

QUANDO IL FORMALISMO GIURIDICO TRADISCE SE STESSO: I DECRETI DI NATURA NON REGOLAMENTARE, UN CASO DI SCARTO TRA FATTO E MODELLO NORMATIVO NEL SISTEMA DELLE FONTI

di *Valeria Marcenò**

SOMMARIO: 1. Sui diversi significati del fenomeno della «fuga dal regolamento». - 2. Sui vizi imputabili ai decreti di natura non normativa. - 3. Sul concetto di fonte del diritto attraverso il tema dei decreti di natura non regolamentare. - 4. Sulla “naturale” cedevolezza dei decreti di natura non regolamentare. - 5. Sulla incidenza del ricorso ai decreti di natura non regolamentare sul procedimento di semplificazione normativa regolamentare. - 6. Conclusioni.

La tenuta di un sistema costituzionale delle fonti si misura sulla idoneità delle norme sulla produzione del diritto a dare e mantenere un “ordine” nei processi di produzione giuridica: la giuridicità di una norma discende dal fatto che essa è adottata conformemente alle sue regole sulla produzione, e non dalla capacità dell’organo che la produce di affrontare con efficienza ed efficacia i “bisogni” di innovazione normativa.

Adottare questo punto di vista non significa propendere per un irrigidimento dello stesso sistema delle fonti, ma muovere lo sguardo verso nuove esperienze di produzione di atti normativi, sorte sotto la pressione delle esigenze della politica, cercando, per quanto possibile, le soluzioni idonee a evitare che queste ultime travolgano e rendano vani i modelli teorici di riferimento.

1. Sui diversi significati del fenomeno della «fuga dal regolamento».

I decreti ministeriali qualificati “di natura non regolamentare” certamente assumono le sembianze di una nuova esperienza di produzione normativa. E l’attività legislativa della XVI legislatura ne è testimone, se solo si considerano i numerosi riferimenti a siffatti tipi di atti, rinvenibili particolarmente nei decreti – legge e nelle leggi di conversione, e in materia finanziaria¹.

* Ricercatrice di Diritto costituzionale dell’Università di Torino.

¹ Il rinvio all’adozione di “decreti di natura non regolamentare” ricorre, nel corso della XVI Legislatura, nelle seguenti disposizioni legislative: art. 28, comma 1 della l. 28 febbraio 2008, n. 31 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria*); art. 8-novies, comma 5 della l. 6 giugno 2008, n. 101 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee* (aggiunto dalla legge di conversione)); artt. 4 comma 1-bis, 15 comma 3, 43 comma 1, 63-bis comma 4, 82 comma 25 della l. 6 agosto 2008, n. 133 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*); artt. 4 comma 1-bis e 5 comma 1 della l. 4 dicembre 2008, n. 190 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155, recante misure*

urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese e ai consumatori, nell'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali); artt. 11 comma 4, 12 comma 12, 15 comma 8-bis, 29 comma 6, 32 comma 1 lett. b) della l. 28 gennaio 2009, n. 2 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale); artt. 9 e 41 comma 16-quinquies della l. 27 febbraio 2009, n. 14 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti); art. 1 comma 2 della l. n. 73 del 2010 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 marzo 2010, n. 40, recante disposizioni urgenti tributarie e finanziarie in materia di controllo alle frodi fiscali internazionali e nazionali operate, tra l'altro, nella forma dei cosiddetti "caroselli" e "cantiere"); artt. 2, 4 comma 4-quinquies, 6 commi 20 e 21 quinquies, 7 commi 4, 15, 16, 18, 21, 25, 8 commi 4, 14 e 15, 14 comma 14-bis, 19 comma 3, 37, 41, 46 della l. n. 122 del 2010 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica); art. 3 comma 1 della l. n. 126 del 2010 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 6 luglio 2010, n. 102, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace, di stabilizzazione e delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia); artt. 4 e 15 della l. 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università); art. 3 del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 228 (Proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace, di stabilizzazione e delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia); art. 1 comma 25 della l. 13 dicembre 2010, n. 220 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato); art. 1, comma 1-quater, comma 5-sexagesies, comma 58 della l. 26 febbraio 2011, n. 10 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie - c.d. Milleproroghe).

Da questa rassegna sembrano potersi trarre alcune considerazioni.

A) Dal punto di vista della fonte che adotta il rinvio a tali decreti ministeriali: 1) ad eccezione della l. n. 240 del 2010 (Norme in materia di organizzazione delle università), le disposizioni legislative sono contenute in decreti-legge e in leggi di conversione; 2) la definizione del fenomeno in termini di "fuga dal regolamento direttamente autorizzata dal legislatore" sembra avallata da tre fattori: a) molti riferimenti ai decreti di natura non regolamentare, non previsti nei decreti-legge, sono inseriti con legge di conversione [art. 8-novies, comma 5 l. n. 101 del 2008; art. 4, comma 1-bis l. n. 133 del 2008; art. 4, comma 1-bis l. n. 190 del 2008; art. 15, comma 8-bis e art. 29, comma 6 l. n. 2 del 2009; art. 41, comma 16-quinquies l. n. 14 del 2009; artt. 2, 4 comma 4-quinquies, 8 comma 14, 19 comma 3 della l. n. 122 del 2010]; b) in una occasione (art. 7, comma 1 l. 14 luglio 2008, n. 123 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 90, recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile) il riferimento al decreto di natura regolamentare è stato successivamente soppresso (art. 4, comma 1-bis l. n. 13 del 2009), eliminando alcuna qualificazione del decreto che - in materia di riordino della commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale - avrebbe dovuto essere adottato; c) in un solo caso (art. 3, comma 11 d.l. n. 102 del 2010) il rinvio a decreti di natura non regolamentare è stato soppresso in sede di conversione (l. n. 126 del 2010), rimanendo in vigore il solo riferimento ai decreti senza alcuna qualificazione.

B) Dal punto di vista dell'ambito materiale, il ricorso a siffatti decreti è autorizzato prevalentemente in materia finanziaria.

C) Dal punto di vista della struttura del rinvio, essa è perlopiù nel senso di stabilire modalità, criteri, termini o procedure [art. 43 (Semplificazione degli strumenti di attrazione degli investimenti e di sviluppo d'impresa) l. n. 133 del 2008: stabilire «i criteri, le condizioni e le modalità per la concessione di agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati e per la realizzazione di interventi ad essi complementari e funzionali»; art. 63-bis (Cinque per mille) della stessa legge: stabilire «le modalità di

Ciò che il ricorso - non recessivo - a tali atti, in sostituzione di quello ai regolamenti, impone all'osservatore, e particolarmente al costituzionalista, è valutare la loro conformità ai limiti che l'ordinamento giuridico pone alla produzione normativa secondaria in generale.

Il tentativo della legge n. 400 del 1988 di porre fine al pluralismo disordinato nella produzione normativa secondaria attraverso l'imposizione di una forma tipica ai regolamenti ha già da tempo manifestato i suoi limiti. In riferimento all'art. 17 della legge, la dottrina ha parlato infatti di "fragilità"², proprio al fine di sottolineare la bontà dell'intento (razionalizzazione nel panorama delle fonti secondarie), ma al contempo l'inidoneità della disposizione (susceptibilità, in quanto fonte primaria, a essere derogata o modificata dal legislatore successivo). Dall'entrata in vigore della legge 400 del 1988 ad oggi, la dottrina ha registrato un atteggiamento di "ribellione", una ribellione divenuta via via più sfacciata³. Si tratta del fenomeno, ormai noto, della "fuga dal regolamento" o, come è stato ancor più chiaramente definito, della fuga dell'esecutivo dal regolamento⁴, per intendere una fuga del potere esecutivo dalla "forma" regolamento, ma non dalla produzione normativa secondaria⁵.

La "fuga dal regolamento", se pur espressione di un atteggiamento di insofferenza nei confronti di procedure formative ritenute eccessivamente rigide e gravose, ha conosciuto, fino ad oggi, tre stagioni: la prima, favorita da un comportamento *omissivo* del legislatore; la seconda e la terza, invece, evolutesi sotto la spinta di un comportamento *commissivo* dello stesso legislatore.

Immediatamente a ridosso dell'entrata in vigore della legge 400 del 1988, l'elusione della sua portata normativa fu permessa dal mancato richiamo, nelle disposizioni legislative, all'art. 17, e quindi dalla mancata precisazione della natura dell'atto governativo che si andava autorizzando: l'esecutivo era autorizzato ad adottare norme di

richiesta, le liste e i soggetti ammessi al riparto e le modalità del riparto delle somme stesse nonché le modalità e i termini del recupero delle somme non rendicontate»; art. 82, comma 25 della stessa legge; art. 4, comma 1-bis l. n. 190 del 2008; artt. 11 comma 4, 12 comma 12, l. 28 gennaio 2009, n. 2; art. 6 commi 20 e 21 *quinquies*, 19 comma 3 l. n. 122 del 2010; artt. 4 (*Fondo per il merito*) e 15 (*Settori concorsuali e settori scientifici-disciplinari*) l. n. 240 del 2010; art. 1, comma 25 l. 13 dicembre 2010, n. 220].

² G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332, e più recentemente ID., *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI - E. ROSSI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2009*, Torino, 2010, 9 ss. V. anche A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 5075 ss.

³ M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, relazione presentata al Convegno annuale A.I.C. sul tema *Decisione, conflitti, controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Parma, 29 - 30 ottobre 2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁴ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 356.

⁵ Il fenomeno descritto non può dirsi espressione di un contenimento dei regolamenti, quanto piuttosto il tentativo del Governo di sottrarsi alle procedure formali indicate nella legge e di esercitare egualmente poteri di natura sostanzialmente normativa, talora ricorrendo all'utilizzo di "regolamenti atipici" (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed., Torino, 2007, 43 - 44).

natura secondaria, ma non erano precisate forme e modalità di formazione di tali atti. Negli anni novanta, i rilievi mossi dalla dottrina e dal Consiglio di Stato indussero il legislatore a precisare forme e modalità di normazione secondaria, precisazioni che però non si concretizzavano nel rinvio a quanto disposto dall'art. 17 della legge 400 del 1988: il legislatore scelse di liberamente determinare i caratteri procedurali e contenutistici dell'atto, sostanzialmente non sentendosi vincolato alla disciplina generale. Nell'ultimo decennio la percezione dell'art. 17 come norma di natura meramente descrittiva (nel senso di norma che suggerisce forme di regolamento comunque non vincolanti) e non precettiva si fa ancora più evidente. In questo senso la ribellione diviene "sfacciata": il legislatore che ritenga necessario un successivo intervento a livello di produzione secondaria, invita esplicitamente all'adozione di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare. Si tratta di una formula che si contrappone in modo esplicito alla stessa definizione strutturale di regolamento: il regolamento governativo è tale sulla base del carattere normativo dei suoi enunciati; gli altri decreti si caratterizzano, per espressa definizione dello stesso legislatore, per il carattere *non* normativo del suo contenuto. Le perplessità ovviamente generano dalla sola constatazione che la portata del contenuto che tali ultimi atti presentano non è, come ci si aspetterebbe, non normativa, bensì normativa.

2. Sui vizi imputabili ai decreti di natura non normativa.

Due sono i vizi con i quali la dottrina censura siffatta prassi: la violazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, e quindi la sottrazione dell'atto al regime giuridico previsto per le fonti regolamentari; e la violazione dell'art. 117, comma 6, cost., così come introdotto dalla l. cost. n. 3 del 2001, ossia l'elusione del riparto di competenza del potere regolamentare.

La lettura congiunta dei due parametri avrebbe dovuto essere nel senso che il legislatore statale, nelle materie di competenza statale esclusiva, può autorizzare l'adozione di fonti statali secondarie che presentino i requisiti di cui all'art. 17 l. n. 400 del 1988, e cioè che abbiano la denominazione di "regolamento", presentino enunciati dalla portata normativa, siano sottoposti al controllo preventivo del Consiglio di Stato (acquisizione del parere) e successivo della Corte dei Conti (procedura del visto e della registrazione), siano soggetti alle forme di pubblicità legale. Nelle materie di competenza legislativa concorrente e in quelle affidate alla potestà legislativa esclusiva-residuale delle regioni, invece, non è consentito il ricorso a fonti secondarie statali, siano esse adottate sotto forma di regolamento, siano esse – verrebbe da dire, a maggior ragione – atti secondari non regolamentari. Come a dire: se in tali materie si ritiene non possano adottarsi fonti regolamentari, a maggior ragione non dovrebbero adottarsi atti amministrativi solo formalmente (ma non sostanzialmente) non regolamentari.

Una “truffa delle etichette”⁶ che le disposizioni legislative e costituzionale miravano a evitare: la prima, imponendo forme procedurali tipiche del regolamento – e, argomentando *a contrario*, fornendo in negativo le caratteristiche proprie degli atti non regolamentari; la seconda, ribadendo, pur attraverso una re-distribuzione della potestà regolamentare tra i diversi livelli territoriali, la natura della legge come norma di riconoscimento della potestà regolamentare e, quindi, la consueta relazione tra le fonti in termini di sovra e sotto-ordinazione.

Il ricorso ai decreti di natura non regolamentare, invece, evidenzia due considerazioni: la prima, di carattere particolare, che gli obiettivi che le disposizioni miravano a perseguire non sono stati raggiunti; la seconda, di natura più generale, che sembra doversi constatare una dubbia capacità del legislatore (ordinario ma anche costituzionale) di dettare norme sulla produzione idonee a vincolare se stesso, nella sua attività futura⁷.

3. Sul concetto di fonte del diritto attraverso il tema dei decreti di natura non regolamentare.

La riforma del Titolo V e il ricorrente rinvio a decreti di natura non regolamentare ripropongono un tema classico della materia costituzionale: la definizione di fonte di produzione del diritto, cui è connessa la distinzione tra atto normativo e atto non normativo.

Una parte della dottrina, infatti, ha ritenuto di dover riconoscere nell’art. 117, comma 6, cost. non solo il fondamento costituzionale del potere regolamentare in generale (facendone conseguire, discutibilmente, il venire meno del principio di legalità e quindi della subalternità di ciascun atto regolamentare alla propria fonte di normazione primaria⁸), ma anche la delimitazione delle fonti di normazione secondaria: la costituzione non si limiterebbe alla indicazione delle sole fonti primarie, rinviando a queste ultime la disciplina delle fonti gerarchicamente inferiori, ma si occuperebbe anche della “tipizzazione” delle fonti secondarie. Si parlerebbe quindi di *numerus clausus* sia con riferimento alle fonti primarie che a quelle secondarie⁹. E questo tramite

⁶ F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 356.

⁷ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 398.

⁸ In tal senso, N. LUPO, *La potestà regolamentare del Governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 237 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., 44 ss.

⁹ In tal senso, seppur con la precisazione di non ritenere il potere regolamentare affrancato dal vincolo alla legge, R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 334; F. BATISTONI FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 3 - 4 maggio 2005, Pisa, 2006, 191ss.; G.G. FLORIDIA, *Fonti regionali e*

anche la netta demarcazione di confini tra atto regolamentare (statale, regionale o locale) e atto amministrativo derivante dalla separazione tra la funzione regolamentare, di cui all'art. 117, comma 6, e la funzione amministrativa, di cui al successivo art. 118 cost.

Senza volersi spingere troppo oltre nella interpretazione delle disposizioni costituzionali, attraverso la ricostruzione delle intenzioni del legislatore costituzionale, ciò che sembra condivisibile è la volontà di trattare in modo diverso atti di natura diversa: una cosa è l'esercizio del potere regolamentare e l'adozione della rispettiva fonte regolamentare (statale, regionale e locale, nelle materie di rispettiva competenza); altra è l'esercizio della funzione amministrativa e l'adozione di atti di natura amministrativa. Per utilizzare le parole di Vezio Crisafulli¹⁰, una cosa è l'atto del disporre, altra l'atto del provvedere.

Il problema a questo punto si sposta su cosa è provvedere e cosa è disporre. Sul presupposto che l'auto-qualificazione dell'atto (ossia, la previsione di uno specifico *nomen iuris*) non possa ritenersi elemento di per sé sufficiente a valutare la normatività o non normatività dei suoi enunciati, la dottrina ha tentato di elaborare criteri di natura sostanziale. Senza voler qui avanzare una dettagliata ricostruzione delle singole posizioni sul tema¹¹, si potrebbe ricorrere, per mera comodità espositiva, a una classificazione a più livelli dei diversi criteri sostanziali: nella prima sottoclasse rientrerebbero i criteri che fanno riferimento al contenuto dell'enunciato; nella seconda sottoclasse, i criteri che fanno riferimento allo scopo perseguito con l'adozione di un determinato enunciato. A loro volta le due sottoclassi possono essere ulteriormente suddivise. Sono criteri sostanziali per contenuto in positivo (nel senso che deve essere trattato come atto normativo un atto il cui contenuto presenti): a. i requisiti della generalità e della astrattezza degli enunciati, intendendo per generalità la "riferibilità della disposizione a un numero indeterminabile di soggetti", e per astrattezza la "riferibilità della disposizione a un numero indeterminabile di comportamenti"; b) - a correzione e integrazione del criterio della generalità e della astrattezza - il requisito della innovatività: argomentando *a contrario*, sono quindi atti non normativi quegli atti che, pur presentando disposizioni concettualmente generali e astratte, prescrivono contenuti volti a specificare i limiti di operatività di norme già presenti nell'ordinamento, una specificazione affidata all'accertamento di presupposti di fatto, o a valutazioni tecniche. La non innovatività di tali atti, pur generali e astratti, deriva

sistema delle fonti, in G.F. FERRARI – G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, 2003, 65ss. *Contra*, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, 808, secondo il quale «sarebbe temerario, alla luce della storia del nostro ordinamento, sostenere ... che il nuovo Titolo V impone le seguenti nuove regole costituzionali: 1) tutti gli atti che la Costituzione chiama regolamenti nel Titolo V debbono portare il nome ufficiale di regolamenti e sono atti normativi per la sola loro forma; 2) nessun atto diverso dai primi può portare il nome di regolamento e pretendere il trattamento degli atti normativi».

¹⁰ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959.

¹¹ Sull'argomento v. A. IANNUZZI, *I regolamenti nella dottrina italiana tra ambiguità e sfiducia*, in «Diritto e società», 2004, 195 ss.

dall'essere la novità tutta delle norme che essi sono chiamati a specificare¹². Sono criteri sostanziali per contenuto - a correzione e integrazione del criterio della generalità e della astrattezza - in negativo (nel senso che non può essere trattato come atto normativo un atto il cui contenuto presenti): c. i requisiti della eccezionalità o temporaneità: argomentando *a contrario*, sono quindi atti non normativi quegli atti che, pur presentando disposizioni concettualmente generali e astratte, prescrivono contenuti legati «a fatti contingenti, sporadici, temporanei, che esigono una valutazione in concreto e una frequente rinnovazione della prescrizione alla luce dei mutamenti via via intervenuti»¹³.

Sono criteri sostanziali per scopo in positivo (nel senso che deve essere trattato come atto normativo un atto che presenti): d. il requisito della funzione regolativa: sono atti normativi quegli atti che hanno funzione regolativa e non assolvono a compiti di indirizzo politico, coordinamento e programmazione. Solo i primi, e non i secondi, in quanto idonei a creare diritti e obblighi nell'ordinamento giuridico generale, sono, laddove legittimamente adottati, fonti del diritto¹⁴.

L'adozione di un criterio di natura sostanziale, qualunque esso sia, precede logicamente la qualificazione formale degli atti: prima bisogna vedere se l'enunciato ha o non ha carattere normativo, e solo dopo è possibile imporgli la forma e il trattamento giuridico per esso previsto nel nostro ordinamento¹⁵. Da qui, l'inidoneità del criterio formale della auto-denominazione ai fini della determinazione della appartenenza di un atto alla categoria fonte del diritto.

Inidoneità che, del resto, lo stesso caso dei decreti di natura non regolamentare sembra svelare. Se l'esplicito ricorso, nelle disposizioni legislative, alla dizione "decreto di natura non regolamentare", autorizzandone se non imponendone l'emanazione¹⁶, sembra accordare preferenza, da parte del legislatore, ai fini della determinazione della natura di un atto, al requisito della auto-denominazione, una valutazione, caso per caso, del contenuto dell'atto, tuttavia, ne mette in luce non solo l'inidoneità, ma altresì l'insufficienza, se isolatamente assunto. Che posto assume, infatti, nell'ordinamento giuridico, un enunciato che, seppur amministrativo nella forma, è normativo nella

¹² A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 217 – 224, e ora in A. M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 41 ss.

¹³ G.U. RESCIGNO, *Forma e contenuto di regolamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, II, 1434 – 1435, e già in ID., *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1988 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, 2749 ss.

¹⁴ R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, cit., 336-337.

¹⁵ G.U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1988 della Corte costituzionale*, cit., 2750-2751, secondo il quale «la distinzione tra atto normativo e atto non normativo diventa essa stessa di carattere normativo (e non solo descrittivo), giacché produce precise e vincolanti conseguenze giuridiche».

¹⁶ G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, cit., 46 nt. 134, il quale osserva che non è chiaro se possa parlarsi di illegittimità dell'atto che, nonostante la previsione legislativa ne qualifichi la natura non normativa, sia adottato con le forme di regolamento.

sostanza ma non presenta i requisiti formali – non solo la denominazione, quindi – del regolamento?¹⁷

La discrasia tra forma (amministrativa) e contenuto (normativo) di un atto sembra non poter non ripercuotersi sulla determinazione della sua appartenenza al sistema delle fonti del diritto, ponendo in dubbio la sua validità (nel senso della conformità di *tutte* le sue forme alle norme formali che lo prevedono), se non – sempre che se ne ammetta la distinzione concettuale - la sua esistenza (nel senso della conformità di alcune delle sue forme – quelle che lo rendono riconoscibile e intelligibile come dotato di significato giuridico – alle relative norme formali)¹⁸.

Ciò che però queste osservazioni non permettono di fugare è la permanenza, almeno per chi scrive, di dubbi sulla pretesa oggettività dei criteri di natura sostanziale.

4. Sulla “naturale” cedevolezza dei decreti di natura non regolamentare.

Anche a voler ritenere la sufficienza del solo criterio della auto-qualificazione al fine della determinazione della natura di un atto, il ricorso ai decreti di natura non normativa in materie di competenza regolamentare regionale non sfugge comunque a dubbi di legittimità, sia nel confronto diretto con le disposizioni costituzionali, sia nel confronto con l’impatto sull’intero sistema delle fonti del diritto.

E’ evidente che la denominazione solo apparentemente permette di ritenere rispettata la norma di riserva della competenza regolamentare alla regione.

E’ stato detto che «l’ascrizione del potere di dare attuazione alla normativa statale con atti statali non regolamentari, non va a incidere sulla norma costituzionale sulla

¹⁷ Il problema è posto, in riferimento all’assenza della pubblicità legale, tra gli altri, da F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, cit., 356 («I provvedimenti amministrativi non sono da pubblicare in Gazzetta Ufficiale, come si desume dal t.u. n. 1092 del 1985, che all’art. 6 dispone la pubblicazione delle leggi, dei decreti e degli altri atti di cui all’art. 15, comma 1, lett. d. Tale norma di rinvio – relativa alla ripubblicazione nella Raccolta ufficiale degli atti normativi – fa riferimento a “gli altri decreti, del Presidente della Repubblica, del Consiglio dei Ministri e ministeriali, nonché le delibere e gli altri atti di Comitati di Ministri che siano strettamente necessari per l’applicazione di atti aventi forza di legge e che abbiano contenuto normativo”. A rigore, quindi, solo gli atti qualificati come “decreti” e d’aventi contenuto normativo vanno pubblicati in Gazzetta ufficiale, mentre per i provvedimenti amministrativi è escluso – o quanto meno assai dubbio volendo privilegiare una interpretazione sostanzialistica – l’obbligo di pubblicazione. Di questo problema di mancata pubblicità legale, peraltro, a volte si fa carico lo stesso legislatore, imponendo invece la pubblicazione E cosa accade invece in tutti gli altri casi, in cui il legislatore dimentica questa precisazione?»); G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, cit., 792.

¹⁸ G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, cit., 792 («poiché i regolamenti di cui si occupa la Costituzione sono quei regolamenti che sono fonte del diritto oggettivo, essi debbono tutti essere pubblicati legalmente (in caso contrario non entrano in vigore, e cioè sono più che nulli, sono giuridicamente inesistenti in quanto regolamenti: nessuno può dire che c’è un regolamento, magari illegittimo»).

Sulla distinzione concettuale tra esistenza e validità, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma – Bari, 2007, 528ss., e per alcune osservazioni critiche sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Una “ridefinizione” della teoria della validità del diritto secondo Luigi Ferrajoli*, in *Democrazia e diritto*, 3/2010, 761 – 786.

competenza, per cui – a rigore – resta comunque ferma la competenza regolamentare delle regioni a disciplinare quelle materie»¹⁹. Le regioni, infatti, pur in presenza di un atto statale non regolamentare, non subirebbero alcuna lesione nella loro sfera di competenza regolamentare, potendo in qualunque momento attivarla semplicemente esercitandola.

Questa soluzione interpretativa, se per un verso permette di non reputare violato l'art. 117, comma 6 cost., per l'altro sembra introdurre la regola della “naturale” cedevolezza *anche* degli atti statali non regolamentari. Che il riparto delle funzioni legislative e regolamentari sia meno lineare di quanto possa apparire dalla disposizione costituzionale e che l'attivazione di meccanismi di sussidiarietà “verso l'alto” possa avere riflessi anche sul piano della potestà regolamentare, sono argomenti già sollevati dalla dottrina e affrontati dalla giurisprudenza costituzionale²⁰: l'inerzia delle regioni, infatti, autorizza l'adozione di norme statali (legislative e regolamentari) che nascono cedevoli, ossia suscettibili di essere non applicate non appena cessa il comportamento inerte. L'estensione di questo ragionamento ad atti che si dichiarano essere non normativi pone però alcune questioni.

I. Delle due l'una: o i decreti in questione sono atti non normativi, e quindi non possono sostituire un comportamento, ancorché inerte, di natura normativa; o, svelando le apparenze, hanno natura normativa, e quindi tradiscono la *ratio* sottesa all'art. 117, comma 6, cost.

II. La regola della cedevolezza implica che, una volta adottata la norma regionale competente, la norma statale cedevole non scompare dall'ordinamento giuridico, ma viene semplicemente accantonata, mantenendo la propria piena efficacia laddove (nelle regioni in cui) perdura il comportamento di inerzia. Il rapporto tra le due norme non attiene quindi al piano della validità quanto a quello della efficacia; il contrasto non può essere risolto attraverso il criterio gerarchico (della competenza, quale sottospecie di quello gerarchico), ma dal criterio della specialità: come se la norma regionale si atteggiasse a norma speciale rispetto alla norma statale cedevole generale. Ovviamente, tutto ciò sul presupposto che le norme in questione siano valide.

Al di là delle difficoltà che si pongono sul piano della certezza del diritto – e, quindi, della tutela giurisdizionale –, la giustificazione in termini di cedevolezza dell'adozione di un decreto di natura non normativa travolge i piani. Il contrasto tra gli enunciati dell'atto formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo e quelli del

¹⁹ F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, cit., 357.

²⁰ Se nella sent. n. 303 del 2003 la Corte esclude la riattraazione, in virtù dell'art. 118 cost., della potestà regolamentare alla sfera statale («In un riparto così rigidamente strutturato, alla fonte secondaria statale è inibita in radice la possibilità di vincolare l'esercizio della potestà legislativa regionale o di incidere su disposizioni regionali preesistenti; e neppure i principi di sussidiarietà e adeguatezza possono conferire ai regolamenti statali una capacità che è estranea al loro valore, quella cioè di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario. ... Non può quindi essere loro riconosciuta l'attitudine a vanificare la collocazione sistematica delle fonti conferendo primarietà ad atti che possiedono lo statuto giuridico di fonti secondarie e a degradare le fonti regionali a fonti subordinate ai regolamenti statali o comunque a questi condizionati»), in più recenti sentenze (n. 151 e 285 del 2005) sembra mitigare questa posizione.

successivo regolamento regionale non potrebbe essere risolto sulla base del criterio di specialità, ma solo sulla base del criterio gerarchico. Sia che si addotti un criterio sostanzialistico, sia che si adotti un criterio formalistico per definire la natura di questi atti, il tentativo statale di intervenire anche a livello di fonti non primarie su materie di competenza diversa da quella esclusiva contrasta lo spirito della riforma costituzionale. Il provvedimento, pur se formalisticamente rispettoso del dettato costituzionale, risulta adottato in elusione della norma di riserva della competenza regolamentare.

III. La contrarietà alla *ratio* della norma costituzionale, nonché al modello indicato dalla legge n. 400 del 1988, a ben guardare, non è tanto del decreto di natura non regolamentare, quanto della legge che attribuisce, in materie di competenza regionale²¹, potestà fittiziamente non regolamentari ad organi statali²². Il vizio non è tanto (o non solo) dell'atto governativo, quanto (e soprattutto) della disposizione legislativa che ne permette (o impone) l'adozione.

5. Sulla incidenza del ricorso ai decreti di natura non regolamentare sul procedimento di semplificazione normativa regolamentare.

Il tema della frantumazione della forma regolamentare pone dei problemi anche sul versante della semplificazione normativa.

Con d.P.R. 13 dicembre 2010, n. 248 si è dato avvio al processo di semplificazione normativa secondaria, ossia all'espressa abrogazione di norme regolamentari che hanno esaurito la loro funzione o sono prive di effettivo contenuto normativo o sono comunque obsolete²³. Senza addentrarsi nelle complesse problematiche che ne concernono il procedimento, ci si può limitare, in questa sede, a constatare come il crescente ricorso ai decreti di natura non regolamentare operi nel senso inverso al fine che la "manutenzione del libro delle leggi" vorrebbe perseguire.

Ponendosi, infatti, dal punto di vista di chi²⁴ adotta una nozione minima di manutenzione del libro delle leggi – per cui con tale locuzione si intende la

²¹ Nel caso in cui l'attribuzione a organi statali dell'esercizio di potestà fittiziamente non regolamentari avvenga con riferimento a materie di competenza statale, non si potrebbe invece parlare di contrasto con la Costituzione della legge statale autorizzatrice, ma soltanto di contrasto con l'art. 17 della legge 400, peraltro derogabile secondo il principio della successione della legge nel tempo. V. A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, II – 2, 1483 ss., e G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, *ivi*, 1494 ss.

²² A tal proposito parte della dottrina ha parlato di ipotesi che «concretano - in sé - irrimediabilmente il vizio da cui sono tipicamente affetti gli atti conformi alla lettera, ma contrari allo spirito di altra norma (superiore e sulla competenza, in questo caso): l'eccesso di potere». F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, *cit.*, 357.

²³ L'art. 17, comma 4-ter della legge n. 400 del 1988, introdotto dall'art. 5 della legge n. 69 del 2009, dispone che «Con regolamenti da emanare ai sensi del comma 1 del presente articolo, si provvede al periodico riordino delle disposizioni regolamentari vigenti, alla ricognizione di quelle che sono state oggetto di abrogazione implicita e all'espressa abrogazione di quelle che hanno esaurito la loro funzione o sono prive di effettivo contenuto normativo o sono comunque obsolete».

²⁴ M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, *cit.*

semplificazione del complesso degli atti normativi in vigore per facilitare la individuazione delle disposizioni applicabili ai singoli casi -, è possibile rendersi facilmente conto di come i decreti di natura non regolamentare possano assumere le forme di un “male” (o difetto) dell’ordinamento giuridico, in quanto il loro proliferare e l’incertezza sulla loro natura sostanziale (e, quindi, sul regime giuridico che ne consegue) entrano in collisione con il principio cardine della conoscibilità dell’ordinamento. La manutenzione è volta a semplificare i comportamenti preliminari degli interpreti (in senso diffuso) chiamati a individuare le disposizioni applicabili al caso; l’adozione di atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente regolamentari, al contrario, oltre a provocare rotture nella struttura dell’ordinamento – attraverso, come si è cercato di argomentare, la riduzione dell’effettività delle norme sulla produzione – introduce elementi di incertezza anche sul piano della conoscibilità dell’ordinamento giuridico stesso.

6. Conclusioni.

La questione della natura dei decreti di natura non regolamentare e del regime giuridico che ne consegue determina il “posto” che essi assumono nel sistema delle fonti. L’inclusione o l’esclusione di un atto dal novero delle fonti del diritto non può prescindere dalla valutazione della sua conformità alle norme sulla produzione delle fonti del diritto. La crisi della primazia della legge e la pluralità di forme di produzione del diritto; lo spostamento cui oggi si assiste, quasi inevitabilmente, dalla centralità del Parlamento alla “signoria” del Governo non possono giustificare tentativi di fuga dai modelli teorici di riferimento. Né l’assenza di soggetti “interessati” alla difesa di specifiche forme di produzione normativa²⁵ può indurre a ritenere l’inutilità di sforzi volti ad argomentare la tenuta del sistema costituzionale delle fonti.

Ciò non vuol dire propendere per un sistema delle fonti “statico”, che non consenta di apprezzare le sollecitazioni che provengono dalle esigenze della politica e i mutevoli rapporti tra le norme. Vuol dire però continuare a ritenere che la concezione della doverosità della fonte di produzione del diritto discende dalla concezione della doverosità della norma sulla produzione; che «lo scopo politico di rendere “adeguata” la legislazione ai bisogni della società politicamente interpretati dai titolari del potere normativo»²⁶ non può avvenire a costo di forzare il sistema delle fonti sulla produzione. Purché, ovviamente, il richiamo al formalismo giuridico non tradisca se stesso, celando sotto l’invocazione del criterio della qualificazione dell’atto la rilevanza sostanziale del suo contenuto.

²⁵ Si deve notare che ad oggi nessuna Regione ha sollevato conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale per violazione, attraverso il ricorso a decreti statali di natura non regolamentare, del riparto di competenza regolamentare ai sensi dell’art. 117, sesto comma, cost. La Corte costituzionale si è infatti espressa in una sola occasione ed incidentalmente sulla prassi di siffatti decreti (sent. n. 116 del 2006).

²⁶ M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell’attività di governo*, cit.