

La prassi amministrativa si può senza dubbio annoverare tra gli istituti che più d'altri si segnalano per la dissociazione tra la teorica e la realtà: uno iato significativo separa le qualificazioni giuridiche attribuitele da parte consistente della dottrina e le implicazioni che, viceversa, il suo impiego produce. Appartenendo a un sistema costruito intorno alla figura dell'atto, essa, in ragione delle sue fattezze eccentriche, è stata di solito confinata tra le vicende operative del diritto, dotate, in quanto tali, di una limitata consistenza giuridica. Nondimeno, la giurisprudenza si è mostrata tutt'altro che riottosa nel fare uso di istituti generati dal costante contegno tenuto all'interno delle PPAA.

Con l'obiettivo di sottrarla alla dimensione eminentemente pratica, l'ipotesi di ricerca che nel libro s'intende dimostrare è che la prassi amministrativa sia da ritenere un elemento formante dell'ordinamento. Non semplice fatto d'esperienza dal valore meramente interno, bensì esito di attività – talora ermeneutica, talaltra di integrazione regolativa – che va a comporre, *sub specie* di auto-vincolo, l'ordito della predeterminazione normativa riguardante la P.A., incidendo altresì sulla situazione soggettiva dei destinatari del potere di quest'ultima.

Ambrogio De Siano è professore ordinario di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*.

È autore di tre monografie (*Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria. I. Gli effetti della introduzione dei primi tratti di federalismo fiscale sul sistema autonomistico-territoriale nella legislazione finanziaria 1999-2008*, Giappichelli, 2008; *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, ESI, 2018; *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, ESI, 2018) e di numerosi saggi prevalentemente concentrati sui temi della finanza pubblica, dell'attività amministrativa, della tutela giurisdizionale.

AMBROGIO DE SIANO

LA PRASSI AMMINISTRATIVA

SAGGIO IN TEMA DI AUTO-REGOLAZIONE DELLA P.A.

LA PRASSI AMMINISTRATIVA

ISBN 979-12-5965-593-6



9 791259 655936

€ 15,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA LUIGI VANVITELLI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Studi

28

Comitato Direttivo:

Raffaele Picaro: *Presidente*

Orazio Abbamonte; Giuliano Balbi; Gian Paolo Califano; Mario Campobasso; Lorenzo Chieffi; Ambrogio De Siano; Antonio Fucillo; Ferdinando Giuseppe Menga; Mariano Menna; Valeria Nuzzo; Livia Saporito; Francesco Schettino; Carlo Venditti; Maria Chiara Vitucci

Comitato Scientifico:

Francesco Barachini; Maria Eugenia Bartoloni; Emiliano Brancaccio; Giuseppe Cataldi; Angelo Contrino; Antonio D'Aloia; Ileana Del Bagno; Maria Valeria Del Tufo; Marco Esposito; Alessio Lo Giudice; Giovanni Perlinger; Otto Pfersmann; Alessandra Pioggia; Mario Ricca; Adolfo Scalfati; Laura Solidoro; Giovanni Verde

L'opera è stata sottoposta a doppio referaggio da parte di due revisori di chiara fama scientifica nell'ambito disciplinare oggetto della monografia.

AMBROGIO DE SIANO

LA PRASSI AMMINISTRATIVA
SAGGIO IN TEMA DI AUTO-REGOLAZIONE DELLA P.A.

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2025 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Sommario

PREMESSA

Ragioni e obiettivo di uno studio sulla prassi amministrativa	1
---	---

CAPITOLO I

IN CUI SI MOSTRA L'INCOERENZA TRA LE QUALIFICAZIONI ATTRIBUITE ALLA PRASSI AMMINISTRATIVA E LE IMPLICAZIONI CHE IL SUO IMPIEGO PRODUCE

Per iniziare

1. Elementi costitutivi classici della prassi amministrativa e utilità del suo impiego	11
2. La natura giuridica della prassi secondo la ricostruzione tradizionale	18
3. <i>Segue</i> : il conseguente risvolto sulla condotta dell'agente e sulla validità dell'atto	22
4. Le diverse tipologie di prassi: interpretativa, operativa, <i>secundum</i> e <i>praeter legem</i>	25

Per continuare

5. La prassi nella considerazione della giurisprudenza	29
6. Le buone prassi nell'esperienza normativa recente	37
7. La prassi nel diritto sovranazionale	44

Per concludere la ricognizione

8. Osservazioni intermedie	46
----------------------------	----

CAPITOLO II

IN CUI SI TENTA DI DIMOSTRARE CHE È POSSIBILE, OLTRE CHE UTILE, DISPORRE PER PRASSI

Presupposti concettuali per ridefinire

1. Le norme interne: una categoria intrinsecamente contraddittoria	49
2. Manifestazioni plurime di normatività	59

Tentativi ridefinitori

3. La prassi interpretativa quale norma giuridica, intesa come significato dell'enunciato prescrittivo 64
4. La prassi interpretativa è diritto vivente 70
5. La prassi quale norma giuridica, intesa come regola di condotta 77
6. *Segue*: il regime giuridico da riconoscersi alla prassi normativa 97
7. Aggiustamenti concettuali consequenziali: una dimensione nuova per la tipicità 102
8. In difesa della forma, ma con moderazione 114

Per finire

9. Ancora qualche osservazione su disporre e provvedere 118

Riferimenti bibliografici essenziali 129

Ragioni e obiettivo di uno studio sulla prassi amministrativa

La riflessione che va introducendosi non può che principiarsi dalla illustrazione della sua origine: del tutto occasionalmente è capitato di imbattersi nella lettura di una sentenza del Consiglio di Stato in cui il Collegio, ribadendo un orientamento che si è appreso essere costante, ha con non poca disinvoltura sostenuto che nell'ambito del giudizio amministrativo «è prassi ormai consolidata procedere alla liquidazione di spese e onorari in misura forfettaria, senza attenersi pedissequamente ai limiti minimi/massimi della tariffa professionale, in applicazione di criteri di equità solitamente non esplicitati in sentenza»¹.

La considerazione che il G.A. ha mostrato di avere per la propria prassi – che non pare scorretto definire ‘eversiva’ – ha destato in chi scrive un certo interesse. Essa non è usata solo come espediente argomentativo per giustificare il discostarsi dal parametro normativo; a ben vedere, costituisce la ragione giuridica che consente la disapplicazione di quest'ultimo. È come se la prassi giurisprudenziale si attegiasse a (o comunque venisse impiegata quasi fosse una) fonte², consentendo al giudice di operare in base a quello che gli sembra giusto³, finanche

¹ Consiglio di Stato, sez. VII, 29 novembre 2022, n. 10524.

² Tanto da essere capace di conformare il comportamento delle parti processuali: «Costituisce prassi consolidata nella giurisprudenza amministrativa liquidare spese e onorari in misura forfettaria, senza analiticamente rifarsi agli elementi della tariffa professionale, in applicazione di dominanti criteri di equità, prassi alla quale si è adeguata anche quella degli avvocati di non allegare la nota degli onorari e delle spese con riferimento alle singole voci della tabella; in tale ottica i criteri di liquidazione vengono ricavati non tanto nel raffronto fra la tariffa professionale e il valore economico della causa, quanto piuttosto in circostanze eterogenee, peculiari per ogni giudizio, variabili di volta in volta, quali la maggiore o minore complessità delle questioni affrontate, l'applicazione di precetti giurisprudenziali consolidati, la natura della pretesa di cui si chiede l'affermazione e il comportamento tenuto dalle parti» (Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3407).

³ Facendosi guidare nell'interpretazione della regolazione formale dal senso di giustizia. Sulla sentenza giusta intesa come quella conforme a non meglio precisate esigenze di giustizia sostanziale, che di fatto si traduce in una vera e propria giustizia del caso singolo, si esprime in termini critici, M. Luciani, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 36 ss., pp. 58 ss., il quale,

a dispetto di quello che è legittimo⁴.

Questo trattamento⁵ si segnala ulteriormente se si considera quel che la stessa giurisprudenza riserva a una prassi di diversa provenienza – quella amministrativa –, alla quale viene destinato un sindacato rigoroso, segnatamente nel caso in cui i comportamenti ripetuti con costanza da parte dei funzionari delle PP.AA.⁶ si pongano oltre il perimetro disegnato dagli atti

dopo aver richiamato la dottrina ad avviso della quale la decisione giusta è quella che raggiunge il risultato «più conveniente ai fini della giustizia, o ai fini degli interessi della comunità» – G. Bognetti, *Relazione (Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica)*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Annuario AIC 2002, Cedam, Padova, 2004, p. 34 – oppure quella che consente che la soluzione del conflitto avvenga in «modo equo e giusto, cioè ragionevole» – F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 99 –, o ancora quella che compone «nel modo più soddisfacente possibile le esigenze del caso e quelle del diritto» – G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 179 –, si esprime con nettezza affermando che «posizioni di questo genere dissolvono la forza precettiva del diritto e la sua stessa capacità di regolazione dei rapporti sociali».

⁴ Sempre il Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1885, ha affermato che pure «dopo le riforme processuali del 2014, che hanno limitato il potere di compensazione delle spese giudiziali, con la modifica in senso restrittivo dell'art. 92 c.p.c., la giurisprudenza amministrativa ha [...] dato continuità alla propria prassi consolidata di derogare al criterio della soccombenza».

⁵ Di cui è difficile comprendere le reali ragioni. A chi scrive, la compensazione (peraltro non motivata) delle spese processuali appare uno dei sintomi da cui si induce una certa qual deferenza del G.A. nei confronti dell'interesse di cui è portatrice la P.A. Nella specie si tratterebbe di evitare alla finanza pubblica un ulteriore aggravio.

⁶ Il lemma funzionario è nel corso del saggio talora sostituito da quello di agente e, meno di frequente, con quello di organo, ciò nell'esclusivo tentativo di rendere migliore la fattura del testo. Questa approssimazione linguistica pare tollerabile sotto il profilo tecnico-giuridico, in quanto all'interno delle PP.AA. è diffusa la legittimazione a prendere parte al processo di formazione e conservazione di una prassi amministrativa; processo che in pratica coinvolge tutti coloro che sono titolari di una competenza. Ne è dimostrazione la disciplina dedicata alle buone prassi – art. 23, L. 69/2009, come si vedrà, oggi in parte abrogato –, la quale genericamente si riferisce agli «uffici». Per certi versi la medesima approssimazione riguarda il concetto di Pubblica amministrazione, qui inteso in senso lato, ossia come comprensivo di un fenomeno soggettivamente amplissimo di cui sono parte le amministrazioni dello Stato (ministeri, agenzie ecc.), gli altri enti territoriali che compongono la Repubblica e le loro ulteriori espressioni organizzative (consorzi, aziende ecc.), gli enti pubblici non economici, le autorità indipendenti, ma pure i privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative e sottoposti a un certo regime pubblicistico (riguardante principalmente il procedimento amministrativo, il rapporto di lavoro, i contratti pubblici, la finanza).

normativi⁷.

La sensazione è che la differente consistenza assegnata alla prassi (giurisprudenziale, da un lato, amministrativa, dall'altro) sia diretta conseguenza del soggetto che la genera. Il che, al netto della sicura importanza che il profilo soggettivo riveste nel processo di qualificazione dei fenomeni giuridici, restituisce l'impressione di una ingiustificata sopravvalutazione della prassi giudiziaria (e quindi del valore della interpretazione/applicazione delle regole giuridiche da parte dei giudici) o, all'inverso, di una eccessiva, e altrettanto ingiustificata, sottovalutazione di quella amministrativa (e quindi del valore della interpretazione/applicazione delle regole giuridiche da parte della P.A.)⁸.

Fermo restando il diverso peso riconosciuto alla realtà giuridica che matura nei Tribunali rispetto a quella che prende corpo nell'Amministrazione, il G.A., consapevole della rilevanza concreta della prassi amministrativa, non ha comunque mancato di enfatizzarne la funzione, non solo dando vita alla collocazione della sua violazione nello spettro dell'eccesso di potere⁹, ma soprattutto legittimando istituti che sono stati generati proprio dal costante contegno tenuto all'interno delle PPA.¹⁰

Diversa è stata la posizione assunta dalla scienza giuridica. L'ampia diffusione in sede applicativa non le ha impedito di minimizzare il ruolo della prassi intesa come istituto giuridico in senso tecnico¹¹: del resto, a dimostrare il suo

⁷ *Infra*, Capitolo I, par. 5.

⁸ Una sottovalutazione che sembra ancor più ingiustificata se la si mette a confronto con la prassi costituzionale, la cui rilevanza ordinamentale è capace di far mutare anche la considerazione nei confronti della prassi amministrativa nel caso in cui abbiano finito per coincidere: lo segnala, riportando un'ampia casistica, A. Carullo, *La prassi amministrativa*, Cedam, Padova, 1979, pp. 24 ss., secondo cui quando il diritto amministrativo sfocia in questioni di livello costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza si dimostrano più sensibili alla presenza della prassi, «riconoscendole una forza innovativa non solo a livello di attività [...], ma anche nel momento organizzativo» (p. 36). La dottrina costituzionalistica sulla regolarità che si fa regola, ossia diritto oggettivo, è vastissima. Si rinvia, per quella più risalente, alla notazione a piè di pagina di A. Carullo, *op. cit.*, pp. 24 ss., e, per quella più recente, alla notazione in calce al contributo di G.U. Rescigno, voce *Consuetudine costituzionale*, in *Treccani on line*, 2015.

⁹ È dalla elaborazione giurisprudenziale che nasce la sistemazione di Cammeo (su cui v. *infra*, Capitolo II, par. 1) circa il vizio che colpirebbe l'atto difforme dalla norma interna.

¹⁰ Ancora Capitolo I, par. 5.

¹¹ Sono rari i casi in cui alla prassi viene riconosciuta una rilevanza corrispondente al suo effettivo ruolo. M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Cedam, Padova, 2012, p. 2, nota 2, la definisce «sottovalutata mediatrice tra diritto legale e comunità [...] nascosta agli occhi dell'interprete solo finché quest'ultimo si limiti ad elaborare, *in vitro*, metadati

confino nella dimensione del «relativamente marginale»¹² c'è la poca numerosità di studi dedicatele, specialmente di natura monografica¹³.

La modesta considerazione da parte della dottrina non è facilmente spiegabile¹⁴: da sempre impegnata a individuare limiti etero-definiti che fossero

giuridici». A ben vedere, si presenta «come una delle fonti più preziose alle quali attingere qualora l'interprete ricerchi il contatto diretto con la materia prima di ogni indagine sugli istituti dogmatici, ricordando che la lenta edificazione degli stessi procede sempre dalle radici della società». Molto propriamente l'A. riporta le parole di A. Amorth, *Il merito amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 44 s., il quale descriveva la prassi, ossia l'insieme di precedenti riguardanti casi analoghi felicemente risolti, come «il ricco tesoro dell'esperienza amministrativa».

¹² F. Piga, voce *Prassi amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, pp. 842 ss., p. 842, il quale denuncia la problematicità dell'inquadramento della prassi tra i modi tipici di formazione del diritto: resterebbe difficile ricondurla a regole giuridiche di diritto positivo; risentirebbe peraltro dell'assenza di una sua specifica individualità, finendo per essere considerata connessa al tema della consuetudine.

¹³ Oltre alla voce enciclopedica di Piga, il tema della prassi amministrativa è stato oggetto di una riflessione dottrinale numericamente sparuta. Si registrano appena un paio di lavori monografici, quello di A. Carullo, *op. cit.*, e quello di poco precedente di L. Majorano, *Appunti per una teoria della prassi amministrativa*, Cacucci, Bari, 1975. In altri libri dedicati alla cd. attività interna della P.A. l'attenzione è stata tutto sommato marginale: F. Bassi, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Giuffrè, Milano, 1963; G. Barone, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1980. Anche nella saggistica si riscontrano numeri modesti: da ultimo, S. Tarullo, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 669 ss., e poco prima L. Benvenuti, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 227 ss.; G. Abbamonte, *Prassi e diritto nella materia amministrativa*, in L. Bove (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 221 ss. Il tema è diffusamente trattato nella manualistica, benché di regola venga esaurito in poche battute per lo più riferite al profilo patologico, ricondotto nell'ambito dell'eccesso di potere. Mentre questo volumetto era sottoposto alla procedura di referaggio, è stato pubblicato un nuovo lavoro monografico sul tema: F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2025, esito di una riflessione che si inserisce in un progetto di ricerca più ampio, cadenzato da numerosi lavori scientifici, tra cui quello sulle norme interne. Non mancano importanti contributi nel diritto straniero: per esempio S. Diez Sastre, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹⁴ G. Alpa, voce *Prassi*, in *Dig. disc. civ., sez. civ.*, vol. XIV, 1996, pp. 138 ss., p. 139, sostiene che il giurista comune è prevenuto nei confronti della prassi, in quanto affezionato alla partizione tra diritto teorico e diritto pratico. Per l'A. si tratta di «categorie mentali», giuridicamente prive di fondamento, in quanto tra teoria e prassi non v'è contrapposizione, bensì osmosi, forse sostanziale unità.

in grado di contenere il potere amministrativo – negli ultimi lustri rivolgendo l'attenzione in particolare a quelli di matrice extrastatale –, ha mostrato non altrettanta sensibilità nei confronti di quelli auto-definiti¹⁵ – a esclusione degli atti di natura regolamentare¹⁶.

Per il vero, risulta comprensibile che la prassi, intesa come comportamento ripetuto ma non formalizzato, abbia fatto fatica a trovare posto all'interno di un sistema costruito intorno alla figura dell'atto amministrativo¹⁷. Nondimeno, resta immotivato lo scarso interesse mostrato dagli studiosi del diritto pubblico¹⁸, che appare in dissonanza a fronte della innegabile importanza che la

¹⁵ Lo sottolineano anche M. Occhiena, F. Fracchia, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 10, secondo cui l'attenzione riservata ai prodotti normativi provenienti da ordinamenti distinti ha oscurato la presenza di schemi prescrittivi provenienti da centri normativi inseriti nel perimetro dell'ordinamento statale ma non ascrivibili alla categoria delle fonti o che, comunque, sono incarnati in atti che non hanno piena efficacia nell'ordinamento generale. Dalla medesima osservazione prende le mosse il lavoro monografico di P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990, secondo cui «l'interesse per una definizione dell'auto-limite amministrativo pare poco consistente nella dottrina italiana: di conseguenza, pressoché nulli sembrano gli sforzi in tale direzione» (p. 2, nota 1).

¹⁶ Assorbiti nel tema delle fonti e, a causa di ciò, per lo più indagati dalla letteratura costituzionalistica. In merito a quella amministrativistica, per tutti, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Parte I, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 47 ss.

¹⁷ A. Carullo, *op. cit.*, p. 20, sostiene che «i comportamenti amministrativi che di fatto regolavano i rapporti tra il singolo atto e l'attività statale, i fatti sostanziali che [...] risultavano essere ancora determinanti per una completa visione del fenomeno amministrativo, soprattutto in sede di contenzioso, l'attività non formalizzata dell'amministrazione erano in buona misura dimenticati in omaggio al principio della sacralizzazione del provvedimento amministrativo». Per tale ragione, «la prassi amministrativa fu sempre così disconosciuta e non mai eccessivamente considerata» (p. 24). Il vero ostacolo alla rilevanza della prassi amministrativa è stato dunque quello di aver «attribuito eccessiva importanza alla formalizzazione del potere nell'atto» (p. 36).

¹⁸ In generale non molto interessati allo studio dell'attività interna della P.A. – per essa intendendosi l'attività che precede la formazione di un atto endoprocedimentale o di un provvedimento, la quale può risolversi in un atto (come un parere) oppure restare a livello di generica attività (come quella istruttoria, il cui svolgimento è sovente indirizzata dall'esistenza di una prassi) –, sia perché incapace di ledere le situazioni soggettive private, sia perché poco conoscibile al di fuori dell'apparato amministrativo: G. Barone, *op. cit.*, pp. 2 ss. Il modesto entusiasmo degli studiosi per determinati temi sarebbe da ascrivere – secondo S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 17 – al positivismo legalistico – secondo cui «l'amministra-

prassi ha rivestito nella vita delle P.P.A.A.¹⁹.

Proprio la segnalata dissonanza suggerisce la necessità di avviare uno studio che la riguardi, tentandone una ridefinizione teorica al fine di valorizzare il ruolo che ha tradizionalmente svolto riguardo all'organizzazione e all'attività amministrativa.

L'obiettivo primario dello studio è quello di provare a sottrarre la prassi amministrativa – che per comodità espositiva d'ora in poi sarà chiamata anche solo: prassi – dalla dimensione eminentemente pratica. Una dimensione che sottolinea la sua utilità, ma che al tempo stesso ha giustificato il suo inquadramento tra le vicende operative del diritto, dotate, in quanto tali, di una limitata consistenza giuridica.

Essa viceversa, nell'avviso di chi scrive, ricopre un indispensabile ruolo di completamento regolativo. Un ruolo che va rafforzandosi a fronte, per un verso, del diligente disciplinare per principi e concetti giuridici elastici²⁰; per altro verso, della lacunosità²¹ della normazione, dovuta tanto alla pessima fattura degli enunciati prescrittivi²² quanto al loro incessante e rapsodico diveni-

zione è sottoposta alla legge; la legge è il diritto dell'amministrazione; lo studio giuridico dell'amministrazione è studio della legge amministrativa» –, il quale comporta che ci si dimentichi della «potenza legiferatrice della burocrazia»: si tralasciano, tra l'altro, le prassi, perché vale più ciò che la P.A. dovrebbe fare rispetto a quel che realmente fa. I medesimi AA. (p. 128) registrano infatti la concentrazione degli studi sull'attività autoritativa e sui rapporti contenziosi tra cittadino e P.A.; viceversa, gli aspetti interni di quest'ultima sfuggono all'attenzione dei giuristi, che per tale via finiscono per interessarsi a un diritto amministrativo che solo in piccola parte sta al centro della vita reale della P.A.

¹⁹ Sia nella fase propedeutica alla normazione: secondo L. Benvenuti, *op. cit.*, p. 245, la prassi sembrerebbe stare all'origine dell'intero ordinamento amministrativo, nel senso che esso pare conformarsi in base a una regolazione scritta vincolante che vien preceduta da qualche esperimento in via di prassi; ciò accade – nella opinione di G. Abbamonte, *Prassi cit.*, p. 237 – in ragione del fatto che la prassi è «la fonte più aderente alle vicende umane». Sia nella quotidianità dello svolgimento dell'azione: pare sufficiente porre mente al procedimento amministrativo, il quale è costellato di ripetuti comportamenti informali che si presentano essenziali per collegare tra loro passaggi e atti tipizzati (S. Tarullo, *op. cit.*, p. 722).

²⁰ Fenomeno che non riguarda più solamente la legislazione generale, ma pure quella speciale: basti citare il Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 36/2023.

²¹ Sul concetto di lacuna del (e nel) diritto R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giapichelli, Torino, 2014, pp. 393 ss.

²² In proposito, tra gli altri, si è espresso a più riprese S. Cassese, dapprima in *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1992, pp. 307 ss., pp. 315 ss., in cui analizza l'esercizio del potere legislativo; e da ultimo anche negli editoriali sulla carta stampata: di recente, riportando il risultato di una ricerca condotta da alcuni economisti del Politecnico di Milano e dell'istituto Einaudi per l'economia e la finanza,

re²³; per altro verso ancora, dell'inaudita accelerazione dei cambiamenti della società, la cui istanza di regolazione è impossibile da soddisfare attraverso le forme di espressione classica del parametro legale²⁴.

In un simile contesto assumono estremo valore tutti gli strumenti che hanno presa sul mutamento, manifestando attitudini adattative necessarie al mantenimento di un certo ordine nel sistema giuridico²⁵. Si tratta di strumenti che rivelano vocazione/capacità di rendere compiuta la regolazione formale, contribuendo al completamento e allo sviluppo, e dunque al continuo processo di concretizzazione/adequamento, del precetto normativo (soprattutto quello contenuto nella legge).

L'ipotesi di ricerca che s'intende dimostrare è che la prassi amministrativa sia da considerare un elemento formante dell'ordinamento²⁶. Non semplice fatto d'esperienza dal valore meramente interno con possibilità di ridondare (tramite l'eccesso di potere) sulla funzione amministrativa, bensì esito di attività – talora ermeneutica, tal'altra di integrazione regolativa – che va a comporre, *sub specie* di auto-vincolo, l'ordito della predeterminazione normativa riguardante la P.A., incidendo altresì sulla situazione soggettiva dei destinatari

si v. *L'oscurità delle leggi ci fa male*, in *Corriere della sera*, 3 maggio 2025; e in precedenza, *Decreti oscuri e dannosi*, in *Corriere della sera*, 21 marzo 2025. In tema M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.

²³ È estremamente importante tenere in considerazione lo stato della legislazione contemporanea. In qualunque ordinamento, a maggior ragione in quelli ispirati al principio di legalità, la legge costituisce un *prius* rispetto all'intervento della P.A. Sicché si rischia di imputare a quest'ultima inefficienze che sono proprie di chi emette il comando e che dipendono dal contenuto di quel che viene comandato. Così, G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 28. Sul punto anche A. Travi, *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?*, Vita e pensiero, Milano, 2022, p. 47, il quale osserva che la critica alla P.A. non può mai prescindere dalla considerazione della legge.

²⁴ In proposito la bibliografia è sconfinata, anche perché i profili d'approfondimento coinvolti dal tema sono numerosi. Ci si limita così a rinviare a M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, 2013, pp. 371 ss., al fine di mostrare il cambiamento che avrebbe subito il concetto di legalità.

²⁵ Si pensi, anzitutto e specialmente, alla interpretazione, sulla quale, nella prospettiva della sua funzionalità rispetto all'adattamento del sistema giuridico, si v. M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi editore, Modena, 2022, pp. 50 ss.

²⁶ Ordinamento considerato come insieme di norme propriamente intese. Sui concetti che esprime il sintagma ordinamento giuridico v. R. Guastini, voce *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. X, 1995, pp. 414 ss.

del suo potere²⁷.

L'obiettivo che ci si propone, oltre ad avere una valenza teorica, è soprattutto di natura pratica: qualora l'ipotesi di ricerca risultasse dimostrata si presenterebbe indispensabile la definizione di uno statuto giuridico sufficientemente garantistico a protezione di tutti coloro che sono coinvolti dal perimetro effettuale della prassi²⁸.

Il tentativo ridefinitorio che si sta per intraprendere si presenta non solo complicato, ma soprattutto complesso. Ciò ha suggerito di dividere il saggio in due parti – corrispondenti ai due Capitoli in cui esso si articola –, credendo che in tal modo l'esposizione possa guadagnare in ordine e comprensione.

Alla prima parte viene attribuito un valore storico-ricostruttivo. Dopo aver isolato, per via induttiva, concetto ed elementi qualificanti della prassi amministrativa, saranno illustrati gli esiti delle principali riflessioni dottrinali sugli aspetti più controversi – natura e relativo regime giuridico –, sui quali si darà altresì conto della elaborazione giurisprudenziale e dell'attualità legislativa. Seguiranno alcune osservazioni intermedie, che fungeranno da apripista per la seconda parte, occupata dal tentativo ridefinitorio, da condurre anche per via deduttiva.

La strada da percorrere è lastricata da diversi e scivolosi temi sui quali, benché con diverso grado di approfondimento e compatibilmente con i limiti dimensionali che ci si è imposti, non ci si potrà esimere dall'indugiare.

Al contrario di quanto forse ci si aspetterebbe – anche in considerazione degli studi già esistenti – resterà ai margini il tema delle fonti formali, nel quale quello della prassi pare non possa essere assorbito: un simile angolo visuale è stato tradizionalmente sperimentato, dimostrandosi non così fecondo per assegnare alla prassi amministrativa un ruolo giuridico più consistente²⁹.

Nel provare a valorizzarla, centrale si presenta invece la riflessione sulle norme interne, nel cui novero la prassi viene di solito inserita³⁰.

²⁷ Un simile ruolo sembra ascrivito alla prassi amministrativa sin dalla definizione riportata nella voce redazionale *Prassi amministrativa*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XVII, 1939, p. 120: essa si sostanzia nel «modo uniforme con cui la Pubblica Amministrazione regola determinate sue attività o determinati rapporti giuridici in confronto dei cittadini».

²⁸ Le condotte che si affermano di fatto nelle PP.AA. si presentano pericolose per il destinatario della loro azione in quanto prive di una sicura rete di protezione. Sicché, obiettivo della ridefinizione teorica che si va tentando è pure il rafforzamento della posizione di chi viene coinvolto dagli effetti della prassi.

²⁹ Già G. Abbamonte, *op. cit.*, p. 229, aveva manifestato dubbi sulla produttività di studiare la prassi confrontandosi con le fonti formali.

³⁰ E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 251; A. Carullo, *op. cit.*, p. 125; più di recente, M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, FrancoAngeli, Milano, 2020, p. 174.

Qualche spazio andrà altresì riservato a taluni principi fondanti il sistema giuridico in cui oggi opera la P.A. Invero, quantomeno a prima vista, la prassi sembra promuovere un arretramento tanto del principio di legalità in favore di quello di effettività quanto della tipicità in favore dell'atipicità, con possibili conseguenze negative sotto il profilo garantistico.

Le conclusioni saranno rivolte a un tema di ben più ampio respiro rispetto all'oggetto dello scritto: alla separazione dei poteri e, più precisamente, al ruolo contemporaneo della P.A., che, per il concorrere di numerosi fattori, appare sempre più in contrazione.

In chiusura delle premesse che danno l'avvio al saggio, un cenno va riservato al metodo di cui si farà uso nel tentativo di giungere a dimostrare l'ipotesi di ricerca prima denunciata.

Uno studio sulla prassi amministrativa non può che fare largo impiego dell'induzione³¹. Tuttavia, per conferire una qualche solidità alle conclusioni sarà necessario mitigare l'importanza dell'effettività³²: la sua capacità qualificatoria appare modesta, in quanto la realtà giuridica è troppo varia e disordinata, dunque inidonea a fornire argomenti sufficientemente saldi³³. Sicché sarà continuo il tentativo di coniugare l'induzione con la deduzione, per tale via provando a dare alla prassi una (quantomeno) plausibile collocazione sistematica.

³¹ D'altra parte – come si vedrà – gli studi sulla prassi sono fondamentalmente basati sulla induzione dalla realtà, benché la costruzione 'dal basso' abbia condotto a risultati che difettano quanto a coerenza: basti pensare alla questione della sua rilevanza esterna, negata dalla qualificazione giuridica di norma interna ma ammessa sotto il profilo della patologia dell'atto, che sarebbe viziato da eccesso di potere. La scelta metodologica effettuata trova concorde G. Abbamonte, *op cit.*, p. 222, per il quale «se c'è materia in cui occorre essere realisti questa è anzitutto la materia delle fonti che ha come suo oggetto la formazione dell'ordinamento nei suoi fatti generatori, tanto più interessanti quanto meno formalizzati».

³² Intesa come quel che accade in esito all'utilizzazione di un certo strumento giuridico, del quale, dunque, rileverebbe essenzialmente il profilo effettuale.

³³ Sebbene nell'indagine giuridica amministrativistica sia prevalente, almeno dal punto di vista numerico, l'approccio deduttivo, secondo A. Travi, *Tipicità degli atti e potere amministrativo*, in Id., *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2022, pp. 453 ss., p. 464, non poche volte l'oggetto dello studio sarebbe più correttamente rappresentato in termini oposti, ossia facendo ricorso al criterio induttivo, meglio rispondente alle vicende effettive.

I volumi della Collana

Edizioni ESI

1. S. D'ACUNTO - A. DE SIANO - V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, 2017.
2. L.L. KOFANOV - O. SACCHI, *Il sistema "esterno" del diritto romano. Ius naturae ius gentium e diritto commerciale nel pensiero giuridico antico*, 2017.
3. M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, 2018.
4. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, 2018.
5. M. PIGNATA, *Spazi di giustizia negoziata nel regnum della Prima Età Moderna. I Commentaria di Camillo Borrelli*, 2018.
6. L. MINIERI, *Abactum animal. Sulla repressione dell'abigeato in diritto romano*, 2018.
7. C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, 2018.
8. R. PICARO, *Il Building Information Modeling. Referenze di obblighi e responsabilità*, 2019.
9. A.R. CIARCIA, *La tassazione dei proventi illeciti e la deducibilità dei costi da reato. Profili sostanziali e processuali*, 2019.
10. A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, 2019.
11. L. FERRARO, *Crisi economica ed evoluzione delle forme di governo. Un'analisi comparata*, 2019.
12. A. SALVATI, *La tutela aquiliana nei confronti dell'amministrazione finanziaria*, 2020.
13. A. MANZO, *Riflessione storiografica e pensiero giuridico in Quinto Elio Tubero il giovane*, 2020.
14. C. VENDITTI - R. PICARO - D. VESHI (a cura di), *Introduction to Albanian Property Law. Similarities and differences between the Albanian and Italian Legal Systems*, 2021.
15. L. SAPORITO, *Tendenze evolutive del modello israeliano. Lo Stato e la Sinagoga*, 2021.
16. L. DECIMO, *Templa moderna: i luoghi di Dio. La disciplina giuridica degli edifici di culto*, 2021.
17. F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, 2021.
18. L. DI COSTANZO, *Il trust nel diritto italiano*, 2022.
19. M. RUSSO, *Il datore di lavoro agile. Il potere direttivo nello smart working*, 2023.
20. A. FACHECHI, *Esonero da responsabilità ed equilibrio negoziale*, 2023.
21. A. FUCCILLO - V. NUZZO - M. RUBINO DE RITIS, *Diritto e universi paralleli*, 2023.
22. R. CATALANO, *Inadempimento e abuso nelle obbligazioni negative*, 2024.
23. F. GRAVINO, *Migrantes. Gli esodi contemporanei tra diritto e religioni*, 2024.

Edizioni Cacucci

24. V. CAPORRINO, *Il polimorfismo sociale tra diritto ed economia. Una prospettiva comparatistica multilivello*, 2024.

25. M. CAMPOBASSO – M. C. DI MARTINO (A CURA DI), *La gestione iniziale della crisi. Emergenza anticipata e strumenti preconcorsuali di risanamento*, 2024.
26. R. PICARO – A. FACHECHI (A CURA DI), *Il curatore speciale del minore*, 2025.
27. FRANCESCO CAMMISA, *“Il diritto dopo la catastrofe”. Spaccature ideologiche e rifioriture giuridicistiche nel dopoguerra italiano*, 2025.
28. AMBROGIO DE SIANO, *La prassi amministrativa. Saggio in tema di auto-regolazione della P.A.*, 2025.