

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NATURA E IL REGIME GIURIDICO DELLE NORME COSIDDETTE "INTERNE"

Introduciamo il discorso sulla figura delle norme interne, analizzando, in particolare, la natura giuridica delle circolari (e i loro atti applicativi) e la tutela giurisdizionale avverso le stesse, soprattutto alla luce della recente sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione del 2 novembre 2007, n. 23031.

Partendo dalla teoria istituzionalistica sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, possiamo dire che una caratteristica tipica degli ordinamenti giuridici generali è quella di dare rilievo a degli ordinamenti settoriali i quali, in qualche modo, entrano in contatto con l'ordinamento giuridico generale.

Questo profilo è d'indubbia importanza, tant'è che oggi si ripropone, con maggior vigore, nell'ordinamento sportivo il quale rappresenta certamente un ordinamento giuridico sezionale (sorto, dapprima a livello internazionale e poi a livello domestico, spontaneamente alla metà dell'800) che, però, deve ovviamente fare i conti con l'ordinamento giuridico generale, perché, indubbiamente, la posizione giuridica di coloro i quali fanno parte di quel ordinamento settoriale (gli atleti, le società sportive, le federazioni sportive) rimanda in qualche modo all'ordinamento giuridico generale; o meglio, in alcuni casi l'atteggiamento dell'ordinamento giuridico generale, nei confronti di un ordinamento settoriale, è d'indifferenza (si pensi, ad esempio, a tutte le controversie in materia di applicazione di norme tecniche come l'espulsione o meno di un giocatore, la concessione o meno di un calcio di rigore), mentre, in altri casi, alcune norme hanno un immediato riflesso sull'ordinamento giuridico generale (ad esempio, le sanzioni pecuniarie nei confronti di una società sportiva ovvero le sanzioni che comportano la squalifica da una competizione o la penalizzazione di punti hanno delle incidenze, non soltanto sul piano dell'immagine, ma anche su piano patrimoniale).

Dunque, il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici e, quindi, del modo con il quale gli ordinamenti settoriali entrano in rapporto con

l'ordinamento giuridico generale, trovando in quest'ultimo rilievo o indifferenza, è di stretta attualità.

E' tipico di qualsiasi struttura burocratica darsi delle norme che disciplinano la propria organizzazione e/o la propria attività e il che avviene, appunto, con le cosiddette norme interne che sono così chiamate perché continueranno a far parte di un dato ordinamento sezionale (cioè dell'ordinamento proprio della struttura burocratica che ha emanato queste norme) ma giammai innoveranno nell'ordinamento giuridico generale.

Le norme interne, per definizione, si applicano soltanto a coloro i quali svolgono la propria attività nell'ambito della struttura burocratica di riferimento o a coloro i quali vi entrano in contatto (ad esempio, la biblioteca pubblica di un Comune emana delle norme con le quali vengono disciplinate l'accesso al pubblico e il prestito librario, e questo regolamento –contenente appunto delle norme interne- si applicherà ai dipendenti nonché a tutti coloro i quali entreranno in contatto con la biblioteca).

Va tuttavia sottolineato come le norme interne non abbiano mai una rilevanza immediata e diretta nell'ordinamento giuridico generale (proprio perché non sono in grado d'innovarlo), però possono avere una rilevanza mediata o indiretta che può essere di tipo positivo o di tipo negativo (questo aspetto lo tratteremo meglio quando parleremo delle circolari). Pertanto, quando un pubblico agente o un pubblico funzionario applica una norma interna –in ipotesi, emanando un atto amministrativo in conformità alla norma interna-, si presume che questo atto, proprio perché conforme alla norma interna, sia esente da vizi; qualora, invece, non dovesse uniformarsi alla norma interna, si presume che l'atto sia inficiato da un vizio di legittimità in quanto si presume che l'autorità di vertice, che ha posto la norma interna, ha compiuto una scelta legittima –contenutisticamente fondata-, e, quindi, accostarsi o allontanarsi dalla norma interna rappresenta l'aver compiuto la scelta giusta o meno.

A tal punto, occorre chiedersi quale sia l'intensità del vincolo che astringe l'autorità che ha emanato la norma interna e il soggetto gerarchicamente subordinato che è tenuto a dare applicazione alle norme interne.

Prima, però, dobbiamo chiederci quale sia il fondamento dell'emanazione delle norme interne (così come quale sia il fondamento del potere di emanazione di una circolare). In merito, possiamo subito dire che –salvo ipotesi singolari- il fondamento non risiede in nessuna norma giuridica: non c'è nessuna norma giuridica che fonda il potere di, per così dire, auto normare la propria struttura o la propria attività (ossia, non c'è una norma che fondi il potere di emanare circolari).

Allora, secondo alcuni, il fondamento sarebbe da ravvisarsi nei noti precetti di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 della Costituzione); altri ritengono che il fondamento derivi dal cosiddetto potere di auto organizzazione della pubblica amministrazione, essendo insito nella struttura burocratica il potere di darsi norme di disciplina circa la struttura e le modalità dell'azione; infine, altri invece rilevano che il potere cosiddetto normativo interno è fondato sui rapporti di supremazia speciale, cioè sull'esistenza di un rapporto gerarchico che intercorre tra le autorità di vertice della struttura organizzativa e tutti i soggetti subordinati gerarchicamente.

Quali sono i principali profili, anche sotto l'aspetto processuale, delle norme interne?

La violazione di una norma interna non potrà mai rilevare come una violazione di legge né davanti al giudice ordinario né davanti ai TAR o al Consiglio di Stato proprio perché, tecnicamente, le norme interne non sono norme di legge e, semmai, potrebbero essere oggetto di censura davanti al Giudice Amministrativo solo sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Così, come le norme dell'ordinamento generale, anche le norme interne debbono essere rispettose della Costituzione e delle norme comunitarie ovvero delle fonti interne primarie e secondarie.

Infine, la violazione o il rispetto di una circolare o di una norma interna è in grado di riflettersi sulla responsabilità dei pubblici agenti, che non è solo una responsabilità disciplinare, ma anche amministrativa, contabile ed anche di tipo civile (questo argomento, comunque, lo rinviemo alla parte dedicata alle circolari proprio perché è strettamente connesso ai profili di vincolo delle

circolari, appunto, rispetto all'agire degli agenti ovvero degli organi subordinati, in quanto ci consente maggiormente di capire quale è il grado di questo vincolo e quali sono i margini di manovra che può avere un organo gerarchicamente subordinato di fronte ad una norma interna o ad una circolare).

Solitamente si usa qualificare le norme interne come tutte quelle che sono contenute in quegli atti come le direttive, le istruzioni, gli ordini, i regolamenti interni o le circolari. Tutti questi atti, appunto, sono da ricomprendersi nel più ampio novero delle cosiddette norme interne, anche se poi vi sono delle differenze che non sono solo terminologiche: ad esempio, le direttive sono quegli atti amministrativi con cui viene fissato un obiettivo, lasciando all'organo esecutivo dei margini di discrezionalità in ordine alla scelta dei mezzi, degli strumenti o dei percorsi che servono per il raggiungimento dell'obiettivo stesso.

Gli ordini, invece, sono maggiormente vincolanti, non solo sotto l'aspetto del raggiungimento dell'obiettivo, ma anche rispetto ai modi o alle modalità giuridicamente attesi dall'autorità che ha emanato gli ordini medesimi.

Dunque, è indubbio che tra le norme interne, quelle più importanti sono le circolari. Questa espressione (circolare amministrativa) ha una origine storica ben precisa perché trae spunto dal cosiddetto diritto amministrativo militare. Infatti, quando si verificavano dei conflitti bellici, i comandanti, che dirigevano le operazioni sui territori interessati dal conflitto, erano soliti far circolare, appunto, un cavaliere il quale, ad esempio, trasmetteva gli ordini da un luogo ad un altro o anche delle informazioni o delle notizie. Da questo modo di trasmettere notizie, informazioni o ordini, invalse nella prassi il termine circolare che ancora oggi viene utilizzato. Infatti, le circolari amministrative, appunto, circolano, sono inviate da un'autorità ad un'altra.

La prima preoccupazione dell'interprete è quella di stabilire la natura giuridica delle circolari.

Abbiamo già detto che della esistenza e della natura delle norme interne non si può dubitare. Quindi, laddove una circolare contenga delle norme interne, indubbiamente anche la circolare rientra nell'ambito delle norme

interne della pubblica amministrazione, anche se, occorre ricordare, che le norme interne non sono in grado d'innovare l'ordinamento giuridico generale, ma rimangono confinate nell'ordinamento sezionale che le ha prodotte. Comunque, non è detto che le circolari contengano sempre delle norme interne in quanto si discusse e si discute tutt'oggi sulla natura giuridica delle circolari.

Vi è una prima teoria, ascrivibile a Giannini, e una seconda teoria a cui fa capo Sandulli.

Quest'ultimo riteneva che la circolare amministrativa doveva essere elevata a dignità di autonomo istituto giuridico; in particolare, si tratta di uno strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione, volta per volta, si dà delle norme oppure si auto-organizza ovvero fa pervenire agli organi subordinati delle conoscenze o delle informazioni. Più in generale, secondo l'orientamento di Sandulli, si sottolinea la autonoma configurazione di questo istituto giuridico e lo si aggancia, proprio, alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (teoria, questa, di Santi Romano), e viene evidenziato, ancora una volta, come questa figura giuridica concorra, con altri istituti, a disciplinare l'ordinamento settoriale e, comunque, in qualche modo, si rapporti con l'ordinamento giuridico generale.

Invece, secondo l'interpretazione gianniniana, è stato sottolineato, rifacendosi per l'appunto all'origine storica delle circolari, che la circolare non sia un autonomo istituto giuridico ma rappresenti un semplice strumento di notificazione ovvero una semplice misura di conoscenza dai contenuti più vari; nel senso che, le circolari amministrative si distinguono proprio in relazione al loro contenuto (ora pongono norme, ora disciplinano i profili strutturali ed organizzativi dell'ente o della sua azione, o veicolano semplicemente delle informazioni).

Prevalente sembra essere in giurisprudenza l'interpretazione data dal Giannini che fa leva, appunto, sulla diversità contenutistica delle varie circolari.

A tal punto, occorre aprire l'argomento sulla classificazione delle circolari che prende le mosse proprio dai loro eterogenei contenuti.

Anzitutto, la summa divisio è tra le circolari interorganiche e le circolari inter-soggettive. Le prime sono quelle emanate o adottate da un'autorità di

vertice di un plesso organizzatorio o di un apparato amministrativo al fine di farle giungere alle autorità subordinate gerarchicamente che fanno parte dello stesso plesso organizzativo.

Invece, le *circolari infra-soggettive* sono quelle che vengono adottate da un'autorità di un certo ente e che sono indirizzate ad altre autorità di altri enti (ad esempio, le circolari con le quali il Ministero delle infrastrutture porta a conoscenza di tutte le stazioni appaltanti, in ipotesi, quale è l'orientamento della Corte di giustizia europea su un certo istituto. Le stazioni appaltanti possono essere rappresentate dai Comuni, dalle Province, dalle Regioni, dagli organismi di diritto pubblico o dalle imprese pubbliche; un altro esempio è dato dalle circolari emanate dalla Regioni ed indirizzate agli enti locali ricompresi nella circoscrizione regionale: in questo caso l'efficacia infra-soggettiva della circolare è abbastanza evidente).

Il problema delle *circolari infra-soggettive* è rappresentato dal fatto che esse sembrerebbero tradire i postulati che sono propri delle circolari stesse, alias norme interne.

La prima ragione sta nel fatto che queste circolari fuoriescono dall'ordinamento settoriale che le ha prodotte per giungere ad un diverso ordinamento settoriale. Pertanto, la sola efficacia interna di tali circolari è quantomeno discutibile.

Mentre, il secondo aspetto riguarda il carattere vincolante o meno di questi atti. La questione è particolarmente interessante, soprattutto in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione (legge n. 3 del 2001) che ha ridisegnato i rapporti tra i vari enti territoriali: in particolare, l'art. 114 della Costituzione afferma oggi il principio di diritto della pari dignità o della equiparazione degli enti descritti dalla norma costituzionale stessa.

Con riferimento, invece, all'aspetto contenutistico delle circolari, la classificazione di esse avviene in base a questa distinzione: le *circolari di cortesia* che sono quelle con le quali, ad esempio, s'invisano dei messaggi augurali; le *circolari informative* con le quali si informano le autorità raggiunte da queste circolari circa, in ipotesi, una pronuncia molto importante, intervenuta da parte della Corte Costituzionale o della Corte di giustizia

europea che potrebbe meglio orientare l'azione dell'ente; poi abbiano le *circolari organizzative* che hanno una più forte valenza giuridica, rispetto alle altre, e per le quali è più incisiva l'influenza della teoria che si riferisce alla cosiddetta potestà di auto organizzazione della pubblica amministrazione (che è una delle tre tesi che fonda il potere di emanare norme interne, insieme alla teoria della supremazia speciale ed a quella che fa leva sul principio d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione), cioè si dice che ciascun ente pubblico, una volta istituito, ha comunque il potere di darsi delle regole al fine di disciplinare i propri aspetti strutturali ed organizzativi (si badi bene, l'art. 97 della Costituzione stabilisce il principio della riserva di legge circa la organizzazione dei pubblici uffici: riserva di legge che gran parte della dottrina interpreta come riserva di legge relativa, ossia la legge stabilisce i principi lasciando al regolamento l'attuazione dei principi stessi; altri, addirittura, dicono che si tratti di una riserva di legge relativa necessaria in quanto la legge non potrebbe disciplinare per intero una certa materia, dovendo lasciare necessariamente concorrere la fonte secondaria). E' chiaro che quando parliamo delle circolari organizzative, non ci riferiamo alla fonte primaria, ma non ci riferiamo neppure alla fonte secondaria, per cui facciamo riferimento a quelle norme giuridiche non contenute in un regolamento organizzativo e, quindi, suole riferirsi a quelle norme che l'amministrazione si dà per disciplinare i propri aspetti strutturali.

Dunque, le circolari organizzative dettano norme di organizzazione le quali, però, non sono le stesse che sono contenute nel regolamento di organizzazione; dopodiché, ci sono le *circolari interpretative* che sono così chiamate perché l'autorità di vertice dell'ente trasfonde in esse l'ermeneutica che ritiene di dover dare ad una data norma giuridica (in ipotesi, l'Agenzia delle entrate, sopravvenendo una novità normativa, indica come deve essere interpretata la norma stessa). Queste circolari –insieme alle cosiddette circolari normative - sono quelle che hanno creato maggiori problemi giurisprudenziali, nel senso che, rispetto ad esse, si è sempre discusso sulla loro natura vincolante perché, indubbiamente, in omaggio alla tradizione, si ritiene che il contenuto di queste circolari, proprio perché promanano da un'autorità di

vertice, sia comunque dotato di una certa autorevolezza, cioè, si ritiene che quanto stabilito dall'autorità di vertice è presuntivamente conforme ai parametri normativi dell'ordinamento giuridico generale.

Stesso discorso è da farsi per le cosiddette circolari normative che sono quelle che, appunto, racchiudono in sé le cosiddette norme interne.

Tuttavia, ovviamente, questa sorta di presunzione circa la conformità o la legittimità del contenuto di tali circolari (circolari interpretative e circolari normative) all'ordinamento giuridico generale, è una presunzione relativa la quale si riflette anche sotto l'aspetto del vincolo: ossia, proprio per la presunzione di cui sopra, il vincolo non può essere certo né tantomeno assoluto, vale a dire che la presunzione di conformità della norma interna, racchiusa nella circolare normativa o interpretativa, rispetto ai parametri normativi generali, è di tipo relativo, e il che significa che, per giurisprudenza costante, ben può l'organo subordinato discostarsi dal contenuto di uno dei due suddetti tipi di circolare, con una precisazione: se ritiene che l'interpretazione o la norma siano errate in quanto si discostino dai principi dell'ordinamento giuridico generale –comprese, oggi più che mai, le norme comunitarie-, deve motivare adeguatamente le ragioni per cui si discosta da quanto è previsto dalla circolare.

Va, peraltro, sottolineato che vi sono altre norme giuridiche che prevedono comportamenti ben precisi in capo ai pubblici ufficiali o agli incaricati di un pubblico servizio: ad esempio, l'art. 51 del codice penale che disciplina il caso in cui vi siano degli ordini manifestamente criminosi: *"L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. (2° comma) Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. (3° comma) Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine"*. Per cui il soggetto che riceve un tale ordine è tenuto a non eseguirlo per non, eventualmente, concorrere nel reato.

Il D.lgs n. 165 del 2001 (T.U. sul pubblico impiego) prevede espressamente che, di fronte ad un ordine illegittimo, il subordinato possa evidenziare le ragioni per cui l'ordine stesso appare illegittimo e per le quali non vorrebbe dargli esecuzione, tuttavia, di fronte alla reiterazione scritta, da parte del superiore gerarchico, riguardo all'esecuzione dell'ordine, il soggetto deve eseguirlo (resta fermo il fatto che se si trattasse di un ordine manifestamente criminoso, si ricadrebbe nell'ambito dell'art. 51 del codice penale).

Un altro aspetto interessante è dato dalla categoria che alcuni autori ha definito delle "false circolari" ovvero delle "circolari-regolamento", che sono così qualificate perché, in realtà, dietro l'etichetta circolare, si nasconde una vera e propria fonte secondaria che è il regolamento il quale, a sua volta, costituisce, appunto, una fonte secondaria dell'ordinamento giuridico generale. Quando ciò accade (proprio perché è un principio del nostro ordinamento quello della prevalenza della sostanza sulla forma), l'interprete deve operare una riqualificazione dell'atto e deve, se ne sussistano i presupposti, ravvisare nell'atto stesso la fonte secondaria quale è il regolamento anziché una semplice circolare (il principio della prevalenza della sostanza sulla forma lo si ritrova in altri rami del diritto: ad esempio, in procedura civile, il regime delle impugnazioni si basa sulla sostanza e non sulla forma rivestita dall'atto, ovvero se il giudice emette un'ordinanza che ne ha la forma ma il cui contenuto è quello di una sentenza, la sua impugnazione dovrà avvenire nei modi e nei tempi in cui ciò è previsto per le sentenze; anche nel diritto amministrativo – Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 3 del 2003-, il giudice, quando deve qualificare un atto amministrativo, deve verificare l'aspetto contenutistico, ossia se si tratta di annullamento o revoca, e l'interprete, al di là del nome prescelto, verifica l'effettivo potere esercitato).

Ciò che è importante sottolineare, a proposito delle circolari-regolamento, riguarda il fatto che l'interprete può operare una riqualificazione delle circolari, disinteressandosi della veste formale che assumono, e qualificare l'atto de quo come un regolamento, purchè, ovviamente, di quel atto riqualificato ne abbia i requisiti necessari.

Facendo un passo indietro, prima avevamo parlato della rilevanza mediata o indiretta delle circolari ed avevamo risolto la questione trattando del vincolo; ossia, avevamo detto che, sebbene sono inidonee ad innovare l'ordinamento giuridico generale, le circolari possono avere una qualche rilevanza nell'ordinamento giuridico generale la quale è, appunto, una rilevanza non diretta ma mediata; mediata dall'emanazione di un atto amministrativo il quale applichi, coerentemente o meno, la norma interna ovvero la circolare. Questa rilevanza mediata può essere, come anticipato, positiva o negativa: è positiva allorché, in applicazione di una norma interna o di una circolare, il pubblico funzionario emana un atto amministrativo conforme alla predetta norma interna e si presume che questo atto sia legittimo, ma si tratta di una presunzione che può essere vinta dal ricorrente il quale potrebbe dimostrare, ad esempio, che l'interpretazione contenuta nella circolare è difforme o che la norma interna contenuta nella circolare si pone in contrasto con il dato normativo dell'ordinamento giuridico generale. Discorso analogo vale per la cosiddetta rilevanza negativa: quando il pubblico agente si discosta dalla circolare, opera una sorta di presunzione di non legittimità dell'atto amministrativo emanato (alias norma interna o circolare che contiene norme interne) la quale può essere vinta, innanzitutto, dallo stesso pubblico agente il quale, con la propria motivazione, espone le ragioni per le quali si discosta dal modello offerto dalla circolare.

Questa è, appunto, la cosiddetta rilevanza mediata o indiretta esterna che può assumere, come detto, una caratteristica positiva o negativa.

L'ultimo aspetto da esaminare –prima di passare al profilo della tutela giurisdizionale- è quello del rinvio da parte di una norma primaria ad una circolare. In questi casi ci si chiede se la circolare amministrativa assuma una natura giuridica diversa da quella che è propria della norma interna. A tal riguardo, si sono fatte delle qualificazioni e si è detto che, nell'ipotesi in cui il legislatore rinvii (ad esempio per la disciplina di alcuni aspetti di dettaglio) ad una futura emananda circolare, l'atto previsto per il futuro è una falsa circolare ed è, quindi, un regolamento. Se, invece, il legislatore rinvia ad un regolamento la disciplina di dettaglio della materia, ciò non pone problemi di

costituzionalità perché vale il principio secondo cui il *numerus clausus* riguarda le fonti primarie (non possono essere create delle fonti primarie diverse da quelle che sono previste nella Costituzione), mentre per le fonti secondarie questo principio non si applica e ben può una fonte primaria creare altre fonti secondarie.

Ma ciò che non è attribuibile sicuramente alla fonte primaria è la facoltà di poter disporre della propria forza giuridica, ossia di poter prevedere un'altra fonte primaria che si accosti ad essa e che la possa sovrastare in termini di gerarchia, di forza o di valore. Quest'ultimo aspetto aprirebbe uno scenario amplissimo in riferimento, soprattutto, ai cosiddetti regolamenti autorizzati o delegati per i quali, secondo la dottrina costituzionalistica, non è il regolamento che abroga la legge ma è la stessa legge che dispone circa la sua abrogazione, delegando al regolamento solo il termine di decorrenza; è una sorta di condizione sospensiva.

Il secondo caso è quello in cui il legislatore rinvii ad una circolare già emanata: ci si chiede, a tal proposito, se questo rinvio determini un'attribuzione alla circolare di una efficacia e di una dignità legislativa. La tesi prevalente esclude tale possibilità per le stesse ragioni che abbiamo appena esposto riguardo alla gerarchia delle fonti e alla loro capacità di creare ulteriori fonti: cioè, la legge non può attribuire il valore di fonte primaria alla circolare perché altrimenti la circolare stessa disporrebbe della forza primaria e ciò, come abbiamo appena visto, è precluso: vale a dire che una fonte primaria non può creare un'altra fonte primaria.

Allora, in questi casi si ritiene che la circolare assuma il valore di un atto generale, non avente efficacia legislativa che, tuttavia, sarebbe suscettibile, in quanto atto generale e non norma interna, di essere conosciuto dal giudice e annullato in sede amministrativa o disapplicato in sede di giurisdizione ordinaria. La circolare, sotto questa ottica, non sarebbe altro che un atto amministrativo e seguirebbe, perciò, la disciplina degli atti amministrativi.

Vediamo, allora, in che modo opera la tutela giurisdizionale.

Come già detto, le circolari, così come le norme interne, non innovano nell'ordinamento giuridico generale e restano circoscritte all'ordinamento

settoriale che le ha prodotte. Il primo problema, quindi, da porsi è se le norme interne e le circolari possano essere impugnate davanti al giudice amministrativo per essere annullate ovvero possano essere conosciute dal giudice ordinario ai fini della disapplicazione.

Istintivamente saremmo portati ad adottare la tesi negativa proprio per la ragione della irrilevanza diretta e immediata delle norme interne e delle circolari nell'ordinamento giuridico generale: perciò, queste circolari sono di per sé inidonee a ledere situazioni giuridiche soggettive, tutelate e disciplinate dall'ordinamento giuridico generale, proprio per la incapacità di questi atti di proiettarsi al di fuori dell'ordinamento settoriale che le ha emanate, ed, invero, soltanto quanto è prodotto dall'ordinamento giuridico generale può incidere sulle situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento giuridico generale stesso conosce, disciplina e tutela.

Tuttavia, vi sono numerosissime sentenze che affermano l'esatto contrario, cioè ammettono che le circolari possano essere impugnate di fronte al giudice amministrativo ai fini del loro eventuale annullamento, e possono essere conosciute dal giudice ordinario, nell'ambito di un giudizio civile, per la loro eventuale disapplicazione. Con riferimento a questo orientamento giurisprudenziale consolidato, vengono fatte dalla dottrina due precisazioni molto importanti: la prima riguarda il fatto che la impugnazione di una circolare non è giammai un onere ma rappresenta pur sempre una facoltà. Fatta questa precisazione, però, la giurisprudenza utilizza, ai fini delle impugnazioni delle circolari davanti al giudice amministrativo, lo schema processuale tipico dei regolamenti amministrativi, cioè dice: di fronte a circolari che contengano delle prescrizioni immediatamente lesive di situazioni giuridiche soggettive, la impugnazione dovrebbe avvenire tempestivamente senza aspettare l'emanazione dell'atto applicativo (ad esempio, per quanto riguarda gli atti amministrativi generali quali i bandi o i piani regolatori i quali possono essere immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive o lo possono divenire in seguito, come in ipotesi dell'atto applicativo del piano regolatore generale che preveda la distanza tra gli edifici, nel qual caso si potrà impugnare l'atto applicativo). Occorre ricordare però che vi è una profonda

differenza per il regime delle impugnazioni tra gli atti amministrativi generali e i regolamenti, essendo i secondi disapplicabili e i primi no.

Ripercorrendo, dunque questo schema, la giurisprudenza dice che in un caso occorre un'impugnazione immediata, mentre in un'altra ipotesi si deve impugnare l'atto applicativo della circolare, ricordando che in quest'ultimo caso, la circolare deve essere impugnata congiuntamente all'atto applicativo.

Un profilo molto interessante è rappresentato dal fatto che l'impugnazione di una circolare amministrativa potrebbe comportare lo spostamento della competenza del giudice amministrativo, nel senso che, quando il ricorrente invece di limitarsi a censurare una circolare amministrativa in applicazione della quale è stato emanato l'atto amministrativo lesivo della sua situazione giuridica soggettiva, ai fini della sua demolizione, nel caso in cui la circolare è adottata da un'autorità centrale o comunque ha un'efficacia pluriregionale, la competenza è propria del TAR Lazio con sede in Roma, per cui il giudizio verrebbe concentrato con riguardo tanto alla censura o gravame pendente sulla circolare quanto al gravame proposto anche nei confronti dell'atto applicativo della circolare (per questi motivi, gli avvocati delle sedi periferiche, non impugnano anche la circolare ma ne fanno solo oggetto di censura).

Un altro aspetto interessante riguarda la disapplicazione, cioè, nella ipotesi in cui –trattandosi di facoltà o di onere- non sia stata impugnata la circolare e, tuttavia, l'atto amministrativo gravato mutui i vizi propri della circolare stessa, ci si chiede se il giudice amministrativo possa o debba disapplicare l'atto a monte che costituisce la ragion d'essere dell'atto a valle impugnato. Ciò perché le sentenze utilizzano spesso il termine "disapplicazione della circolare" che è tipico dei regolamenti e dei suoi atti amministrativi di applicazione, però c'è una profonda differenza: la disapplicazione del giudice amministrativo, nella fattispecie, della circolare non impugnata non riguarda l'istituto che noi conosciamo della disapplicazione dei regolamenti, perché, seppur è vero che il giudice amministrativo opera sulla circolare non impugnata una cognizione incidenter tantum, però non si tratta di una disapplicazione in senso tecnico proprio perché non c'è bisogno di sterilizzare la circolare dagli

effetti che non possono prodursi nell'ordinamento giuridico generale. Detto diversamente, ad esempio, e guardando l'aspetto sotto il profilo positivo, l'utilizzazione di questo strumento avviene proprio perché si rende necessario privare degli effetti il regolamento, al fine di non farli riflettere sull'ordinamento giuridico generale.

Vi sono, addirittura, delle sentenze, in aperto contrasto terminologico con quanto appena detto, che annullano le circolari non impugnate in modo da eliminarle anche dall'ordinamento settoriale dal quale promanano. Infatti, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è favorevole nell'ammettere la impugnazione di queste norme interne e, quindi, a sancirne anche la demolizione giuridica.

Vi è poi una demolizione giuridica che nessuno mette in dubbio, in quanto fa parte proprio del sistema, che è quella operata dalla Corte Costituzionale. Spesso accade, nell'ambito dei cosiddetti conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (ma maggiormente tra enti) che la Corte delle leggi esamini il conflitto per il tramite di una circolare con la quale, per ipotesi, lo Stato incide negativamente sulle attribuzioni di un altro ente. In questi casi, la Corte Costituzionale, risolvendo il conflitto, se del caso, annulla tecnicamente la circolare amministrativa.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 58 del 2007 aderisce alla tesi (oltre che per violazione del principio di leale collaborazione tra enti) per la quale è stato annullato un paragrafo della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in quanto, non è stato rispettoso del riparto di competenze, in una certa materia, tra Stato e regioni, e quindi, viene demolita la circolare in oggetto, perché ha rappresentato il mezzo con cui è stata perpetrata la menomazione delle attribuzioni di un ente da parte di un altro.

Ritornando alla sentenza della Cassazione n. 23031 del 2007, questa pronuncia finisce per aderire in modo pieno e assoluto alla tesi della non impugnabilità della circolare amministrativa (nella fattispecie si trattava della circolare dell'Agenzia delle entrate) davanti ai giudici statali, concludendo, addirittura, per difetto assoluto di giurisdizione. In concreto era accaduto che, interpretando una norma giuridica tributaria, la Direzione centrale della Sicilia

dell’Agenzia delle entrate aveva emanato una circolare che conteneva una interpretazione, della norma in oggetto, restrittiva e certamente non favorevole ai contribuenti. Alcuni notai di Catania, che agivano in proprio e quali membri di un’associazione, avevano impugnato detta circolare davanti al TAR Sicilia Catania che aveva dato poi loro ragione, annullando la circolare. L’Agenzia delle entrate, in 1° grado, aveva sollevato la questione di giurisdizione osservando che la circolare non poteva essere né conosciuta né tantomeno demolita dal giudice amministrativo sostenendo, appunto, la tesi dell’assoluta irrilevanza per l’ordinamento giuridico generale della circolare stessa e dei relativi inesistenti poteri giurisdizionali statuali con riferimento ad un atto di tale specie. Ricordiamo, come ulteriore premessa, che la Costituzione, art. 101, prevede che i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Questa norma è stata letta in due modi: la prima, quella più evidente, è che nessun potere, in particolare modo quello esecutivo, può vincolare o assoggettare in qualche modo il potere giurisdizionale; vi è, poi, una seconda lettura che rileva il fatto che dire che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, significa che essi applicano soltanto la legge, cioè sono chiamati ad interpretare e ad applicare le fonti giuridiche dell’ordinamento generale, per cui i giudici non possono applicare norme di ordinamenti settoriali che non hanno rilievo per l’ordinamento giuridico generale, o meglio, ai quali l’ordinamento giuridico generale non gli abbia attribuito dignità, rilievo, forza o efficacia.

Quindi, laddove il giudice non può applicare la “legge” (comprensiva di tutte le fonti costitutive dell’ordinamento giuridico generale), egli non ha potere giurisdizionale perché verrebbe a mancare la fonte che disciplina la materia; egli non può applicare una norma che non è costitutiva dell’ordinamento giuridico generale.

L’Agenzia delle entrate impugna la sentenza del TAR Sicilia Catania di fronte al Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana il quale pronuncia una decisione di rito d’improcedibilità per sopravvenuta carenza d’interesse, perché medio tempore interviene una norma interpretativa che risulta essere maggiormente conforme alle aspettative degli originari notai ricorrenti.

A tal punto, l'Agenzia delle entrate promuove il ricorso davanti alla Corte di cassazione per motivi di giurisdizione e, al fine di ottenere l'annullamento della decisione del C.G.A. Sicilia, adduce, al di là della decisione di rito, che la decisione di 2° grado si conclude comunque con l'accettazione di una preliminare giurisdizione da parte del C.G.A. Sicilia, cioè la Corte di Giustizia Amministrativa della Sicilia va oltre la questione di giurisdizione, e si ritiene – anche se non lo scrive espressamente in sentenza- investita dalla giurisdizione sulla controversia e conclude, appunto, con una pronuncia di rito. Infatti, anche in 2° grado l'appellante aveva sollevato la questione di giurisdizione e il C.G.A. Sicilia, se avesse ritenuto giusta l'osservazione dell'Agenzia delle entrate, avrebbe dovuto declinare la sua giurisdizione.

La Cassazione, allora, ha affermato che, quale che sia la tesi in dottrina o in giurisprudenza circa la natura giuridica delle circolari, su un punto vi è unanimità: sull'inefficacia normativa esterna delle circolari, ossia, come detto più volte prima, le circolari non possono innovare nell'ordinamento giuridico generale (esse hanno efficacia meramente interna), vale a dire che esauriscono la loro portata e la loro efficacia nei rapporti tra organismi e funzionari nell'ambito dello stesso plesso amministrativo.

Inoltre, la Cassazione, con riguardo alla portata vincolante delle circolari, dice che nessun vincolo esiste per il giudice e neanche per il contribuente il quale è liberissimo di disattendere il contenuto di una circolare, nella fattispecie di una circolare interpretativa, e ritenere che l'interpretazione da dare alla norma giuridica tributaria sia diversa. Oltretutto, la Cassazione afferma che nessun vincolo discende dalla circolare anche con riguardo all'autorità emanante, cioè l'autorità che ha emanato la circolare ben potrebbe, in un secondo momento, ritornare sull'argomento ed offrire una interpretazione o una lettura diversa da quella data in precedenza. Ancora, la Cassazione sottolinea come nessun vincolo di tipo assoluto può riguardare anche i subordinati gerarchici i quali ben potranno discostarsi dall'interpretazione fornita dalla circolare, con le opportune motivazioni. Quindi, la Cassazione afferma che alle circolari de quo (soprattutto a quelle delle amministrazioni finanziarie) va riconosciuta una qualifica interpretativa di tipo burocratico.

Pertanto, la ragione per cui la circolare non è impugnabile davanti ai giudici dello Stato, non è solamente quella che abbiamo già indicato (il giudice è soggetto solo alla legge; le circolari non sono in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dell'ordinamento giuridico generale, proprio perché non hanno la capacità di proiettarsi al di fuori dell'ordinamento sezionale che le ha prodotte) e che riguarda l'esistenza di un atto nel campo del diritto tributario che è più vincolante della circolare e che però non è egualmente impugnabile davanti ai giudici dello Stato. Ci si rifà, quindi, ad un istituto che è racchiuso nello statuto dei diritti del contribuente e che è il cosiddetto interpello: lo statuto dei diritti del contribuente ha riconosciuto all'amministrazione finanziaria una funzione di tipo consultivo, cioè, un contribuente, che abbia delle difficoltà nell'interpretazione di una norma tributaria, si rivolge all'amministrazione finanziaria, attraverso, appunto, il cosiddetto interpello, per chiedere dei chiarimenti; l'amministrazione, pertanto, espone il suo punto di vista circa l'interpretazione della norma sottoposta e con questa risposta l'amministrazione si auto vincola nel senso che, ogni manifestazione provvedimento successiva alla risposta che entri in contraddizione con quest'ultima, è considerata come un atto nullo, e si tratta di nullità testuale prevista espressamente dalla legge. La risposta che viene fornita dall'amministrazione, tuttavia, non è vincolante per il contribuente il quale resta libero, una volta acquisito il punto di vista dell'amministrazione, di seguire un diverso orientamento.

Quindi, ciò che ha affermato la Cassazione, ribadendo una consolidata interpretazione giurisprudenziale, è che: la risposta data dall'amministrazione finanziaria sull'interpello non è impugnabile ma è e rimane impugnabile soltanto l'atto emanato successivamente dall'amministrazione (verosimilmente si tratterà di un atto sfavorevole) secondo le regole del diritto processuale tributario.

Infine, per queste due concorrenti ragioni (previsione costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge, dell'efficacia esclusivamente interna delle circolari e per le ragioni appena esposte a proposito della risposta all'interpello data dall'amministrazione finanziaria), la Corte di cassazione

conclude per il difetto assoluto di giurisdizione, affermando, in tal modo, l'assoluta inimpugnabilità delle circolari davanti agli organi giurisdizionali dello Stato.

Dott. Fausto Stefanangeli
(Funzionario Corte dei conti)

Dott. Marco Galetti Beer
(Funzionario Corte dei conti)