempre secondo il Giudice di legittimità, la circolare “*esprime esclusivamente un parere dell’amministrazione non vincolante per il contribuente*”<sup>113</sup>.

Non si discosta da simile impostazione la giurisprudenza amministrativa, anch’essa contraria a riconoscere effetti normativi o para-normativi e, per ciò stessi, suscettibili di innovare l’ordinamento giuridico nel suo insieme.

Il Consiglio di Stato ha, a più riprese, chiarito siffatta linea argomentativa, completando il ragionamento della Cassazione sul versante della legittimità dei provvedimenti amministrativi con l’affermazione che quest’ultima non può essere giudicata sulla base della conformità o difformità del provvedimento impugnato ad una circolare, la quale altro non esprime se non l’opinione di una delle parti del rapporto intercorrente tra cittadino ed amministrazione<sup>114</sup>.

In questo senso, il Consiglio di Stato si è pronunciato sull’evidente eterogeneità susistente tra il regolamento e la circolare in punto di capacità innovativa dell’ordinamento giu-

---

<sup>108</sup> Così v. F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Roma, 2016, 519 ss.

<sup>109</sup> Come nota tra gli altri F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*, 519 ss.

<sup>110</sup> Così, la Suprema Corte di Cassazione, in relazione ad una circolare emanata dall’Agenzia delle Entrate, ha affermato che “*la circolare con la quale l’Agenzia delle Entrate interpreta una norma tributaria esprime esclusivamente un parere dell’amministrazione non vincolante per il contribuente, e non è, quindi, impugnabile né innanzi al giudice amministrativo, non essendo un atto generale di imposizione, né innanzi al giudice tributario, non essendo atto di esercizio di potestà impositiva*” (cfr. Corte cass. Civ., SS.UU., 2 novembre 2007, n. 23031).

<sup>111</sup> Ciò in quanto tali atti “*non sono manifestazione di attività normativa, bensì atti interni della medesima Pubblica Amministrazione destinati a esercitare una funzione direttiva nei confronti degli uffici dipendenti*”; Corte cass. Civ., sez. trib., 9 gennaio 2009, n. 237. In senso analogo, cfr. la sent. n. 10195 del 18 maggio 2016, Corte cass. Civ., sez. trib.; la Corte di Cassazione, in detta pronuncia, ha espressamente escluso che la circolare ministeriale in materia tributaria possa costituire fonte di diritti e di obblighi.

<sup>112</sup> Corte cass. Civ., sez. trib., 5 marzo 2014, n. 2014.

<sup>113</sup> Corte cass. Civ., 28 ottobre 2016, n. 21872.

<sup>114</sup> “*La circolare 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*”: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2017, n. 986.

ridico, così da mettere in luce che la circolare rappresenta mera direttiva di carattere interno all'amministrazione e non può dispiegare alcun effetto innovativo<sup>115</sup>.

Per quanto più interessa ai fini del presente lavoro, anche la Corte costituzionale ha avuto modo di confrontarsi con il problema posto da atti ministeriali privi di valore innovativo, tendenzialmente sposando l'orientamento della giurisprudenza di legittimità e della giurisprudenza amministrativa e pronunciandosi quindi in favore dell'assenza di una qualsivoglia efficacia "esterna" ad esse attribuibile.

Paradigmatica, a tal proposito, è la sentenza n. 61 del 1963, nella quale la Corte costituzionale ha significativamente affermato, pur se non in riferimento a delle circolari, la non assoggettabilità del decreto ministeriale al sindacato di legittimità costituzionale, in quanto privo di "forza di legge", specificando che si tratta di atti privi di contenuto innovativo, che si limitano ad attuare quanto disposto dalla legge<sup>116</sup>.

Questa direzione è stata poi confermata dal Giudice delle leggi a proposito di una circolare in occasione della sentenza n. 73 del 1998, in cui si afferma, rispetto alla circolare prot. n. 516701/LM3 in materia di leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e dell'Aeronautica che *"la circostanza che le circolari del Ministero della difesa abbiano dettato alcune regole asseritamente contrastanti con la disciplina legislativa e abbiano creato presso i Maricentro la non prevista figura dell'arruolato in attesa di incorporamento non ha alcuna incidenza sulla questione di legittimità costituzionale rientrante nella competenza di questa Corte che non può estendersi ad atti privi di valore di legge"*.

Ciò posto, non vi è chi non veda come, soprattutto quando sono in gioco diritti fondamentali dei cittadini, qualificare la circolare come *"non fonte"*, in assenza di altre fonti, potrebbe ridurre, e non di poco, lo spazio di difesa della persona toccata da un provvedimento o da un atto contrario ai propri diritti o interessi.

---

<sup>115</sup> V. ad es. Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2010, n. 7521. Ferma restando la pacifica inidoneità della circolare ministeriale interpretativa di una disposizione di legge a produrre effetti giuridici esterni, occorre registrare il caso, del tutto eccezionale, in cui il Consiglio di Stato ha attribuito caratteristiche del tutto opposte alla circolare del Ministero dell'Interno in materia di stato civile, *"atteso che le istruzioni ministeriali in questo settore dell'ordinamento sono 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"*: così v. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478.

<sup>116</sup> Secondo il giudice a quo il Ministro del lavoro, tramite il decreto impugnato, emesso ai sensi dell'art. 36 della l. 29 aprile 1949, n. 264, per cui *"per determinate località e limitatamente a particolari categorie professionali, può essere disposta, con decreto del Ministro del lavoro, di concerto col Ministro del tesoro, la concessione di sussidi straordinari di disoccupazione ai lavoratori che si trovino involontariamente disoccupati per mancanza di lavoro e posseggano determinati requisiti"*, aveva ecceduto i limiti della delega legislativa attribuitagli. Il Giudice delle leggi, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, precisa che è da escludere che al decreto emanato dal Ministro, in esplicazione del suo compito, come innanzi si è accennato, possa comunque attribuirsi quella 'forza di legge', cui si riferisce l'art. 134 Cost., quando indica gli atti sottoposti all'esame di questa Corte nei giudizi di legittimità costituzionale. A tale conclusione si perviene per considerazioni che attengono tanto alla forma dell'atto che al suo contenuto. Ancora, secondo la Corte costituzionale, *"quanto al suo contenuto, è da escludere che il decreto impugnato abbia in sé quel contenuto innovativo del preesistente ordinamento legislativo che è caratteristico della legge o dell'atto avente, comunque, forza di legge"*.



Pare dunque importante segnalare che la Corte costituzionale, in un caso recente, sembra essersi discostata, oltre che dalla propria giurisprudenza, anche dalla giurisprudenza amministrativa e di legittimità. Ci si riferisce alla sentenza n. 122 del 2017<sup>117</sup>, in cui il giudice costituzionale sembra essersi di fatto pronunciato sulla legittimità della circolare n. 8845/2011 del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia e recante un complesso di disposizioni in ordine all'ingresso, alla circolazione e alla detenzione della stampa nell'ambito delle sezioni degli istituti penitenziari destinate a accogliere i detenuti in regime speciale.

Alcuni magistrati di sorveglianza, aditi con reclamo, ne avevano disapplicato alcune disposizioni<sup>118</sup>, con provvedimenti che venivano sistematicamente annullati dalla Corte di cassazione, atteso che, secondo lo stesso Giudice di legittimità, le particolari restrizioni alle quali dovevano essere sottoposti i detenuti in regime speciale erano previste dall'ordinamento penitenziario ed erano, inoltre, specificate dal decreto ministeriale.

La circolare infatti sarebbe stata meramente attuativa della legge; pertanto non sarebbe stato pregiudicato il diritto del detenuto qui in gioco, ovvero ad informarsi e a studiare attraverso la lettura di testi, dal momento che la circolare non prevedeva alcuna limitazione alla loro ricezione, ma ne regolava soltanto le modalità. Per questi motivi secondo la Corte di Cassazione la circolare ministeriale si sarebbe mossa nell'ambito dei poteri normativamente conferiti all'amministrazione penitenziaria.

A seguito della pronuncia della Cassazione, "assurta a diritto vivente"<sup>119</sup>, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria emanava una nuova circolare, con la quale venivano ripristinate le disposizioni della circolare oggetto dei provvedimenti di disapplicazione, originando con ciò il reclamo di cui veniva investito il giudice rimettente.

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettere a) e c), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), nella parte in cui, secondo il diritto vivente, "consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa", in quanto contrastanti con gli artt. 15, 21, 33 e 34 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>120</sup>.

La Corte costituzionale si è pronunciata per la non fondatezza delle stesse, sottolineando, dopo aver rimarcato che le restrizioni o limitazioni dei diritti fondamentali devono

---

<sup>117</sup> A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti 41 bis di scambi di libri e riviste con i familiari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 giugno 2017; per considerazioni critiche, v. A. LONGO, "Est modus in rebus". *Modalità e contest nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos*, 2017, III.

<sup>118</sup> In quanto contraria all'art. 18-*ter* ord. penit.

<sup>119</sup> Cfr. A. LONGO, *op. cit.*

<sup>120</sup> Per una completa ricostruzione, cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*

avvenire nel rispetto della riserva di legge assoluta e della riserva di giurisdizione<sup>121</sup>, come solo il *quomodo* delle restrizioni sia previsto dalla circolare dell'amministrazione penitenziaria<sup>122</sup>.

Di fatto, secondo la Corte costituzionale, le restrizioni *de qua* sono stabilite dall'art. 41 *bis*, e la circolare altro non costituisce che l'estrinsecazione della discrezionalità amministrativa, la quale agisce rispetto alle scelte nel caso concreto, costituendo quindi mera applicazione della norma di legge. A ben vedere, forse, il Giudice costituzionale, avvallando la tesi del "*diritto regolamentare vivente*", ha di fatto sindacato, per così dire in via "mascherata", la circolare in esame, così salvandola sulla base della sua compenetrazione con la fonte legislativa, che ha permesso alla circolare stessa di estrinsecare, specificandolo, il dettato legislativo<sup>123</sup>.

#### 4.6. I Decreti non regolamentari fra legislatore e giudici

Un altro degli ambiti nei quali la pubblica amministrazione diventa più vistosamente "creatrice" di norme, al di fuori del rapporto classico fra legge e regolamento è costituito dal noto e molto abusato fenomeno dei "decreti di natura non regolamentare"<sup>124</sup>.

In questa sede non è ovviamente possibile, né utile analizzare il tema in modo sistematico. Occorre però rilevare che il fenomeno ha assunto proporzioni enormi nel corso degli ultimi anni, nonostante la dottrina abbia più volte richiamato l'attenzione sulla problematicità del rinvio a fonti diverse dal regolamento, per la cui adozione è necessario seguire la procedura formalizzata nell'art. 17 della legge 400 del 1988.

Per la verità, come è stato efficacemente osservato, l'art. 17 citato era nato proprio allo scopo di porre una demarcazione netta fra provvedimento amministrativo e regolamen-

---

<sup>121</sup> Cfr. F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41 bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia*, in *costituzionalismo.it*, 2017, I.

<sup>122</sup> Per usare le parole della Corte, "*conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la misura che, secondo il 'diritto vivente', può essere adottata dall'amministrazione penitenziaria in base alla norma denunciata non limita il diritto dei detenuti in regime speciale a ricevere e a tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta, ma incide solo sulle modalità attraverso le quali dette pubblicazioni possono essere acquisite. Al detenuto non è impedito l'accesso alle letture preferite e al loro contenuto, ma gli è imposto di servirsi, per la relativa acquisizione, dell'istituto penitenziario, nell'ottica di evitare che – secondo quanto è emerso dall'esperienza – il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno, di problematica rilevazione da parte del personale addetto al controllo*".

<sup>123</sup> V. F. MANNELLA, *op. ult. cit.*, cui si rinvia anche per osservazioni critiche alla circolare.

<sup>124</sup> Per una ricca disamina del fenomeno, si v. B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015, II-III, 388 ss.

to<sup>125</sup>, mediante la formalizzazione del procedimento per l'adozione di regolamenti governativi, rivelandosi poi di fatto un tentativo non riuscito<sup>126</sup>.

Ciò posto, occorre prendere atto che, mediante rinvio a decreti di natura non regolamentare, la legge (in realtà fonte primaria, si tratta spesso di decreti legislativi o di decreti-legge) non solo delega la definizione di alcuni elementi della fattispecie, ma addirittura di elementi essenziali.

La prassi dell'ultimo decennio offre, in questo senso, importanti spunti di riflessione<sup>127</sup>: con l'art. 2-*quater* del d.l. n. 2 del 2006, convertito con legge n. 81 del 2006, per esempio, il legislatore, perseguendo l'obiettivo di incentivare l'uso di fonti rinnovabili, ha imposto ai soggetti che immettono in consumo benzina e gasolio e altri prodotti derivanti da fonti non rinnovabili di introdurre nel territorio nazionale (eventualmente acquistandoli anche da altri soggetti) biocarburanti, demandando a decreti ministeriali, senza specificarne la natura, la determinazione dei criteri, delle condizioni e delle modalità per l'attuazione dell'obbligo previsto, nonché, peraltro, e preme evidenziarlo, la fissazione delle *“sanzioni amministrative pecuniarie, proporzionali e dissuasive, per il mancato raggiungimento dell'obbligo previsto per i singoli anni di attuazione della presente disposizione”*.

Ai nostri fini, occorre rilevare che, a fronte di una prima fase in cui la disposizione è stata attuata seguendo le procedure formalizzate dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988, il legislatore ha poi previsto, con il d.l. n. 145 del 2013, convertito con l. n. 9 del 2014, che per *“aggiornare le condizioni, i criteri e le modalità di attuazione dell'obbligo”* si dovesse utilizzare un decreto di natura non regolamentare.

Più di recente, con l'art. 3-*ter* del d.l. n. 211 del 2011, introdotto dalla legge di conversione n. 9 del 2012, con cui è stata disposta la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, il legislatore ha previsto che *“con decreto di natura non regolamentare del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano”* siano definiti, tra gli altri, i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e di custodia.

Tale fenomeno, a ben vedere, risulta estremamente problematico in presenza di riserve di legge e quando sono in gioco i diritti fondamentali dei cittadini: emblematico il caso

---

<sup>125</sup> Sulla disposizione più volte citata nel testo, tra i molti, U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/88)*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991; e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 356 ss.

<sup>126</sup> Sul tema si v. anche V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto fra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, III.

<sup>127</sup> Si v. anche M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, III, che mette in luce i numerosi rinvii contenuti nella legge di riforma dell'Università del 2010, la n. 240 del 2010, secondo cui la *“definizione dei ‘criteri per l'ammissione alla sperimentazione’ e delle ‘modalità di verifica periodica dei risultati conseguiti’”* avrebbe dovuto essere affidata dalla legge ad un decreto di natura non regolamentare.

delle misure previste dal legislatore per risarcire, attraverso soluzioni extragiudiziali, i danni derivanti da trasfusioni infette e da vaccinazioni obbligatorie, in relazione alle quali, a fronte della previsione contenuta nell'art. 33 del d.l. n. 159 del 2007, poi convertito in con l. n. 222 del 2007, che autorizzava uno stanziamento per le transazioni da stipulare con i soggetti che avessero instaurato azioni di risarcimento ancora pendenti, il successivo d.m. n. 132 del 2009 aveva previsto che per la definizione dei moduli transattivi si sarebbe proceduto con un decreto non avente natura regolamentare. Decreto effettivamente adottato, in data 4 maggio 2012, e successivamente impugnato davanti al Tar Lazio da alcuni cittadini che ne lamentavano l'illegittimità perché, pur avendo natura sostanzialmente regolamentare, esso era stato adottato in violazione delle forme prescritte dal più volte citato art. 17 della l. n. 400 del 1988<sup>128</sup>.

Di un certo interesse pare la risposta fornita dal giudice amministrativo: pur ritenendo infondata la prima censura (sul presupposto dell'assenza, nel decreto in questione, dei caratteri propri dello strumento regolamentare), il Tar ha osservato, accogliendo così il secondo motivo di ricorso, che *"il d.m. 4 maggio 2012 è solo in apparenza attuativo del regolamento [...] La fissazione dei criteri per la definizione delle transazioni di cui trattasi era stata invero demandata dalla legge al regolamento citato (del 2009) mentre, ai sensi dell'art. 5 di quest'ultimo, il decreto (di natura non regolamentare) avrebbe dovuto definire soltanto i moduli transattivi applicativi dei criteri"* già previsti. Nella specie, aggiunge il Tar, *"viene surrettiziamente introdotto un nuovo criterio di limitazione selettiva (a favore dei soli soggetti per i quali 'l'evento trasfusionale' sia 'non anteriore al 24 luglio 1978')"*. Ma, soprattutto, tale criterio non era stato introdotto dal regolamento, ma dal decreto ministeriale del 4 maggio 2012 e, pertanto, esso è in contrasto col sistema della gerarchia delle fonti, col d.m. del 2009 nonché con la stessa normativa primaria a monte del 2007<sup>129</sup>.

Da questa vicenda è quindi possibile ricavare importanti spunti per comprendere quale sia stato l'atteggiamento della giurisprudenza (amministrativa, in particolare) di fronte alla diffusione di questo fenomeno<sup>130</sup>.

Ed, infatti, in linea con questa pronuncia del Tar, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è spesso pronunciata con l'obiettivo di porre un argine al fenomeno in commento, declassando il decreto di natura non regolamentare a mero provvedimento, come tale incapace di "innovare" quando non adottato nelle forme prescritte dall'art. 17 legge 400 del 1988.

Sullo sfondo l'idea, ben messa in luce nella fondamentale decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2012, secondo cui, nonostante la presa d'atto del fenomeno della fuga dal regolamento, *"deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti 'atipici', di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla*

---

<sup>128</sup> Ed è inoltre interessante notare che, tra i motivi di impugnazione, si faceva anche valere, in quel caso, l'argomento per cui, qualora si fosse dovuta riconoscere effettivamente natura non regolamentare al decreto impugnato, esso sarebbe stato in ogni caso illegittimo perché adottato in violazione delle fonti di rango superiore.

<sup>129</sup> Tar Lazio, Sez. III-*quater*, 23 luglio 2017, n. 3807.

<sup>130</sup> Su cui, ancora, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, cit.

*disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988".*

Non si tratta, però, di un orientamento del tutto consolidato<sup>131</sup>: negli ultimi anni, infatti, forse indotto da un ricorso governativo ai decreti non regolamentari sempre più mastodontico, il Consiglio di Stato ha, in diverse occasioni, riformulato pronunce del Tar Lazio che, con un atteggiamento viceversa piuttosto rigoroso, avevano considerato necessario il rispetto delle procedure formalizzate dal più volte citato art. 17 o comunque illegittima tale modalità operativa.

Degno di nota, in questa prospettiva, è un precedente rappresentato da una sentenza del Tar Lazio del 2016<sup>132</sup> – con cui era stato annullato un decreto ministeriale in materia di finanziamento dello spettacolo<sup>133</sup> perché, pur avendo natura regolamentare, era stato emanato in violazione dell'art. 17 della legge 400 del 1988 – poi completamente ribaltata dal Consiglio di Stato con la sentenza del 30 novembre 2016 che ha invece valorizzato la qualificazione formale, come atto “non avente natura regolamentare”, direttamente operata dal legislatore con la fonte primaria (d.l. n. 24 del 2013), per poi sottolineare l'assenza nel decreto impugnato dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività in precedenza rilevati dal T.A.R..

Ancora, preme segnalare un recente pronunciamento del Consiglio di Stato (del 24 luglio 2017)<sup>134</sup>, con cui, in riforma della precedente sentenza del Tar Lazio, i giudici di Palazzo Spada hanno svolto importanti considerazioni sul tema *de quo*<sup>135</sup>. Interessa, in particolare, mettere in luce che il Consiglio di Stato ha accolto l'impugnazione promossa dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT) avverso la sentenza di primo grado, ribaltando la prima statuizione, per quanto più rileva, nella parte in cui riteneva che il decreto ministeriale impugnato<sup>136</sup> fosse illegittimo perché non adottato nelle forme del regolamento e dunque nel rispetto delle procedure di adozione contemplate per gli atti normativi. Si legge nella decisione del Consiglio di Stato che, avendo la legge<sup>137</sup> autorizzato l'adozione di decreti

---

<sup>131</sup> Mette in luce questo aspetto N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, XII, 1209 ss.

<sup>132</sup> Sent. del 28 giugno 2016, n. 7479.

<sup>133</sup> Più precisamente del d.m. n. 1 del 2014, *Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163*.

<sup>134</sup> Sent. del 24 luglio 2017, n. 3665. sezione VI.

<sup>135</sup> Su cui, si v. M. DELLA MORTE, *Il potere regolamentare tra sistematica ed effettività: tendenze e prospettive*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2018, che peraltro considera le affermazioni del Consiglio di Stato “*un significativo (e criticabile) salto di qualità argomentativa del quale occorrerà tenere conto ai fini di una futura – assai auspicabile – riorganizzazione del sistema (e dei presunti sottosistemi) delle fonti del diritto*”.

<sup>136</sup> Del 12 gennaio 2017 (*Adeguamento delle soprintendenze speciali agli standard internazionali in materia di musei e luoghi della cultura, ai sensi dell'articolo 1, comma 432, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, e dell'articolo 1, comma 327, della legge 28 dicembre 2015, n. 208*).

<sup>137</sup> L. n. 232 del 2016.

ministeriali non regolamentari al fine, tra l'altro, di adeguare agli standard internazionali le Soprintendenze speciali, il decreto impugnato si pone *"in aderenza alla fonte primaria"*<sup>138</sup>.

La Corte costituzionale, la cui giurisprudenza non è particolarmente significativa (né da un punto di vista quantitativo né qualitativo), non è sembrata per parte sua determinare in modo univoco il proprio orientamento in materia, offrendo interpretazioni non sempre coincidenti nelle occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi, più o meno direttamente, su atti non aventi natura regolamentare<sup>139</sup>.

Da una parte, infatti, esistono decisioni del Giudice costituzionale che sembrano assecondare una simile prassi: come la sent. n. 255 del 2004 con cui la Corte ha dichiarato non fondata una questione sollevata dalla Regione Toscana in relazione all'art. 1 del d.l. n. 24 del 2003 (*Disposizioni urgenti in materia di contributi in favore delle attività dello spettacolo*), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 82 del 2003 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2003, n. 24, recante disposizioni urgenti in materia di contributi in favore delle attività dello spettacolo*), proprio nella parte in cui disciplina i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo e le aliquote di ripartizione annuale del Fondo unico per lo spettacolo previsto dalla legge n. 163 del 1985 (*Nuova disciplina degli interventi dello Stato a favore dello spettacolo*), affidandone la determinazione a *"decreti del Ministero per i beni e le attività culturali non aventi natura regolamentare"*; in questo caso, come è stato osservato in dottrina<sup>140</sup>, la Corte ha incentrato la propria decisione nel senso dell'infondatezza sul carattere temporaneo e provvisorio della disposizione impugnata (adottata *"in attesa che la legge di definizione dei principi fondamentali di cui all'art. 117 Cost. fissasse i criteri e gli ambiti di competenza dello Stato"*).

Dall'altra parte, non mancano prese di posizione della Corte che paiono viceversa censurare, sia pur indirettamente, l'adozione di decreti non regolamentari, in ragione della loro incerta natura giuridica: così nella sentenza n. 116 del 2006 con cui la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 279 del 2004, convertito con l. n. 5 del 2005, in materia di colture transgeniche, biologiche e convenzionali, dal momento in cui la definizione delle modalità per adottare le *"norme quadro sulla coesistenza"* delle predette colture veniva rimessa ad un *"atto statale dalla indefinibile natura giuridica"*, peraltro, soggiunge la Corte, con riguardo a fattispecie che *"necessiterebbero di una regolamentazione tramite fonti primarie"*<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Avendo provveduto, *"a seguito dell'istituzione del Parco archeologico del Colosseo, alla riorganizzazione della Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'area archeologica centrale che è stata rinominata «Soprintendenza speciale Archeologia, belle arti e paesaggio di Roma»"*.

<sup>139</sup> Evidenzia, peraltro, che *"la giurisprudenza costituzionale ha evitato di dedicare specifica attenzione agli atti non aventi natura regolamentare, agevolata in ciò dai caratteri del suo sindacato, incentrato, com'è noto, sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge, e dunque escludente, di regola, le norme secondarie"*, N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2018.

<sup>140</sup> Cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo 'di natura non regolamentare' che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, VI, 5075.

<sup>141</sup> Cfr. la sent. n. 116 del 2006.

In ogni caso, ed in una prospettiva più generale, la Corte sembra accogliere, con importanti affermazioni sul piano dei principi, l'adagio più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa per cui *“non possono essere requisiti di carattere formale, quali il nomen iuris e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito”*<sup>142</sup>.

In conclusione, declassare a “non fonte” un atto atipico che viceversa introduce norme, anziché rivelarsi strumenti di garanzia del principio di legalità, si trasforma in una sua palese violazione, a danno dei diritti delle persone, e soprattutto in materie sensibili, come emerge dai casi che abbiamo esaminato.

## **5. Fuori dal perimetro classico**

### ***5.1. Le autorità amministrative indipendenti: il caso emblematico dell'ANAC***

#### **a) Premessa: le autorità amministrative indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato costituzionale. Cenni**

È giunto ora il momento di volgere lo sguardo ad una modalità di manifestazione di ingenti interventi creativi della pubblica amministrazione del tutto nuova, nel senso che viene registrata al di fuori del perimetro classico che ha visto la pubblica amministrazione stessa nascere e agire all'interno dello Stato di diritto.

Ci si riferisce al fenomeno delle fonti normative atipiche adottate dalle autorità indipendenti, venute ad assumere un ruolo imprescindibile, connotato da tratti del tutto peculiari, nell'attività amministrativa dello stato italiano, anche e soprattutto in settori in cui i diritti fondamentali sono in gioco.

A tal riguardo, occorre preliminarmente dar conto che, in Italia, l'esigenza di istituire delle amministrazioni caratterizzate da una notevole competenza tecnica e da una posizione di assoluta neutralità rispetto agli interessi in gioco, oltreché di indipendenza rispetto agli altri poteri statali (ed economici) coinvolti, si è fatta strada, a partire dall'inizio degli anni '90, in modo sempre più marcato, con l'obiettivo di rispondere efficacemente alle istanze di tutela inerenti valori di rilievo costituzionale, politico-economico e sociale (come la tutela del risparmio, della *privacy* o del pluralismo radiotelevisivo)<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. la sent. n. 278 del 2010.

<sup>143</sup> Sul tema v. F. GIUFFRÈ, *Le autorità amministrative indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2017.

Il fenomeno delle *Authorities* – che affonda le sue radici nell’esperienza statunitense della metà del XX secolo (in cui le *Independent regulatory agencies* sono nate, in particolare, per fronteggiare la corruzione dell’amministrazione e per garantire un processo decisionale fondato sull’esperienza tecnica e sulla neutralità) – ha così determinato, nel corso degli anni, un passaggio fondamentale nell’assetto della pubblica amministrazione: da un modello “*piramidale*” si è infatti passati ad un “*modello policentrico e pluralistico*”<sup>144</sup>.

Simili considerazioni, peraltro, vanno calate nel solco di una più ampia trasformazione del sistema della pubblica amministrazione, come ricordato nel § 1.

Più di recente, inoltre, è stato osservato che il paradigma per cui le funzioni normative sono attribuite a soggetti dotati di rappresentatività è finito, giacché ora il nostro ordinamento giuridico è connotato da un ‘policentrismo normativo’ che vede ricoprire un ruolo normativo anche dalle autorità indipendenti<sup>145</sup>.

Come è stato rilevato in passato<sup>146</sup>, l’introduzione di questo tipo di organismi deriva dall’esigenza di affidare ad organismi connotati dal requisito dell’imparzialità l’esecuzione della legge in settori in cui è fondamentale l’indipendenza dall’Esecutivo<sup>147</sup>.

Le Autorità indipendenti, comunque, danno vita ad una realtà complessa ed eterogenea, risentendo la singola autorità del momento politico in cui è creata e delle caratteristiche operative necessarie nel settore in cui è destinata ad intervenire<sup>148</sup>.

In questo contesto, peraltro, occorre ricordare che per alcuni autori la creazione e proliferazione delle autorità indipendenti costituisce un elemento che compone il più ampio fenomeno del declino del principio di rappresentanza<sup>149</sup> e che, nella stessa prospettiva, “*nell’attuale paradigma delle forme di Stato occidentali, i processi di legittimazione del potere si incentrano sempre meno sulle procedure elettorali e sui meccanismi rappresentativi, evolvendo, piuttosto, verso criteri fondati sulla razionalità auto-legittimante della conoscenza specialistica*”<sup>150</sup>.

Ebbene, pur in assenza di un esplicito ancoraggio costituzionale e di una qualsivoglia normativa di cornice, a distanza oramai di molti anni dalla prima autorità indipendente (la

---

<sup>144</sup> Per un approfondimento, si veda più diffusamente M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.

<sup>145</sup> Ruolo che si collega “alla sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell’apparato governativo e ministeriale”. Così v. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017.

<sup>146</sup> Si v. A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, 241 ss.

<sup>147</sup> La stessa espressione di amministrazione indipendente, si è detto, “*ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la ‘non dipendenza da direttive politiche’, l’alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la ‘neutralizzazione’ o ‘neutralità tecnica e politica’ dalla funzione da essi svolta*”. Così R. TITOMANLIO, *op. ult. cit.*

<sup>148</sup> Si v. F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, cit., 16, 703 ss. Si evidenzia, in questa prospettiva, che “*non a caso, non esiste alcuna legge che disciplini aspetti comuni delle Autorità indipendenti o che le istituisce o le definisca come tali*”.

<sup>149</sup> Si v. S. LABRIOLA, *Le Autorità indipendenti (Note preliminari)*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1992, 2.

<sup>150</sup> Si v. F. GIUFFRÈ, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit.



Consob, istituita nel 1974), è possibile rintracciare alcuni elementi che hanno caratterizzato lo sviluppo di tali autorità: l'ampliamento del numero dei settori assegnati alla corrispondente sfera di operatività, peraltro tutti di grande rilievo sociale, da un lato, e, dall'altro lato, la progressiva rivendicazione da parte delle stesse di un più ampio ambito di intervento e di una più ampia sfera di autonomia, attraverso un uso incisivo dei rispettivi poteri<sup>151</sup>.

### **b) Il potere normativo delle *Authorities*, tra legalità “sostanziale” e legalità “procedimentale”**

La premessa da cui occorre muovere per affrontare il tema del progressivo ampliamento dei poteri normativi delle autorità indipendenti (e delle conseguenti ricadute sulla tenuta del principio di legalità e del modello classico-liberale di separazione dei poteri) è stata ben messa in luce già da Aldo Sandulli secondo cui “*i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò su vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative*”<sup>152</sup>. È stato inoltre osservato che “*l’assegnazione di uno specifico peso al ruolo istituzionale delle autorità indipendenti consente di poter giustificare anche una diversa declinazione del relativo potere regolamentare*”<sup>153</sup>, quasi a voler sostenere, appunto, che i principi costituzionali in tema di separazione tra politica e amministrazione si atteggiavano in modo diverso proprio quando si discute della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti<sup>154</sup>.

Inoltre, è molto significativo che, per il Consiglio di Stato, “*il potere regolamentare spetta [alle autorità indipendenti] quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge*”<sup>155</sup>. Esse dunque racchiudono in sé l’esigenza di un potere regolamentare autonomo dal Governo non solo in quanto autorità indipendenti, ma anche (e forse ancor prima) in quanto amministrazioni di settori in cui l’indipendenza dal Governo deve essere garantita.

Nell’introdurre le seguenti considerazioni, non può non ricordarsi l’insegnamento di Enzo Cheli che, in uno celebre scritto del 1967, dal titolo *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, identificava precisamente la legittimazione del potere regolamentare del Governo nella natura costituzionale di quest’ultimo (oltre che del vincolo che lo lega alla maggioranza parlamentare) e, allo stesso tempo, individuava nella tipicità del regime giuridico degli atti normativi secondari la garanzia delle libertà dei cittadini.

Si tratta ora di capire, e qui sta il vero nodo problematico, se – ed eventualmente con quali precisazioni – sia possibile affermare la compatibilità del potere normativo delle amministrazioni indipendenti con il sistema costituzionale delle fonti; e se la scelta di affidare, eventualmente anche se con legge, ad un’amministrazione priva di legittimazione democratica il compito di regolare interi settori in modo atipico e asistemico, limitando sfere di libertà

---

<sup>151</sup> Così ancora R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo*, cit.

<sup>152</sup> Si v. A. M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.

<sup>153</sup> Così ancora R. TITOMANLIO, *op. ult. cit.*

<sup>154</sup> Si v. ancora A. M. SANDULLI, *op. ult. cit.*

<sup>155</sup> Cons. Stato, parere n. 1920 del 2016.

dei consociati, non rappresenti una violazione del principio di rappresentatività istituzionale<sup>156</sup>.

Ciò premesso, è bene rilevare che la dottrina amministrativistica e la giurisprudenza (del Consiglio di Stato) sembrano aver raggiunto un approdo oramai consolidato per cui la garanzia del giusto procedimento (con la possibilità del successivo controllo in sede giurisdizionale), il rispetto del principio del contraddittorio e la partecipazione dei privati, lungi dal rappresentare “*meri schemi formali dell’azione delle amministrazioni indipendenti*”, costituiscono “*principi sostanziali dell’attività delle medesime (e che giungono a giustificare l’esistenza stessa)*”<sup>157</sup>.

La dottrina, in particolare, evidenzia a tal riguardo che già nel 1946, l’*Administrative Procedure Act* – adottato nella “Patria” del fenomeno delle *Authorities*, gli Stati Uniti come si è detto – aveva imposto alle stesse la c.d. *process clause*, imponendo il rispetto di determinate procedure in contraddittorio sia nell’*adjudication* che nel *rule-making*<sup>158</sup>.

Da parte sua il Consiglio di Stato, con un orientamento oramai consolidato, afferma che “*la de-quotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell’attribuzione alle autorità di settore di ampi poteri regolamentari – impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari*”<sup>159</sup>.

Ed ancora, l’esercizio dei poteri normativi da parte delle autorità indipendenti, così delicati proprio perché possono incidere, limitandole, sulle libertà dei privati, “*trova la propria giustificazione anche nella previsione di un procedimento partecipativo inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati*” e in quanto tale “*sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative*”. In questo arresto giurisprudenziale vi è una esplicita, significativa, ammissione di parziale compensazione della caduta del principio di legalità sostanziale con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. A tal fine il Consiglio di Stato ha precisato che idonee garanzie partecipative previste dall’autorità in sede di approvazione dei propri regolamenti, nonché la dotazione di sistemi di consultazione preventiva, “*volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati*”, siano necessarie<sup>160</sup>.

Si dice, nella medesima prospettiva, che la partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti e la valutazione *ex ante* degli effetti delle misure in elaborazione consentono di superare la tradizionale “asimmetria” tra il decisore pubblico e i destinatari della decisione, onde così “colmare il deficit di legalità sostanziale” per mezzo delle “garanzie procedurali rafforzate” le quali finiscono anche per svolgere la funzione di ele-

---

<sup>156</sup> Si v. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in [www.logospa.it](http://www.logospa.it), 2016, 17.

<sup>157</sup> Si v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

<sup>158</sup> Così R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

<sup>159</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2012, n. 2521.

<sup>160</sup> Cfr. Cons. Stato, parere n. 355, 6 febbraio 2006.

mento di legittimazione della “*presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale*”<sup>161</sup>.

In questo contesto, “*l’accennata legittimazione [democratica] sta e cade insieme agli istituti strumentali alla trasparenza dei percorsi decisionali tecnico-specialistici ed alla quanto più generale intellegibilità dei medesimi*”<sup>162</sup>.

Sul punto ci si limita a rilevare, per ora, come l’operazione interpretativa avanzata dalla giurisprudenza amministrativa rechi in sé non solo una profonda alterazione del principio costituzionale di separazione dei poteri, riscrivendo i giudici amministrativi il significato del principio di legalità e soprattutto sovvertendo principi fondamentali connessi con la natura democratica della Repubblica e il principio di rappresentanza, ma anche come lo slittamento verso l’asse procedimentale alteri profondamente la natura stessa da cui origina l’idea sostanziale della legalità, svuotandola del suo contenuto specifico.

### **c) Il crescente ruolo dell’ANAC e la controversa qualificazione delle sue linee guida**

Nell’ampio scenario delle autorità indipendenti, l’Autorità nazionale anticorruzione costituisce, per molte ragioni, un oggetto privilegiato di studio, in particolare nella prospettiva del diritto costituzionale, tali e tante essendo le problematiche ad essa correlate che coinvolgono principi di rilievo costituzionale e che, come si dirà, chiamano in causa, mettendole peraltro pesantemente in crisi, le tradizionali categorie delle riflessioni della dottrina costituzionalistica in materia<sup>163</sup>.

Come noto, è alla l. n. 190 del 2012 che occorre volgere anzitutto lo sguardo: per quanto più interessa, con la citata legge, si è cercato di capovolgere l’impostazione culturale (e poi giuridica) delle politiche di contrasto alla corruzione – per lungo tempo, incentrate su una logica di “pan-penalismo” salvifico – assumendo come centrale il momento della prevenzione<sup>164</sup>.

Tale svolta, peraltro, non è priva di rilievo dal punto di vista costituzionale, rappresentando, come noto, il principio di residualità dello strumento penale una fondamentale declinazione del principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost<sup>165</sup>.

Con la legge n. 190 del 2012, sono state assegnate alla *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche* (la c.d. CIVIT<sup>166</sup>, successi-

---

<sup>161</sup> Così R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo*, cit.

<sup>162</sup> Si v. F. GIUFFRÈ, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit.

<sup>163</sup> Costituisce un ulteriore esempio di sicuro interesse, su cui pur tuttavia non ci si sofferma in questa sede, la Commissione di Garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, per la quale si rinvia a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., 183 e ss.

<sup>164</sup> Così F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione*, cit.

<sup>165</sup> Come non ricordare, sul punto, le parole della Corte costituzionale: “*la criminalizzazione, costituendo l’ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell’ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire*” (cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, punto n. 6 del *Considerato in diritto*).

vamente trasformata in ANAC dal d.l. n. 101 del 2013, conv. con l. n. 125 del 2013) le funzioni di prevenzione, regolazione e sanzione dei fenomeni di corruzione, ulteriormente arricchiti, poco dopo, con l'assegnazione dei compiti in precedenza affidati all'*Autorità di vigilanza sui contratti pubblici* (c.d. AVCP), anch'essa soppressa e incorporata nell'ANAC (con il d.l. n. 90 del 2014, conv. con l. n. 114 del 2014).

Il vero salto di qualità, rispetto alle precedenti esperienze, è stato individuato dalla dottrina nel progressivo rafforzamento dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ANAC: la l. n. 101 del 2013, in particolare, disciplinando le procedure di nomina dei componenti, ha previsto che il Presidente, a cui è riconosciuta una indubbia posizione di primato<sup>167</sup>, sia nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con i Ministri dell'interno e della Giustizia, e che la nomina dei Consiglieri (in numero di 4) prende le mosse dalla proposta del solo Ministro per la pubblica amministrazione, prevedendo altresì la deliberazione del Consiglio dei Ministri e il parere favorevole, con maggioranza dei due terzi, delle competenti Commissioni parlamentari, con il decreto di nomina del Presidente della Repubblica.

Indipendenza che è, peraltro, garantita anche dalla necessaria presenza di particolari requisiti soggettivi: possono essere nominati consiglieri dell'ANAC, infatti, soltanto "*esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze*" capaci di esprimere "*notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione*". A ben vedere, anche la previsione dei 6 anni, come durata del mandato dei Consiglieri, rappresenta un ulteriore presidio di garanzia, essendo in tal modo sganciata l'attività dell'ANAC dalla durata (massima) della legislatura.

Tanto premesso, preme qui mettere in luce i successivi interventi del legislatore che hanno, a vario titolo, interessato l'ANAC: con il d.l. n. 90 del 2014, conv. con l. n. 114 del 2014, sono stati assegnati all'ANAC quei poteri sanzionatori la cui mancanza aveva contribuito a rendere inefficaci i precedenti organismi<sup>168</sup>; e con il d. lgs. n. 50 del 2016 è stato riscritto il Codice dei Contratti pubblici, assegnandosi, come si dirà a breve, fondamentali funzioni all'ANAC<sup>169</sup>.

Per quanto riguarda specificamente il campo dei contratti pubblici (che costituisce un importante settore di intervento dell'ANAC), giova segnalare che il legislatore del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione delle nuove regole che aveva introdotto, attraverso l'adozione di un generale regolamento governativo (d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207).

Il legislatore della riforma del 2016, da parte sua, ha viceversa preferito un sistema diversificato e più flessibile: l'art. 213, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici,

---

<sup>166</sup> Istituita con l'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*. (09G0164)).

<sup>167</sup> Il d.l. n. 90 del 2014, per esempio, assegna al Presidente importanti poteri, esclusivi, in materia di misure di straordinario e temporanea gestione delle imprese per fatti corruttivi.

<sup>168</sup> Si v. F. GIUFFRÈ, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit.

<sup>169</sup> Ben messe in luce, di recente, dallo stesso Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone nell'intervento al Senato della Repubblica, in data 14 giugno 2018, in occasione della presentazione della Relazione annuale (2017) – il cui testo è reperibile sul sito ufficiale dell'Autorità ([www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

d.lgs. 50 del 2016, infatti, riconosce un ampio catalogo di strumenti di regolazione a disposizione dell'ANAC per garantire la promozione dell'efficienza e della qualità delle stazioni appaltanti: linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati.

Il Consiglio di Stato, con il noto parere del 2 agosto 2016, n. 1767, ha classificato gli atti attuativi del Codice dei contratti pubblici, distinguendo:

i) quelli adottati con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

ii) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes* (c.d. linee guida vincolanti);

iii) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante (c.d. linee guida non vincolanti).

Ovviamente, i decreti ministeriali di cui al punto i) devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti in quanto tali allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali. Gli atti in parola devono quindi rispettare le regole procedurali prefigurate dall'art. 17, comma 3, della l. n. 400 del 1988<sup>170</sup>, e i loro destinatari (amministrazioni e enti aggiudicatori) sono obbligati a osservarne il precetto, non potendo in alcun modo disattenderne il contenuto<sup>171</sup>.

La dottrina<sup>172</sup> ha, al riguardo e di recente, evidenziato tutte le conseguenze di una simile qualificazione in termini di:

a) forza e valore dell'atto;

b) forma e disciplina procedimentale;

c) implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.);

d) rispetto alle regole codificate nel citato art. 17 della legge n. 400 del 1988.

Le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, invece, nella ricostruzione operata dal Consiglio di Stato<sup>173</sup>, *“non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare”*. Precisata questa importante premessa, il parere del massimo organo della giustizia amministrativa sviluppa interessanti, e controverse, considerazioni sul tema oggetto della presente trattazione: abdicando la legge, per gli elevati gradi di tecnicismo della materia, a definire e dettare previsioni ulteriori alla mera indicazione dello scopo da perseguire, il principio di legalità *“assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi”*. Ancora, e forse proprio per questo, *“l'esercizio del potere in esame*

---

<sup>170</sup> Con l'obbligo, peraltro, di comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; adozione previo parere del Consiglio di Stato; visto e registrazione della Corte dei conti; pubblicazione nella Gazzetta ufficiale.

<sup>171</sup> Prosegue sul punto il Consiglio di Stato precisando che *“i decreti, essendo privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati, normalmente, unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione”*.

<sup>172</sup> Così O. M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, I.

<sup>173</sup> Così ancora nel citato Parere n. 01767/2016, del 2 agosto 2016.

*non rientra nel modello di amministrazione pubblica contemplato dalla Costituzione e fondato sulla 'concezione governativa', che attribuisce agli organi politici le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e agli organi dirigenziali le funzioni gestionali di attuazione"*; ma ciò non comporta una violazione della fonte superprimaria perché il modello costituzionale non esclude il diverso paradigma delle Autorità, agendo queste con poteri neutrali che attuano la legge<sup>174</sup>.

Laddove si tratti propriamente di linee guida dal carattere vincolante, all'ANAC è poi richiesto di delineare in modo chiaro e preciso il "precetto" da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso<sup>175</sup>.

Ciò che più interessa, ai nostri fini, è il successivo passaggio del parere del Consiglio di Stato in cui si dà conto del "*gap democratico*" che connota l'adozione di questi atti e, conseguentemente, si impone, sul piano procedimentale, l'osservanza di particolare "*forme di compensazione*" assicurate da una serie di strumenti di better regulation".

In questa prospettiva, il fulcro per la legittimazione di tali atti è rinvenuto nella sistematica consultazione dei loro destinatari, la quale, come si è più volte sottolineato, costituisce oramai "*una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati*", oltretutto dotata di importanti finalità istruttorie e motivazionali.

Non meno importante, e parimenti correlata alla natura e alla finalità dei provvedimenti in esame, è l'analisi di impatto della regolazione (AIR), che deve indicare, con elementi quantitativi e non solo qualitativi – ricavati se del caso anche dal processo di consultazione – i veri cambiamenti attesi dall'intervento e la modifica in positivo della attuale realtà dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato pone in rilievo altresì la necessità che alle linee guida segua una "attenta verifica" *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), di modo da poter procedere ad un adattamento del contenuto delle linee guida medesime alle esigenze concretamente emerse<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Per il Consiglio di Stato, sotto un diverso profilo, "*la natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'ANAC consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano a esse non incontri limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale*".

<sup>175</sup> Al riguardo è peraltro interessante notare che alcuni recenti pronunciamenti del Tar hanno riaperto il dibattito sulla natura giuridica e sulla portata applicativa delle linee guida dell'ANAC, nonché sulle ricadute di una loro violazione e sulla possibile impugnazione delle stesse: si tratta di decisioni che il Tar Lazio ha emesso qualificando le Linee guida oggetto d'impugnazione come "non vincolanti", e che, proprio in ragione della conclusione raggiunta in ordine alla natura giuridica delle medesime, risultano di assoluto interesse, ai fini di una precisa disamina degli strumenti normativi riconosciuti in capo all'ANAC e delle connesse implicazioni pratiche (anche di natura processuale). Cfr., in particolare, Tar Lazio, sentt. nn. 1734 e 1735 del 2018, con cui il giudice amministrativo ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi per carenza di interesse, perché promossi avverso atti (le linee guida, appunto) non direttamente lesivi delle posizioni soggettive di parte ricorrente.

<sup>176</sup> Strumento, quest'ultimo, assai utile per compensare "*il c.d. gap democratico e a integrare il principio di legittimità procedimentale*".

Da ultimo, all'ANAC è rivolta la precisa raccomandazione di far fronte al rischio di proliferazione, nel medio-lungo periodo, di linee guida, intervenendo in modo sistematico per raccogliere integrazioni, modifiche ed eliminazioni.

Premesso tutto ciò, occorre rilevare che le linee guida hanno – come mette in luce il Consiglio di Stato - pur sempre natura vincolante, non lasciando spazi di valutazione sulle modalità di loro attuazione, essendo amministrazioni ed enti aggiudicatari tenuti a darvi concretamente seguito<sup>177</sup>.

Per quanto concerne la terza categoria prima menzionata, le linee guida non vincolanti, si osserva che anch'esse sono atti amministrativi generali, rispetto ai quali, dunque, si applica lo statuto del provvedimento amministrativo. Il principio di legalità si atteggia, per il Consiglio di Stato, in modo ancora differente, in questo caso, avendo il d.lgs. n. 50 del 2016 autorizzato l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire, come già si è detto, *“la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*<sup>178</sup>. Si legge, ulteriormente, che le stazioni appaltanti che intendano discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono dare “adeguata e puntuale” motivazione alla loro scelta.

Ebbene, alla luce di questa articolata sistematizzazione dei nuovi poteri riconosciuti all'ANAC dal d.lgs. n. 50 del 2016, è possibile formulare alcune considerazioni critiche.

In primo luogo, mette conto osservare che le linee guida dell'ANAC sono pensate e previste per sostituire disposizioni di natura certamente regolamentare, come pacificamente sono quelle di cui al d.p.r. n. 207 del 2010 (il Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici del 2006), la cui abrogazione, appunto, come è stato precisamente rilevato, *“è subordinata dall'art. 217, d.lgs. n. 50 del 2016, proprio all'entrata in vigore delle linee guida dell'ANAC”*<sup>179</sup>.

Ed, allora, appare evidente come la questione del corretto inquadramento sistematico di questa categoria di nuovo conio involga problematiche di carattere generale sul sistema delle fonti.

La ricostruzione del Consiglio di Stato, come si è visto, è molto netta sul punto – le linee guida, anche se vincolanti, non hanno valore normativo, ma sono atti amministrativi generali, rientranti nel *genus* degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, “sia pure connotati in modo particolare” – e non sembra lasciare spazi interpretativi. Ciò non-

---

<sup>177</sup> Nel parere si legge anche *“che è bene puntualizzare che la ‘vincolatività’ dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la ‘discrezionalità’ esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali”*.

<sup>178</sup> Art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>179</sup> Così F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, III, 743 ss.

dimeno, in dottrina<sup>180</sup>, c'è chi ha messo in evidenza talune criticità, in particolare, nella scelta del Consiglio di Stato di richiamare la categoria della “*soft law*” con riferimento alle linee guida ANAC, le quali non presentano gli elementi tradizionalmente caratterizzanti la predetta categoria (l'elevato grado di informalità, la collocazione al di fuori delle fonti normative tipizzate e l'assenza di vincoli per gli operatori economici)<sup>181</sup>, essendo addirittura chiamate ad abrogare le previsioni del d.p.r. 207 del 2010, oltre che, per espressa previsione legislativa, sottoposte al sindacato del giudice amministrativo (elemento, quest'ultimo, di norma non registrabile in riferimento alla *soft law*).

È stato inoltre evidenziato che gli argomenti normalmente posti, in sede pretoria, a fondamento della qualificazione di un atto come amministrativo (e non normativo) mal si atterrebbero, ad onta della soluzione raggiunta dal Consiglio di Stato nel parere citato, alle linee guida vincolanti dell'ANAC.

La distinzione tra atti amministrativi e atti regolamentari è stata precisamente enucleata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella nota sentenza n. 9 del 2012: a tal fine, si è sottolineato che l'indeterminabilità dei destinatari, sia a *priori* che a *posteriori*, è elemento essenziale di ogni atto normativo (quale conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale, pur essendo rivolto a *priori* a destinatari indeterminabili, a *posteriori* riguarda invece soggetti determinabili, “*in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare e/o una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti*”<sup>182</sup>.

Ebbene, senza poter in questa sede soffermarsi ulteriormente sul tema, preme nondimeno rilevare che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, più che sulla “*settorialità*” degli atti – potendo essere infatti qualificati come normativi anche atti “*settoriali*” – sembra individuare nella “*indeterminabilità*” dei destinatari il vero elemento distintivo degli atti normativi.

Sicché, come è stato osservato in dottrina, le linee guida dell'ANAC preposte all'attuazione del Codice dei contratti pubblici non sembrano potersi agevolmente ricondurre entro la categoria degli atti amministrativi generali, in ragione del carattere indeterminato e indeterminabile dei casi che sono chiamate a regolare: piuttosto, “*le linee guida vincolanti dell'ANAC sembrano avere tutte le caratteristiche degli atti normativi: generalità, astrattezza, innovatività, attitudine a integrare la fattispecie astratta e non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti*”<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Tra cui, per esempio, C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *GiustAmm.it*, 2016.

<sup>181</sup> In tema v. S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti, procedure oscure e assenze di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi d'impatto della Regolazione*, 2011, IV.

<sup>182</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plenaria, 4 maggio 2012, n. 9.

<sup>183</sup> Si v. F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.

V. inoltre C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo: il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, n. 2/2017, secondo cui: “*la difficile catalogazione della natura giuridica di tali atti (che ha già affaticato la dottrina) complica l'analisi del tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale della loro legittimità, ma sia consentito fondare la presente (succinta) disamina sulla (condivisa e più accreditata) qualificazione delle linee guida vincolanti come regolamenti (e, cioè, come atti di normazione secondaria) e di quelle*”



Ed, invero, lungi dal rappresentare un mero esercizio di dogmatica, l'eventuale qualificazione delle linee guida in parola come atti normativi (e non amministrativi generali) porta con sé conseguenze pratiche di non poco momento, se solo si tiene a mente, come è stato detto<sup>184</sup>, che solo per i regolamenti vale il principio *iura novit curia* e solo la violazione di un regolamento consente di ricorrere per cassazione per violazione e falsa applicazione della norma (art. 360 c.p.c. e art. 111 Cost.)<sup>185</sup>.

## **5.2. Riflessioni critiche sul tramonto del paradigma classico e sulla (necessaria) copertura democratica dei poteri normativi delle Authorities**

Ricostruite brevemente, nei termini sopra riportati, le coordinate in cui opera l'ANAC, è possibile a questo punto riflettere più precisamente sul superamento della dicotomia legge/regolamento, fenomeno che vede, per l'appunto, nelle linee guida dell'ANAC, previste dal d.lgs. n. 50 del 2016 in attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, una plastica e controversa rappresentazione.

Peraltro, preme rilevare che l'obbligo di motivazione introdotto dalla l. n. 262 del 2005 – che, all'art. 23, prescrive che i provvedimenti di tutte le autorità indipendenti (oltre all'ANAC, la Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP e la COVIP) “*aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, [debbano] essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono*” – problematizza ulteriormente il quadro tratteggiato con le precedenti riflessioni.

A ben vedere, infatti, come precisamente confermato dalla giurisprudenza (non solo amministrativa) formatasi in materia, sulla motivazione della delibera finale dell'autorità indipendente (oltre che sui documenti prodotti durante il procedimento di formazione dell'atto normativo) si incentra un controllo giurisdizionale del giudice amministrativo assai penetrante.

Il modello seguito dal Consiglio di Stato, come in parte si è già anticipato, può essere riassunto nella massima per cui “*quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato*”<sup>186</sup>.

---

*non vincolanti come circolari o direttive (e, cioè, come atti amministrativi generali recanti l'interpretazione della disciplina legislativa primaria e coerenti istruzioni operative alle stazioni appaltanti)”*.

In generale, si v. A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 217 ss.

<sup>184</sup> Si v., ancora, F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.

<sup>185</sup> Si v. R. TITOMANLIO, *Potestà*, cit.

<sup>186</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

Una simile lettura, che pure risponde ad una importante esigenza di sistematizzazione, sembra, però, esporsi a talune critiche, in ragione del fatto che, a fronte del totale silenzio della legge (e, prima ancora, della Costituzione), è lo stesso giudice amministrativo che di essa si serve per (cercare di) ricondurre entro i confini della legalità costituzionale il progressivo fenomeno di accrescimento delle funzioni normative delle autorità indipendenti e, conseguentemente, di rovesciamento dei rapporti tra legislatore, pubblica amministrazione e cittadino.

A voler portare alle sue più radicali conseguenze la tesi per cui il fattore di legittimazione andrebbe rintracciato nell'esistenza (e nell'accurata osservanza) di un procedimento "aperto" – capace di coinvolgere, prima dell'adozione dell'atto, tutti i possibili soggetti interessati –, si finirebbe per giustificare una sostanziale riscrittura del sistema delle fonti, per mano del giudice amministrativo, che a quel sistema dovrebbe essere invero assoggettato.

Peraltro, nella stessa prospettiva critica, pare difficile far fronte alla "caduta" della legalità sostanziale (come necessitata conseguenza dell'allargamento delle attribuzioni delle *authorities*) con la sola teorizzazione di una legalità procedurale, declinata sul versante delle garanzie del contraddittorio.

Più in particolare, tale ricostruzione non sembra convincere pienamente perché chiama in causa un elemento inevitabilmente particolare e individuale, come è quello della (solo possibile, ma non necessaria) partecipazione dei possibili soggetti interessati alla fase genetica dell'atto normativo, per offrire una sponda, in termini di copertura democratica, alla circostanza per cui quel potere normativo è esercitato da un'autorità amministrativa, priva di legittimazione, in assenza di una espressa previsione legislativa.

Ed ancora, perché sembra in una certa misura "giurisdizionalizzare" la questione della necessaria legittimazione democratica dei poteri normativi delle autorità indipendenti, assegnando al giudice amministrativo il compito di verificare se l'atto è stato adottato all'esito di procedure di consultazione realmente "aperte e trasparenti", onde consentirgli di annullare il medesimo atto ove questo controllo dovesse dare esito negativo.

Possono essere segnalati, in questo senso, diversi precedenti significativi: nel 2015<sup>187</sup>, il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittimo il regolamento Consob relativo al procedimento di irrogazione delle sanzioni per mancato rispetto del principio del contraddittorio, in particolare osservando che la disposizione legislativa, nel richiamare il principio del contraddittorio, non fissava esplicitamente un livello minimo di tutela, né tantomeno imponeva l'adozione di un modulo procedimentale capace di offrire garanzie del tutto equiparabili a quelle proprie del giusto processo giurisdizionale<sup>188</sup>; e così, in un ulteriore precedente, il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittima la misura normativa dell'AEEG di introduzione del c.d. "prezzo di non arbitraggio" in ragione della mancata realizzazione di un contraddittorio

---

<sup>187</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

<sup>188</sup> Il Consiglio di Stato ulteriormente precisa sul punto che "il legislatore non fornisce direttamente una definizione della nozione di contraddittorio di cui impone il rispetto. Tale nozione deve essere, pertanto, ricavata in via interpretativa, tenendo conto del complessivo contesto in cui si inserisce la disposizione in esame .. quella di 'contraddittorio' costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli".

effettivo e integrale su una delle finalità che stavano alla base del provvedimento impugnato<sup>189</sup>.

## 6. Il Csm tra esecuzione e creazione

### 6.1. I c.d. poteri para-normativi del Csm

La c.d. attività para-normativa<sup>190</sup> del Csm si inserisce a pieno titolo nel campo di indagine qui in esame a motivo della progressiva espansione che tale fenomeno ha incontrato.

A prescindere dalla specificità del ruolo svolto dal Csm nel sistema costituzionale, rispetto alla pubblica amministrazione intesa in senso tradizionale<sup>191</sup>, la funzione “creatrice” esercitata da tale organo – sempre meno marginale se posta a raffronto con la capacità normativa, viceversa decrescente, dell’organo parlamentare – pare infatti illuminare ulteriormente il profilo relativo alla tensione tra amministrazione “esecutrice” e “creatrice” al centro delle presenti riflessioni.

Lasciando in disparte, per evidenti ragioni di spazio, la ricostruzione del dibattito sulla controversa qualificazione delle riserve di legge in materia di ordinamento giudiziario<sup>192</sup>, oc-

---

<sup>189</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, 7972. Per un esame di tale pronuncia, V. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, IV.

<sup>190</sup> Quanto alle ragioni legate all'utilizzo di tale termine, cfr. di recente G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, 25.

<sup>191</sup> In tema v. M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 284, che evidenzia la complessità insita nell'operazione tesa a qualificare la natura del Csm sulla base della tradizionale idea di pubblica amministrazione, e ciò in quanto “[...] in questo consiste la vera novità di un organo, che si distacca decisamente da ogni classificazione tradizionale, senza però assurgere ad una rilevanza “troppo” spiccata, in quanto la sua funzione non è di indirizzo dell'attività dei suoi amministrati [...] anzi si pone in una sfera non solo distinta, ma addirittura superiore”.

In questa sede, oltre a rinviare ad un recente contributo sul tema (G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2017), ci si limita a ricordare che la dottrina maggioritaria tende ad escludere la natura amministrativa del Csm, poiché, da un lato, l'organo di autogoverno della magistratura non rientra nella “nozione ‘comune’” di pubblica amministrazione, e, dall'altro, in ragione del ruolo ricoperto dal Csm nel sistema costituzionale (S. FRANZONI, *I giudici del Consiglio Superiore della Magistratura*, Torino, 2014, 235). Per quanto attiene, ad esempio, alle attribuzioni consiliari, in letteratura si è avanzata l'impossibilità di poterle qualificare nel senso di funzioni amministrative, costituendo esse, invece, “immediato esercizio di attribuzioni costituzionali” (così L. G. SATÈ, *Il ruolo costituzionale del CSM e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, 2012, 167, richiamato da S. FRANZONI, *I giudici del Consiglio Superiore della Magistratura*, Torino, 2014, 235). Ciò posto, pare interessante segnalare che, stando alla *Relazione della Commissione Presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura* del 1991, proprio la sussistenza della c.d. attività para-normativa colloca il Consiglio Superiore della Magistratura sul piano dell'amministrazione “piuttosto che della politica giudiziaria o della normazione” (la relazione è pubblicata in *Giur. cost.*, 1991, 989 ss.).

<sup>192</sup> In tema, v. tra gli altri A. PACE, *I poteri normativi del Csm*, in *Rivista AIC*, 2010, 9; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 442; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del Csm*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 37; danno conto delle varie tesi sinora sostenute, offrendo un esame in chiave critica del processo che ha condotto allo svuotamento dell'area di intervento del potere legislativo a tutto vantaggio del Csm, N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 45 ss.

corre premettere che costituiscono una categoria differente dagli atti para-normativi il Regolamento interno, previsto dall'art. 20 della l. n. 195 del 1958<sup>193</sup>, e il Regolamento di amministrazione e contabilità, previsto dall'art. 9, comma 3, della medesima legge<sup>194</sup>.

Gli atti para-normativi, infatti, non trovano fondamento in una fonte primaria, ma nel Regolamento interno del Csm, agli artt. 24 (Risoluzioni) e 25 (Circolari e direttive. Criteri di buona redazione degli atti consiliari). Trattasi dunque di atti "atipici", la cui esistenza sembra potersi spiegare, da un lato, alla luce del rapporto di strumentalità con le funzioni del Csm previste in Costituzione e dalla stessa l. n. 195 del 1958, e, dall'altro, alla luce della ragionevole esigenza di spazi di autonomia in capo al Consiglio<sup>195</sup>.

Rispetto alla catalogazione degli atti para-normativi del Csm, può essere utile rilevare che, a livello sistematico, le circolari vengono fatte rientrare, da parte della dottrina, all'interno di una peculiare articolazione della potestà regolamentare<sup>196</sup>, in considerazione della funzione esercitata mediante tale tipologia di atti, la quale non pare distinguersi da quella concretamente assolta dai regolamenti<sup>197</sup> (secondo altri, peraltro, tali provvedimenti sono annoverabili all'interno della categoria degli atti amministrativi generali<sup>198</sup>; ancora, le circolari sono addirittura state qualificate come atti normativi *extra ordinem*<sup>199</sup>).

Particolarmente significativo notare come, accanto alle circolari contenenti, nello specifico, i criteri di orientamento della discrezionalità del Consiglio, vi sono quelle aventi rilevanza esterna, o meglio "*destinate all'esterno del Csm*"<sup>200</sup>.

Analogamente le risoluzioni, a differenza delle circolari, si qualificano per la loro efficacia meramente interna al Csm, anche se la dottrina, già a partire dagli anni novanta, ne ha evidenziato alcune caratteristiche, tra le quali quella di avere "*assunto una portata che va ben al di là della sfera interna del CSM, tenendo a prefigurare criteri di azione e di comportamento sia per lo svolgimento delle funzioni consiliari che concernono l'amministrazione dei magistrati, sia nei confronti degli stessi magistrati*"<sup>201</sup>.

---

<sup>193</sup> Il Regolamento interno, da ultimo modificato nel 2016, è stato qualificato, da parte del Consigliere Balduzzi quale "*vero e proprio atto normativo di diritto pubblico contenente regole generali e astratte*" quale "*fonte - base*", "*fonte sulle fonti*" ([www.csm.it/web/rbalduzzi/bacheca-del-consigliere/-/blogs/il-csm-approva-il-nuovo-regolamento-interno](http://www.csm.it/web/rbalduzzi/bacheca-del-consigliere/-/blogs/il-csm-approva-il-nuovo-regolamento-interno)).

<sup>194</sup> F. SORRENTINO, *I poteri normativi del Csm*, cit., 37.

<sup>195</sup> Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *Commento all'art. 105*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1986, 98; in chiave critica v. invece N. ZANON – F. BIONDI, *op. cit.*, 47 ss.; v. inoltre V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, Csm, e principi costituzionali*, Bari, 1994, 17-20, per l'individuazione di limiti a tali poteri.

<sup>196</sup> Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *op. cit.*, 98.

<sup>197</sup> Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *op. cit.*, 96.

<sup>198</sup> S. FRANZONI, *I poteri atipici del CSM: "autogoverno" o "governo a forma libera" della magistratura?*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 594.

<sup>199</sup> Cfr. la *Relazione della Commissione Presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 998.

<sup>200</sup> V. la ricostruzione di F. SORRENTINO, *I poteri normativi del Csm*, cit., 39 s.

<sup>201</sup> F. SORRENTINO, *I poteri normativi del Csm*, cit., 39.

Ciò precisato, rimane fermo in via di principio che gli atti para-normativi sono subordinati alla legge, potendo essere impugnati ed annullati o disapplicati dal giudice, competente a valutarne la legittimità<sup>202</sup>.

Eppure, come evidenziato dalla dottrina, il Csm si è in concreto spesso reso autore dell'elaborazione non solo di principi *praeter legem*, ma anche *contra legem*<sup>203</sup>.

Si pensi, in proposito, alle perplessità suscitate negli anni ottanta dall'emanazione della circolare per il conferimento delle funzioni di legittimità, che, incidendo sullo *status* dei magistrati, aveva disciplinato aspetti coperti da riserva di legge<sup>204</sup>.

Questo fenomeno peraltro non si è arrestato con la l. n. 150 del 2005, di riforma dell'ordinamento giudiziario: come efficacemente osservato da autorevole dottrina, infatti, l'attività para-normativa del Csm "*deborde da tutte le parti*", nonostante il tentativo "*riparatore*" del legislatore ordinario<sup>205</sup>. E ciò non solo a causa dell'inerzia legislativa in materia di ordinamento giudiziario, ma anche a causa della "*disomogeneità*" e dell'"*incoerenza della disciplina in materia*"<sup>206</sup>.

Infatti – ed è proprio quello che qui più importa considerare – il problema persiste, forse in forma e intensità ancora più gravi, perché il Csm, nonostante l'intervento del legislatore con la riforma dell'ordinamento giudiziario, ha "*perfezionato il suo strumentario*", andando dunque non solo ad integrare, ma addirittura svuotare l'impianto legislativo, come si tenterà di mettere in luce nelle prossime pagine, attraverso l'illustrazione di due casi emblematici<sup>207</sup>.

## **6.2. Il caso "limite" della circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura, deliberata il 16 novembre 2017**

Il primo caso- "limite", nella prospettiva che qui interessa, va ricercato nella "Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura", deliberata il 16 novembre 2017 e finalizzata alla costruzione di un modello di ufficio improntato a "*criteri di efficienza, trasparenza, efficacia, indipendenza dei magistrati del pubblico ministero, valorizzazione della professionalità dei*

---

<sup>202</sup> F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 42.

<sup>203</sup> S. FRANZONI, *I poteri atipici del CSM: "autogoverno" o "governo a forma libera" della magistratura?* cit., 594.

<sup>204</sup> Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *op. cit.*, 97.

<sup>205</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 25.

<sup>206</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.*, 2017.

Esamina lucidamente i risvolti di tipo di attività A. POGGI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: questione strumentale o problema reale?*, in *Federalismi*, 2008, che sottolinea che l'attività c.d. 'paranormativa' certamente "*costituisce la modalità attraverso la quale questo organo controlla, più del necessario, le carriere dei magistrati, e detta i tempi della giustizia*".

<sup>207</sup> Il contesto nel quale si muove il Csm è quello contraddistinto dalla c.d. riforma Mastella, la quale, secondo alcuni, non si pone in antitesi o in un rapporto di discontinuità con la riforma Castelli. Cfr. F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, cit., 685.

Gli ambiti rispetto ai quali si è sviluppata maggiormente l'attività "atipica" del CSM sono ampi e diversi: si pensi alle valutazioni di professionalità, al testo unico sulla dirigenza giudiziaria o ancora alla giustizia disciplinare (*ibidem*, 691).

*magistrati, rispetto delle regole del giusto processo, tutti strumentali ad una corretta interpretazione ed applicazione dell'obiettivo della garanzia del corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale*<sup>208</sup>.

Rispetto alla disciplina *de qua*, ovvero quella degli uffici di Procura, il Csm ha posto in essere, nel tempo, interventi di natura particolarmente creativa.

Le ragioni alla base di tale "attivismo" consistono nella volontà di ripristinare i "*risultati acquisiti prima della riforma*", al fine di garantire le istanze di autonomia e di professionalità del singolo pubblico ministero, in linea con l'esigenza, avvertita dal Csm, di contrastare il fenomeno "gerarchizzante" che ha interessato l'organizzazione delle procure, oltre che al fine di "*valorizzare il ruolo del CSM nei rapporti con le stesse procure*"<sup>209</sup>.

In questo senso, sono state approvate, poco più di dieci anni fa, due importanti risoluzioni, nel 2007 e nel 2009, volte ad insistere sul ruolo costituzionalmente garantito di "autogoverno" del Consiglio<sup>210</sup>. All'esito di dette risoluzioni, il Csm non era però riuscito a realizzare un vero e proprio "*lavoro di contrasto*" al modello gerarchizzato delle procure<sup>211</sup>. Viceversa, con la più recente circolare del 16 novembre 2017, il Csm ha esercitato in modo ampio i propri poteri riaffermando "*il potere regolamentare del Consiglio*"<sup>212</sup>. Più precisamente, dietro l'esigenza di "procedimentalizzazione dei percorsi decisionali", si consacra un allentamento dei vincoli gerarchici all'interno delle procure rispetto alle norme primarie contenute nel d.lgs. n. 106 del 2006<sup>213</sup>.

In conclusione, il Csm ha adottato un atto correttivo della disciplina legislativa, effettivamente sbilanciata nella sua tendenza alla gerarchizzazione<sup>214</sup>, al fine di ripristinare i principi costituzionali che impongono equilibrio tra l'esigenza di impersonalità degli uffici del pubblico ministero da un lato e indipendenza dei sostituti procuratori dall'altro. Il problema posto dalla vicenda in esame, però, rimane aperto, nonostante la correttezza costituzionale del me-

---

<sup>208</sup> A. ADITURO, *La nuova circolare del Csm sulle procure*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2017, 4.

<sup>209</sup> F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, cit., 691.

Di fatto, il legislatore aveva ipotizzato un "organizzatore solitario ed autosufficiente" che "non trovasse vincolo alla sua discrezionalità organizzativa". Così si v. V. FAZIO, *Uffici inquirenti, autogoverno e ruolo politico del Csm: non è mai troppo tardi?* in *Questione Giustizia*, 2017, IV.

<sup>210</sup> A. ADITURO, *La nuova circolare del Csm sulle procure*, cit., 1.

<sup>211</sup> A. ADITURO, *La nuova circolare del Csm sulle procure*, cit., 2.

Vale la pena di ricordare, per completezza, che la competenza da parte del Consiglio di intervenire in tema di organizzazione degli uffici requirenti è stata oggetto di ampie critiche alla luce dell'abrogazione dell'art. 7 ter, comma 3, dell'ordinamento giudiziario, ai sensi del quale "*il Consiglio superiore della magistratura determina i criteri generali per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro*".

<sup>212</sup> A. ADITURO, *La nuova circolare del Csm sulle procure*, cit., 4.

<sup>213</sup> Da un punto di vista strettamente formale, per la verità, la tensione tra normativa primaria e secondaria rispetto all'ambito del rapporto tra Csm e procure può essere letta come un contrasto più apparente che reale. In tema, v. G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 26.

<sup>214</sup> In tema v. S. PANIZZA, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in N. ZANON - F. BIONDI - G. DI RENZO VILLATA, *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini. Atti del Convegno (Milano, 21 giugno 2011)*, Milano, 2012, 71 ss.; S. LEONE, *Gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent? Considerazioni sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.

rito dell'intervento del Csm, essendo del tutto anomalo che sia quest'ultimo organo costituzionale ad intervenire svuotando di significato la legge.

### **6.3. Il caso "limite" della circolare P-13378/2014 del 24 luglio 2014 alla luce della delibera del 21 ottobre 2015**

Un ulteriore caso "limite" è rappresentato dalla circolare P-13378/2014, relativa al collocamento dei magistrati fuori ruolo.

Tale materia è disciplinata, a livello primario, dalla l. n. 181 del 2008, la quale è stata però integrata dalla circolare n. 13378 del 2014, rubricata "Disposizioni in tema di trasferimento dei magistrati, conferimento di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie" e approvata dalla Terza Commissione in data 24 luglio 2014. Tale circolare ha svolto la importante funzione di sopperire alle carenze della disciplina legislativa, prevedendo in particolare alcune limitazioni all'atto del rientro in ruolo.

Se già in questi termini è evidente la funzione di supplenza svolta, in termini concretamente giustificabili dal vuoto legislativo, dalla circolare del 2014, preme segnalare che nella seduta del 21 ottobre 2015 è stata adottata una più preoccupante proposta in tema di "*Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare. Candidabilità e, successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche od amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali*".

Ebbene, tra le considerazioni contenute all'interno di questa ultima delibera<sup>215</sup>, si legge che la questione relativa al "ritorno" del magistrato alle funzioni di tipo giurisdizionale in seguito al collocamento fuori ruolo, sulla quale è intervenuto il Csm, necessiterebbe di un intervento omogeneo e completo da parte del legislatore.

In effetti, la circolare era intervenuta sui limiti al ricollocamento in ruolo da parte del magistrato in seguito alla mancata elezione ad un ente territoriale, mentre la normativa di natura primaria (art. 8 del T.U n. 361 del 1957) ha disciplinato gli incarichi politici elettivi nazionali.

Ancora più incisivamente, in un passaggio relativo alle considerazioni facenti da premessa alla delibera si legge, inoltre, che "*giova, nondimeno, rilevare come il C.S.M., facendosi carico delle carenze della disciplina legislativa, abbia stabilito, in sede di normazione secondaria, e segnatamente con la circolare P-13378/2014 del 24 luglio 2014 una serie di significative limitazioni all'atto del rientro in ruolo*".

Forte è allora l'impressione che lo stesso Csm, a fronte dell'inerzia legislativa, sia intervenuto non solo in funzione suppletiva del Parlamento, ma abbia per così dire "rovesciato"

---

<sup>215</sup> Riguardante, in estrema sintesi, i rapporti tra giurisdizione e politica, le forme di manifestazione dell'impegno in politica del magistrato, le cautele da adottare in presenza di una decisione del magistrato di partecipazione attiva alla vita politica e il ricollocamento in ruolo dei magistrati "non eletti", "eletti" o "designati".

il rapporto tra fonte legislativa e atto para-normativo: dopo avere messo in luce gli aspetti salienti caratterizzanti la circolare del 2014, denominata “normativa secondaria responsabilmente adottata dal C.S.M”, il Consiglio ha invitato infatti il legislatore a “*disciplinare più articolatamente il caso della mancata elezione presso il Parlamento e, soprattutto, presso un ente territoriale*”, suggerendo, con riferimento, a quest’ultimo caso, precise previsioni normative.

Anche un altro passaggio pare porsi in antitesi rispetto alla fisiologica relazione tra l’attività normativa secondaria e primaria, dove si afferma che “*il legislatore sarà chiamato a valutare se sia necessario che le stringenti limitazioni che la normativa secondaria del C.S.M. ha già stabilito, in maniera complementare ai vincoli contemplati dalla normativa primaria, debbano essere rafforzati da analoghe previsioni di rango legislativo [...]*”<sup>216</sup>.

## 7. In conclusione: dalla realtà attuale a nuovi scenari

In tutto questo complesso panorama, in cui si intrecciano piani e materie diverse, un aspetto appare chiaro: l’amministrazione “creatrice” trasforma inevitabilmente il ruolo del Giudice amministrativo, che interpreta, a sua volta, “creativamente”, come dimostrano le decisioni che inevitabilmente assumono un valore di “qualificazione” delle fonti.

Analogamente, ciò avviene anche nell’ambito della giurisprudenza delle Corti europee, dove sono le decisioni giudiziarie, e non solo la qualifica formale data dal testo legislativo, a “qualificare” le norme. Si pensi alla giurisprudenza della Corte Edu sulla “natura” penale delle norme<sup>217</sup> o alla recente vicenda “Taricco”, conclusasi con la pronuncia della Corte costituzionale che diviene determinante per distinguere l’operatività delle norme in materia di prescrizione<sup>218</sup>.

E lo stesso Giudice amministrativo è consapevole della trasformazione del suo ruolo e se ne fa interprete: emblematico è lo scenario che ci offre la *Relazione annuale del Presidente Pajno, in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2018*, dove, ragionando sul contesto ordinamentale e sociale nel quale si trova il nostro Paese, si afferma chiaramente che “*si tratta di prendere coscienza del fatto che è entrato in crisi il processo di decisione pubblica*”, e, dal momento che la politica non riesce più a compiere una sintesi fra valori di-

---

<sup>216</sup> D’altra parte questo fenomeno non è estraneo, anche se forse l’inversione del rapporto tra delibere interne e legge avviene in modo più sfumato o quantomeno implicito, ad altri organi di amministrazione delle giurisdizioni speciali. Ci si riferisce al Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, che, sempre in materia di collocamento fuori ruolo a seguito di incarichi extragiudiziari, ha adottato criteri integrativi molto delicati.

<sup>217</sup> In tema v., tra i tanti, F. MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, III.

<sup>218</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, su cui si v. C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 giugno 2018; in generale sulla vicenda *Taricco*, all’interno di una letteratura già sterminata, si rinvia qui ai ricchi contributi raccolti in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della saga c.d. Taricco*, Milano, 2018; e in A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.



versi, *“il problema si trasferisce, allora, dalla politica al diritto e alla legge, e la crisi della politica diviene crisi del diritto e della legge”*. Il Presidente Pajno continua in modo lapidario constatando che *“la mancanza di chiarezza della decisione pubblica determina il trasferimento del conflitto al giudice. E così le controversie politiche diventano giuridiche, anzi giudiziarie ed il giudice rischia di essere il decisore pubblico di ultima istanza, chiamato a pronunciarsi non sulla legittimità dei provvedimenti sottoposti al suo esame, ma sul conflitto politico e sociale che è sotteso alla controversia esaminata”*; e osserva, che *“in un certo senso, non è il giudice a fare politica, è la politica che demanda al giudice la composizione del conflitto fra valori, mentre il segmento della società che non accetta – quando pure viene espressa – la scelta politica, rinuncia a combatterla sul terreno che le è proprio e la riversa sulla giurisdizione”* e conclude nel senso che *“questa situazione trova un puntuale riscontro nel contenzioso e nella giurisprudenza del giudice amministrativo”*, dove acquistano un peso preponderante le questioni che toccano i diritti fondamentali: *“l’immigrazione, i servizi pubblici e la cittadinanza sociale, i nuovi diritti”*<sup>219</sup>.

Per Pajno, come per tanti studiosi, una strada deve esser sicuramente quella di una profonda rivisitazione del ruolo del giudice: *“io penso che quello che i nostri tempi richiedono al giudice è una cultura che afferma rigorosamente i diritti dei cittadini nei confronti del potere e che nello stesso tempo si dà carico della complessità sociale, consapevole del ruolo che la sua pronuncia verrà ad avere”*; un giudice *“non autoreferenziale, non innamorato soltanto delle proprie procedure e dei propri giudizi, ma aperto alla complessità dell’intero sistema giurisdizionale. Un giudice che proceda per principi”*, senza però sovvertire le scelte del legislatore, quando ci sono.

Ma è proprio questo il dilemma: quando, come abbiamo dimostrato poc’anzi, alla pubblica amministrazione viene affidato in modo generico o quando la pubblica amministrazione si autoassegna un ruolo “creativo” del diritto, quale sarà poi il rapporto fra la stessa pubblica amministrazione e il suo giudice, quello amministrativo, nel giudizio? Soprattutto, quale sarà questo rapporto nei casi in cui il giudice a sua volta è chiamato giudicare “per principi”?

I casi recenti che vedono protagonista il Giudice amministrativo sono emblematici: pensiamo alla pronuncia che abbiamo sopra esaminata del Consiglio di Stato sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali, a quella sul caso Englaro e a quelle sul velo islamico. Pensiamo anche alle linee guida dell’ANAC e alla loro interpretazione e applicazione davanti al giudice.

Qual è lo spazio, in questo scenario, per la posizione del “cittadino” che sembra trovarsi, parafrasando le parole di Carnelutti, pronunciate ragionando sul processo costituzionale, *mutatis mutandis*, in una dimensione *“piccola, quasi come una marionetta”*<sup>220</sup>?

Una dimensione arbitraria, se si affida la realizzazione dei diritti fondamentali alla pubblica amministrazione e se alla fine si scarica sul giudice amministrativo la composizione

---

<sup>219</sup> Si vedano le pp. 21-22 della Relazione.

<sup>220</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Intervento*, in *Atti del congresso internazionale di dir. proc. civ.*, Padova, 1953.

del conflitto, in un giudizio dove inevitabilmente assistiamo a una chiarissima e pericolosa confusione di ruoli<sup>221</sup>.

Sembra quindi riaffiorare, nelle pieghe di quanto sta succedendo lentamente, inesorabilmente, ma pericolosamente, quello squilibrio nel processo amministrativo, quella figura di un giudice “parte” che è stato rifiutato dalla Costituzione e dal quale si pensava di essersi definitivamente allontanati.

La differenza è che in alcune situazioni, e soprattutto su quelle che toccano i diritti fondamentali, il giudice, agendo per principi, anche in presenza di una legge, può decidere di stare dalla parte anche del “cittadino” e non solo, come avveniva nell’esperienza pre-costituzionale, della pubblica amministrazione. Il che, però, non risolve la situazione, dal momento che l’incertezza è a sua volta foriera di problemi e può alimentare comunque uno scontro ideologico su valori, che non dovrebbe svolgersi in un’aula di giustizia.

Questo quadro, queste problematiche aperte ci inducono inevitabilmente a riflessioni più ampie anche sui paradigmi prevalenti nella cultura giuridica e sui loro limiti e pericoli.

Il modello culturale nel quale ci muoviamo e nel quale si muovono, come si è visto, anche i giudici, è pacificamente oggi quello che è stato di recente qualificato da un filosofo del diritto, Giorgio Pino, come “[i]l costituzionalismo dei diritti”, che avrebbe come caratteristiche “la natura giuridica delle costituzioni, l’ampiezza del catalogo dei diritti, la direzione dei diritti fondamentali e, soprattutto, la centralità del potere giudiziario, oltre che la sua dimensione sovranazionale”<sup>222</sup>.

Di recente, anche autori come Gustavo Zagrebelsky, che nel *Diritto mite*<sup>223</sup> aveva sicuramente sintetizzato e rappresentato in modo esemplare questo modello, si sono però interrogati sulle sue criticità<sup>224</sup>, sottolineando in particolare due aspetti: che i nuovi diritti sarebbero diritti deboli e comunque espressioni dei diritti di *élites* (si contrappone così il diritto alla felicità, declinato come diritto all’identità e allo stile di vita, spesso “oscuro”, dei *Prominentem* – *elites* – ai diritti dei migranti senza dimora, del disoccupato, del genitore di un figlio disabile abbandonato a se stesso<sup>225</sup>) e che uno spostamento dell’asse decisionale politico a tutto vantaggio del potere giudiziario sarebbe dannoso per la nostra democrazia, eliminando del tutto il potere legislativo<sup>226</sup>.

Secondo Giorgio Pino, il costituzionalismo sarebbe sempre stato un costituzionalismo “dei diritti”: in realtà, ed è questo il punto che mi interessa per concludere queste riflessioni,

---

<sup>221</sup> Come sottolinea M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 92 ss., la garanzia dei diritti deve essere assicurata grazie al rispetto di diversi principi costituzionali, che implicano una chiara distinzione di ruoli.

<sup>222</sup> Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 20-27 (le espressioni virgolettate sono i titoli assegnati dall’autore, che corrispondono benissimo, a mio avviso, agli elementi comunemente valorizzati all’interno del modello dominante).

<sup>223</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 180 ss.

<sup>224</sup> In tal senso, si v. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017.

<sup>225</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 14 ss., e, per una visione non distante, M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 552 ss.

<sup>226</sup> In tema, per una perorazione in favore della *judicial modesty*, v. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 927 ss.

in passato il costituzionalismo era sicuramente “anche” dei diritti, ma non “solo” dei diritti, come invece avviene oggi nel contesto culturale maggioritario.

Il costituzionalismo moderno nasce per “limitare” il potere e tale limitazione è il presupposto per garantire i diritti. Dovremmo riaffermare con forza che il vero problema oggi è il “potere”, non soltanto “i diritti”: dove non c’è regola e limitazione del potere, i diritti soffrono, i diritti possono essere annientati, come è successo in Italia durante il fascismo, con le leggi razziali, ma non solo, e come succede oggi, con l’assenza di regole rispetto ai diritti fondamentali dei migranti, vivi e morti.

Il paradigma che fa del giudice l’unico e assoluto garante dei diritti, senza una ricerca di equilibrio e di limitazioni fra i poteri, rischia di trasformare lo stesso giudice in un nuovo potere assoluto senza limiti, come il *Leviatano* di Hobbes, ma soprattutto, come dimostrano chiaramente le riflessioni che ho condotto finora, consegna un’analisi distorta della realtà che ci sta di fronte, non essendo ricompresa la pubblica amministrazione nella valutazione dei fenomeni.

Tutto questo ha un profondo riflesso anche sulla stessa tenuta del nostro Stato costituzionale: non si tratta soltanto di richiamare in modo nostalgico un mondo che non c’è più; si tratta invece di comprendere bene quello che ci sta di fronte e di ragionare sul compito del giurista all’interno di questo quadro.

Giannini ci metteva in guardia in modo chiarissimo sulla circostanza che il pilastro della nostra Costituzione, il principio di eguaglianza sostanziale, sarebbe stato realizzato non tanto dalla legge, ma soprattutto dall’amministrazione<sup>227</sup>.

E proprio gli esempi che abbiamo portato all’attenzione dimostrano limpidamente che quando la legge non c’è e, soprattutto, quando l’amministrazione occupa lo spazio della legge in assenza di legge, la persona rischia di rimanerne “schacciata”, come nel caso dei migranti fermati negli *hot-spots*.

È certamente suggestiva la tesi di chi, ritenendo che ormai la realtà non possa essere modificata, suggerisce che ci debba essere un rapporto diretto fra pubblica amministrazione e principi costituzionali che ricostruisca una legalità sostanziale<sup>228</sup> e di chi teorizza la necessità di una legalità procedurale, peraltro spesso di invenzione giudiziaria<sup>229</sup>.

Credo, invece, spetti alla scienza giuridica, e non al giudice, come è stato efficacemente sostenuto<sup>230</sup>, ricostruire i confini corretti alla luce di una Costituzione che affida all’equilibrio fra poteri la tutela effettiva dei diritti.

---

<sup>227</sup> V. M.S. GIANNINI, *I rapporti tra Stato e cittadini attinenti alla eguaglianza e alla solidarietà sociale, allegato al verbale n. 30 della seduta del 15 maggio 1946*, in G. D’ALESSIO (a cura di), *Alle origini della costituente italiana: i lavori preparatori della “Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato” (1945 - 1946)*, 678, in cui si afferma che “*la protezione sociale, in tutte le sue forme, dovrà essere un servizio pubblico. I cittadini avranno diritto all’assistenza sanitaria; all’assistenza per incapacità al lavoro prodotta da età o da malattia o da infortunio; la protezione delle madri e dei fanciulli dovrà prendere corpo in diritti, che potranno essere eventualmente esercitati da altri soggetti, in rapporto di sostituzione*”.

<sup>228</sup> A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo*, cit., 49 ss.

<sup>229</sup> Si v. le tesi raccolte e proposte in I. NICOTRA (a cura di), *L’autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit.; F. MARONE, *Le linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.; per ulteriori richiami bibliografici e per la giurisprudenza, v. i §§ 5, 5.1 e soprattutto 5.2.

<sup>230</sup> B. TONOLETTI, *Fuga*, cit., § 7.

Rinunciare a questo architrave in nome di una inevitabile trasformazione avrebbe come conseguenza quello che in parte sta già avvenendo: che quei diritti, che si vorrebbero garantiti, siano esposti ai capricci del potere. Che sia un giudice, e non un “regime” come in passato, non fa, in certe situazioni, grande differenza.