

Collana Nuove Autonomie

COLLETTANEE

12

I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2013
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e ius aedificandi*, 2017
11. M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018

**TEMI E QUESTIONI
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO**

a cura di

Loredana Giani, Maria Immordino e Francesco Manganaro

Editoriale Scientifica
Napoli

Con il contributo di:



UNIVERSITÀ MEDITERRANEA
DI REGGIO CALABRIA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright aprile 2019 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-

In memoria di Inés Anunciada D'Argenio

INDICE

<i>Prefazione</i>	9
<i>Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico</i> Mario R. Spasiano	11
<i>I principi generali del diritto amministrativo</i> Guido Corso	23
<i>Gli incerti confini della normatività degli atti amministrativi: regolamenti, atti generali, soft-law e fast-law</i> Loredana Giani	49
<i>Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche</i> Franco Gaetano Scoca	67
<i>Riflessioni sulla distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato</i> Francesco Volpe	85
<i>Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa</i> Francesco Manganaro	95
<i>L'attività consultiva della pubblica amministrazione</i> Massimo Occhiena	121
<i>Il declino della decisione motivata</i> Margherita Ramajoli	143
<i>La problematica dei vizi in una nuova sistematica del diritto amministrativo</i> Anna Romeo	171
<i>Autorizzazioni e concessioni</i> Fabrizio Fracchia	185

<i>Il potere sanzionatorio</i> Sebastiano Licciardello	211
<i>Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati</i> Maria Immordino	227
<i>Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità</i> Carlo Deodato	283
<i>La revoca del provvedimento amministrativo e la tutela del legittimo affidamento: una questione di bilanciamento</i> Aldo Sandulli	297
<i>Atti amministrativi e poteri di annullamento delle pubbliche amministrazioni e della Giurisdizione amministrativa</i> Aristide Police	317
<i>Tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario</i> Giuseppe Tropea	333

LOREDANA GIANI

GLI INCERTI CONFINI DELLA NORMATIVITÀ DEGLI ATTI
AMMINISTRATIVI: REGOLAMENTI, ATTI GENERALI,
SOFT LAW E FAST LAW

SOMMARIO: 1. Atti generali e regolamenti. – 2. Il superamento del criterio formale di classificazione e la graduale comparsa di atti generali a contenuto normativo. – 3. La graduale destrutturazione (del contenitore) della normatività: la fuga dal regolamento. – 4. Soft law, fast law e regolazione flessibile: il baratto tra legalità ed efficienza. – 5. Certezza dei rapporti giuridici ed “elogio della forma”.

1. *Atti generali e regolamenti*

Uno dei principali nodi problematici sui quali la dottrina si è sempre concentrata nell'affrontare il tema dell'atto amministrativo è rappresentato dalla individuazione, nell'ambito della generale categoria, di criteri distintivi che potessero risultare utili a offrire una corretta qualificazione degli atti prodotti dall'amministrazione, secondo quella relazione biunivoca che esiste tra potere e atto, che trova nel principio di legalità il nucleo focale attorno al quale, o meglio dal quale molti dei profili problematici scaturiscono.

In questa prospettiva particolarmente complessa è sempre risultata la collocazione sistematica di quegli atti dell'amministrazione che non contenevano una decisione puntuale sul caso singolo – elemento già in sé distonico rispetto alla categoria dell'atto amministrativo, inteso appunto come decisione sul caso singolo – rivolgendosi a una pluralità indistinta di destinatari. Dunque, atti attraverso i quali l'amministrazione, senza innovare l'ordinamento giuridico, cura un interesse pubblico¹.

¹ In dottrina si registrano numerosi e approfonditi studi, anche abbastanza recenti, a testimonianza del mai sopito interesse per la categoria. *Ex multis*, cfr. lo studio di G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. MORBIDELLI, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali*, in AA.VV., *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 405 ss.; M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53 ss.

Prescindendo in questa sede dal soffermarci su profili specifici relativi agli atti generali, e cioè alla loro distinzione dagli atti plurimi, cioè da quegli atti che riguardano una pluralità (determinabile) di destinatari risultando una “somma di atti contestuali”², ai fini che qui maggiormente interessano va sottolineato che il principale nucleo problematico attorno al quale si sono concentrate le riflessioni della dottrina e che, come si dirà, ritorna imperante con riferimento agli atti di regolazione, è rappresentato dall’indagine sulla loro valenza normativa. Sin dall’origine la dottrina (stante l’assenza all’epoca di una espressa disciplina relativa ai regolamenti) ha cercato di individuare dei criteri distintivi tra gli atti generali e i regolamenti. Basti pensare agli scritti di De Valles³ e di Giannini⁴, e prima di loro agli scritti di Cammeo⁵ per comprendere la rilevanza del problema che ruotava intorno alla distinzione tra queste due categorie di atti, e più in generale alla determinazione delle fonti (secondarie) del diritto amministrativo.

I criteri individuati erano essenzialmente due: il primo incentrato sulla volontà dell’agente che, secondo quanto rilevava De Valles, doveva essere una volontà normativa; il secondo sulla funzione dell’atto. La prima ricostruzione è stata oggetto di diverse critiche, si pensi allo scritto di Sandulli⁶ nel quale veniva posta in luce la necessità di riferire la natura normativa dell’atto a dei caratteri oggettivi, risultando impossibile, soprattutto ai fini di garantire il principio di certezza, affidarsi al carattere soggettivo. Un elemento che, come si dirà, alla luce delle più recenti evoluzioni dovrebbe far riflettere.

L’attenzione veniva spostata sui caratteri essenziali dei regolamenti, cioè di quegli atti amministrativi generali che si inquadrano nel sistema delle fonti di produzione giuridica e sulla loro capacità di “produrre di-

² A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto normativo*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, Milano, 1957, II, 447-459, e in *Foro it.*, 1954, IV, c. 217 ss. ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, 41 ss. (la numerazione delle pagine fa riferimento a quest’ultima collocazione), in particolare 49.

³ *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.*, 1951, IV, 97 ss.; ID., *La norma giuridica*, in *Scritti Cedam*, Padova, 1953, II, 402 ss.; ID., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, 175 ss.

⁴ *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 18 ss.

⁵ *Della manifestazione di volontà dello Stato nel diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano, 1901, 30.

⁶ *Op. cit.*

ritto”, “introducendo delle modificazioni o dei completamenti nel sistema normativo preesistente”, con il duplice limite del rispetto delle fonti di grado superiore e del possesso del “carattere normativo”, e cioè della necessaria generalità ed astrattezza delle disposizioni in essi contenute.

Sul punto Sandulli individuava a fondamento di questi due limiti la circostanza che “la potestà regolamentare trova sempre, necessariamente, la sua base in leggi attributive di competenza – cui quindi i regolamenti non possono derogare –, e che per tradizione essa è stata sempre configurata in tali leggi come potestà normativa”⁷ che in prima battuta sembra legata, seguendo uno schema tradizionale, ad una visione formale del principio di legalità, riconoscendo che essa possa dirsi sussistente nella misura in cui si rinvenga nell’ordinamento una norma espressa in tal senso. Una prospettiva superata, come noto, in virtù del ricorso alla teoria dei poteri impliciti⁸.

In questo contesto l’elemento di differenziazione tra atti generali e regolamenti veniva così individuato nella assenza nei primi del carattere innovativo dell’ordinamento e del carattere della astrattezza, essendo gli atti generali “volti a risolvere in concreto specifici problemi, la cui disciplina in astratto è già posta dall’ordinamento”⁹; e di converso nella presenza (negli atti generali) di una “fattispecie concreta”: “la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano (e quindi come indizio di riconoscimento). Gli atti in questione pertanto – dato che l’astrattezza inerisce al concetto di norma – non sono mai atti normativi”¹⁰. E così Sandulli, valutando il profilo sostanziale, concludeva riconoscendo la “natura regolamentare” a “quelle disposizioni dell’autorità amministrativa che abbiano carattere normativo” e la “natura di atto amministrativo generale” a “quegli atti di autorità amministrative, che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti – ... – tendano a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche”¹¹. E su questa impostazione si è adagiata nel corso degli anni anche la stessa giurisprudenza che a più riprese, e in diversa

⁷ *Op. cit.*, 45, dove richiama sul punto le riflessioni di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 7 ed., Milano, 1954, 79.

⁸ Sul punto *ex multis* si rinvia allo studio di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 703 ss.

⁹ *Op. cit.*, 46.

¹⁰ *Op. cit.*, 46.

¹¹ *Op. cit.*, 47.

prospettiva, ha individuato quali caratteri del primo la non innovatività dell'ordinamento¹²; o il suo essere espressione di una potestà gestionale¹³, di una "scelta di carattere essenzialmente tecnico con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge"¹⁴.

2. Il superamento del criterio formale di classificazione e la graduale comparsa di atti generali a contenuto normativo

Ma la stessa dottrina richiamata in precedenza era assolutamente consapevole della impossibilità di fare leva sulla distinzione sul solo profilo formale/nominalistico per individuare gli "atti a contenuto normativo", rinvenendo all'interno del sistema categorie di atti che, pur non essendo definite quali regolamenti, contengono disposizioni comunque "rivolte alla generalità e destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie"¹⁵.

¹² Sul punto la costante giurisprudenza. Cfr. *ex multis*, Cons. Giust. Amm., 14 marzo 2011, n. 200 nella quale si evidenzia che "I caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò: mentre quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili, i regolamenti sono espressione di una potestà amministrativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono.

Alla stregua di siffatta distinzione non è dato comprendere come gli atti a contenuto generale possano partecipare della natura giuridica dei regolamenti e, come tali, essere soggetti ad analoga disciplina quanto alla loro impugnazione, vale a dire essere impugnati nel termine ordinario di decadenza decorrente dalla loro pubblicazione.

In via normale, gli atti generali (si pensi ai bandi di gara e di concorso) vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare, in concreto, il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (cfr., ex multis, C.d.S., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1)".

¹³ Cass., S.U., 28 novembre 1994, n. 10124.

¹⁴ Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278.

¹⁵ *Op. cit.*, 48.

Il problema si sposta, infatti sul profilo contenutistico dell'atto e sulla sua precettività che, data la "generalità" dell'atto stesso, sfocia nella categoria dell'atto normativo¹⁶. Il dato della precettività dell'atto amministrativo generale, sconfinando nella categoria dell'atto (sostanzialmente) normativo poneva, e pone tutt'ora, un duplice problema riconducibile da un lato alla verifica della legittimazione dell'amministrazione all'esercizio di un potere a contenuto normativo; dall'altro alla tipicità di tale potere e alle problematiche connesse alle garanzie sostanziali che sono sottese al momento formale-procedurale.

Basti solo pensare al rilievo che la interpretazione in senso formale-restrittivo del principio di legalità, e a monte dello stesso principio di separazione dei poteri, può avere nel quadro del riconoscimento di un tale potere per comprendere l'ampiezza del tema.

Presupposto della indagine sulla legittimazione era la verifica dei criteri di sussistenza della normatività, e quindi l'individuazione degli elementi di valutazione della stessa, il tutto per consentire una loro contestualizzazione nel sistema delle fonti, verificandone la compatibilità con la garanzie proprie di un sistema democratico. Un passaggio che trova nel loro assoggettamento al principio di tipicità un momento centrale.

Con riferimento al primo profilo richiamato è da subito evidente che la compatibilità di poteri normativi genericamente intesi – al di fuori di una formula specifica quale può essere il regolamento – con il principio di separazione dei poteri può essere intesa solo nella misura in cui di quest'ultimo si accetti una lettura in termini di principio storicamente condizionato¹⁷ che, come sottolineava Benvenuti¹⁸, consiste "in ciò che tutti gli organi dello Stato, ai quali compete di usare il potere sovrano, sono riuniti in tre grandi ordini (aspetto organizzativo) ai fini di evitare la concentrazione dell'autorità in un solo organo e oggetto (aspetto politico) ma esso non significa anche né che la funzione esercitata da un Potere sia sempre materialmente la stessa, né che gli atti posti in essere da un Potere abbiano la stessa natura giuridica". Il che, indubbiamente, comporta il superamento della "formula storica della tripartizione dei

¹⁶ Si pensi, sul punto, all'ampio dibattito, anche nelle sedi giurisprudenziali, in tema di circolari amministrative a partire dagli studi di A. AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, Milano, 1941; F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, 1989, 54.

¹⁷ F. BASSI, *Contributo allo studio sulle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 9.

¹⁸ *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, V, Padova, 1987, 33.

poteri”, in favore del principio della indipendenza tra potere e funzione nel senso indicato dalla teoria formale sostanziale.

E in questa prospettiva, come noto, lo stesso concetto di funzione, viene sganciato dal suo riferimento univoco ad uno specifico potere dello Stato. Un superamento particolarmente evidente proprio con riferimento alla c.d. funzione amministrativa che ha sempre accorpato non solo funzioni il cui contenuto materiale è senza dubbio esecutivo, ma anche quelle aventi un contenuto materiale normativo e anche giustiziale. Attività differenti che, però, presentano tutte un elemento in comune: la cura di un interesse pubblico che lo stato assume nei propri fini¹⁹, che nel caso dell’atto amministrativo (anche generale) non a contenuto normativo “costituisce il motivo dell’atto”²⁰, mentre nel caso del regolamento ne è solo l’occasione, individuandosi lo scopo nella regolazione astratta dei rapporti giuridici che, sia pure a livello secondario, risulta innovativa dell’ordinamento giuridico.

Ma se il principio di separazione dei poteri non ha ostacolato la configurazione di poteri normativi in capo alle amministrazioni, ben più problematiche si sono presentate le questioni relative alla individuazione degli atti che di tale potere sono espressione, e alla loro contestualizzazione nel sistema delle fonti. Prescindendo dal secondo profilo testé richiamato, non si può sottacere che la individuazione di questi atti ha rappresentato, e per certi versi tutt’ora rappresenta, una questione molto articolata e complessa che si snoda lungo un percorso che dal principio di “tipicità”, esteso anche alle fonti secondarie, in ragione della richiamata necessità di ricondurre a sistema anche questa tipologia di fonti, e dal connesso tentativo di dettarne una precisa disciplina, arriva al giorno d’oggi ad un fenomeno di segno contrario, che vede emergere un principio opposto nella cui scia si inseriscono fenomeni quali quello significativamente indicato con l’espressione “fuga dal regolamento”, che si caratterizzano per l’emersione di formule quali i decreti regolamentari o altri modello di discussa valenza normativa, almeno nel senso tradizionale del termine, quali la “*soft law*”²¹.

¹⁹ Sia consentito il rinvio a L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 299.

²⁰ Così M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 769 ss., in particolare 792.

²¹ B. PASTORE, “*Soft law*”, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 5 ss.; A.M. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, *Annuario* 2005, *L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionale*, Padova, 2007, 369 ss.; R.

3. *La graduale destrutturazione (del contenitore) della normatività: la fuga dal regolamento*

Quanto alla figura specifica del regolamento, nel corso degli anni, come noto, essa è stata oggetto di attenzioni contrastanti. Alla tendenza regolatrice della fattispecie “regolamento”, in ossequio a quei principi formali (e non formalisti) richiamati, e che trova nella l. 400/88 la sua massima espressione, si è contrapposta in epoca più recente, sulla scia delle ondate di delegificazione, semplificazione, deregolamentazione, la tendenza ad allontanarsi dal sentiero tracciato dal legislatore in favore di formule normative nuove che non rientrano nello schema di produzione del regolamento.

Si tratta di un discorso non certamente nuovo – basti pensare che già nel 1957 Vignocchi²² si poneva il problema di qualificare gli atti pre-cettivi atipici, rilevando all’interno del sistema una “casistica... abbondante”. Una fuga dalla tipicità che, come anticipato, registra una impennata a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, nel quale il sistema “tradizionale” delle fonti è stato soggetto a sensibili e significative sollecitazioni a causa dell’emersione, ad esempio, dei cosiddetti decreti governativi e ministeriali “di natura non regolamentare” cui il Governo ha fatto ricorso con sempre maggiore frequenza; e cioè atti ministeriali, con contenuto normativo, dei quali, sin dalla norma legittimante, viene dichiarata la natura “non regolamentare” che, tradotta in termini procedurali, comporta l’eccezione alle previsioni contenute nella l. 400/88. Dunque, un atto che quanto a contenuto risulta sostanzialmente sovrapponibile al regolamento, mentre per un artificio nominalistico (cui corrisponde una destrutturazione del momento procedimentale) viene collocato al di fuori della categoria e delle sue garanzie.

Muovendo per gradi, data l’assenza di una disciplina costituzionale sulla potestà regolamentare, semplicemente menzionata all’interno della Carta, la dottrina si è da sempre interrogata su quali dovessero essere i suoi limiti, fino ad individuare una sorta di gerarchia all’interno dell’ampia categoria dei regolamenti, in relazione al profilo soggettivo.

BIN, *Soft law, no law*, in www.robertobin.it; A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, www.rivistadellaregolazioneideimercati.it; ID., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 147 ss.

²² *Il potere regolamentare dei Ministri*, Napoli, 1957, 68 ss.

Una gerarchia istituzionale “derogabile”, come diceva Sandulli²³, che sul piano oggettivo vede l’esclusione dall’ambito riservato al regolamento di quelle materie compiutamente disciplinate dalla legge, e comunque quelle coperte da riserva di legge. Ulteriori limiti sono stati poi logicamente individuati nel quadro sistematico nel quale gli stessi atti normativi regolamentari vanno ad inserirsi, donde la impossibilità di porsi in contrasto con i principi e valori costituzionali, nonché con i principi contenuti in fonti primarie. Ma questa definizione degli ambiti oggettivi di applicazione, come si è detto, non è stata sufficiente a delineare e consolidare i confini del potere normativo.

Quanto ai decreti “non regolamentari” una prima apparizione si ha nell’art. 43 del d.l. 112/2008 in materia di sviluppo delle imprese, nel quale è previsto che “con decreto di natura non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico, sono stabiliti i criteri, le condizioni e le modalità per la concessione di agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati per la realizzazione di interventi ad essi complementari e funzionali”. Esempio seguito all’art. 3 *ter* del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, che in relazione al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario 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, ... sono definiti ... 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 custodia”. E gli esempi potrebbero continuare, ma già questi due richiami palesano l’ampiezza degli ambiti entro i quali tali “decreti” con contenuti normativi diversi, dunque, dalla formula tradizionale consegnataci, vengono utilizzati, assumendo di fatto a “nuove fonti secondarie del diritto amministrativo”.

Alle origini di questo “fenomeno” la dottrina ha letto il tentativo di aggirare i vincoli imposti dalla legge 400/88 e dallo stesso comma 6 dell’art. 117 Cost. e, dunque, un tentativo, a dire il vero ben riuscito nel senso della sua tenuta dinanzi al giudice, che non pochi profili di criticità presenta rispetto ai principi generali quali quello di “certezza”, decli-

²³ *La potestà regolamentare nell’ordinamento vigente*, in *Foro it.*, 1958, I V, c. 7; e in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, II, 357 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 69 ss.

nato nella sua duplice prospettiva della conoscibilità della fonte, della chiarezza anche in relazione ad altre fonti e della stabilità.

Non ci si può, infatti, non domandare quale sia il rapporto tra questo “atto statale dalla indefinibile natura giuridica”²⁴ e le altre fonti secondarie. In altri termini se è vero che lo Stato “ben può esercitare, nelle forme che ritenga più opportune la potestà regolamentare”²⁵, allora occorre chiedersi quali siano i limiti di tale potere, ma anche sul piano sostanziale delle garanzie e delle competenze, individuando nei principi generali del sistema dei criteri guida per delineare quel percorso che in parte era garantito dalle fonti sulla produzione.

Non si tratta di perplessità suscitate da uno sterile e rigido formalismo ma di dubbi legittimi originati da una attenta lettura dell’impatto che tali fonti hanno sul sistema in sé considerato.

Un ambito problematico che intercetta anche il profilo contenutistico, risultando la disciplina della materia così di fatto sottratta al dibattito parlamentare, sollecitando, pertanto, “il sistema delle fonti a una torsione sempre più marcatamente autoritaria e tecnocratica”²⁶.

La dottrina più attenta, infatti, ha chiaramente posto in luce le problematiche inerenti al riparto di competenze, rispetto al quale la “fonte non regolamentare rappresenta chiaramente un *vulnus*”, e a quelle materie valori che presuppongono un esercizio unitario della funzione e alla stessa definizione dei confini interni di tali poteri²⁷.

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 stessa tenuta democratica, rispetto al quale non si sono contestualmente sviluppati nuovi moduli partecipativi tali da garantire nuove forme (procedimentali) di attuazione della volontà popolare, sì da garantire, anche

²⁴ Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116.

²⁵ Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 35.

²⁶ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in www.rivistaaic.it, 16.

²⁷ Sul tema cfr. anche gli approfondimenti di F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 356; A.A. GENNA, *Il comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione dei decreti governativi e ministeriali “di natura non regolamentare”*, in www.osservatoriosullefonti.it; V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in www.osservatoriosullefonti.it; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, 365 ss.

rispetto ai fenomeni normativi esterni al diritto statale, quel collegamento tra polo statale e polo sociale che sia in grado comunque di garantire l'unità sistemica del modello²⁸.

Analoghe perplessità si colgono anche dalla lettura del dato giurisprudenziale nel quale, sia pure in alcuni casi in maniera meno marcata, vengono poste in rilievo le criticità che sono insite nel riconoscimento di un "ampio" potere normativo all'amministrazione.

Se in un primo momento la Corte costituzionale aveva sottolineato la valenza sistematica della distinzione tra potestà regolamentare del governo e funzione amministrativa (tesa alla emanazione di atti amministrativi) seguendo, così, un orientamento molto legato al dato formale (delle "etichette")²⁹; nel corso degli anni si è assistito a un ammorbidimento delle posizioni, tanto da definire il decreto non regolamentare a contenuto normativo un atto statale dalla "indefinibile natura giuridica"³⁰ senza, però, prendere posizione sull'esercizio di tale potere che, nel tentativo di sistematizzazione, viene ricondotto ad unità facendolo ricadere nella generale (e non riferita al profilo del contenitore) categoria degli atti di esercizio della potestà regolamentare, in applicazione di un criterio sostanzialistico, indipendentemente dalla qualificazione operata dal legislatore, consacrando alla sostanziale irrilevanza il profilo procedimentale relativo all'adozione dell'atto dal momento che si riconosce la libertà dello Stato di esercitare tale potestà nelle forme più opportune³¹; salvo poi ritornare sul punto per escludere, utilizzando una formula certamente ambigua, che i criteri formali siano sufficienti ad 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"³².

In linea con questa impostazione, più attenta al profilo sostanziale, si è posta la giurisprudenza tanto della Cassazione quanto del Consiglio

²⁸ V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel ed i modelli di pluralismo nella tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, a cura di V. Atripaldi, Torino, 1996, 110 ss., in particolare 121.

²⁹ Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303.

³⁰ Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116, cit.

³¹ Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 35.

³² Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278.

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 registra una sorta di ripensamento garantista da parte del Consiglio di Stato³³ 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 normativo nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge 400 del 1998”.

La soluzione, dunque, è stata individuata attraverso l'apposizione del limite alla innovatività. In questo senso, dunque, il giudice amministrativo, in caso di qualifica del decreto in termini di decreto non regolamentare ne ha escluso la “normatività”, ristabilendo una corrispondenza tra forma e materia del regolamento e ciò in quanto la mancata qualificazione dell'atto non consente una deroga alle disposizioni contenute nella norma sulla produzione³⁴. Viene data così prevalenza ad un criterio che lega alla forma regolamentare “la sostanza normativa dell'atto”³⁵, attribuendo una sorta di “superprimarietà” all'art. 17 della l. 400/88 che diviene una “forma sostanziale”, richiamando quella stessa previsione contenuta al par. 2 dell'art. 263 del TFUE che si riferisce proprio a quelle previsioni procedurali che “si riempiono di un contenuto materiale”³⁶.

4. *Soft law, fast law e regolazione flessibile: il baratto tra legalità ed efficienza*

Ma, come anticipato, quella dei decreti non regolamentari non è

³³ Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9.

³⁴ Cons. Stato, VI, 10 aprile 2014, n. 1724.

³⁵ A. MOSCARINI, *op. cit.*

³⁶ Così M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *op. cit.*

l'unica ipotesi in cui si assiste all'esercizio di poteri normativi da parte dell'amministrazione.

La stessa connessione tra organizzazione e funzione, infatti, spesso consente di comprendere la coesistenzialità della attribuzione di poteri normativi alle autorità. Si pensi, ad esempio, al fenomeno delle autorità indipendenti rispetto alle quali si è, nel corso degli anni, riproposto un dibattito speculare a quello richiamato in precedenza.

Se si accetta l'idea che la regolazione altro non è che una evoluzione della stessa funzione amministrativa, e cioè "una funzione (amministrativa) svolta da un soggetto (pubblico) al fine di garantire il (corretto) funzionamento di un determinato settore secondo il proprio principio sistemico, è subito evidente che il fondamento giuridico della potestà normativa delle amministrazioni preposte alla regolazione non possa non essere rintracciato proprio nell'ambito della stessa legge istitutiva, a prescindere dalla espressa previsione all'interno di essa di una norma che espressamente contempra l'attribuzione di tale potestà"³⁷. In altri termini, la stessa considerazione del profilo teleologico della regolazione consente di postulare la coesistenzialità della funzione rispetto all'attività complessivamente considerata, riconoscendole quella "attribuzione di competenza" di cui parlava Zanobini³⁸. "In questo quadro... la ripartizione delle sfere di normazione tra il potere legislativo ed il potere amministrativo trova la propria giustificazione essenzialmente [nella] competenza tecnica che consente, anzi rende necessario, il riconoscimento in capo alle stesse amministrazioni di una propria autonomia, anche normativa"³⁹.

Ma queste considerazioni di contesto non giustificano, però, quei tentativi, operati da più parti, soprattutto agli inizi, di giustificare, anche alla luce dei poteri impliciti, l'eccentricità degli atti di queste amministrazioni rispetto agli schemi tradizionali, facendo ricorso al suffisso "quasi" (quasi-normativi), ad indicare la necessità di distinguere questi atti dalla generalità degli atti a contenuto normativo emanati dall'amministrazione, fino al punto di postularne in alcuni casi addirittura il loro valore legislativo, o, forse la loro inderogabilità da parte dello stesso legislatore; postulando, comunque, una loro franchigia rispetto

³⁷ L. GIANI, *op. cit.*, 302.

³⁸ *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, 1929, 150 ss.

³⁹ L. GIANI, *op. cit.*, 306.

agli schemi tradizionali⁴⁰ proponendo così una questione che, soltanto formalmente richiama alla mente il tema della inderogabilità dei regolamenti da parte dell'amministrazione che, però, per una sorta di ironia, in quella occasione veniva teorizzata per limitare la discrezionalità della stessa amministrazione, a garanzia dell'uguaglianza dei cittadini, mentre in questo caso, la inderogabilità, e dunque la intangibilità dell'atto, per un meccanismo quasi completamente ribaltato avrebbe come destinatario il legislatore (e prima ancora lo stesso giudice) che, così sarebbe esautorato dai propri poteri su determinate materie rispetto alle quali si verrebbe a creare una sorta di riserva di amministrazione⁴¹.

Il sistema delle amministrazioni indipendenti offre ampi spunti di riflessione proprio in relazione al passaggio richiamato dal sistema delle fonti a sistemi di norme "atipiche" che rispondono a quella concorrenza tra mercato, società e sistema politico nel processo di generazione dei quadri regolatori di riferimento. Una tendenza che, a partire dalla rilevanza di alcune decisioni ricondotte all'ambiguo concetto di "*moral suasion*", ha gradualmente portato a uno stravolgimento del "sistema delle fonti" in favore di un "sistema di norme 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 risponde alla esigenza (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"⁴².

Si tratta di atti a valenza normativa per certi versi ambigua, non essendo assistiti, come nel caso della *hard law*, da specifici meccanismi sanzionatori tesi a garantirne l'osservanza.

E proprio con riferimento alla potestà (normativa) esercitata da queste autorità si pone con particolare evidenza la questione della "forma", risultando da subito impossibile operare quella connessione semantica tra potestà (regolamentare) normativa e regolamento venendo in rilievo il profilo della atipicità intesa come "deviazione dai modelli

⁴⁰ Sul punto si rinvia agli insegnamenti di F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss. ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 449.

⁴¹ L. GIANI, *op. cit.*, 282-283.

⁴² R. BIN, *op. cit.*

generali”⁴³, e dunque il superamento del criterio materiale o nominalistico.

In questo senso, occorre focalizzare l’attenzione sui profili sostanziali e su quei criteri (generalità, astrattezza e innovatività) individuati dalla dottrina come suoi caratteri distintivi. La consistenza della potestà normativa delle amministrazioni, e in particolare delle amministrazioni indipendenti, si colloca evidentemente in una prospettiva diversa che pone in una ottica peculiare gli stessi caratteri della generalità e dell’astrattezza, intesi come elementi attraverso cui identificare una norma giuridica in linea con quella parte della giurisprudenza che supera il mero dato formale, individuando una valenza normativa anche in atti quali un bando per l’erogazione di contributi e le relative norme o clausole applicative, o addirittura in una decisione con la quale si contesta una infrazione nella quale immancabilmente si assiste a una tipizzazione di una fattispecie, ricondotta al modello generale, che immancabilmente assume valenza normativa⁴⁴.

In questa chiave di lettura anche per lo stesso profilo della innovatività emergono due aspetti: il primo connesso alla capacità che lo stesso ha nell’innovare l’ordinamento (profilo attivo); il secondo alla capacità dell’atto di rifiutare, o se si vuole di non subire, l’incidenza di atti o fatti che non hanno forza identica (profilo passivo).

Senza entrare nel merito della questione della essenzialità del profilo della innovatività, ai fini della determinazione del carattere normativo di un atto, non si possono non richiamare le osservazioni di Crisafulli il quale proponeva una “valutazione ex post della natura normativa dell’atto delle pubbliche amministrazioni, da realizzarsi attraverso l’individuazione della potestà che l’amministrazione ha inteso utilizzare.... In prima battuta ... alla luce di criteri formali, ma che nei fatti ... non può prescindere dai criteri sostanziali dai quali sia possibile desumere l’*intentio* dell’amministrazione di introdurre delle innovazioni sostanziali nel sistema normativo vigente.

Indipendentemente dalla forma giuridica che l’atto viene ad assumere, dunque, ciò che rileva ai fini della individuazione della natura

⁴³ Sul punto cfr. M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 684 ss.

⁴⁴ Sul punto sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in L. GIANI, *L’accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, ESI, I, 2018, 405 ss.

normativa è la possibilità di ricollegare ad esso la vigenza di una nuova norma che, nel caso della regolazione amministrativa, può consistere ad esempio nella precisazione di criteri o qualità che un determinato soggetto deve avere, o nella precisazione, attraverso la predisposizione di un formulario, di elementi materiali, in parte già previsti dal legislatore, elementi che in concreto contribuiscono a definire l'insieme delle regole e principi che disciplinano (regolano) il funzionamento di quel determinato settore⁴⁵.

Ma a ben vedere si tratta di un diritto “apparentemente non vincolante”, e questo è chiaro nel momento in cui il mancato adempimento a quanto prescritto nella *soft law* deve essere (ampiamente) motivato e la stessa *soft law* assurge comunque 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 ricettizio dei principi in essa contenuti da parte delle amministrazioni o degli stessi giudici⁴⁶.

Emblematico in questo senso proprio il caso delle linee guida Anac rispetto alle quali, superati i problemi attinenti alla legittimazione dell'autorità all'esercizio di tale potere, l'attenzione si è spostata sulla loro classificazione, in particolare con riferimento a una delle categorie rispetto alle quali il carattere della vincolatività viene riconosciuto in particolare sulla base di due elementi: la valenza generale dell'atto e l'autorità da cui esso promana⁴⁷. Dunque degli atti di regolamentazione flessibile, con efficacia vincolante – e già il primo elemento che li discosta dalla *soft law* – per i quali, è prevista l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato⁴⁸.

Uno strumento di regolazione che di fatto ha sostituito il regolamento di attuazione e che trova la propria fonte di legittimazione piuttosto nella adesione che ad esse viene garantita, secondo un circolo vizioso che si discosta dalla tradizionale visione della legittimazione radicata sul principio di legalità. Una legittimazione fondata sulla “obbedienza spontanea” in ragione della (ritenuta autorevolezza) della fonte da cui l'atto di *soft law* promana. Dunque un atto che presenta un *quid pluris*

⁴⁵ L. GIANI, *op. cit.*, 348.

⁴⁶ Sul punto M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 1 aprile 2016, n. 855.

⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767.

rispetto alla stessa direttiva, ricondotta alla categoria degli atti generali – stante la riconosciuta “valenza certamente generale dei provvedimenti in questione” – espressione della funzione di regolazione delle autorità indipendenti. Un atto espressione di un potere di regolazione “implicito”⁴⁹ che deve essere assistito da esplicite garanzie procedurali quali quelle assicurate attraverso le consultazioni che dalla giurisprudenza non viene ricondotto, come viene suggerito dalla dottrina⁵⁰, allo schema dell’atto regolatorio.

Una vincolatività che non troverebbe applicazione con riferimento a tutte le linee guida, non potendo quelle non vincolanti assurgere a parametro di legittimità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante, sebbene, e qui si ritorna nel limbo incerto della *soft law* scelte difformi assunte dalla stazione appaltante possono essere censurate in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità⁵¹. Si tratta di regolazione flessibile che conosce anche altre formule, si pensi ai bandi tipo, ai contratti tipo, rientranti nella generale categoria degli “atti di indirizzo”, estensibile anche a altre formule non ben definite, stante la previsione aperta contenuta nel Codice⁵², ai quali può essere ricondotta anche effi-

⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit. nel quale espressamente si legge che “*la legge (...) in ragione dell’elevato tecnicismo dell’ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso*”, un potere definito “*in modo più preciso*” con riferimento alle “*condizioni*” e ai “*presupposti per l’esercizio*”, nel caso dell’Anac, “*lasciando all’autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi*”.

⁵⁰ G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, 273 ss.

⁵¹ Sul punto cfr. Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6026 nella quale si specifica che le linee guida (nello specifico le linee guida n. 2, 21 settembre 2016) non essendo vincolanti “*non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara. Il testo in questione, quindi, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggia soltanto quale strumento di “regolazione flessibile”, in quanto tale volto all’incremento “dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti”. Il testo in parola risulta ricognitivo di principi di carattere generale, ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell’amministrazione in punto di individuazione degli elementi di valutazione delle offerte. Sulla base di orientamenti più che consolidati, tuttavia, deve affermarsi che tali scelte non possano essere censurate in giudizio se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità.*”

⁵² In relazione ai settori speciali cfr. l’analisi di M. LIPARI, *La regolazione flessibile*

cacia vincolante. Una flessibilità che si riflette necessariamente anche con riferimento alle procedure di emanazione di tali atti, destrutturate, semplificate, sebbene le formule normative che ne emergono sembrano adagiarsi più su uno schema tradizionale, corrispondendo più alla formula dei “*commands and controls*”, con una torsione della flessibilità solo sul piano formale a garantire una “modificabilità” agevole, sì da garantire un pronto adeguamento al mutamento delle esigenze secondo uno schema che provocatoriamente la dottrina ha giustamente indicato come “*fast law*”.

5. *Certezza dei rapporti giuridici ed “elogio della forma”*⁵³

Dalle riflessioni sin qui svolte emerge, dunque, come la produzione di regole avvenga per canali differenti da quelli tradizionali, previsti dalle fonti sulla produzione. Un diritto che, proprio in ragione del contenitore, in prima battuta “non è vincolante” (se non per il diretto destinatario) e che non entra a far parte del tradizionale sistema delle fonti ma la cui (indubbia) natura (sostanzialmente) precettiva è indiretta, rilevando, ad esempio, questi documenti non più solo nella interpretazione della norma, nella ricostruzione della intenzione del legislatore (è questo il caso dei libri bianchi, dei libri, verdi, dei programmi di azione, delle stesse buone pratiche) e col quale ormai come giuristi siamo chiamati a confrontarci.

Un fenomeno che, se letto con la lente degli studiosi della fonti del diritto e degli studiosi del diritto amministrativo, non solo risulta distonico rispetto al sistema ma presenta forti punti di contrasto con quei principi di democraticità e certezza che lo governano e che solo se letto con le lenti del diritto amministrativo può trovare un inquadramento sistematico, facendo leva in primo luogo proprio sul contenitore, che è pur sempre un atto amministrativo, la cui emanazione prevede, sul piano sostanziale, il rispetto di alcune regole e principi fortemente attenuati con riferimento agli atti generali, e sul piano delle tutele. Non si può

dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ Il richiamo è evidentemente allo scritto di F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 549 ss., la numerazione delle pagine richiamata fa riferimento a quest'ultima collocazione.

in questa sede non richiamare proprio l'insegnamento di Franco Ledda che sollecitava una rivalutazione dei profili formali, sottolineando, in una ideale polemica con Peter Badura⁵⁴, come "l'«informalità» non rappresenta una meta da perseguire ad ogni costo, né un momento di passaggio verso sospirati approdi; è 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, *dat esse rei* o, come ci dice una non facile proposizione del grande Wittgenstein, non è nient'altro che la stessa «possibilità della struttura»"⁵⁵.

In questo quadro è evidente il ruolo centrale che assume lo stesso sistema giurisdizionale rispondendo ad una esigenza legata da un rapporto di proporzionalità inversa all'esistenza dei contrappesi propri di un sistema democratico. "Un'esigenza che dunque è tanto più forte quanto è assente uno di questi contrappesi ... soprattutto ove riferito alla potestà normativa di queste amministrazioni, e a maggior ragione ove la si inquadri in una prospettiva il cui fondamento legittimante viene ricondotto all'idea di un governo per il popolo"⁵⁶.

⁵⁴ Il riferimento è al suo scritto *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 31 ss.

⁵⁵ F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 562.

⁵⁶ L. GIANI, *op. cit.*, 351.