

ROBERTO BIN
MARCO BOMBARDELLI
PAOLO CARTA
FULVIO CORTESE
GIANMARIO DEMURO
VINCENZO DESANTIS
LOREDANA GIANI
GIOVANNI MARIA FLICK
MAURIZIO FLICK
GIUSEPPE PIPERATA
PIER LUIGI PORTALURI

ISTITUZIONI SELVAGGE?

A CURA DI
FULVIO CORTESE
GIUSEPPE PIPERATA

ELLY

ISTITUZIONI SELVAGGE?

A CURA DI
FULVIO CORTESE
GIUSEPPE PIPERATA

Mimesis

ISTITUZIONI SELVAGGE?

a cura di Fulvio Cortese e Giuseppe Piperata

"Istituzioni selvagge?" è il frutto di una riflessione svolta dall'unità di ricerca dell'Università luav di Venezia. Il testo riunisce alcune delle riflessioni svolte in due specifici seminari, allo scopo di indagare il ruolo ambiguo che oggi svolge il riferimento alla selva: come luogo da tutelare e riprodurre; come metafora di un disordine disorientante; come occasione per una nuova razionalità.

EDITORE

Mimesis Edizioni
Via Montalcone, 17/19
20099 Sesto San Giovanni
Milano – Italia
www.mimesisedizioni.it

PRIMA EDIZIONE

Dicembre 2022

ISBN

9788857595917

DOI

10.7413/1234-1234012

STAMPA

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
da Digital Team – Fano (PU)

CARATTERI TIPOGRAFICI

Union, Radim Peško, 2006
JJannon, François Rappo, 2019

LAYOUT GRAFICO

bruno, Venezia

IMPAGINAZIONE

Vincenzo Moschetti

© 2022 Mimesis Edizioni

Immagini, elaborazioni grafiche e testi

© Gli Autori

Il presente volume è stato realizzato con

Fondi Mur-Prin 2017 (D.D. 3728/2017).

Il libro è disponibile anche in accesso aperto.

Ogni volume della collana è sottoposto alla
revisione di referees scelti tra i componenti del
Comitato scientifico.

Le immagini riprodotte a pagine 13, 73 e 105
sono rielaborazioni grafiche di lavori di F. Cortese
(linoleografie). Per le altre immagini contenute in
questo volume gli autori rimangono a disposizione
degli eventuali aventi diritto che non sia stato
possibile rintracciare. I diritti di traduzione, di
memorizzazione elettronica, di riproduzione e
di adattamento anche parziale, con qualsiasi
mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

COLLANA SYLVA

Progetto dell'Unità di ricerca dell'Università
luav di Venezia nell'ambito del PRIN «SYLVA.
Ripensare la "selva". Verso una nuova alleanza
tra biologico e artefatto, natura e società,
selvatichezza e umanità». Call 2017, SH2. Unità
di ricerca: Università degli Studi di Roma Tre
(coordinamento), Università luav di Venezia,
Università degli Studi di Genova, Università
degli Studi di Padova.

DIRETTA DA

Sara Marini

Università luav di Venezia

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Bertagna

Università degli Studi di Genova

Malvina Borgherini

Università luav di Venezia

Marco Brocca

Università del Salento

Fulvio Cortese

Università degli Studi di Trento

Massimiliano Giberti

Università degli Studi di Genova

Stamatina Kousidi

Politecnico di Milano

Luigi Latini

Università luav di Venezia

Jacopo Leveratto

Politecnico di Milano

Mario Lupano

Università luav di Venezia

Micol Roversi Monaco

Università luav di Venezia

Valerio Paolo Mosco

Università luav di Venezia

Giuseppe Piperata

Università luav di Venezia

Alessandro Rocca

Politecnico di Milano

Σ
Y
L
V
Δ

I
--
U
--
A
--
V

6—12 SELVAGGIO E SELVATICO NEL GOVERNO
DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE
FULVIO CORTESE, GIUSEPPE PIPERATA

DIRITTO SELVAGGIO E DIRITTO DELLA SELVA

14—29 LA SELVA DEL DIRITTO TRA
COMPLESSITÀ, DISORDINE E NUOVE
CERTEZZE. LE COMPLESSE
EVOLUZIONI DELLE FONTI DEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO
LOREDANA GIANI

30—39 I DIRITTI DELLA NATURA
GIANMARIO DEMURO

40—49 *LICHTUNG UND LICHTMENSCHEN*. IL
DIRITTO SELVAGGIO TOTALMENTE
ALTRO
PIER LUIGI PORTALURI

50—65 *THE CALL OF THE WILD*. DALLA
PROTEZIONE DELLA *WILDERNESS* AL
REWILDING
PAOLO CARTA

66—71 CONCLUSIONI
ROBERTO BIN

IL RICHIAMO DELLA FORESTA

74—83 L'ALGORITMO D'ORO E LA TORRE DI
BABELE
GIOVANNI MARIA FLICK

84—93 TUTELA COSTITUZIONALE E CAUSE
CLIMATICHE: NUOVE FRONTIERE PER
LA TUTELA AMBIENTALE?
MAURIZIO FLICK

94—104 CONSIDERAZIONI SUL *RICHIAMO
DELLA FORESTA*, A PARTIRE DALLA
LETTURA DI DUE LIBRI RECENTI
MARCO BOMBARDELLI

POSTILLA

106—120 LA MODIFICA DEGLI ARTICOLI 9 E 41
DELLA COSTITUZIONE: UN'ANALISI IN
BONAM PARTEM
VINCENZO DESANTIS

122—126 BIBLIOGRAFIE

LA SELVA DEL DIRITTO TRA COMPLESSITÀ, DISORDINE E NUOVE CERTEZZE.

LE COMPLESSE EVOLUZIONI DELLE FONTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

LOREDANA GIANI

La sistematica delle fonti del diritto amministrativo, nella sua complessità e articolazione, rispecchia l'evoluzione che il sistema ha subito nel suo naturale adeguamento rispetto alle sollecitazioni derivanti dalle mutate istanze provenienti dal polo sociale. Una evoluzione che, però, come icasticamente rappresentato dal richiamo alla *selva*, non sempre ha seguito uno sviluppo regolare, dove la regola è rappresentata dalla aderenza, più o meno piena, ai pilastri fondanti il sistema, con spinte in avanti che in alcuni casi, di fatto, rischiano di innestare, o forse hanno già innestato, prassi imprudenti, molto più evidenti nelle ipotesi in cui l'intervento normativo è chiamato a regolare in emergenza, che infittiscono la selva, creando un ambiente non a tinte fosche, ma certamente poco distinto nei tratti, un po' come nel dipinto di Jules Le Coeur, *Nella foresta di Fontainebleau*, in cui la rappresentazione autunnale della foresta rende anche arduo al viandante seguire il sentiero tracciato che si confonde tra i cespugli e i rovi.

E così, nell'ambito del diritto amministrativo, la selva delle fonti si è via via infittita[¶], acuendo tutta una serie di questioni che si riflettono sull'intero sistema facendone, in alcuni casi, traballare la stessa tenuta, superando gli schemi delle fonti sulla produzione in favore di una *extra-ordinarietà* che spesso pone problemi anche con riferimento alla stessa effettività della fonte *extra-ordinem* e che certo mette in forse lo stesso principio di certezza che il sistema dovrebbe garantire. Una situazione di incertezza che, se vogliamo, è ancor più aggravata qualora si considerino le *new entries* che si sono affiancate alla distinzione tra fonti legali e fonti *extra ordinem*. Il richiamo è evidentemente al tema della *soft law* intesa quale completamento della *hard law*, nata, si dice, come risposta alla complessità, e forse generatrice essa stessa di ulteriore complessità grazie alla quale la selva gode di ottima salute.

Ma, come sappiamo, la selva non è certo giovane, si è stratificata nel tempo, e con le emergenze, e non è solo il caso della emergenza pandemica, ha visto crescere nuove e rigogliose piante che farebbero tremare le vene e i polsi anche al buon Virgilio.

Infatti, la fuga dalla tipicità ha sempre registrato delle impennate e il sistema tradizionale delle fonti ha subito sensibili e significative sollecitazioni per l'emersione di diversi atti cui il Governo ha fatto ricorso, con frequenza sempre maggiore, alimentata, e non generata, dalle emergenze e, per un riferimento più attuale, dall'evento pandemico. Tale atipicità ha comportato una sovrapposizione nominalistica, cui è corrisposta una destrutturazione del momento procedimentale di formazione innestando in alcuni casi un pericoloso meccanismo di trasferimento della eccezionalità dall'evento all'atto, e alle pro-

cedure adottate per far fronte all'emergenza, intese esse stesse come *extra-ordinem*. La pandemia, e più in generale le situazioni emergenziali, hanno accelerato, o certamente contribuito a rendere più evidenti, processi di destrutturazione già ampiamente in atto, spesso generando pericolose e indebite sovrapposizioni su diversi fronti, che, limitandoci alle fonti, hanno incrinato profondamente certezza ed effettività, che di norma, a maggior ragione in queste situazioni, dovrebbero fungere da faro, da pilastro portante dell'azione dei pubblici poteri. E invece, proprio nei momenti emergenziali, data anche l'assenza nel nostro sistema di una corretta concettualizzazione dell'emergenza, letta e studiata limitatamente al verificarsi dell'evento eccezionale e non incamerata a monte con riferimento al (diritto del) rischio^Q, si palesano più che mai le criticità della sistematica mobile delle fonti, che, abbandonata la definizione strutturale dei modelli di riferimento, risente e rispecchia la complessità implicita nella gestione di eventi imprevedibili^L, una nozione tra l'altro oggetto di patologica interpretazione estensiva. E proprio in questi momenti si è assistito a una crescente e pericolosa iperproduzione normativa e amministrativa, in palese contrasto con il principio di certezza, a danno della stessa intelligibilità del sistema normativo, che si è popolato di elementi nuovi, o già noti ma vestiti di un abito nuovo, di formule antiche utilizzate per scopi nuovi, che risultano di difficile inquadramento, e che rischiano di consolidare usi che travalicano lo stesso orizzonte temporale e istituzionale della situazione emergenziale che li ha generati.

Il trilemma regolativo^A che, con cadenza ciclica, si ripropone rispetto all'emergere di tali eventi impedisce non di prevedere l'imprevedibile, ma di predisporre una reazione istituzionale che non comporti una iperproduzione delle disposizioni, bensì che trovi nello stesso sistema, nella sua struttura, gli elementi ordinari (non straordinari) per reagire alle conseguenze derivanti dall'evento eccezionale.

Ma come si è arrivati al quadro che abbiamo di fronte?

Senza, evidentemente, alcuna pretesa di completezza, nel campo specifico del diritto amministrativo, man mano che lo stesso concetto di funzione si è sganciato dalla tradizionale tripartizione che ne imponeva un riferimento univoco a uno specifico potere dello Stato, in favore della indipendenza tra potere e funzione, nel perimetro della funzione amministrativa sono gradualmente entrati anche atti a contenuto non meramente esecutivo, rispetto ai quali si è posto il problema della loro individuazione (e distinzione dagli atti amministrativi^L) e contestualizzazione nel sistema delle fonti e dei principi che lo governano, dal principio di legalità a quello di tipicità^E, connesso al tenta-

tivo di dettare una precisa disciplina sulla produzione, anche in ossequio al principio di certezza. Si è così gradualmente, e con diversa intensità, manifestato un processo di mutamento e adeguamento della sistematica delle fonti come complesso di regole per la convivenza, che, come sottolineava Giorgio Berti, esprimono un "bisticcio di potestà politiche e di diritto"^{*} particolarmente evidente nei momenti nei quali si avverte con maggiore intensità il verificarsi di trasformazioni, l'emergere di situazioni che appaiono nuove, anche se è facile rilevarne la ciclica ricorrenza e i ritorni nelle più diverse evenienze storiche. Un processo nel quale si assiste a un sempre più frequente ricorso a forme più destrutturate, quali i decreti non regolamentari, o ad altri modelli di discussa valenza normativa (la *soft law* che si presta alle esigenze della *fast law*), che vanno a popolare il sistema legittimandosi sulla presunta risposta alla complessità attraverso *formule rapide*, che sono un po' come la differenza tra leggere e scorrere il testo, mangiare e ingoiare, con la precisazione, che in questo caso si tratta del *regolare* e, dunque, non dovrebbero lasciare spazio al disordine.

Invece sono sempre più attuali le parole di Berti, che provocatoriamente ricordava che lo studio delle fonti è divenuto, per i giuristi, il *posto del disordine*[¶] per eccellenza la cui instabilità, però, come faceva notare parte della dottrina, è indice dell'instabilità dell'ordine delle legittimazioni politiche, che, purtroppo, rinviene le sue radici prima della dichiarazione di pandemia^Λ.

E così la crisi delle fonti^{¶¶} - assunta quasi come un dogma - e le decostruzioni del diritto hanno indotto a identificare la gestione amministrativa dell'emergenza (anche questo un termine assolutamente abusato) come una fattispecie in perenne transizione, dalla quale l'amministrazione non è immune, bensì patrocinatrice attiva.

E sin dalle prime manifestazioni del potere normativo dell'amministrazione si è posto imperante un problema di identificazione delle fonti, che non risponde solo a una paranoica esigenza di ordine, ma alla più basilare necessità di certezza. E, così, dalla attenzione alla volontà dell'amministrazione che, ove normativa, ammantava di normatività anche il contenitore, così come rilevato da De Valles nei suoi scritti, si è via via assistito a un tentativo di oggettivazione. Ma lo stesso quadro di riferimento elaborato da Sandulli nei suoi scritti si scontrava, già allora, con quella casistica abbondante di "atti precettivi atipici" di cui parlava Vignocchi nel 1957^{¶¶}, sottolineando la necessità di giungere a una loro esatta qualificazione. La dottrina, a diverse ondate, ha cercato di individuare dei criteri distintivi che potessero risultare utili a offrire una corretta qualificazione degli atti prodotti dall'amministrazione a diversi livelli, secondo quella relazione

biunivoca che esiste tra potere e atto, e che trova nel principio di legalità il nucleo focale attorno al quale, o meglio dal quale, molti dei profili problematici scaturiscono.

Un ambito problematico che intercetta e che non risponde solo a mere esigenze classificatorie, ma che capta anche il profilo più strettamente contenutistico, risultando il tema della normatività di fatto sottratto, almeno in parte, al dibattito parlamentare, sollecitando il sistema delle fonti a una potenziale “torsione sempre più marcatamente autoritaria e tecnocratica”^{¶ 2}.

L'infittirsi della selva delle fonti ha comportato, in concreto, un allargamento dei confini della normatività e, di converso, della delegificazione, che hanno complessivamente determinato una complicazione del sistema a detrimento della sua stessa effettività e della tenuta democratica, poiché contemporaneamente non si sono sviluppati in generale - e nello specifico la gestione dell'emergenza appare compatibile con ciò - moduli partecipativi tali da garantire nuove forme di attuazione della volontà popolare, al fine di garantire il collegamento tra polo statale e polo sociale, per assicurare l'unità e la coerenza insita e sistemica del modello^{¶ 3} o forme di bilanciamento dell'esercizio del potere normativo che, ad esempio, le fonti di produzione (penso alla questione decreti e decreti non regolamentari) tendono a garantire.

Dunque, non solo l'esigenza di una classificazione del contenitore, ma anche quella di comprendere e classificare il contenuto per evitare che complicazione e sovrapposizione di contenitori neutralizzino lo stesso obiettivo cui le fonti naturalmente e strutturalmente tendono, e cioè l'obbedienza alla normatività linguistica, sintesi tra interesse del potere pubblico di esercitare la funzione e pretesa di conoscibilità del comando (insito nella fonte) da parte del cittadino, e che non può essere fondata sul timore della sanzione, ma dovrebbe a monte essere radicata su un rapporto di fiducia che lega (o meglio dovrebbe legare) cittadini e istituzioni.

Esser, in un noto scritto del 1983^{¶ 4}, riferiva che l'obbligatorietà della norma implica appunto l'omogeneità della comprensione linguistica, ma nella selva spesso, anche in contesti ordinari, detta omogeneità latita, tanto a livello normativo quanto a livello di comando amministrativo^{¶ 5}. Gli atti, ben oltre la loro natura giuridica, sono dotati di un proprio significato, senza il quale non potrebbero assolvere la loro funzione di influenzare il comportamento dei destinatari, ma al tempo stesso la comunicabilità ne integra il precetto^{¶ 6}.

In questo senso, la selva delle fonti, popolata da destrutturazioni e fughe dalla tipicità, ipoteca lo stesso processo di legittimazione del potere amministrativo attraverso un atto di linguaggio, descrittivo e precettivo, la cui soggezione è assicurata solo se pre-

esiste una coerenza logica e sistematica, che consenta anche di superare quelle naturali antinomie, nelle quali convivono forzatamente - in un'apparente logica comune - figure inconciliabili che caratterizzano il potere dell'amministrazione, come avvertiva Berti^{¶ 7}. E così il problema si sposta sul profilo contenutistico dell'atto e sulla sua precettività, che, data la 'generalità' dell'atto stesso, sfocia nella categoria dell'atto normativo^{¶ 8}, e che pone un duplice problema, riconducibile, da un lato, alla verifica della legittimazione dell'amministrazione all'esercizio di tale potere, dall'altro, alle questioni connesse con le garanzie sostanziali sottese al momento formale procedurale.

2.

In questo percorso, che dal principio di tipicità, esteso anche alle fonti secondarie, ha portato alla emersione di fenomeni di segno opposto quali quello significativamente indicato con l'espressione “fuga dal regolamento”, fino alla emersione delle formule già richiamate dei “decreti non regolamentari” e della “soft law”, è evidente il superamento di quell'assetto tradizionale, anche in ossequio a una sorta di ripetuta quanto “inattuata litania aziendalistica^{¶ 9}”, in cui la complessità, insita nel diritto come fenomeno sociale, viaggia di pari passo con una sempre più accentuata relatività dello stesso ruolo dell'amministrazione, polarizzata tra l'essere e il dover essere del comando predisposto in cui la *reductio ad unum* risulta ancor più complessa in ragione della naturale e connaturata specialità del diritto amministrativo^{¶ 10}.

Il dissolversi di questo assetto, come riferito, è antecedente alla pandemia, che ha funto da fattore di accelerazione rispetto al delinearsi di instabili equilibri, nei quali il ruolo del Parlamento è stato, a voler essere benevoli, ancillare ma passivo. Si assiste, ormai da tempo, a un complicarsi del compito di qualificazione degli atti, tra lo scopo della funzione normativa e il tipico esercizio di funzioni amministrative, anche perché i tradizionali indici sintomatici hanno smarrito, in larga parte, la loro utilità^{¶ 11}.

L'elemento di differenziazione tra atti a contenuto normativo e atti a contenuto amministrativo, abbandonato il dato formale, è stato individuato nella assenza, nei secondi, del carattere innovativo, poiché diretti a risolvere, in concreto e con contenuto specifico, problemi la cui disciplina è posta dal legislatore nei suoi tratti di astrattezza e generalità.

E, così, anche la costruzione teorica offerta dalla dottrina pura del diritto - che ha optato nel corso degli anni per un approccio quantitativo riferibile alla scala gerarchica della normatività^{¶ 12} - è stata di necessità sottoposta a ripensamento critico.

È, infatti, bastato un semplice artificio nominalistico per legittimare, ad esempio, una destrutturazione del momento procedimentale, costruendo così un atto che, quanto a contenuto, risulta sostanzialmente sovrapponibile al regolamento, pur essendo collocato al di fuori della categoria e delle sue garanzie.

Il criterio formale di per sé è stato oggetto di un ripensamento teorico profondo, ultraventennale, in favore dell'utilizzo della coppia formale-informale, che consente di garantire un approccio meno soggetto a errori per la qualificazione degli atti, superando quelle naturali difficoltà correlate alla incertezza della distinzione, nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri, tra ciò che è effettivo e ciò che è normativo ☿ ¶.

Una informalità che incide anche sulla definizione dei rapporti tra le fonti atipiche, che, evidentemente, sfuggono anche a quei criteri ordinatori i quali, pur se derogabili, consentivano una messa a sistema anche in considerazione dell'impatto che esse hanno sul sistema, in sé considerato e sullo stesso assetto delle competenze. Dunque, un allargamento dei confini della normatività che viaggia in linea con la delegificazione, e che, come questa, ha comportato una complicazione del sistema a detrimento della sua effettività e della sua stessa tenuta democratica, e che in un certo senso è stato assecondato dalla stessa Corte costituzionale, che ha ammorbidito le proprie posizioni, sottolineando, in un secondo momento, attraverso una formula di una certa ambiguità, che i criteri formali non sono sufficienti a evitare che un atto, indipendentemente dal *nomen iuris*, possa essere espunto "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 ☿ ¶".

In linea con questa impostazione, più attenta al profilo sostanziale, si è posta la giurisprudenza tanto della Cassazione quanto del Consiglio di Stato, che in diverse occasioni hanno negato che la natura normativa dell'atto dipendesse dal procedimento seguito per la sua emanazione. Questo fino al 2012, anno in cui si è assistito a una sorta di ripensamento in senso garantista da parte del Consiglio di Stato ☿ ¶, che, proprio a proposito dei decreti di natura non regolamentare ☿ ¶, ha sottolineato che "nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di 'fuga dal regolamento' (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari), 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 regolamentare nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato" dalla legge.

Un limite formale alla innovatività che in un certo senso riconosce la rilevanza del momento formale, "necessario" - come rilevato da un autodichiarato e autorevole anticonformista ☿ ¶ - perché l'autorità giuridica, amministrativa e normativa, si deve manifestare per consentire al destinatario di distinguere un prima da un dopo.

Una forzatura che, come sappiamo, ha trovato molteplici manifestazioni. Si pensi alla normatività espressa dalle amministrazioni indipendenti, i cui atti non a caso erano stati - provocatoriamente ma significativamente - indicati come quasi-normativi, fino al punto di postularne in alcuni casi addirittura il loro valore legislativo o, forse, la loro inderogabilità da parte dello stesso legislatore, con una sorta di franchigia rispetto agli schemi tradizionali ☿ ¶ ; o a quella *moral suasion*, concetto certamente ambiguo, che ha gradualmente portato a uno stravolgimento del "sistema delle fonti ☿ ¶" in favore di un sistema di norme, di atti a ritenuto contenuto precettivo, che sono il riflesso di quel rapporto osmotico tra sottosistemi che confluiscono in una categoria dagli incerti confini, espressione del nuovo sistema di *governance*.

Un sistema che, evidentemente, si differenzia dalla c.d. *hard law*, che, come sottolineava ad esempio il professor Bin, risponde alla esigenza, direi sacrosanta, di "porre sotto controllo la forza esuberante del potere politico, controllato nelle modalità del suo esprimersi dalle regole procedurali del diritto e, alla fine, staccato con una cesura precisa dal suo prodotto, la regola giuridica" ¶ ¶, e che apre consistentemente la strada alla *soft-law*, che, a dispetto delle apparenze e dei proclami di non normatività, assurge a parametro di valutazione della legittimità degli atti e dei comportamenti individuali. Un qualcosa in più rispetto agli atti di *post-law* strettamente intesi, in cui si assiste ad un rinvio recettizio dei principi in essa contenuti da parte delle amministrazioni o degli stessi giudici ¶ ¶. Uno strumento di regolazione che, di fatto, ha sostituito il regolamento di attuazione e che trova la propria fonte di legittimazione nella adesione che ad essi viene garantita, secondo un circolo vizioso che si discosta dalla tradizionale visione della legittimazione radicata al principio di legalità, fondata su una obbedienza spontanea in ragione della riconosciuta autorevolezza della fonte da cui l'atto di *soft-law* promana e nella sua assunzione a parametro di valutazione.

Dunque, ipotesi di regolamentazione flessibile che si manifestano anche in altro modo: si pensi ai bandi tipo, agli atti rientranti

nella generale categoria degli “atti di indirizzo”. Flessibilità estensibile anche ad altre formule - si pensi alle Linee guida, in alcuni casi non ben definite ma con (ritenuta) efficacia vincolante, che si adagiano su uno schema per il quale si avverte una ulteriore torsione (verso una flessibilità) che riguarda il piano formale, anche per garantire una “modificabilità” agevole della fonte, sì da garantire un pronto adeguamento alle esigenze secondo uno schema che provocatoriamente la dottrina ha individuato come “*fast law*”.

Uno schema che trova un momento di accelerazione indebita ulteriore proprio in quelle situazioni definite come estreme (e nello specifico, rare), nelle quali l'esigenza del pubblico interesse, stringente e impellente, ha consentito l'accesso del potere a forme alternative, che, quasi a garantire un ossequio al monito del Consiglio di Stato, si sono radicate in formule note, maturandone contenuti e funzione.

E certamente è quello che è avvenuto con riferimento alla emergenza sismica, si pensi a quella che ha colpito L'Aquila, nella quale si è assistito a un abuso dello strumento dell'ordinanza, con una sovrapposizione e sovrabbondanza di fonti, anche per i soggetti che tale potere hanno esercitato. Uno schema che, sia pure con contenitori diversi, si è riproposto anche per la gestione della pandemia - e che pare suscettibile di interpretazione estensiva in relazione a situazioni imprevedibili di altra matrice genetica - in cui si è assistito a una sorta di anomala sospensione delle funzioni legislative e giudiziarie, ma non di quelle amministrative, che restano le garanzie ultime e necessarie dello stato di diritto e rispetto alle quali si paventa questa rinnovata concezione del diritto e del fenomeno giuridico nelle società odierne. Società che, per le complesse dinamiche che le riguardano, richiedono un'amministrazione adeguata, capace di sintetizzare gli articolati interessi che vengono in rilievo palesando il raggiungimento di un punto di libertà e consapevolezza che rifiuta l'idea del diritto come sovrastruttura e che ammette la costrizione giuridica solo come aspetto estremo e residuale.

Tornando alla gestione della pandemia, la sequenza dei DPCM adottati per fronteggiare i diversi aspetti di un'emergenza complessa e differenziata negli effetti prodotti, ha indotto a riesumare diverse categorie di teoria generale, dalla rappresentazione di un ritorno allo Stato amministrativo alla riproposizione dello stato di eccezione.

In realtà, eccezione fatta per il primo DPCM del 23 febbraio 2020, si rileva la presenza di una legittimazione normativa legata alla manifestazione di volontà del Parlamento - nell'ambito della mediazione offerta dallo strumento legislativo del decreto legge - e agli artt. 5, 24 e 25 del T.U. della Protezione Civile, rinvenendo-

si, così, la legittimazione dei DPCM in una disciplina di carattere generale, il T.U., e in una disciplina specifica, mirata, e con un tempo di vigenza definito, così come delineata dai diversi decreti legge.

Da un punto di vista di forza legittimante, si è assistito a una dicotomia tra generale e speciale nella definizione della base legislativa degli atti adottati, che di per sé potrebbe sembrare un'aporia, ma che, invece, è stata giustificata dalla circostanza di fronteggiare e amministrare una fase destinata a durare “indefinitamente”, e non un evento imprevedibile *uno actu*, come nelle ipotesi di emergenze sismiche. Anche se le esperienze che abbiamo vissuto - ricordo a me stessa la dichiarazione con legge della cessazione dello stato di emergenza per L'Aquila - indurrebbero a domandarsi per quale inesplicabile e remota ragione la temporaneità (che dovrebbe essere consustanziale alla eccezionalità) tenda a trasformarsi nel nostro sistema in una “temporaneità di lunga e indefinita durata”.

Il d.l. 6/2020 ha rappresentato la base legittimante di diversi DPCM, che hanno attribuito al Presidente del Consiglio la competenza per l'adozione di misure di contenimento e gestione dell'emergenza pandemica, in palese deroga rispetto all'art. 5 del T.U. citato. Una sorta di norma in bianco, che ha delegato a una fonte *extra ordinem* - ossia lo stesso DPCM (utilizzato evidentemente per finalità diverse) - il potere di intervento in base a una clausola autorizzatoria generale, che ha realizzato una temporanea delegificazione in favore dell'amministrazione, senza però indicare le materie specificatamente di intervento amministrativo, fatto che rappresenta la reale ed evidente fragilità formale dell'intervento, ancor più evidente se si considerano gli ambiti di operatività caratterizzati dal sovrapporsi di una pluralità di competenze (amministrative).

Per certi versi, tale irritualità appare mitigata dall'impugnabilità di tali atti, in virtù della loro natura amministrativa. E da un punto di vista di forza formale - per richiamare le categorie classiche elaborate da Cammeo - la sovrapposizione tra la fattispecie legittimante generale e quella speciale, con le evidenti aporie interpretative che ciò ha generato, sembra sfumare in un complicato e intricato novero di comandi e precetti, caratterizzati da graduale, ma imprecisa, forza cogente, più volte oggetto di contestazioni e all'origine di un non più latente processo di sfiducia nelle stesse istituzioni.

del 9 dicembre 2020, n. 11, rappresenta un osservatorio privilegiato per lo studio delle sintesi dialettiche e disarmoniche che si generano tra emergenza e fonti del diritto.

La legge impugnata disciplinava la gestione regionale dell'emergenza con la costituzione di un'unità di supporto al Presidente della Regione e l'attribuzione del potere in capo allo stesso di adottare protocolli e misure di sicurezza relativi alle attività consentite. Le disposizioni sono state impugnate in quanto ritenute invasive della competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale, nel cui novero è stata inquadrata la gestione (statale) dell'emergenza pandemica, a seguito della dichiarazione dello stato pandemico da parte dell'OMS, nel marzo 2020, e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.), oltre che per essere ritenute in contrasto con i principi fondamentali della materia 'tutela della salute', tali da imporsi anche all'autonomia speciale, e ciò nonostante nelle memorie dell'Avvocatura dello Stato fosse sottolineato che l'azione amministrativa della Regione aveva rappresentato "segno di un apprezzabile *selfrestraint* dell'autorità".

Uno degli intenti, ovviamente celati, della disciplina regionale era legato alla necessità di salvaguardare la stagione sciistica e gli introiti che dalla stessa derivano, che rivestono un'incidenza intuitivamente vitale per il territorio di riferimento.

L'intera legge regionale impugnata avrebbe, invece, dato luogo a un meccanismo autonomo e alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria, "cristallizzando con legge" una situazione che la normativa statale consente alle Regioni di gestire "esclusivamente in via amministrativa", e con delle riserve anche in termini di esercizio non solo di poteri di coordinamento, ma anche di vera e propria sostituzione.

Dunque, a base del ricorso vi era il convincimento di una indebita sovrapposizione delle norme regionali a quelle nazionali, in violazione di diversi parametri costituzionali, tra cui il principio di leale collaborazione, e ciò nonostante le censure fossero incentrate su alcune delle misure previste dall'art. 2 (che disciplinava le attività consentite) in contrasto con il regime vigente a livello nazionale, in forza del DPCM 3 dicembre 2020. L'invasione è stata vista anche in proiezione dell'andamento dell'epidemia, in quanto le norme regionali impugunate garantivano lo svolgimento di talune attività che, al contrario, la disciplina statale ben avrebbe potuto precludere in assoluto creando così una antinomia, anche solo potenziale, che neanche le ordinanze presidenziali avrebbero potuto risolvere.

La Corte, nello specifico, senza pronunciare sul contenitore (che del resto non era oggetto di sindacato), ha rilevato che la pro-

filassi internazionale impone un sistema di produzione normativa che garantisca uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sedi sovranazionali. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore con una connotazione derogatoria a livello regionale, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali.

E significativamente, ai nostri fini, la legittimazione della fonte è stata individuata nella fattispecie eccezionale. La diffusione del contagio impone di adottare scelte politiche e amministrative, pur compiute a titolo di profilassi internazionale, che si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate.

Date queste premesse teoriche, nelle ipotesi in cui le strutture sanitarie regionali intendano adoperarsi a fini di profilassi, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coessenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica. E, aggiungerei, indipendentemente dal contenitore utilizzato.

La Corte osserva una sovrapposizione della catena normativa regionale con quella prescelta dallo Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione per la predisposizione delle fonti ed evita accuratamente il tema delle materie trasversali, di per sé foriere di proprie ambiguità⁴, dimostrando di prediligere il carattere di certezza che la fonte statale ontologicamente garantisce, senza indagare in maniera approfondita le evidenti criticità che preesistono alla pandemia e che quest'ultima ha riproposto in modo evidente.

In altri termini, ben al di là della condivisibilità delle conclusioni della Corte, sarebbe stato auspicabile un rilievo critico sulla natura formale degli atti adottati e, di converso, sulla loro attribuzione e capacità normativa.

Dalle riflessioni fin qui svolte emerge come la produzione delle regole si sia gradualmente assestata lungo canali diversi da quelli tradizionali, previsti dalle fonti sulla produzione, anche attraverso formule con una precettività indiretta, che sono distoniche rispetto al sistema, presentando forti punti di contrasto con quei principi di democraticità e certezza che lo governano, e ciò è

maggiormente evidente soprattutto in situazioni contrassegnate da emergenza, intesa quale fattore di disaggregazione e accelerazione delle dinamiche ordinarie.

In questo contesto occorre valorizzare la stretta connessione tra organizzazione e funzione - che sintetizza la coesistenzialità della attribuzione di poteri normativi alle autorità - sottoponendola a revisione critica, tanto nella sua dimensione orizzontale quanto in quella verticale (politica-amministrazione), evitando comunque di giustificare pericolosi, e discutibili, tentativi di spiegare l'eccentricità degli atti delle amministrazioni rispetto agli schemi tradizionali facendo ricorso a comodi quanto ingannevoli meccanismi nominalistici, soprattutto qualora la titolarità si ricolleggi, in termini legittimanti, alla gestione di emergenze stabilizzate e di lungo termine, come la pandemia.

E forse il diritto amministrativo può, in tal senso, offrire una chiave di lettura incentrata sull'atto e sul sindacato giurisdizionale, inteso quale ultimo approdo di tutela e garanzia per il cittadino e per le amministrazioni stesse.

Una notazione finale si rende necessaria, proprio in relazione alla vicenda pandemica. Le facili e pericolose profezie sui mutamenti che con la tecnificazione si sarebbero dovuti avere nel modo stesso di amministrare non si sono verificate poiché il potere, inteso quale manifestazione di determinazioni per qualche aspetto originali, ma nelle quali l'amministrazione disponga di un certo margine per l'affermazione di una volontà non espressamente compiuta in precedenza, ha attinto dalla tecnica solo momenti conoscitivi, mentre la componente umana e politica del potere è rimasta, pur nelle sue tipiche e tradizionali contraddizioni, prevalente.

Tale aspetto riesce nell'intento di far dialogare l'originalità, tipica del carattere delle fonti e l'esercizio di attività amministrativa che, proprio per la gestione ottimale di situazioni imprevedibili, non può prescindere dall'opera creativa dell'amministratore. Ma, sebbene, in conclusione, non si può non rimarcare, in ciò richiamando proprio l'insegnamento di Franco Ledda, che "l'informalità" non rappresenta, e non deve rappresentare, una meta da perseguire a ogni costo, né un momento di passaggio verso sospirati approdi, ma solo un termine generico che sta a indicare, non tanto l'assenza della forma, quanto la mancanza di quel modo di manifestazione che può dirsi essenziale proprio in quanto, come dicevano i latini, *forma dat esse rei*, valorizzandone quella rilevanza ontologica che consentirebbe anche a Virgilio di orientarsi nella intricata selva.

Si v., in una prospettiva critica, G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione e ricostruzione*, in "Ars Interpretandi", 2011, pp. 19-56.

Sia consentito rinviare a L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

Si veda E. Morin, *Le vie della complessità*, in G. Bocchi, M. Ceruti (a cura di), *La sfida della complessità*, Mondadori, Milano 1986, (rist. inal. 2007), pp. 25-36.

G. Teubner, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in "Politica del diritto", 1987, pp. 85-118.

Sul tema, di recente, si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 settembre 2021, n. 9795, il quale, in termini condivisi nel presente studio, rileva che l'autoqualificazione dell'atto da parte dell'amministrazione non assume alcuna rilevanza ai fini del suo inquadramento giuridico e ai fini dell'individuazione del relativo regime. Il collegio osserva che, "mentre per la qualificazione delle fonti primarie è necessario e sufficiente il solo criterio formale, atteso che esse sono costituite da un *numerus clausus* enunciato in Costituzione, per quelle secondarie, che invece rappresentano un fenomeno eterogeneo ed articolato, la giurisprudenza è da tempo giunta a ritenere irrinunciabile il ricorso al criterio sostanziale. L'identificazione di tali fonti, che costituiscono atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi e, in particolare, la loro distinzione dagli atti amministrativi generali, si basa sul positivo riscontro, o meno, dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività delle prescrizioni dalle stesse veicolate".

Destutturazione che si correla a una tendenziale emancipazione rispetto ai principi tradizionali, come riferito da C. Marzuoli, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in "Diritto pubblico", 2006, pp. 133-147.

G. Berti, *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in "Jus", 2004, pp. 291-309.

G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in "Rivista di diritto privato", 2003, pp. 461-467; G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi*, in "Ragion pratica", 2004, pp. 93-120.

L'impostazione elaborata da C. Mezzanotte, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, p. 50, citato da A. Mangia, *Emergenze, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in "Rivista AIC", 2021, p. 1.

Ammoniva F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova 2002, p. 451: "temo che siamo ormai prossimi al crollo della gerarchia delle fonti".

Si veda G. Vignocchi, *Il potere regolamentare*

dei Ministri, Editore Morano, Napoli 1957, pp. 68-70.

A. Moscarini, *Sui decreti del governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2008, p. 5075.

Cfr. M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in "Diritto amministrativo", 2002, pp. 283-310, che osserva aspetti positivi della partecipazione, indicando in quest'ultima addirittura una delle fonti di legittimazione del potere amministrativo.

Ci si riferisce a J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983, pp. 28-31.

Già per A. Romano Tassone, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in "Diritto amministrativo", 2002, p. 17, la percezione della situazione problematica e del relativo grado si innesta in un contesto vario e articolato, e la densità argomentativa, che rischia di sconfinare nell'irrilevanza, non è più riducibile attraverso processi definitivi precomprensivi.

Si veda G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino 1984, p. 21.

G. Berti, *Le antinomie del diritto pubblico*, in "Diritto pubblico", 1996, p. 278.

Si pensi sul punto all'ampio dibattito, anche nelle sedi giurisprudenziali, sul tema delle circolari amministrative a partire dagli studi di A. Amorth, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, Giuffrè, Milano 1941; F. Bassi, *Circolari amministrative, ad vocem* in "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", III, 1989, p. 54.

Si veda M. Mazzamuto, *Il fallimento della separazione tra politica e amministrazione e gli sviluppi della forma di governo*, in M. Immordino, C. Celone (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, pp. 23-26.

Si veda M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in "Diritto amministrativo", 2015, p. 683.

G. Marongiu, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, in G. Marongiu, G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 89-96.

Nelle due componenti fondamentali, ma autonome, della speranza e della costrizione, polarizzate tra presupposti pessimistici e ipotesi ottimistiche, come osserva G. Berti, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Cedam, Padova 2008, p. 84.

Sul tema, G. Berti, *Stato di diritto informale*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1992, p. 8.



Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 278.



Cons. St., ad. pl., 4 maggio 2012, n. 9.



M. Giannelli, *I decreti di 'natura non regolamentare'. Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in "Osservatorio sulle fonti", 2019, pp. 1-12.



F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in "Foro amministrativo", 2000, p. 3443 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova 2002, pp. 549-566.



F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in "Foro amministrativo", 1997, p. 3303 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova 2002, pp. 549-566.



Si v. M. Palazzo, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi, "Oltre la legalità"*, in "Giustizia Civile", 2020, p. 799: "La gerarchia delle fonti del diritto, descritta con la metafora della piramide, si mostra oggi incapace di rendere conto della articolazione pluralistica delle fonti, interne ed esterne. La gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica, ha oggi perso i suoi riscontri sul piano dell'effettività. La fase storica contemporanea esibisce piuttosto un arcipelago mobile di fonti in competizione tra loro; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi che vedono la partecipazione di plurimi soggetti, esterni ed interni, all'ordinamento nazionale".



R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 31-39.



Sul punto, M. Ramajoli, *Self-regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in "Rivista della regolazione dei mercati", 2016, pp. 53-71.



Per un commento alla sentenza, in termini critici, si v. D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in "Forum di Quaderni costituzionali", 2021: l'argomentazione della pronuncia giunge a saldare lo specifico profilo della profilassi internazionale con l'esigenza (considerata radicata nell'ordinamento costituzionale) "di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività". La congiunzione della profilassi internazionale con la tutela unitaria del diritto alla salute diventa per la Corte un ariete in grado di abbattere le recinzioni dietro le quali si colloca l'autonomia delle Regioni.



Si v. B. Caravita, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in "Federalismi.it", 2021.



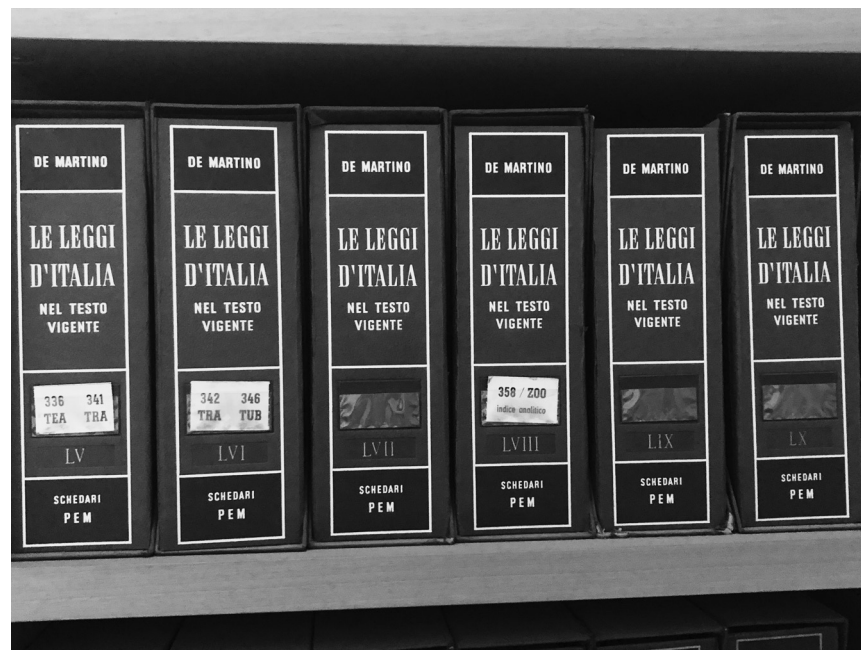
G. Clemente di San Luca, *Noterelle di*

conferma, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, ES, Napoli 2020, p. 961: "la potenziale conflittualità in discorso resta assorbita nella mediazione del soggetto attributario del potere amministrativo, perciò deputato a scegliere. È proprio la spiegazione logica del potere, la sua ratio (che sta nella indispensabilità della scelta), a legittimare concettualmente la sua capacità di definire in concreto ogni libertà positiva".



Il riferimento, in termini di metodo sullo studio dell'esternazione della funzione, è a F. Ledda, *Elogio della forma*, cit., 562 (la numerazione delle pagine si riferisce a *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2002).

La selva delle norme. Fotografia di Giuseppe Piperata.



*Finito di stampare
nel mese di dicembre 2022
da Digital Team – Fano (PU)*