

*Prassi, usi e consuetudini nel lessico
Giuridico tra passato e presente*
Lunedì 13 maggio 2024 – ore 16

Prassi amministrativa e orientamenti giurisprudenziali

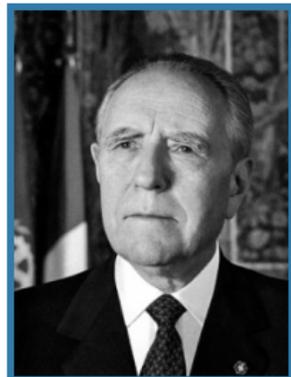
Lorenzo Nannipieri
IGSG-CNR



La prassi è la «ripetizione cosciente ed uniforme nel tempo di azioni, comportamenti o atteggiamenti, considerati necessari per il perseguimento delle finalità proprie di un determinato gruppo sociale» (Majorano, 1975)



La prassi costituzionale



CARLO AZEGLIO CIAMPI

DISCORSI

COMUNICATI

FOTO

VIDEO

VISITE

DIARIO

Home > Carlo Azeglio Ciampi > Comunicati > Dichiarazione del Presidente Ciampi in merito ad un rinnovo del mandato

03/05/2006

Dichiarazione del Presidente Ciampi in merito ad un rinnovo del mandato

Comunicato

L'Ufficio Stampa del Quirinale rende nota la seguente dichiarazione del Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi:

"Sono profondamente grato per le molteplici dichiarazioni in favore della mia rielezione a Presidente della Repubblica, anche perchè esse implicano una valutazione positiva del mio operato quale Capo dello Stato, garante dell'unità nazionale e custode dell'ordine costituzionale.

Interpreto questa convergenza di parti politiche diverse sul mio nome come disponibilità a quel civile confronto che - al di là delle naturali asprezze della dialettica politica, acuite dal recente momento elettorale - è premessa e condizione, indispensabili, della saldezza delle istituzioni e, quindi, della salute della Repubblica.

Tuttavia tali dichiarazioni mi inducono, per una esigenza di doverosa chiarezza, a confermare pubblicamente la mia "non disponibilità" ad un rinnovo del mandato, anticipata nel messaggio di commiato di fine anno.

Non ritengo, infatti, data l'età avanzata di poter contare sulle energie necessarie all'adempimento, per il lungo arco di tempo previsto, di tutte le gravose funzioni proprie del Capo dello Stato.

A ciò si aggiunge una considerazione di carattere oggettivo, che ho maturato nel corso del mandato presidenziale: nessuno dei precedenti nove Presidenti della Repubblica è stato rieletto.

Ritengo che questa sia divenuta una consuetudine significativa.

E' bene non infrangerla.

A mio avviso, il rinnovo di un mandato lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana del nostro Stato."

Roma, 3 maggio 2006



La prassi costituzionale



Nel 2013 Giorgio Napolitano viene rieletto. Nel suo discorso di insediamento manifestò la «convincione che la non rielezione, al termine del settennato, è l'alternativa che meglio si conforma al nostro modello costituzionale di presidente della Repubblica». Definì la sua rielezione «il punto di arrivo di una lunga serie di omissioni e di guasti, di chiusure e di irresponsabilità».



La prassi costituzionale

- Consultazioni del Presidente della Repubblica per la formazione del Governo
- Ordine di accesso alle consultazioni
- Dimissioni di cortesia del Governo in caso di elezione del Presidente della Repubblica
- Astensione del Presidente della Repubblica dalle sedute del CSM
- Astensione del vice presidente del CSM dalle votazioni in materia di amministrazione corrente
- (...)



La prassi amministrativa

È la condotta degli uffici e, in generale, della P.A., che scaturisce da un processo di uniformazione dei procedimenti e viene osservata sulla base di un giudizio prognostico di adeguatezza

PRASSI AMMINISTRATIVA ≠ CONSUETUDINE



La prassi amministrativa

PRASSI AMMINISTRATIVA ≠ CONSUETUDINE

Nella prassi manca il requisito della *opinio iuris ac necessitatis*, cioè della convinzione della necessità giuridica del comportamento

La consuetudine necessita di un ambito personale molto ampio, la prassi può nascere anche dove opera un solo soggetto



La prassi amministrativa

TRA PRINCIPIO DI LEGALITA' ED AFFIDAMENTO

Art. 1 l. 241/1990

- Comma 1: l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.
- Comma 2-bis: i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.



La prassi amministrativa nella giurisprudenza costituzionale

- La Corte ha sempre negato che il diritto vivente possa derivare dalla prassi amministrativa e da atti regolamentari o circolari, ritenuti a questo scopo irrilevanti, anche qualora siano stati emanati da un organo di rilevanza costituzionale
- Questi atti, infatti, «possono dar vita ad una prassi, ma non producono alcun "diritto vivente", che vincoli la Corte nell'interpretazione delle norme impugnate»
- dunque, non «può invocarsi un presunto "diritto vivente" costituito da direttive e prassi dell'amministrazione [...], spettando viceversa ai giudici, soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ricostruire la corretta portata delle disposizioni legislative
- La prassi amministrativa non assume tale rilievo «né nella forma di regolamenti esecutivi o di circolari [...], né, tanto meno, nella forma di singoli provvedimenti, da precludere al giudice una interpretazione diversa. Essa può valere soltanto come dato fattuale concorrente con i dati linguistici del testo normativo ad orientare l'interpretazione, sempreché si mantenga nei limiti consentiti dal dettato della legge [...] e non trovi controindicazioni nella giurisprudenza».



La prassi amministrativa nella giurisprudenza costituzionale

- **Sentenza n. 120 del 1984:** «si tratta, innegabilmente, di un'interpretazione assai diffusa tanto nella giurisprudenza di merito quanto in dottrina. Tuttavia, consentono di **escludere che si debba, al momento, ritenere formato un diritto vivente la mancanza di precedenti nella Giurisprudenza della Corte di cassazione**»

Cfr.

- **Sentenza n. 172 del 1984:** «Tale interpretazione, confermata da altre pronunce della stessa Corte di Cassazione, è stata successivamente accolta dalle sezioni unite della Commissione tributaria centrale e fatta propria persino dal Ministero delle finanze, che con apposita nota della competente Direzione generale delle imposte dirette (20 aprile 1978, n. 11/679) ha comunicato ai dipendenti uffici "l'inopportunità di procedere agli accertamenti ai fini dell'imposta di ricchezza mobile e dell'imposta sulle società per gli avanzi di gestione degli enti ospedalieri", disponendo che pertanto "devono essere abbandonate tutte le contestazioni pendenti relativamente alle quali non sono intervenute decisioni passate in giudicato"». Analogamente, sentenza 20 giugno 1984, n. 178: «Questa sopra riferita è, dunque, la interpretazione che va data all'impugnata norma, in senso opposto a quella accolta dai giudici a quibus. **Interpretazione che attualmente ben può considerarsi "diritto vivente", ed alla quale si è anche adeguata la stessa amministrazione finanziaria, invitando gli uffici delle imposte dirette, con circolare 29 ottobre 1981, n. 35/ 7/3210, ad astenersi dal coltivare ulteriormente le relative controversie ancora pendenti**».



La prassi amministrativa nella giurisprudenza costituzionale

- **Sentenza n. 86 del 1985:** «Né la contraria interpretazione giurisprudenziale, fatta propria dal giudice a quo, può considerarsi tanto diffusa da costituire diritto vivente; all'opposto, tale interpretazione è stata giustamente disattesa, perché troppo lontana dal testo legislativo in esame, da parte di altri giudici e della dottrina tributaristica, per non dire dello stesso Ministero delle finanze»
- **Sentenza n. 83 del 1996:** la prassi amministrativa non è tale, né nella forma di regolamenti esecutivi o di circolari (cfr. sentenza n. 86 del 1982), né, tanto meno, nella forma di singoli provvedimenti, da precludere al giudice una interpretazione diversa. Essa può valere soltanto come dato fattuale concorrente con i dati linguistici del testo normativo ad orientare l'interpretazione, sempreché si mantenga nei limiti consentiti dal dettato della legge e non trovi controindicazioni nella giurisprudenza.
- **Ordinanza n. 188 del 1998:** non può invocarsi un presunto "diritto vivente" costituito da direttive e prassi dell'amministrazione, spettando viceversa ai giudici, soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ricostruire la corretta portata delle disposizioni legislative



La prassi amministrativa nella giurisprudenza costituzionale

- **Ordinanza n. 452 del 2005:** «in proposito, il rimettente muove dall’asserita esistenza di un “diritto vivente”, in forza del quale non risulterebbe configurabile alcuna nullità per l’ipotesi di richiesta di rinvio a giudizio inoltrata dall’organo dell’accusa prima del compimento effettivo del citato termine di deposito degli atti; che, per contro, è agevole rilevare come tale presupposto – del quale il rimettente postula assoluta e costante uniformità interpretativa – appaia smentito tanto dall’esistenza di diverse, contrarie soluzioni della giurisprudenza di merito, quanto dai principî generali affermati dalla giurisprudenza di legittimità, in ordine agli effetti della violazione del termine minimo di comparizione dell’imputato: termine da ritenersi – al pari di quello stabilito nel comma 3 dell’art. 415-bis, cod. proc. pen. – preordinato all’esercizio del diritto di difesa».

- **Sentenza n. 101 del 2023:** «le linee guida ANAC, che – prive di valore vincolante, in difetto di apposita “delega di disciplina” da parte di fonti primarie e di natura regolamentare (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 3 marzo 2021, n. 1791 e sezione prima, parere 17 ottobre 2019, n. 2627) – sono atti di indirizzo interpretativo, fatte proprie dai provvedimenti dei prefetti e che hanno, al più, dato origine a una prassi amministrativa alla quale da lungo tempo è stato negato autonomo valore di diritto vivente»



La prassi amministrativa nella giurisprudenza amministrativa

«Ed invero, sotto il primo profilo, premesso che la prassi amministrativa non può mai porsi “contra legem” o contro la sua corretta applicazione interpretativa, il Collegio deve rilevare che la stessa integra una indicazione di natura organizzativa che, in quanto tale, vede come unici destinatari i componenti ed i lavori del CSM; tale valenza “interna” (...) non può perciò essere estesa a svantaggio di soggetti esterni al “plenum” quali il magistrato interessato dal procedimento di trasferimento, che deve pertanto essere preavvertito della data della seduta alla quale l’affare da trattare è stato rinviato. Ciò risponde chiaramente alla necessità di osservare i principi del contraddittorio e di completezza istruttoria sottesi alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. E’ evidente che se tale effetto può presumersi conseguito se il magistrato è presente alla seduta nella quale si dispone il rinvio, ad opposta conclusione deve pervenirsi (passando ad esaminare l’altra doglianza) nel caso di specie, in cui l’interessato ha chiesto un motivato rinvio della trattazione ed è perciò risultato assente alla seduta che, accogliendo l’istanza, ha disposto il differimento dell’affare; ciò per l’essenziale ragione che l’assenza del magistrato non gli permette oggettivamente di conoscere né se la domanda di rinvio è stata accolta nè soprattutto (in caso positivo) a quale data la trattazione dell’affare è stata rinviata; in questa fattispecie la mancata comunicazione della data della successiva seduta si traduce pertanto in una palese violazione del principio recepito dall’art. 2 della citata legge sulle guarentigie e della correlata circolare applicativa 18.12.1991, impedendo al magistrato di contraddire a propria difesa innanzi al plenum dell’organo di autogoverno» (Consiglio di Stato 6446/2010).



La prassi amministrativa: le circolari

Efficacia meramente interna: sono mere direttive di carattere interno alle strutture destinarie delle singole amministrazioni

«Ed è proprio l'efficacia meramente interna, l'incapacità di innovare stabilmente l'ordinamento giuridico e la non autonoma impugnabilità che distingue gli atti in questione dalle fonti regolamentari. Come ha efficacemente rilevato la giurisprudenza, infatti: “I regolamenti sono...atti formalmente (o soggettivamente) amministrativi, in quanto emanati da organi del potere esecutivo, ma sostanzialmente normativi, perché destinati ad innovare l'ordinamento giuridico nei limiti previsti dalle legge. (...). **Cosa ben diversa sono invece le circolari, che non costituiscono atti con valore provvedimentale ma mere direttive di carattere interno alle strutture destinarie delle singole Amministrazioni** (T.A.R. Milano 20 settembre 1996 n.1383). **Non hanno quindi carattere normativo, ma rappresentano lo strumento mediante il quale l'Amministrazione fornisce indicazioni in via generale ed astratta in ordine alle modalità con cui dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti ed i propri uffici. Rientrano dunque, a differenza dei regolamenti, nel genus degli atti interni dell'Amministrazione e possono avere diverso contenuto, potendo dettare disposizioni sull'organizzazione degli uffici, dare semplice notizia di determinazioni adottate da organi superiori, notificare ordini interni o partecipazioni, diffide, ecc.»** (T.a.r. Basilicata – Potenza, sentenza 28 marzo 2000, n. 197)



La prassi amministrativa: le circolari

Efficacia meramente interna: è sempre così? Il «caso COVID»

A. La circolare «dispositiva»

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

inclusione nel programma di vaccinazione della fascia di popolazione compresa tra i cinque e gli undici anni. Il Ministero della Salute, sulla base delle evidenze scientifiche e del parere favorevole espresso dall'EMA così come accolto dall'AIFA, ha ritenuto 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 2021.



La prassi amministrativa: le circolari

Efficacia meramente interna: è sempre così? Il «caso COVID»

A. La circolare «prescrittiva»

OGGETTO: Circolare recante “Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2” aggiornata al 26 aprile 2021.

Si trasmette, in allegato, la circolare recante “Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2” aggiornata al 26 aprile 2021, al fine di fornire indicazioni operative tenuto conto dell’attuale evoluzione della situazione epidemiologica sul territorio nazionale e delle emergenti conoscenze scientifiche.

L’aggiornamento è stato effettuato da un apposito gruppo di lavoro, istituito dalla Direzione Generale della Programmazione Sanitaria e dalla Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria del Ministero della salute, composto da rappresentanti istituzionali, professionali e del mondo scientifico. Ha ricevuto il parere favorevole del Consiglio superiore di Sanità.

Cordiali saluti.

DIRETTORE GENERALE DGPREV

DIRETTORE GENERALE DGPROGS



La prassi amministrativa: le circolari

Efficacia meramente interna: è sempre così? Il «caso COVID»

A. La circolare «prescrittiva»

«I ricorrenti sono medici di medicina generale e specialisti.

Con il ricorso oggetto del presente scrutinio, i predetti hanno contestato le linee guida promulgate da AIFA e pedissequamente mutate con la circolare del Ministero della Salute “Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2” aggiornata al 26 aprile 2021, nella parte in cui, anziché dare indicazioni valide sulle terapie da adottare a domicilio, prevedono un lungo elenco delle terapie da non adottare, divieto che non corrisponde all’esperienza diretta maturata dai ricorrenti. (...)

In disparte la validità giuridica di tali prescrizioni, è onere imprescindibile di ogni sanitario di agire secondo scienza e coscienza, assumendosi la responsabilità circa l’esito della terapia prescritta quale conseguenza della professionalità e del titolo specialistico acquisito.

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.

(...) il contenuto della nota ministeriale, imponendo ai medici puntuali e vincolanti scelte terapeutiche, si pone in contrasto con l’attività professionale così come demandata al medico nei termini indicata dalla scienza e dalla deontologia professionale».

(T.A.R. Lazio, 419/2022)



La prassi amministrativa: le linee guida

Esistono dei casi di linee guida vincolanti...quando la prassi diventa *soft law* e poi semplicemente *law*

Caso emblematico: le linee guida ANAC e il loro superamento con il nuovo codice degli appalti

- d.lgs. 50/2016, conferiva all'ANAC una posizione centrale nell'ambito dei contratti pubblici, con funzioni regolamentari e sanzionatorie;
- Tra le funzioni di regolazione secondaria vi era il potere di utilizzare strumenti di *soft law*: le linee guida, anche «vincolanti»
- Negli anni successivi, ANAC ha adottato 17 linee guida



La prassi amministrativa: le linee guida

- d.l. 32/2019 ha prefigurato il superamento del sistema della *soft law* per tornare a quello del *regolamento unico* (scelta poi parzialmente disattesa)
- D.lgs. 36/2023 (art. 229): «in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati».
- Non è stata però scelta la via del Regolamento ANAC ma quella del codice «autoapplicativo», in cui la normativa di attuazione è stata affidata a 38 allegati al codice stesso. Il Codice, quindi, non postulerebbe la necessità di ulteriori atti di attuazione, benché in realtà il testo del Codice stesso preveda in diversi punti l'adozione di provvedimenti, ulteriori rispetto agli Allegati.



La prassi amministrativa: le FAQ

«Le risposte alle FAQ non possono essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, in quanto non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica. Tuttavia, non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti della P.A. che fornisce le risposte»
(Consiglio di Stato, sentenza n. 8065/2023)



Grazie **igsg**

Lorenzo Nannipieri
IGSG-CNR

lorenzo.nannipieri@cnr.it

