



LA TENUTA DELLO STATO COSTITUZIONALE AI TEMPI
DELL'EMERGENZA DA COVID-19. PROFILI GIURIDICO-FINANZIARI

30 GENNAIO 2023

Il sistema delle fonti e la rilevanza delle
circolari amministrative nella
governance dell'emergenza pandemica

di Gloria Francesca Pulizzi
Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma



Il sistema delle fonti e la rilevanza delle circolari amministrative nella governance dell'emergenza pandemica*

di Gloria Francesca Pulizzi

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo affronta il tema della collocazione nel sistema delle fonti del diritto delle circolari amministrative, prendendo le mosse dal largo utilizzo che di tale strumento è stato effettuato nella prassi amministrativa di gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19. In tale contesto, l'autore riflette sui possibili rischi per la tenuta dello Stato costituzionale in ragione della capacità delle circolari amministrative di assumere valore sostanzialmente normativo e di incidere sui diritti costituzionalmente garantiti.

Title: Sources of law and the relevance of administrative circulars in pandemic emergency governance.

Abstract [En]: The paper addresses the issue of the place in the law system of administrative circulars, starting from the wide use that has been made of this tool during the Covid-19 pandemic emergency governance. In this context, the author reflects on the possible risks for the stability of the constitutional State due to the ability of the administrative circulars to assume substantially normative value and to affect constitutionally guaranteed rights.

Parole chiave: Circolari amministrative; sistema delle fonti; emergenza pandemica; diritto alla salute; legittimo affidamento

Keywords: Administrative circulars; source system; pandemic emergency; right to health; legitimate expectations

Sommario: 1. La crisi sanitaria come fattore di amplificazione della crisi del sistema delle fonti. 2. Una figura paradigmatica dell'emergenza: le circolari amministrative. 3. Le circolari amministrative nel sistema delle fonti tra esigenze concrete e profili problematici. 4. Il valore giuridico delle circolari amministrative nei sistemi giuridici complessi.

1. La crisi sanitaria come fattore di amplificazione della crisi del sistema delle fonti

È noto il dibattito emerso nella dottrina costituzionalista circa la tenuta dello Stato di diritto durante la crisi pandemica¹ in ragione del costante ricorso a forme e modalità di esercizio del pubblico potere in collisione con le fondamenta dello Stato costituzionale.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹Su tale dibattito, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2020, pp. 109 ss.; *contra*, A. RUGGIERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, pp. 369 ss.; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, III; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, pp. 64 ss.; A. VERNATA, *Ceci n'est pas une copie. Il (lento) incedere del principio di legalità sostanziale nella legislazione pandemica*, in *Osservatorio Aic*, n. 4, 2021, pp. 200 ss.

Il richiamo alla concezione schmittiana di Stato di eccezione², quale elemento di congiunzione tra la forza e il diritto nelle fasi di anomia³ e Stato di emergenza⁴ ha condotto la dottrina ad interrogarsi sulle possibili giustificazioni dell'esercizio di poteri "straordinari" nello Stato di eccezione e sull'incidenza di questi nel rapporto con il sistema delle fonti⁵, dato il proliferare di una «commistione tra decisione giuridica e decisione politica»⁶ nella *governance* della pandemia. In tale contesto sembra, infatti, essersi verificato il paradosso per cui le norme degradano a meri fatti mentre procedimenti di fatto, di per sé estranei all'ordinamento giuridico generale⁷, assumono veste giuridica.

Su un diverso piano ma di rilievo parimenti centrale, non solo per esigenze di sistema ma soprattutto a livello dogmatico, è la capacità del fatto di diventare norma o, perlomeno, di assumere rilevanza giuridica per il tramite dell'attività regolatrice della pubblica amministrazione⁸.

Nella concreta prassi amministrativa di gestione della pandemia, anche per opera della pubblica amministrazione, infatti, atti formalmente privi di rilevanza giuridica esterna sono stati largamente utilizzati con forza cogente, ossia idonea a comportare un elevato grado di incisività sia in relazione all'orientamento dei comportamenti dei consociati, sia in relazione alla qualificazione di tali comportamenti in termini di obbligatorietà. Delibere, raccomandazioni, linee-guida, FAQ, codici di condotta e circolari hanno rappresentato una delle (poche) costanti dell'emergenza⁹. Tali strumenti sono stati largamente utilizzati, infatti, sia in funzione di raccomandazione ma anche per stabilire misure obbligatorie e conseguenti sanzioni. In numerosi casi sono emerse ipotesi "di confine" che hanno

²V. E. RAEDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema* 7/2/2016.

³C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33; ID., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (1921)*, Laterza, Roma-Bari, trad.it. III ed., 1975.

⁴Sul punto, W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza (1921)*, Edizioni Alegre, Roma, 2010, p. 57.

⁵Sugli strumenti normativi utilizzati in pandemia, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, pp. 400 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020, pp. 142 ss.; C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE*, n. 3, 2020, pp. 4263 ss.

⁶Cfr. O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 163.; A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2020, pp. 119 ss.

⁷Si rimanda alla teoria della pluralità degli ordinamenti di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918.

⁸Il fenomeno ha radici risalenti. Sul punto, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, Napoli, 1970; ID., *Governo e amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, pp. 757 ss.; FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1997; in chiave critica, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, pp. 86 ss.

⁹Basti consultare il lungo elenco riportato sul sito del Ministero della Salute, [Norme, circolari e ordinanze \(salute.gov.it\)](https://www.salute.gov.it/Norme_circolari_e_ordinanze). In particolare, linee-guida AIFA, *Raccomandazioni AIFA sui farmaci per la gestione domiciliare di Covid-19*, agg. 14 dicembre 2021.

comportato il proliferare di modelli atipici considerati atti di regolazione *soft* per l'assenza di una diretta vincolatività, ma la cui efficacia sostanziale è stata tale da incidere fortemente nei rapporti intersoggettivi¹⁰. A seguito dell'utilizzo di tali atti, la protezione di diritti degli individui non può dirsi sia stata affidata *solo* alla legge e neppure a fonti di rango secondario, risultate insufficienti, ma anche a strumenti a efficacia variabile.

Ciò, in una fase post-pandemica, impone una riflessione circa le conseguenze che il fenomeno ha nel panorama dello Stato costituzionale. I problemi di ordine costituzionale dei DPCM da un lato, e i ricorsi per l'annullamento delle circolari dall'altro, disvelano l'impossibilità di accettare una concezione statica del sistema delle fonti e impongono di domandarsi se lo Stato di diritto sia in grado di recepire la trasformazione in atto oppure, come è sembrato, ne sia stato travolto.

Il tema della collocazione sistematica degli atti flessibili di regolazione considerati ormai quale ulteriore strumento giuridico dell'ordinamento¹¹ si presenta, infatti, di grande attualità, non solo perché esso inerisce a rilevanti ed annose questioni, quali il rispetto del principio di legalità e la tenuta del "sistema delle fonti"¹², ma anche in ragione dei recenti sviluppi giurisprudenziali, i quali, muovendosi in un contesto di grande frammentarietà, non sembrano in grado di rispondere alla crescente domanda di regolazione proveniente dalla società, se non agganciandosi ai tradizionali criteri gerarchici.

In tale contesto, sarebbe riduttivo affermare che la pandemia abbia sconvolto e confuso il sistema delle fonti del diritto, come invece è stato pur ragionevolmente sostenuto¹³. Sembra invece che il sopraggiungere di una situazione di crisi che imponesse la celerità delle decisioni abbia soltanto disvelato, e semmai amplificato, un'altra crisi endemica, ossia quella di un sistema delle fonti che sembrava essersi consolidato secondo la tradizionale impostazione gerarchico-piramidale, aggiungendo un ulteriore profilo problematico, consistente nella possibilità di ricorrere a strumenti diversi non solo dalla fonte primaria ma anche da quella secondaria.

In tale prospettiva, si esamineranno in maniera analitica gli atti adottati durante l'emergenza pandemica e, in particolare, il modello delle circolari amministrative, le quali, come detto, sembrano aver assunto valore cogente. Tale schema si inquadra in quella tipologia di fonti che parte della dottrina considera

¹⁰A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, pp. 499 ss.

¹¹ Sull'insufficienza dell'attuale sistema a rappresentare correttamente l'atteggiarsi delle fonti, si v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2015, pp. 683 ss.

¹² *Ex multis*, V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto: b) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. I, Milano, 1997, p. 61 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 536 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Utet, Torino, 1993; P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009.

¹³Cfr. S. FOÀ, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, in *federalismi.it*, n. 7, 2022, pp. 92 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia*, cit., p. 414.

“terziarie”¹⁴, ossia quegli atti che, pur svolgendo una funzione *de facto* normativa, rimangono in una zona d’ombra e per i quali si ricorre in maniera sempre più controversa a incerti tentativi di qualificazione. Proprio tale prospettiva consente di esaminare le trasformazioni che il fenomeno ha impresso al concetto di efficacia normativa in senso sostanziale.

2. Una figura paradigmatica dell’emergenza: le circolari amministrative

Nel contesto di *governance* dell’emergenza pandemica, l’irrompere delle circolari amministrative mostra, ancora una volta, una significativa (e forse fisiologica) preferenza per il connubio tra celerità ed efficacia, da un lato, e qualità della regolazione in circostanze indifferibili, dall’altro¹⁵. Tale scelta, però, appare evocare la capacità della circolare di avere occasionalmente una vera e propria capacità innovativa esterna¹⁶, sebbene ciò, in concreto concorra ad evidenziare le crepe del sistema¹⁷.

In alcuni casi, infatti, esse hanno inusualmente assunto un ruolo dispositivo o sono state utilizzate a scopo precettivo. Al primo caso può ascriversi la circolare sull’inclusione, nel programma di vaccinazione, della fascia di popolazione compresa tra i cinque e gli undici anni¹⁸. Il Ministero della Salute, sulla base delle evidenze scientifiche e del parere favorevole espresso dall’EMA così come accolto dall’AIFA, ha ritenuto

¹⁴M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit.

¹⁵ La tendenza volta all’utilizzo di atti flessibili di regolazione al fine di fronteggiare con maggiore celerità situazioni complesse pare essere una prassi che negli ultimi anni è andata consolidandosi nel panorama giuridico italiano. In tale contesto, a fungere da spartiacque tra un sistema delle fonti ancorato dalla stretta aderenza ad un criterio gerarchico-piramidale ed un sistema caratterizzato dall’erompere della flessibilità ed atipicità degli atti è stato il ruolo che hanno assunto le linee-guida e, in particolare, quelle considerate *vincolanti*. In Italia, la preferenza per questo strumento atipico di regolazione si è registrata sin dall’attribuzione di poteri di regolazione flessibile in capo alle autorità amministrative indipendenti proprio in ragione dell’esigenza di ancorare alla fonte di rango primario una disciplina qualificata e caratterizzata da un elevato grado di tecnicità. Su tutti, si veda il caso emblematico del valore *sostanzialmente normativo* delle linee-guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. Su cui C. DEODATO, *Le linee guida dell’Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, n. 4, 2016; G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2016, pp. 273-319; I.A. NICOTRA, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016; F. MARONE, *Le linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 3, 2019. Al di là del più ristretto fenomeno delle autorità indipendenti, la regolazione per linee guida ha assunto un ruolo di primario rilievo in relazione a numerosi settori in cui emergono diritti di rilievo costituzionale. Tra questi le maggiori criticità si rinvengono in relazione alle questioni concernenti il biodiritto – già caratterizzate da un largo utilizzo di atti di *soft law* in ambito internazionale (su cui si veda L. POLI, *Il diritto internazionale come “motore” del biodiritto e l’emersione di un “biodiritto internazionale”*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2019, pp. 287 ss.), ma anche alle questioni riferibili alla p.m.a e al più generale contesto medico-sanitario nel quale è noto il rilievo assunto dalle Linee Guida previste dall’art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24. Da ultimo, in ragione della tutela costituzionale garantita all’ambiente, numerosi profili di criticità sembra comportare la c.d. *soft environmental law*, all’interno della quale si iscrivono le linee-guida le, quali, in verità, già da tempo sono poste, sia a livello interno che a livello internazionale, quale strumento di tutela dei settori afferenti l’ambiente. Sul punto, si veda V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, Milano, 2016. Più in generale, sulla rilevanza degli atti di *soft law* nel settore ambientale, si veda K. WELLENS, G.M BORCHARDT, *Soft law in European community law*, in *European law review*, 1989, pp. 267-321.

¹⁶M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti*, cit., p. 8.

¹⁷Sul punto, cfr., A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità*, in *L’amministrazione nell’assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 810-830.

¹⁸Circolare del Ministero della Salute del 7 dicembre 2021, n. 56429.

di poter includere i soggetti ricompresi nella suddetta fascia nel programma di vaccinazione, tenendo conto delle categorie a “elevata fragilità” come individuate dal DM 12 marzo 2021¹⁹. Al secondo caso, invece, può ascriversi la circolare recante indicazioni sull’ “*Aggiornamento sulle misure di quarantena e isolamento in seguito alla diffusione a livello globale della nuova variante VOC SARS-CoV-2 Omicron*”²⁰. Sebbene con tale atto il Ministero si prefiggesse di fornire degli aggiornamenti sulle misure di quarantena e isolamento raccomandate, esso invece dettava, ai punti 1 e 2 specifiche restrizioni della libertà personale sulla base della valutazione del rischio di contagio fornite dall’ECDC (*European Centre for Disease Prevention and Control*).

Di ben più rilevante importanza, in termini di un contenuto potenzialmente prescrittivo, è stata la vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto le circolari sulla “*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2*” (ult. agg. 26 aprile 2021). Il Ministero della Salute, mutuando le linee guida dell’AIFA, ha inteso fornire “indicazioni operative” sulla terapia domiciliare del paziente affetto da Covid-19 e in particolare sulla “vigile attesa”, nonostante avesse dichiarato che permanessero larghi margini di incertezza sull’efficacia di alcuni approcci terapeutici. Dimostrazione, questa, che prima ancora dello strumento concretamente utilizzato, sia innegabile un problema di solidità scientifica delle decisioni adottate²¹.

Nel duplice scopo di mettere in sicurezza il paziente e di evitare il sovraffollamento delle strutture ospedaliere, sono state così aggiornate le linee di indirizzo dettate con la prima circolare del 30 novembre 2020, indicando ai medici le modalità da seguire nella gestione del paziente affetto dalla malattia o, meglio, le terapie da non adottare. Tali indicazioni sono state interpretate dai medici alla stregua di un divieto che, ponendosi in contrasto con la deontologia professionale, impediva ad essi di utilizzare terapie eventualmente ritenute comunque idonee a contrastare la malattia. I giudici, in prima istanza, hanno annullato la circolare ministeriale proprio sul presupposto che la prescrizione dell’AIFA, così come mutuata nella circolare, contrastava con i doveri di professionalità e di deontologia professionale, in quanto imponeva ai medici «*puntuali e vincolanti scelte terapeutiche*»²². La decisione è stata tuttavia ribaltata dal Consiglio di Stato, che ha invece ritenuto che la circolare «*si limita (sse) a raccogliere le indicazioni degli organismi internazionali, i pronunciamenti delle autorità regolatorie e gli orientamenti di buona pratica clinica asseverati dagli studi nazionali ed internazionali, al fine di fornire a tutti gli operatori interessati un quadro sinottico, aggiornato ed autorevole di*

¹⁹“Raccomandazioni *ad interim* sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19”.

²⁰Circolare del Ministero della Salute, 11 agosto 2021 n. 36254 e circolare del 03 dicembre 2021 n. 55819.

²¹Sul punto, A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l’instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2, 2021, p. 399; Basti ricordare la controversia sull’utilizzabilità dell’idrossiclorochina per il trattamento del Covid-19. Su cui si v. l’ordinanza n. 7097/2020 con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l’ordinanza del Tar Lazio, n. 7069/2020.

²²TAR Lazio, Sez. III, 15 gennaio 2022, n. 419, «*La prescrizione dell’AIFA, come mutuata dal Ministero della Salute, contrasta, pertanto, con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professionale, imponendo, anzi impedendo l’utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci al contrasto con la malattia COVID 19 come avviene per ogni attività terapeutica*».

riferimento»²³ e ha ribadito che il fatto che si trattasse di “*mere indicazioni/raccomandazioni (fosse) reso evidente, prima di tutto, dal tenore testuale della circolare, posto che non vi si istituivano divieti e precetti e si faceva riferimento, piuttosto, a «indicazioni di gestione clinica»*”²⁴. Venivano così disattesi gli spiragli che l’Adunanza Plenaria n. 19/2011 aveva aperto circa la possibile rilevanza esterna delle circolari amministrative²⁵, essendo adesso ricondotte alla categoria della *soft law*.

Durante l’emergenza sanitaria il problema della effettività della tutela del diritto alla salute si è presentato in modo peculiare non solo per il carattere di novità della malattia e per gli ampi margini di incertezza scientifica, ma anche per l’assenza di una idonea disciplina normativa. Per queste ragioni, al fine di tutelare maggiormente i medici di fronte a comportamenti eccessivamente cautelativi ispirati alla c.d. “*medicina difensiva*”, la giurisprudenza, omettendo di prendere posizione sull’annoso problema della collocazione sistematica di tali atti, ha preferito avallare l’orientamento secondo cui la forza legale degli atti di regolazione *soft* è ricondotta a quella di meri atti con «*valore orientativo*» e «*non cogenti per il medico*»²⁶. Stante la pregnanza dei principi costituzionali sottesi all’individuazione della cura e al fondamentale diritto alla salute, l’atteggiamento assunto dalla giurisprudenza è stato, quindi, quello di considerare recessiva la forza legale delle *leges artis* in campo medico (*i.e.* linee-guida) rispetto alla “*maggior consistenza*” della “*relazione terapeutica*”, improntata al valore più alto dell’ordinamento: la dignità della persona umana²⁷. Nonostante i tentativi della giurisprudenza abbiano voluto ridimensionare la forza legale di tali atti, il grande impatto sull’autonomia della professione medica assunto dalle linee-guida è però dimostrato dagli interventi del legislatore che, nella fase più acuta dell’emergenza, hanno limitato la responsabilità penale del medico che vi si fosse adeguato²⁸. Sebbene, quindi, la stessa legge definisca le linee-guida in ambito

²³Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946, par. 6.1.

²⁴Par. 6.3; così, prima ancora, Cons. Stato, Sez. III, decreto 19 gennaio 2022, n. 207.

²⁵Cons. Stato, Ad. Plen. 14 novembre 2011, n. 19 secondo cui le circolari «*pur formalmente dirette agli organi periferici dell’amministrazione dei Monopoli di Stato, hanno una indubbia rilevanza esterna*».

²⁶Cons. Stato, III, n. 946/2022, cit., par. 12.3.

²⁷Sul punto v., Cons. Stato, III, n. 946/2022, cit., par. 12.

²⁸Proprio dopo il verificarsi di numerosi drammatici eventi di trombosi a seguito delle vaccinazioni, infatti, è stata introdotta, in via d’urgenza, una disposizione volta a limitare la responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sard-Cov-2 (art. 3, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76) la quale, peraltro, escludeva la punibilità quando l’uso del vaccino era «*conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*».

medico-chirurgico quali «raccomandazioni»²⁹ di comportamento clinico, esse oggi costituiscono il parametro – sebbene non esclusivo³⁰ – per l'accertamento della colpa medica³¹.

Su un secondo profilo, la insolita rilevanza delle circolari si osserva nel momento in cui esse sono divenute oggetto di affidamento spontaneo da parte della collettività³². I cittadini, infatti, hanno rispettato in maniera generalizzata fonti non vincolanti e seguito i comportamenti in esse indicati al fine di distinguere le azioni ammesse da quelle vietate. La circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020³³ sulle misure di contenimento e gestione della situazione epidemiologica, sebbene finalizzata a dettare chiarimenti e indicazioni operative, ha avuto un ruolo innovativo rispetto alla fonte sovraordinata, disponendo in quali casi fosse «consentito» lo spostamento dalla propria abitazione per svolgere attività sportive. In relazione a tale fattispecie, si è ingenerato il legittimo affidamento dei cittadini circa i limiti alla libertà di circolazione.

Pur senza pretese di esaustività, dall'analisi empirica sulle vicende delle circolari ministeriali, appare chiaro come non siano rari i casi in cui l'atto amministrativo abbia un effetto vincolante³⁴ e, pertanto, non può dirsi sopita l'annosa questione della rispondenza del *nomen juris* all'efficacia normativa. Nello specifico, ci si riferisce all'antinomia ontologica sussistente tra la tradizionale nozione di *soft law* e il carattere vincolante degli atti esaminati, pure riconosciuta dai tribunali amministrativi regionali che, come nel caso richiamato, hanno superato una visione basata su un criterio meramente nominalistico³⁵.

²⁹ L'art. 5, co. 3, legge 8 marzo 2017, n. 24 recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie» le definisce «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche».

³⁰ Sul punto, cfr. Cass., n. 7849/2022, cit. 3.2.

³¹ Sul punto, Cass. III, civ., 29 aprile 2022, n. 13510 «Il *soft law* delle linee-guida (...) costituisce espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali».

³² Per una ricostruzione sul tema, v. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018, pp. 121-159.

³³ Circolare del Ministero dell'Interno, n. 15350/117(2).

³⁴ In ambito sanitario, la vincolatività degli atti di rango terziario è sostenuta da E. D'ORLANDO, F. NASSUTO, *Le Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021, pp. 55-75; D. BOLOGNINO, E. PROVENZANI, *Interrogativi sulla sussistenza di soft-regulation e soft-obligation nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19* in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2020, pp. 2-16; V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*, in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2020, pp. 1-33; F. LAUS, *La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici*, in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2020, pp. 1-14.

³⁵ Sul punto, in dottrina, si rimanda al dibattito sulle linee guida delle autorità indipendenti, per cui si veda, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., p. 292; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, p. 530; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, p. 182, in cui l'a. sostiene come nel caso degli atti di *soft law* a carattere sostanzialmente normativo si possa parlare della c.d. «truffa delle etichette».

3. La posizione delle circolari amministrative nell'attuale sistema delle fonti tra esigenze concrete e profili problematici

Il concreto atteggiarsi delle circolari amministrative nella prassi dell'emergenza sanitaria riflette l'assenza di certezze circa la posizione che tali atti effettivamente occupano nel sistema delle fonti del diritto e della loro efficacia, non solo nei confronti dei pubblici poteri ma anche in relazione ai diritti fondamentali dei singoli individui. Sul piano generale, la controversa collocazione delle circolari amministrative è in realtà una vicenda risalente³⁶. Sin dalle prime teorizzazioni, esse erano ritenute norme interne della pubblica amministrazione³⁷ e, in particolare, “atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale ed astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo di affari d'ufficio”³⁸, identificandosi, quindi, in un rapporto di supremazia particolare le cui parti necessarie sono la pubblica amministrazione nell'esercizio dell'attività autoritativa ed un complesso di organi o enti ad essa subordinati³⁹. Si attribuiva loro, quindi, una sicura rilevanza ad orientare i rapporti tra i pubblici poteri ma, ciò nonostante, esse erano prive di qualsiasi peso al di fuori di tale contesto, e, in particolare, nei confronti dei terzi⁴⁰. Ciò ha portato a ritenere che si trattasse di uno strumento secondario ed estraneo alle fonti del diritto.

Sebbene anche la giurisprudenza abbia sovente ricondotto le circolari nell'ambito dell'organizzazione amministrativa⁴¹, ben presto la posizione da esse assunta si è però dilatata sino a far emergere un ruolo

³⁶ A. ROMANO, *In tema di circolari amministrative*, in *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze*, n. 2, 1959, pp. 109-134, spec. p. 117, auspicando la necessità di una valutazione della effettiva portata del fenomeno delle circolari, affermava che « gli organi amministrativi, nello svolgimento dell'attività di loro competenza, operano pressochè esclusivamente sulla base delle circolari a loro impartite, trascurando generalmente di tenere diretto conto dei testi di legge, per la cui applicazione pure dette circolari sono emanate; e ciò è ben noto non solo al giurista, ma anche al cittadino qualunque, il quale, assai spesso, deve sostenere le sue pretese, con una discussione che è basata non su problemi di interpretazione della legge, ma, al contrario, su questioni che concernono solo il significato della circolare che l'impiegato ha sott'occhio. Se tale è il modo di agire quotidiano degli organi amministrativi, è nella natura stessa delle cose che essi siano portati a dare veste giuridica a quello che ben presto si trasforma in un vero e proprio *habitus* mentale: ossia, che tendano a considerare come fonte effettiva della disciplina dei rapporti tra Amministrazione e cittadini la circolare.»

³⁷La genesi della nozione di norma interna si rinviene nella distinzione elaborata dalla dottrina tedesca tra *Rechtsverordnungen* (regolamenti), fonti del diritto in senso proprio in quanto produttrici di norme giuridiche (*Aussenrechtsakte*) e *Verwaltungsverordnungen* (norme interne) che, pur avendo carattere normativo, avevano valenza solo interna. Sul punto, si v. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen, vol. II, 1914, p. 87; G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tubingen, 1888; In Italia, per le prime sistematizzazioni v. F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, III, Utet, Torino, 1989, pp. 54 ss.; G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Reber, Palermo, 1913; G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico (estr.)*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, II, 1915, p. 4; M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960. Più di recente, C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 858 ss.; F. SAIITA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 233 ss.

³⁸F. CAMMEO, *A proposito di circolari ed istruzioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1920, III, 1.

³⁹Sul punto, A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, n. 11, 2021, p. 40 ss.

⁴⁰M.P. CHITI, *Circolare amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, Roma, 1988.

⁴¹*Ex multis*, Cass. Civ. SS. UU., 2 novembre 2007, n. 23031; Cons. St., Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5830; Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2012, n. 3457; Cons. St., IV, n. 812/2012 ha ricordato che la distinzione tra circolari e regolamenti si basa sul fatto che le prime “pur aventi contenuto normativo, presentano tuttavia solo “Norme interne”, quindi caratterizzate da generalità e astrattezza, ma prive del requisito dell'efficacia verso l'esterno”.

predominante dell'amministrazione nell'affermazione o nella negazione dei diritti fondamentali⁴². Nonostante ad esse venga formalmente ancora riconosciuta efficacia interna⁴³, anche le più moderne ricostruzioni giurisprudenziali, seppur in maniera ondivaga, ne hanno infatti rilevato un'indubbia capacità esterna – ancorché indiretta⁴⁴ – a condizionare i soggetti cui esse sono rivolte, agendo come *longa manus* del potere normativo integrativo della pubblica amministrazione⁴⁵.

E proprio in relazione a tale profilo si mostra il *vulnus* circa la sistematizzazione dommatica delle circolari. Stabilita un'incidenza indiretta, infatti, sebbene esse siano tipici strumenti di normazione flessibile, non possono essere ascritte alla categoria della *soft law*, la cui violazione si colloca su un piano strettamente politico⁴⁶.

L'incidenza delle circolari, infatti, non riguarda più *solo* il rapporto amministrativo interno, ma proprio sul piano degli effetti, la loro “rilevanza legale” coincide con quella esplicita della legge⁴⁷. Secondo la teoria della *Selbstbindung der Verwaltung*⁴⁸, anche le forme di autolimitazione che l'amministrazione imponeva al suo agire assurgevano in via indiretta a garanzia nei confronti degli amministrati e, pertanto, essa poteva discostarsene solo laddove sussistessero consolidate ragioni adeguatamente esposte. Anche in Italia, l'appartenenza delle circolari alle fonti “terziarie” ha portato la dottrina a qualificarle come “precetti a obbligatorietà condizionata”⁴⁹, capaci di rendere obbligatori i comportamenti salvo che si provi l'opportunità di non attenersi. Le circolari, infatti, riconoscono in via generale una facoltà derogatoria all'amministrazione, subordinata, però, ad uno specifico onere motivazionale la cui inosservanza, sul piano dei rimedi, consente di sindacare l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere⁵⁰.

⁴²Basti pensare al costante impiego delle circolari nell'esperienza fascista volto a limitare i diritti fondamentali della popolazione ebraica, su cui M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., pp. 95-99. Più di recente, in tema di soccorso in mare dei migranti, si pensi al c.d. Codice “Minniti” (Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare) che altro non è se non una circolare amministrativa.

⁴³Per le ricostruzioni più recenti in materia, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamento*, Ed. scientifica, Napoli, 2020; M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Franco Angeli Editore, Milano, 2020.

⁴⁴In giurisprudenza, *ex multis*, Ad. Plen. Cons. St. n. 19/2011, cit.; Tar Lazio, Sez. III, n. 7781/2018; In dottrina, F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Giuffrè, Milano, 1963; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 221 ss., ricorda come già le prime teorizzazioni della dottrina italiana evidenziavano un'efficacia «mediatamente» esterna delle circolari.

⁴⁵M. P. CHITI, *Circolare*, cit.

⁴⁶A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamento o fine del conflitto democratico?* in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016 pp. 255-285; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, p. 1 ss.

⁴⁷Cfr. A. CATELANI, *Le circolari*, cit. p. 50; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2021.

⁴⁸M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Auflage, 1968. In Italia, lo stesso nucleo garantista è stato ribadito dalla Corte dei Conti, laddove ha stabilito la possibilità per le circolari di essere considerate “direttive” se idonee a «garantire unità di indirizzo e parità di trattamento per gli interessati». (Corte dei conti, sez. contr. 4 ottobre 1995, n. 126).

⁴⁹N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960, pp. 79 ss.

⁵⁰Già F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1912, pp. 103 ss.

Tramite il grimaldello di una funzione di garanzia a tutela del legittimo affidamento degli amministrati, quindi, l'efficacia che viene considerata "esterna" delle circolari amministrative, sembra più essere un'efficacia riflessa ma logicamente consequenziale al *proprium* della funzione amministrativa. Se, infatti, in ragione dell'onere motivazionale l'effetto vincolante della circolare si dipana all'interno degli organi dell'amministrazione nell'esercizio dell'attività amministrativa, anche i soggetti terzi, diretti destinatari di tale attività – sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico – ne sono assoggettati, o almeno condizionati. Dire, al contrario, che l'efficacia delle circolari amministrative sia quella degli atti di *soft law*, esaurendosi interamente nel rapporto interno all'apparato amministrativo senza ripercussione alcuna nei confronti dei consociati, equivarrebbe a privare di qualsivoglia valenza la causa prima che connota l'azione amministrativa.

Il ruolo assunto oggi dalle circolari, come visto, si presta, in un'ottica funzionalista, a disciplinare i rapporti giuridici intersoggettivi in maniera spesso più immediata della legge, nel caso i consociati entrino in contatto con l'amministrazione per l'esercizio delle loro libertà fondamentali. Pertanto, ad esse, così come alle norme generalmente definite "interne", parte della dottrina attribuisce una funzione attuativa della legge statale⁵¹.

Sono evidenti, quindi, le ripercussioni sulla funzione da attribuire al potere amministrativo, quale indispensabile strumento di completamento del potere legislativo nel perseguimento del pubblico interesse, ancor più laddove l'adesione alla circolare avviene in maniera spontanea. Del resto, la tenuta dello Stato costituzionale dipende anche dal corretto funzionamento dell'intero sistema che, se da un lato è garantito dalla predeterminazione legislativa come strumento irrinunciabile per l'indicazione dei fini dell'agire collettivo, d'altra parte lascia ampi spazi all'amministrazione nella definizione concreta delle modalità di azione, da cui peraltro non può prescindere.

4. Il valore giuridico delle circolari amministrative nei sistemi giuridici complessi

Dal quadro descritto emerge come la normativa primaria di contrasto alla pandemia abbia mostrato ancora una volta la sua inidoneità a cogliere i mutamenti in atto. Anche le fonti secondarie sono risultate insufficienti, proprio perché, come visto, hanno richiesto l'intervento di atti amministrativi generali in funzione di necessario completamento. È evidente che le forme di regolazione flessibile utilizzate abbiano aggravato la debolezza e la frammentazione del sistema ordinamentale, accentuandone il livello di *complessificazione*⁵². La ragione di fondo sta indubbiamente nella crescente complessità scientifica e tecnica delle decisioni da adottare unita alla celerità delle stesse, e ciò richiede una necessaria attenzione alla

⁵¹A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁵²Per il concetto di complessificazione dell'ordinamento si rimanda a A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia Giuridica, Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 204.

disciplina del caso concreto⁵³. Proprio la duttilità di tali strumenti richiede una esatta valutazione circa la loro “rilevanza legale”⁵⁴ nell’attuale contesto ordinamentale⁵⁵. Per le loro qualità intrinseche, infatti, meglio di altri atti sarebbero in grado di contenere la complessità con cui i decisori devono confrontarsi. Ciò nonostante, l’evoluzione cui si assiste sembra lontana da un punto di equilibrio ottimale, vista l’assenza di un criterio guida in grado di spiegare tale processo evolutivo all’interno dei cc.dd. sistemi giuridici complessi, in cui numerose rimangono le perplessità circa il rispetto del principio di legalità.

In base alle brevi ricostruzioni svolte, potrebbe evitarsi un travolgimento dell’intero sistema e potrebbe considerarsi rispettato il principio di legalità allorché, in presenza di un’efficacia *sostanzialmente* vincolante delle norme interne⁵⁶, si desse maggiore rilevanza al principio di competenza e al criterio di specialità⁵⁷. Sebbene il principio di legalità, infatti, rimanga l’ancora di garanzia della predeterminazione normativa dell’attività amministrativa⁵⁸, affidare la regolazione specifica ad atti interni sarebbe legittimato dalla teoria, ormai consolidata, dell’assenza di un *numerus clausus* nel sistema delle fonti. Anzi, proprio le circolari amministrative e gli altri atti flessibili, in un contesto di «policentrismo normativo» in cui criterio di gerarchia e criterio di competenza si sostituiscono e si sovrappongono ripetutamente⁵⁹ come strumenti necessari nel perseguimento dell’interesse pubblico, lungi dal dare una risposta “semplificante”, contribuirebbero ad attuare il principio di legalità che, invece, in assenza di strumenti attuativi della legge primaria, solo in parte sarebbe rispettato.

In definitiva, se un corretto uso delle circolari, in attuazione della legge e in una visione orientata alla buona amministrazione, si mostra quale strumento più idoneo a disciplinare le situazioni di crisi, sul piano generale sembra emergere quel fenomeno che la dottrina descriveva come lo Stato amministrativo⁶⁰, in cui la legislazione si trasforma in amministrazione sia sotto il profilo organizzativo sia sotto il profilo

⁵³E. D’ORLANDO, F. NASSUTO, *Linee guida*, cit., p. 57.

⁵⁴A. MOLITERNI, *Note minime*, cit., p. 822.

⁵⁵Peraltro, la dottrina più risalente, nell’analizzare il più ampio tema della normazione secondaria, affermava che anch’essa costituisce una componente del sistema normativo della comunità nazionale proprio perché la definizione di sistema normativo deve partire dal presupposto secondo cui esso «non può essere altro, se non quello dell’ordinamento giuridico, in cui si identifica la comunità sociale, considerata tale, in un dato momento storico», ossia il «diritto vigente». Sul punto, A.M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., p. 33.

⁵⁶In passato, autorevole dottrina aveva lo aveva già sostenuto proprio con riferimento alle circolari, classificandole quali fonti *extra ordinem*. Sul punto, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1996, p. 16.; M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amministrativo*, 2, 1984, p. 561.

⁵⁷In relazione al problema degli atti di regolazione flessibile, si veda. F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁵⁸F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 88 ss.

⁵⁹Così, il Consiglio di Stato si è espresso in tema di atti amministrativi generali. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, Ad. n. 11603/2005, parere 14 febbraio 2005.

⁶⁰M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, p. 479.



funzionale. In tale contesto appare quanto mai necessaria una strategia capace di sistematizzare⁶¹ e razionalizzare tali atti alla luce di un corretto assetto del sistema delle fonti, nel quale essi svolgano un ruolo attuativo del principio di eguaglianza.

Una possibile via maestra potrebbe essere quella di prospettare, sulla scorta dei criteri suddetti, un terzo livello di normazione, con l'obiettivo di ricondurre *ad unitatem* una categoria polisemica che, sebbene comprensiva di atti di diversa natura, pare ormai irrinunciabile.

⁶¹Cfr. A. MOLITERNI, *Note minime, cit.*, p. 829; G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. BOCCHI, M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Mondadori, Milano, 2007, XXIV; E. MORIN, *La sfida della complessità*, Editoriale Le Lettere, Firenze, 2018.