

La norma interna nell'ordinamento giuridico

[Sul libro *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, di Fabrizio Fracchia e Massimo Occhiena, Editoriale scientifica, Napoli, 2020]

Alessandro Cioffi

SOMMARIO: 1. Premessa: un libro indovinato. – 2. Impostazione di metodo e cenni a teorie diverse: il punto di vista dell'ordinamento generale e dell'ordinamento particolare. – 3. La teoria della norma interna. – 4. Significato della norma interna e conferme della teoria nel diritto positivo. – 5. Norma interna, istituzione e creazione del diritto.

1. *Premessa: un libro indovinato**

L'ultima pagina de «*L'ordinamento giuridico*» di Santi Romano è dedicata alla norma interna e non è un caso¹. Difatti, la norma interna presenta all'interprete un formidabile problema: quel che l'amministrazione esprime con la norma interna è ordinamento giuridico?

Il libro di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena risolve questo problema². È un libro sulla norma interna ma in fondo è un libro sull'origine e sul limite del diritto amministrativo. L'opera, difatti, inquadra la norma interna svolgen-

* Il testo riproduce, con aggiunte e note, la relazione tenuta nel seminario di dottorato dal titolo «*Le norme interne nel sistema delle fonti (Riflessioni a margine di: F. Fracchia, M. Occhiena, Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020; M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020)», a cura del Prof. Fabio Saitta e della Prof.ssa Annalaura Giannelli, Università Magna Grecia di Catanzaro, 28 giugno 2022, con la partecipazione degli Autori e del Prof. Gabriele Bottino come relatore.

¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, ora in *L'ultimo Santi Romano*, a cura di Alb. Romano, Milano, 2013, 156.

² F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

In parallelo ad esso, esce un altro Volume: M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020. L'opera è stata anch'essa oggetto di recensione nel citato seminario del 28 giugno 2022 e, in particolare, di una relazione del Prof. Gabriele Bottino.

do il passaggio dal punto interno al punto giuridico. In questo sviluppo, suggerisce al lettore una constatazione di fondo, che non si impone, ma che sembra insita nell'ordine del racconto: la norma interna – scrive Massimo Occhiena – è una “non norma” e ha una sua “teologia negativa”³. Il che apre a nuove possibilità: la norma interna è diversa dalla norma giuridica, ma ha una sua dimensione giuridica, perché è espressione di organizzazione e di un particolare ordinamento⁴. Così, grazie alla teoria della pluralità degli ordinamenti e alla dimostrazione di Fabrizio Fracchia, la norma interna si distacca dalla ricostruzione tradizionale. In particolare, si distacca da quella tradizione che, assumendo la norma giuridica come archetipo e finendo per identificare tutto il diritto con la norma giuridica, inevitabilmente rappresentava la norma interna come una imitazione della norma giuridica, come una “quasi norma”, posta al limite dell'ordinamento giuridico. Il libro supera questa impostazione e tende a qualcos'altro. La sua novità nasce dalla combinazione di rilettura e di invenzione, di passato e di futuro; e così la struttura del libro è in due parti: la prima parte è di Massimo Occhiena ed è una ricostruzione accorta e profonda delle dottrine classiche, e, in fondo, è già una rilettura della norma interna; la seconda parte è di Fabrizio Fracchia e proietta la norma interna negli ordinamenti derivati, in sistemi che sono tutti da regolare. In questo modo la norma interna si presta ad essere “modello” inatteso del nuovo: i social, le reti, l'intelligenza artificiale – secondo quanto suggerisce il sottotitolo del libro⁵.

Ne viene un risultato finale e importante: la norma interna ha una sua “struttura semantica” ed esprime un suo significato, un che d'inconfondibile. Questo significato potrà chiarirsi solo nelle conclusioni, dopo averne raccontato, nelle pagine che seguono, lo sviluppo, ovvero il passaggio da una sfera interna a un qualcosa che si esprime all'esterno ed è diritto. Alla fine della lettura, viene la tentazione di una domanda finale: la teoria di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena, così indovinata e così ben fondata nella teoria della pluralità degli ordinamenti, potrebbe avere una sua valenza generale nel diritto positivo?

In fondo, la norma interna non è forse insita nella legge n. 241 del 1990, nella formula “secondo i rispettivi ordinamenti”, che tante volte in essa si ripete?

³ F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 14.

⁴ F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., spec. 98-132.

⁵ «Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale».

2. *Impostazione di metodo e cenni a teorie diverse: il punto di vista dell'ordinamento generale e dell'ordinamento particolare*

Pensiamo di sì. La risposta però, come la teoria che il libro sviluppa, ha bisogno di un'avvertenza di metodo, per dare il giusto riconoscimento a teorie che sono apparse, anche di recente, e che tendono a inquadrare diversamente la norma interna⁶.

L'avvertenza di metodo è nel modo di vedere la norma interna: come espressione dell'ordinamento particolare o di quello generale⁷. La versione proposta da Fabrizio Fracchia e da Massimo Occhiena sembra orientata all'ordinamento particolare e derivato. Tuttavia, c'è chi vede il fenomeno dal punto di vista opposto: come espressione dell'universale e, quindi, dei principi. In questa visuale, è l'ordinamento generale che costituisce la norma interna. Difatti, l'ordinamento generale comprende e riassume anche l'istituzione che genera la norma interna; per questo, può costituire la norma interna e tutto ciò che essa presuppone⁸. In questa prospettiva, non esprimendo un suo ordinamento e ricevendo quasi tutto dall'ordinamento generale, la norma interna non si è mai allontanata dall'ordinamento generale e così il "rinvio ad altro" che usualmente le dà vita si riduce a un mero "rinvio", quel rinvio che l'ordinamento generale spesso fa per definire i dettagli, ma che in fondo fa per ricevere immediatamente la realtà sociale, affermando uno spazio che comunque apparterebbe alla sua legge, perché non rappresenta un oggetto diverso e altrui; così che, infine, quel rinvio non presuppone un ordinamento distinto, ma è la "presupposizione" di situazioni singolari e distinte, filtrabili dalla realtà sociale, ma qualificate dall'ordinamento generale stesso; quel rinvio "ad altro", dunque, non presuppone un altro ordinamento giuridico e non è un vero riconoscimento⁹. La conclusione è dunque scontata, se si assume la prospettiva dell'ordinamento generale.

⁶ Cfr. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, X, 62 ss.; M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, Milano, 2020. Più estesamente, v. anche M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 713 ss.

⁷ È una questione di "punto di vista" e di ordinamento: quale ordinamento si scelga come punto di partenza per la individuazione dei valori e dei principi è l'impostazione di R. Cavallo Perin, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss., spec. 650-651.

⁸ L'impostazione è di F. Bassi, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, 210-211: «[...] ci sembra incontestabile che alla nozione di ordinamento interno il Romano sia pervenuto appunto attraverso un raffronto comparativo tra la sfera di efficacia dell'istituzione minore e quella dell'istituzione maggiore che sotto un profilo strutturale la prima ricomprende e assorbe [...]; et adde: «[...] la realtà è che la qualificazione di uno schema precettivo come interno può acquistare un significato soltanto qualora si presupponga la possibilità teorica di una relazione tra le proposizioni prescrittive poste a raffronto [...] ed invero sarà appunto la sussistenza di un siffatto tipo di relazione a rendere piena ragione della rilevanza della proposizione prescrittiva di per sé estranea su di una fattispecie regolata da esso ordinamento: nel che si sostanzia il valore della nostra figura classificatoria» (ivi, 47).

⁹ Che si tratti di un mero rinvio o di un riconoscimento molto limitato è chiaro in F. Bassi, *La norma interna*, cit., 45-46, ove sostiene che gli schemi precettivi della norma interna possono assumere rilievo per l'ordinamento di riferimento solo quando vi sia da parte di quest'ultimo un «riconoscimento indiretto ovvero un

È, questa, una precisazione che, anteposta a queste ultime dottrine, che sono ispirate all'ordinamento generale, può forse chiarire al lettore quello che sembra il loro effetto caratteristico: la norma interna può assumere efficacia oltre sé stessa, oltre il limite interno, donde una sua efficacia o rilevanza giuridica "esterna"¹⁰; per esempio, come violazione di legge o come parametro di responsabilità, civile o amministrativa¹¹. Questa efficacia esterna pone dunque la norma interna sul piano dell'ordinamento generale, creando una assimilazione della norma interna alla norma giuridica, come se fosse una «norma in senso lato»¹², una quasi norma. Ma, attenzione, qui si tratta sempre di un effetto normativo che è costituito per intero dall'ordinamento generale¹³. La visione dell'ordinamento generale, con il suo metodo deduttivo e il suo universalismo di fondo, potrebbe restare valida, se si assume questo punto di vista¹⁴.

riconoscimento diretto ma soltanto parziale [...] un momento di collegamento», come per esempio la «ipotesi della norma c.d. presupposta ed in particolare l'attribuzione di una diretta rilevanza da parte dell'ordinamento di riferimento a concetti [...]».

¹⁰ In questo senso, con una dimostrazione convincente, pur se con esiti diversi rispetto all'opera di Fracchia e Occhiena, v. M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, cit., 273: «Il mutamento più importante, anche dal punto di vista teorico, riguarda, però, la rilevanza giuridica che hanno assunto nell'ordinamento giuridico generale». Per la tesi che la rilevanza esterna derivi non solo dal rinvio in sé ma dai principi generali – di organizzazione, di buon andamento e di affidamento – v. M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, cit., 221-255; più estesamente, v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 64, ove sostiene che la norma interna abbia «piena rilevanza giuridica normativa» per la «nuova configurazione costituzionale» dei pubblici uffici; donde la capacità, intrinseca a ogni norma, sia essa interna o di rango sicuramente normativo, di garantire, allo stesso modo, nel concreto, «l'agire imparziale ed efficace» dei pubblici uffici (G. Bottino, *Norme interne*, cit., 65-66).

¹¹ Per esempio, v. l'art. 2 – «Fiducia» – del nuovo Codice dei contratti pubblici, che prevede che vi sia responsabilità dell'amministrazione per violazione di norme giuridiche e per violazione di «autovincoli dell'amministrazione»; sulla questione v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 62-65, per la sequenza ordinamento generale, norma interna, obbligo posto dalla norma interna: violazione e conseguente responsabilità, amministrativa e civile, dell'organo che ha violato la norma interna, sul piano dell'ordinamento generale; sulla questione della violazione di legge v. R. Cavallo Perin, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XV, 657 ss.; nonché A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

¹² G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 63: «[...] assunto natura normativa poiché esse mutano (letteralmente "novano") l'agire dei pubblici uffici. La normatività di tali provvedimenti – il loro essere "norme" in senso lato – discende dal *quid novi* che una circolare, una direttiva, ovvero un'istruzione apportano all'organizzazione e all'azione delle Pubbliche Amministrazioni. Sono dunque norme non in quanto possono essere annoverate tra le fonti del diritto [...], bensì poiché esse devono essere positivamente osservate dagli uffici cui sono rivolte e indirizzate; e poiché, ancora, tale osservanza può essere fatta valere dai terzi interessati in sede di tutela [...]».

¹³ Sembra che il punto sia ben avvertito come problema in F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 25: «la *quaestio* della qualificazione sostanziale della norma interna a scapito della fonte formale rimase una sorta di filo rosso non sempre esplicitato [...] la questione del rapporto con le fonti [...] In sostanza, le norme interne avrebbero completato un lungo tragitto per atterrare, risultandone inglobate, nell'ordinamento generale. Tuttavia, prima di giungere a questi esiti la scienza del diritto amministrativo doveva compiere ancora un lungo e appassionante percorso, contraddistinto da significative innovazioni tecniche».

¹⁴ Per esempio, al fine di determinare la classificazione generale delle norme interne e, nel particolare, per determinare l'esistenza di alcune ipotesi e combinazioni normative costituite dalla sequenza ordinamento generale-norma interna: obbligo posto dalla norma interna, responsabilità dell'organo che ha violato la norma interna, sul piano dell'ordinamento generale – per questo sviluppo v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 65-66.

In fondo, tutto dipende dal “punto di vista” che l'interprete assume, generale o particolare. Il primo modo chiaramente vede l'universale e tutto si compie nell'ordinamento generale. Il punto di vista dell'autonomia, viceversa, nasce dal particolare e arriva all'ordinamento generale, assegnando ad esso la funzione non di costituire ma di riconoscere l'ordinamento derivato e di porre precisi limiti all'autonomia (che poi diventano anche i suoi caratteri). Il primo è un metodo deduttivo e il secondo è un metodo induttivo.

Era bene chiarire la questione del metodo, perché, diversamente, sarebbe difficile intendere qualsiasi teoria sulla norma interna. Quella di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena svolge un'indagine intensa e profonda, che in queste pagine non può che condensarsi in una breve, e inadeguata, riduzione.

3. *La teoria della norma interna*

La prima parte del Volume si apre con una preoccupazione liberale. La norma interna – scrive Massimo Occhiena – aggiunge «potere a potere» e così rischia di limitare la libertà dei cittadini, perché aggiunge condizioni che ne comprimono l'esercizio¹⁵. Di qui ha inizio una ricostruzione delle dottrine classiche che attraversa tutto il Novecento e arriva a un risultato: la norma interna non è norma giuridica, ma possiede una sua dimensione giuridica¹⁶.

La prima e immediata conseguenza è questa: se la norma interna non è norma giuridica, la violazione della norma interna non può essere violazione di una norma giuridica. Così, la violazione della norma interna, calata nella triade dei vizi di legittimità, non è violazione di legge ma eccesso di potere. È la teoria di Cammeo sulla violazione della circolare come vizio di eccesso di potere¹⁷. Per la precisione, secondo Cammeo, la norma interna attesta quell'elemento che meglio esprime l'interesse pubblico; così, l'atto amministrativo che viola la norma interna è “contro l'interesse pubblico”, e, dunque, è privo di causa, è sviamento.

Questa teoria, nella prima parte del libro, è ben richiamata e messa in evidenza; e il suo rilievo è, giustamente, sentito come fondamentale e, dunque, ci sembra che l'opera assuma la teoria di Cammeo per generare qualcosa di nuovo¹⁸.

¹⁵ Cfr. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 13. È questa una visione liberale che, ci sembra, dà sfondo e luce alla ricostruzione delle dottrine classiche, e che, accuratissima com'è, non si limita a riportare l'esattezza e la forza delle dottrine di Cammeo e degli altri, ma è volta a garantire libertà, perché è volta a dare una maggiore garanzia di giustizia amministrativa.

¹⁶ V. gli sviluppi e le citazioni del libro in tutto questo paragrafo.

¹⁷ F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss.

¹⁸ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., spec. 17-19 e 23, ove si dice che «la sistemazione teorica sembrava fedele al principio secondo cui la giuridicità coincide con il carattere intersoggettivo delle norme. [...] da questo punto di vista, non si può non ricordare la brillante ricostruzione giuridica proposta da cammeo, che introdusse una soluzione originale e convincente, in grado di offrire rilevanza giuridica alle circolari sotto il

Difatti, quella teoria si può tradurre in positivo: la circolare non esprime la legge, ma il vincolo dell'amministrazione all'interesse pubblico¹⁹.

L'analisi di Massimo Occhiena rivela bene questa intima potenza e mette in luce "l'intensità" del vincolo all'interesse²⁰. Il passo successivo è nel tradurre quell'intensità in una situazione giuridica: scrive Occhiena che, quando l'amministrazione pone la norma interna, esprime un "tipo di potere"²¹; precisamente, quel potere che è espressione dell'ordinamento insito in ogni amministrazione. Tutto è in un passaggio: la norma interna è rilevante non per la sua natura oggettiva, ma perché esprime un particolare ordinamento²². Dunque, il passaggio fondamentale è dalla norma interna all'ordinamento interno. Meglio, a quell'ordinamento che all'amministrazione è particolare, perché rappresenta un potere di autonomia derivante dall'ordinamento giuridico generale, per soddisfare fini specifici. È la teoria della autonomia e della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano. E nel libro è sentita come una "svolta".

Così la norma interna è pronta a fare il suo ingresso nel sistema contemporaneo e a prestarsi a un certo sviluppo, nella seconda parte del libro.

In questa parte, Fabrizio Fracchia scrive che l'ordinamento particolare è il "migliore strumento concettuale" per inquadrare la norma interna e svilupparne le possibilità²³. Qui apre un grande parallelo tra la teoria degli ordinamenti di Santi Romano e la teoria della organizzazione e dei sistemi di Luhmann²⁴. Il punto in comune è un ente organizzato; e il suo organizzarsi è già diritto ed è fattore di un certo sistema giuridico.

Quel particolare sistema, così, è destinato ad aprirsi al nuovo ed è capace di tradurre in diritto le esigenze sopravvenute, come, per esempio, quelle proprie delle reti e dell'intelligenza artificiale.

La visione dell'organizzazione nell'ordinamento derivato permette di vederne la capacità creativa: l'organizzazione "coglie la differenza" insita in una nuova esigenza e la sviluppa da sé. Precisamente, prefigura da sé le regole del gioco valide

profilo dei riflessi sull'atto finale. Questa mossa teorica consentiva di cogliere un carattere essenziale delle norme interne (traguardate dal punto di vista dell'ordinamento generale): la possibilità di derogare alle stesse [...] il che comporta, secondo la prospettiva teorica della contemporanea sistematica, in assenza di emersione di una violazione di legge, il disconoscimento della natura normativa di quei precetti».

¹⁹ La nostra considerazione, espressa nel testo, è riduttiva rispetto alla teoria del libro, ben più ampia, che, nel compiere uno svolgimento che in apparenza è "sotto traccia", mette in luce una vera sistematica: «la percezione [...] del fatto che le norme potrebbero legarsi all'attribuzione di un potere diverso e più circoscritto rispetto alla generica supremazia; [...] l'intersoggettività quale carattere della giuridicità [...]» – v. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 24-25.

²⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 17.

²¹ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 27.

²² F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 25-29.

²³ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 132.

²⁴ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 89 ss.

per gli altri soggetti, porgendole all'ordinamento generale²⁵. Questo ordinamento, nei limiti che dà all'autonomia, convalida quelle regole, secondo il principio del riconoscimento. In questa luce, la regola che l'organizzazione produce può dirsi "autoprodotta" (è «autopoiesi») ²⁶. Si tratta, secondo la formula di Fracchia, di «autonomia oggettiva»²⁷. In questo, la figura somiglia all'autonomia di Santi Romano e all'autonomia amministrativa funzionale di Alberto Romano, con una differenza, che sarà ripresa in seguito²⁸.

Per ora, a noi interessa questo risultato: l'organizzazione-ordinamento è capace di generare una sua "struttura semantica"²⁹. Se ne vedranno gli sviluppi.

4. *Significato della norma interna e conferme della teoria nel diritto positivo*

La dimensione giuridica insita in ogni norma interna e la sua appartenenza all'ordinamento autonomo e particolare dell'amministrazione costituiscono, dunque, quelli che a noi sembrano i maggiori risultati del libro. Sono notevoli e possono portare lontano.

La prima conseguenza, si diceva, è negativa e immediata: la norma interna non è norma giuridica e quindi la sua violazione non è violazione di legge bensì eccesso di potere (teoria di Cammeo). In positivo, la conseguenza è questa: la norma interna non si amalgama con l'ordinamento giuridico generale, non lo costituisce, non si aggiunge alle sue leggi e ai suoi regolamenti. Questo esito, in tutto il libro³⁰, emerge grazie ad una fine ricostruzione dei passi e delle teorie de «*L'ordinamento giuridico*» di Santi Romano.

Oggi, questo esito non è affatto scontato e ha bisogno di una verifica³¹. Per esempio, la più recente teoria in materia, spiegabile nella visuale dei principi dell'ordinamento generale, vede la violazione della norma interna non come eccesso di pote-

²⁵ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95, 101, 131.

²⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95.

²⁷ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 131.

²⁸ S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist., 1983, 14 ss.; Alb. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1987, II, 30 ss. Ma c'è una differenza: la teoria di Fabrizio Fracchia suppone che vi sia un ente organizzato e che dunque il fattore di fondo sia il potere di darsi un'organizzazione, mentre la teoria romaniana suppone non un'organizzazione ma una "istituzione", capace di darsi un proprio ordinamento per soddisfare determinate esigenze. Sul concetto di istituzione, che è diverso dal concetto di organizzazione, v. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 27-33; la precisazione del concetto di istituzione serve alle conclusioni e quindi è nel paragrafo finale.

²⁹ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95, 101.

³⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 27-29, spec. 29 e poi 106.

³¹ Si riceve qui l'impostazione di metodo di F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale. Studi in onore di F. Bassi*, Napoli, 2015, I, 233 ss., che collega ai principi generali il trattamento processuale di alcune tipologie di circolari.

re bensì come violazione di legge³². In questa stessa luce, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017 n. 5664 dice che «secondo la ricostruzione alla quale accede la dottrina più moderna, anche le circolari, nel quadro della particolare eterogeneità che le connota, possono assumere carattere propriamente normativo (circolare-regolamento), in assenza di uno schema tipizzato volta per volta dal legislatore»³³.

Una breve verifica, dunque, sembra utile. In quest'ottica, parte della giurisprudenza, come Tar Lazio, sez. I, 27 luglio 2021 n. 8989, è di segno opposto e sembra molto interessante. La sentenza è in materia di diritto alle ferie non godute nell'ordinamento militare; finisce per annullare una circolare, che l'amministrazione militare assume a motivo di diniego del diritto ad un credito per le ferie non godute. Nel caso di specie, la norma giuridica applicabile (legge), stabilisce che il diritto alle ferie non godute consiste di una somma di denaro e matura quando il mancato godimento sia dovuto ad «esigenze di servizio», accertate *ex officio*; la circolare, invece, imponeva un elemento in più, ovvero una domanda di licenza da parte del militare, che non era prevista nella legge; in questo modo, la circolare impone nel procedimento una fase in più, la domanda di parte, e, in termini sostanziali, impone al diritto soggettivo un presupposto di esistenza che è in più perché non è previsto dalla legge. E infatti la sentenza stabilisce che la circolare «non è fonte di diritto ma norma interna che vincola [...] gli uffici all'interno dell'Amministrazione [...] Ma non può, viceversa, desumersi dalla norma interna, proprio in quanto priva di valenza giuridica e vincolante nell'ordinamento generale [...] la determinazione di *presupposti costitutivi del diritto, ulteriori rispetto a quelli definiti dalle norme che di quel diritto sono la fonte*»³⁴.

In negativo, dunque, la circolare non può determinare un nuovo presupposto costitutivo del diritto e, dunque, come ben detto nel libro, la norma interna non può aggiungere nulla alle norme giuridiche, «non si amalgama» con l'ordinamento generale. Si conferma così la teoria tradizionale di Cammeo e di Santi Romano e, oggi, quella del libro, per cui la norma interna non è norma giuridica.

In positivo, la norma interna è vincolo all'interesse e il suo contenuto è la precisa indicazione di quell'elemento che dia precisa definizione all'interesse pubblico. Il che rivela, come scrive Massimo Occhiena, la «intensità» del vincolo che

³² M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano*, cit., 275: la «piena rilevanza nell'ordinamento giuridico generale» conduce al superamento della dottrina dell'eccesso di potere e «si ritiene, infatti, che tali atti, anche se non qualificabili come fonti del diritto, siano da intendere come non derogabili, costituendo "autolimiti rinforzati" in forza della loro pubblicazione». Su questo aspetto, più cauto è G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 65: «Ancora da esplorare nei suoi integrali sviluppi [...] è la possibilità di sussumere la violazione di circolari [...] nell'ambito della violazione di legge. Si tratta, in tale fattispecie, della possibilità che l'azione amministrativa in contrasto con le norme interne violi l'affidamento e la buona fede». Infine, in senso negativo, per la tesi che la violazione di circolare non può essere violazione di legge, v. F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit., 250.

³³ Ma è un *obiter dictum* – il caso sarà trattato meglio in seguito.

³⁴ Il corsivo è nostro.

è insito nella norma interna. E difatti il vincolo all'interesse, aggiungiamo noi, non è vincolo imperativo ma vincolo funzionale. Non esprime la volontà della legge e non imprime nella norma interna l'esatta ripetizione della volontà normativa o un suo sviluppo; la norma interna rivela solo quell'elemento che meglio esprime il valore di ciò che può essere il pubblico interesse nel concreto, suggerendone la migliore soddisfazione³⁵. Per questo, può essere oggetto di un giudizio negativo di non adeguatezza, sotto forma di eccesso di potere e mai in termini di violazione di legge³⁶. Per questo, inoltre, la norma interna è elastica e suppone il potere dell'amministrazione di discostarsi dal vincolo interno, per una questione che non è solo di legittimità ma di merito amministrativo³⁷.

Tutto questo, dunque, in una prima conclusione, sembra che non abbia molto a che vedere con la norma giuridica e con il dover essere, ma con l'essere. Riguarda l'agire dell'amministrazione e la sua autonomia³⁸. Questa autonomia non è libera (come quella privata), ma è autonomia funzionale³⁹. Difatti, è riconosciuta per soddisfare i fini pubblici previsti *ex lege*.

Rispetto alla definizione teorica dell'autonomia amministrativa, si fa una considerazione in più. Si sa che l'autonomia è espressione della capacità giuridica del soggetto di generare da sé situazioni giuridiche soggettive, ovvero di costituire, modificare o estinguere quelle situazioni, secondo la formula classica del provvedimento, che ha un'evidente matrice nel negozio e nell'autonomia privata, e che, dunque, si traduce nella disponibilità giuridica degli interessi⁴⁰. Ne viene un risultato: l'interesse si trasfonde in effetto giuridico, ma non *ex lege* bensì grazie all'eser-

³⁵ In questo senso, pur partendo da premesse di ordinamento generale e maturando risultati diversi da quelli del libro di Fracchia-Occhiena, v. le conclusioni teoriche della dottrina più recente – v. M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano*, cit., 276: «Le norme interne, inoltre, hanno la funzione di garantire la funzionalità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa», al fine di «perseguire gli interessi pubblici predeterminati dalla legge».

³⁶ Molto chiaro su questo punto è F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit., 250, che stigmatizza la ricostruzione normativa della circolare, assumendo che «Tale ricostruzione si fonda, infatti, su un parallelo con i regolamenti che, stante la radicale diversità di questi ultimi rispetto alle circolari, risulta del tutto fuorviante».

³⁷ Ne deriva il carattere tipico che la dottrina del Novecento riconosce con sicurezza alla norma interna: essa precisa meglio l'interesse pubblico e lo migliora nel grado e nel valore, ma non lo impone: così l'amministrazione può discostarsi dalla circolare, motivando e indicando quale sia l'altro utile pubblico che permette di disattendere.

³⁸ Qui si vede una differenza tra l'impostazione del libro e la nostra versione, che si svilupperà nel testo da questo punto in poi. Ed è questa: mentre il significato particolare della norma interna, e l'effetto giuridico che ne deriva, sono frutto del potere di organizzarsi – v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 112: «[...] giova ancora indugiare brevemente sul fatto che le norme interne sono espressione di un principio di autorganizzazione, che rimane distinto dallo svolgimento di un potere in senso proprio [...]» –, per noi sono il risultato dell'esercizio del potere amministrativo in senso proprio, visibile nel costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive, per mezzo di provvedimenti.

³⁹ v. Alb. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 30-32.

⁴⁰ v. Santi Romano, *Atti e negozi giuridici, Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 3 ss., 13.

cizio del potere di autonomia⁴¹. Genera così un'efficacia giuridica che è anch'essa funzionale agli interessi⁴².

Questo è l'oggetto che sembra più pertinente alla norma interna. La norma interna riguarda l'autonomia funzionale dell'amministrazione. In teoria generale, non è altro che il «determinismo spirituale» dei fini e degli interessi⁴³.

È in questo "spirito" e in tutto questo spazio che agisce la norma interna. Si manifesta come un momento riflessivo dell'autonomia amministrativa; precisamente – ed è detto molto bene nel libro – tra l'esercizio del potere e l'atto finale può interpersi un momento di riflessione, un'anticipazione, un darsi un significato e una direzione, un criterio. Propriamente, è una "volizione preliminare", e, correttamente, nel libro è richiamata la teoria di Alberto Romano, del potere che prefigura una futura decisione, il futuro contenuto del provvedimento amministrativo⁴⁴, ma anche la possibilità di discostarsene, lo sdoppiamento, la dissociazione, al momento opportuno.

Tutto questo, in conclusione, è possibile non solo perché la norma interna non è norma giuridica, ma perché è espressione interiore del potere di autonomia. Più precisamente, per Fabrizio Fracchia, la norma interna è espressione del potere di darsi un'organizzazione; ed è autonomia oggettiva⁴⁵.

Nel libro questo passaggio sembra venire dalla "scoperta" della teoria romana, ma, in fondo, è anche una "scoperta" degli autori stessi, che diventa visibile e utile perché restituisce una visione contemporanea dell'organizzazione, insita non solo nell'autonomia ma nell'organizzazione di Luhmann. È una visione che sembra piena di conseguenze. Ne esaminiamo solo una, relativa alla semantica.

La sua premessa, ben colta da Massimo Occhiena, è la dimensione giuridica che è peculiare alla norma interna; su di essa si innesta l'altro risultato, definito da Fabrizio Fracchia nella seconda parte: nell'autonomia, nel darsi un'organizza-

⁴¹ La possibilità di generare effetti per gli interessi è, dunque, il *proprium* del fenomeno, con una specificazione. Nella teoria dell'autonomia, si distingue tra effetto *ex lege* ed effetto *ex actu* e si precisa che, caso per caso, bisogna vedere se l'effetto giuridico sia determinato dalla legge o dall'atto giuridico.

⁴² Talora la legge produce interamente l'effetto, determinando il suo contenuto e le sue modalità. Quando invece la legge riconosce al soggetto il potere di generare effetti giuridici, al fine di soddisfare determinati interessi, l'effetto giuridico è generato dall'esercizio del potere, nel senso che è il potere che lo produce, lo definisce nel suo contenuto e lo rende funzionale ai fini previsti.

⁴³ Cfr. V.E. Orlando, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, introduzione a Santi Romano, *Scritti minori*, (a cura di G. Zanobini), Milano, 1950, I, I ss., XXIII, ove altresì allude a una "potenza generatrice" non solo di effetti giuridici ma di "valori".

⁴⁴ Cfr. Alb. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870 ss.; Alb. Romano, *In tema di circolari amministrative*, *Riv. dir. fin.*, 1959, II, 109 ss.

⁴⁵ v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 112: «[...] giova ancora indugiare brevemente sul fatto che le norme interne sono espressione di un principio di autorganizzazione, che rimane distinto dallo svolgimento di un potere in senso proprio [...]».

zione, vi è sempre la capacità di generare una «struttura semantica»⁴⁶. La struttura organizzata, dunque, esprime un suo significato.

Anche questa semantica trova oggi una precisa conferma in giurisprudenza. Per esempio, Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017 n. 5664, annulla una circolare di un Comune che è utilizzata in un caso particolare, per motivare il diniego di un permesso di costruire. La circolare fissava la nozione di «tessuto urbanistico edificato», ma la riferiva, contemporaneamente, a parti del territorio che sono di «pertinenza urbanistica di aree edificate» e a parti del territorio che sono «libere ma ricoperte di vegetazione»; pertanto la norma della circolare – dice il Giudice – usa «una formula sintattica che non lascia dedurre, con sufficiente immediatezza», quali siano «gli esatti profili» della «disciplina urbanistica», poiché l'amministrazione si è limitata a richiamare il «concetto astratto ed indefinito di *pertinenza urbanistica*», applicandolo a parti del territorio di natura diversa. Quanto dire che il significato assunto dalla norma interna non è chiaro e quindi va censurato: nel giudizio di legittimità, sotto forma di eccesso di potere e di inadeguatezza della motivazione, e, in positivo, per il suo valore giuridico, perché restituisce un senso che non esprime e non soddisfa al meglio l'interesse pubblico⁴⁷.

5. *Norma interna, "istituzione" e creazione del diritto*

Se la teoria della norma interna esprime un suo significato, che in giurisprudenza è apprezzabile sotto forma di adeguatezza della motivazione, ci si può chiedere cosa valga in generale.

Il suo valore giuridico è tutto in questo punto: la norma interna esprime il significato dell'interesse pubblico nel concreto e costituisce un vincolo all'interesse, che ne determina la valenza, ma, come ben messo in luce nel libro, non è norma giuridica, non si amalgama e non costituisce l'ordinamento generale; e questo perché – aggiungiamo noi, collegando il soggetto all'oggetto – l'istituzione che esprime quel significato non si assorbe nello Stato (e nell'ordinamento generale), ma è irriducibile: il significato che quell'istituzione esprime è inconfondibile.

Questo risultato è da considerare un poco di più, al fine di determinare il limite dell'ordinamento giuridico e quindi la norma interna. Viene in luce benissimo grazie allo scavo delle fonti di Santi Romano effettuato nel libro e per questo nel lettore suscita un'intuizione. Ne *«L'ordinamento giuridico»* Santi Romano

⁴⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 95.

⁴⁷ L'esercizio "al meglio", o la valutazione in peggio dell'interesse, denotano una variazione di grado dell'interesse, di più o di meno, che appartiene al merito e che, fra l'altro, spiega l'elasticità del potere di valutazione, che da sempre le dottrine riconoscono all'amministrazione, ammettendo il potere di discostarsi dalla circolare, motivando per un «diverso utile pubblico», come diceva Cammeo.

si occupa delle norme interne in vari punti della trattazione e poi nell'ultima pagina; ma con una differenza: mentre nei punti intermedi Santi Romano riprende i suoi saggi del passato e spiega la norma interna come espressione di supremazia speciale – e in questa supremazia la norma interna è fuori dall'ordinamento giuridico – nell'ultima pagina del libro la spiegazione cambia e la norma interna è dentro l'ordinamento giuridico. Perché Santi Romano ha abbandonato la spiegazione della supremazia speciale, e proprio nell'ultima pagina?

Questa domanda spinge il lettore verso un approfondimento: chi vada a rileggere quanto Santi Romano scriveva nel 1906 «*Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*», vede che già a quel tempo egli sentiva la supremazia speciale e il suo parallelo con l'ordinamento generale come una «imitazione ridotta», una «illusione»⁴⁸; la vera spiegazione sta altrove ed è nel fatto che l'istituzione–Camera e il suo ordinamento non si assorbono nello Stato e da esso si distinguono, per un solo motivo: perché derivano da una istituzione «a sé stante». Per questo, nell'ultima pagina de «*L'ordinamento giuridico*», nel 1918, la spiegazione è diversa ed è già cambiata: la norma interna è espressione di una istituzione a sé ed è già diritto, è ordinamento giuridico⁴⁹.

Questo passaggio è fulminante e fondamentale: l'istituzione che è già diritto; l'esercizio della sua autonomia che è irriducibile e produce un che d'inconfondibile, e, come scrive Fabrizio Fracchia, fa la «differenza»⁵⁰.

Questa differenza – ci sembra – è tutta nel significato che assume l'interesse pubblico nella norma interna, in quanto sia derivante da una istituzione o da una organizzazione. E così, più ampiamente, tutto sembra concludersi nel vedere che il significato dell'interesse, l'espressione che ad esso deriva da una organizzazione o da una istituzione, diventa «inconfondibile» e si costituisce in diritto. Precisamente, in significato giuridico, in vincolo ed in effetto giuridico.

La norma interna, quindi, sul piano generale, esprime il significato dell'interesse pubblico, non è norma giuridica, ma è diritto, è già ordinamento giuridico, come rivela Santi Romano nell'ultima pagina de «*L'ordinamento*»; e infatti in quell'ultima pagina Santi Romano non fa altro che applicare alla norma interna la sua famosa equazione iniziale: ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento giuridico, e, viceversa, ad ogni ordinamento corrisponde un'istituzione⁵¹.

⁴⁸ Cfr. S. Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, 213 ss., 250, 256.

⁴⁹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 156: «D'altra parte, quando si considerano non più in rapporto all'ordinamento comprensivo dello Stato, ma in se stessi, non si può negare che siano dei veri e propri ordinamenti giuridici».

⁵⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 95 e 132: «Un sistema che “risolve” in esclusiva un problema del tutto nuovo e differente e che ospita [...] proprie organizzazioni o, comunque, organizzazioni a quel sistema correlate».

⁵¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, ora in *L'ultimo Santi Romano*, cit., 156: «Anche questo è un corollario della definizione del diritto che abbiamo posta e del principio che ogni istituzione è sempre un ordi-

E allora, applicando la formula alla nostra realtà giuridica, oggi tutto il punto ci sembra sia questo: vedere se la norma interna corrisponda davvero a una organizzazione (nel senso di Luhmann), o, secondo la teoria romaniana, ad una "istituzione" amministrativa⁵². Solo a queste condizioni può configurarsi una norma interna.

A questo punto, uscendo fuori dalla teoria generale, si può aggiungere una domanda finale: la teoria della norma interna ha riscontro nel diritto positivo?

Sembra di sì. Oltre ai settori giuridici indicati nel libro⁵³ e alla versione della giurisprudenza nei casi qui trattati⁵⁴, sembra che la teoria abbia un fondamento che è generale, perché si trova nella legge n. 241 del 1990. In essa, più volte, figura la formula «secondo i rispettivi ordinamenti». Per esempio, nel determinare i termini di conclusione del procedimento (art. 2, comma 3), nel determinare l'unità responsabile del procedimento (art. 4, comma 2), nel determinare i criteri per la concessione di provvidenze e ausili economici (art. 12, comma 1).

Non è forse questa la riprova che in quel determinare «secondo i rispettivi ordinamenti» vi sia tutta la norma interna?

Così si torna al punto di partenza: il passaggio dal punto interno al punto giuridico sembra la felice e fondamentale scoperta del libro e costituisce l'espressione più "intensa" della norma interna, intesa come espressione di una organizzazione o di una istituzione; in fondo, rappresenta la capacità creativa insita nell'autonomia dell'amministrazione e nel diritto amministrativo stesso. E così finisce per collegare il diritto particolare al diritto dell'ordinamento generale, i *social* e la *A.I.* al diritto, e il passato al futuro.

namento giuridico».

⁵² In termini di teoria degli ordinamenti, la differenza tra organizzazione e istituzione non sempre è netta, ma non sembra così rilevante, perché istituzione e organizzazione sono entrambe il fattore del potere di darsi un ordinamento giuridico; sono il fondamento di un'autonomia oggettiva. Resta solo da definire, per chiarezza, il concetto chiave di istituzione; per la sua definizione, desumibile da una ricostruzione di vari passi, v. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 27, 33: si tratta di una «coesistenza di vite di uomini» volta a «sorpassare» la loro caducità e a «perpetuare certi fini» al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali «più poderosi e più duraturi della vita dei singoli», creando quella sintesi, quel «sincretismo di [...] attività ed energie adibite a fini permanenti e generali», attraverso un insieme di «garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti».

⁵³ Cfr. per esempio l'art. 12 del d.lgs. n. 33/2013 – «Obbligo di pubblicazione dei materiali interni» – nonché l'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, che riconosce la rilevanza dei codici interni – v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 101, 115.

⁵⁴ Per una trattazione sistematica si rinvia a F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit.

La norma interna nell'ordinamento giuridico

Da una recensione a un bellissimo libro sulla norma interna viene fuori una riflessione sull'ordinamento giuridico e sull'autonomia dell'amministrazione. La norma interna, infatti, pone all'interprete un problema fondamentale: se sia ordinamento giuridico quel che l'amministrazione produce con la sua parte più intima, la norma interna. Il saggio segue il filo del libro e la sua tesi principale: la norma interna – scrive Massimo Occhiena – è una “non norma” e ha una sua “teologia negativa”; il che apre a nuove possibilità: la norma interna ha una sua dimensione giuridica e Fabrizio Fracchia dimostra che la norma interna è espressione di organizzazione, derivante da un particolare ordinamento. Ne trae una peculiare forza ordinante, una sua rilevanza giuridica. Difatti, la norma interna finisce per condizionare la valutazione dell'interesse pubblico, l'eccesso di potere, e, in fondo l'autonomia organizzativa dell'amministrazione, e così assume un preciso senso giuridico: quel che la norma interna dice è il significato del pubblico interesse, in un settore o in un caso concreto. La norma interna, dunque, come espressione di un particolare ordinamento, esprime una “sua struttura semantica” e assegna all'interesse un “suo” significato, inconfondibile. Da questo risultato importante il saggio tenta di fare un passo in più: quel significato, visto nella teoria generale, è un significato inconfondibile e non è interno, è effetto giuridico, è già diritto, perché deriva dall'amministrazione, intesa come istituzione-ordinamento: e può generare diritto, secondo l'equazione di Santi Romano, per cui ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento giuridico. Questo risultato sembra ben visibile anche nel diritto positivo: in fondo, la norma interna non è forse insita nella legge n. 241 del 1990, nella formula “secondo i rispettivi ordinamenti”, che tante volte in essa si ripete?

Legal order and “Internal rule”

It's an essay on soft law. It focuses about the main side of soft law: the internal rule, «*la norma interna*». The internal rule is issued by the Administration itself. Is the internal rule relevant and is it a part of the legal system or not? For example, in case of violation of an internal rule, can we think of a breach of the Law? Can we think of a legal tort? The essay attempts to give an answer. The basic idea is that the internal rule is not a rule of Law, but it's something pertaining to the inner nature of public Administration in itself. Something belonging to the public interest itself. So it can exert influence upon discretionary power of Administration, in making public choices upon interests. It can bind the power and make void the administrative discretionary choice, under the model of *détournement de pouvoir* («eccesso di potere»). In this perspective, the internal rule is an intrinsic part of the legal order, a part of the Law, even if it's not a rule of law. Being the inner and real expression of administrative organization, internal rules can give the best choice and the best idea of what public interest is in action.