

# L'ATTIVITÀ DELLA NUOVA SEZIONE CONSULTIVA DEL CONSIGLIO DI STATO PER GLI ATTI NORMATIVI

di *Orlando Roselli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'istituzione della nuova Sezione in funzione del rilancio del ruolo del Consiglio di Stato. – 3. Il possibile nuovo ruolo della funzione consultiva. – 4. Alcune considerazioni d'insieme. – 5. La potenziale influenza della nuova Sezione consultiva nel riordino del sistema delle fonti. – 5.1. Il sindacato sull'uso improprio della fonte. – 5.2. Il richiamo al rispetto delle «peculiarità dell'ordinamento interno» nel recepimento della normativa comunitaria. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

Come noto, l'art. 17, comma 28, della legge n. 127/1997, stabilisce che «È istituita una Sezione del Consiglio di Stato per l'esame degli schemi di atti normativi per i quali il parere del Consiglio di Stato è prescritto per legge o è comunque richiesto dall'amministrazione».

«La Sezione esamina altresì, se richiesto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, gli schemi degli atti normativi dell'Unione europea». Tale articolo prevede, inoltre, che «Il parere del Consiglio di Stato è sempre reso in adunanza generale per gli schemi di atti legislativi e di regolamenti devoluti dalla Sezione o dal Presidente del Consiglio di Stato a causa della loro particolare importanza».

Questa nuova Sezione è destinata ad avere, tra quelle consultive, sempre più importanza, anche in conseguenza del fatto che la stessa legge n. 127/1997 riconduce l'obbligatorietà dei pareri del Consiglio di Stato quasi esclusivamente agli atti normativi del Governo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Più precisamente ai regolamenti governativi, ministeriali ed ai testi unici. Ai sensi dello stesso comma 25 dell'art. 17 della legge n. 127/1997, il parere del Consiglio di Stato è obbligatorio

## 2. *L'istituzione della nuova Sezione in funzione del rilancio del ruolo del Consiglio di Stato*

L'istituzione di una nuova Sezione del Consiglio di Stato, specializzata nel controllo sulla corrispondenza degli atti normativi ai principi ed alle previsioni di diritto positivo in tema di fonti, viene realizzata, non a caso, proprio quando, per molteplici ragioni, si parla, con rinnovata intensità, di ridimensionamento del suo ruolo e delle sue funzioni.

Basta leggere alcuni progetti presentati alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali dell'attuale XIII Legislatura, la discussione svolta in tale sede e quanto previsto nel progetto da questa elaborato, per comprendere quanti fattori, che vanno anche al di là dello stesso organo di rilievo costituzionale, operano per ridimensionarlo<sup>2</sup>.

In alcuni progetti di radicale riforma in senso federalistico, viene prospettata la stessa abolizione del Consiglio di Stato visto come espressione di una concezione centralistica dell'organizzazione statale e la sua sostituzione con organi quali la Corte amministrativa federale o simili, che solo in parte possono essere paragonati all'attuale organo di consulenza e giustizia amministrativa<sup>3</sup>.

Riflessi sul Consiglio di Stato avrebbe altresì l'ipotesi del superamento dell'attuale sistema binario di giurisdizione e la realizzazione di una giurisdizione unica, sia pure articolata in sezioni<sup>4</sup>. O, in subordine, la diversa ripartizione fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, non più sulla base

---

anche «per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica» e «sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più Ministri».

Il comma successivo stabilisce che «è abrogata ogni diversa disposizione di legge che preveda il parere del Consiglio di Stato in via obbligatoria», restando, peraltro, «fermo il combinato disposto dell'art. 2, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dell'art. 33 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054».

<sup>2</sup> Vedi, per tutti, M. ALLIEGRO, *Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Avvocatura dello Stato* e O. ROSELLI, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, entrambi in V. ATRIPALDI-R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino, Giappichelli, 1998, rispettiv., 684 ss. e 786 ss.

<sup>3</sup> Vedi, M. ALLIEGRO, *Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Avvocatura dello Stato*, cit., 689 ss.

<sup>4</sup> Vedi, per tutti, C. MARZUOLI-A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.; L. MAZZAROLLI, *Prospettive della giustizia amministrativa: un'introduzione al dibattito* e V. CERULLI IRELLI, *Le prospettive della giustizia amministrativa nel dibattito della commissione bicamerale per le riforme*, entrambi in *Giornate di studi in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, Spisa, 1997, rispettiv., 63 ss e 73 ss.; L.R. PERFETTI, *L'unità della giurisdizione nel progetto della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Jus*, 1998, 585 ss.

del prevalente, anche se non esclusivo, criterio di distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ma sulla base di una ripartizione per materie (anche se quest'ultima ipotesi non comporterebbe necessariamente alcun ridimensionamento delle funzioni)<sup>5</sup>.

Prevalente, tra le forze politiche, è l'orientamento di ricondurre il Consiglio di Stato alle sue origini di solo organo di consulenza<sup>6</sup>.

La prospettiva di un ridimensionamento del ruolo e delle funzioni del supremo organo di giustizia amministrativa ha portato ad una forte reazione, sia in via formale che informale, di più di un esponente del Consiglio di Stato e degli organismi rappresentativi dei suoi magistrati: lo testimoniano, ad esempio, le audizioni, in Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, del suo Presidente e di quello della relativa Associazione magistrati<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Vedi, in *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, XIII leg., fasc. 2, 99 ss., gli interventi di Boato, Senese, Bressa, Pera, Parenti, Pellegrino, Russo.

<sup>6</sup> Come testimoniano i testi del 30 giugno (art. 83) e del 4 novembre 1997 (art. 113) adottati dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali istituita ai sensi della legge cost. n. 1/1997. Progetto, questo, contestato da parte della dottrina: vedi, per tutti, S. RAIMONDI, *Contro la giurisdizione unica e contro la separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, 77 ss.; B. CARAVITA, *Giustizia e riforme costituzionali*, relazione al convegno su «La riforma costituzionale» organizzato dall'Associazione Italiana Costituzionalisti (Roma, 6-7 novembre 1998), dattiloscritto provvisorio, 15 ss. Queste posizioni dottrinarie sono radicatissime tra i magistrati del Consiglio di Stato (vedi, oltre, la *nt.* 8) e ripropongono, sostanzialmente, la celebre teoria, elaborata da Santi Romano all'inizio degli anni trenta, della unitarietà dei fini delle funzioni del Consiglio di Stato (vedi il pregevole saggio di L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità*, in Y. MÈNY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994, 345 ss.). Di diverso avviso, tra gli altri, G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 42 ss., che spiega con ragioni di ordine storico la costituzionalizzazione di entrambe le funzioni, contestando, «sul piano concettuale», l'esistenza, tra esse, di «un nesso indissolubile». Peraltro, questo Autore ritiene che, «se è forzata l'idea di una superfunzione, probabilmente è troppo radicale anche l'opinione opposta: che ravvisa inconciliabilità tra le due funzioni, consultiva e giurisdizionale». Per Corso «non è da escludere», nell'ambito di una futura riforma costituzionale, la previsione di una funzione consultiva limitata ai soli atti normativi del Governo (ed il venir meno, dunque, dell'attività di consulenza sull'«attività di gestione» della pubblica amministrazione) (*ibidem*, 43).

<sup>7</sup> Entrambi i Presidenti concordano per il superamento, nella ripartizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, del criterio fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, auspicando una ripartizione delle competenze per materie organiche, ma entrambi sono altresì favorevoli al mantenimento al Consiglio di Stato sia della funzione giurisdizionale che di quella consultiva (*Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, XIII leg., fasc. 18, 552 e fasc. 21, 734).

Anche nel discorso di insediamento del 14 novembre 1996, il Presidente del Consiglio di Stato aveva riaffermato «la complementarietà tra funzione consultiva e giurisdizionale»

e le posizioni espresse da molti magistrati amministrativi in sede scientifica<sup>8</sup> (compreso in vari convegni<sup>9</sup>, tra cui quello su *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*<sup>10</sup>, organizzato, tra l'altro<sup>11</sup>, dallo stesso organo di giustizia amministrativa<sup>12</sup>).

---

(*Discorsi pronunciati in occasione dell'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Renato Laschena*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 753 ss.). Proprio in tale occasione, l'allora Presidente del Consiglio Prodi, in controtendenza con gli emergenti orientamenti politici, sottolineava l'importanza del ruolo del Consiglio di Stato nella «duplice sede consultiva e giurisdizionale» (*Ibidem*, 755).

<sup>8</sup> La Rivista *Il Consiglio di Stato* offre un'ampia rassegna degli orientamenti (e degli umori) dei magistrati del supremo organo di giustizia amministrativa: si veda, per tutti, D. LA MEDICA, *Il Consiglio di Stato in sede consultiva*, 1997, II, 713 ss.; S. GIACCHETTI, *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, 1997, II, 1009 ss.; ID., *La riforma della riforma della Costituzione*, 1998, II, 1207 ss.; C. TAGLIANTI, *La giurisdizione amministrativa nelle prospettive di riforma costituzionale: l'attività consultiva, i lavori della «Bicamerale», il pubblico ministero*, 1997, II, 1503 ss.; A. QUARANTA, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Un nodo da sciogliere*, 1998, II, 279 ss.; A. DE ROBERTO, *Riforme istituzionali in tema di giustizia amministrativa*, 1998, II, 915 ss.

Sulle stesse posizioni sono anche i contributi di P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza* e di F.P. GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, entrambi pubblicati in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., rispettiv., 99 ss. e 105 ss.

<sup>9</sup> Orientamenti critici al progetto di riforma costituzionale del Consiglio di Stato emergono, tra l'altro, al convegno di Roma del 16 maggio 1997 su *Il sistema delle garanzie nelle proposte di riforma costituzionale. La giustizia costituzionale*; alla tavola rotonda del 13 giugno 1997 presso l'Avvocatura Generale dello Stato su *Pubblica amministrazione e giurisdizione nella riforma costituzionale. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato*; al convegno di Lecce del 21-22 novembre 1997 su profili legati alla trasformazione del sistema di giustizia amministrativa; al seminario tenutosi a Roma il 24 febbraio 1998 su *La Corte di cassazione nelle prospettive di riforma costituzionale*; al convegno di Catania del 3 e 4 aprile 1998 su *La giustizia amministrativa: quali interventi immediati in attesa della grande riforma?*; alla giornata di studio, presso la Camera dei deputati, del 27 aprile 1998, organizzata dall'Associazione dei costituzionalisti e da quella degli avvocati amministrativisti; al convegno di Roma del 24 giugno 1998 su *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea. Prospettive di riforma*.

<sup>10</sup> Se ne vedano gli atti in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit. Il convegno è del 23 aprile 1997 e vede la partecipazione di alcuni tra i componenti la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali più sensibili al mantenimento di un ruolo rilevante al Consiglio di Stato, come l'on. Mattarella (che, in detta Commissione, si dichiara favorevole al mantenimento sia della funzione giurisdizionale che di quella consultiva: vedi, *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, XIII leg., fasc. n. 51, 2085 e ss.). A tale convegno partecipa anche il Ministro Bassanini ispiratore della legge n. 127/1997.

<sup>11</sup> Unitamente alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università *La Sapienza* di Roma.

<sup>12</sup> Il Consiglio di Stato ha altresì organizzato un ulteriore convegno, il 27 e 28 ottobre 1997, i cui atti sono ora in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, Giuffrè, 1998 ed includono, tra gli altri, i contributi di S. CASSESE, *L'attività consultiva del*

In questo contesto, ai primi di marzo del 1997, nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge n. 127/1997, il Governo presenta un emendamento<sup>13</sup> con il quale si prevede l'istituzione della nuova Sezione consultiva: emendamento approvato dopo una modestissima discussione<sup>14</sup>. Nel brevissimo dibattito, l'on. Frattini «rileva come la nuova Sezione ... debba essere istituita nell'ambito delle attuali dotazioni organiche ricordando come già nella scorsa legislatura il Governo Berlusconi e successivamente il Governo Dini avesse predisposto una identica disposizione, approvata dal Senato previa verifica finanziaria che ne aveva evidenziato il carattere non oneroso»<sup>15</sup> ed il Ministro Bassanini ritiene che la nuova Sezione sarà «utile ad accelerare le procedure» e «consentirà a taluni giudici di specializzarsi nell'esame degli atti normativi»<sup>16</sup>.

Del 13 maggio 1997 è l'approvazione dell'ordine del giorno presentato dal relatore al Senato, Villone, che impegna il Governo «a realizzare la nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato competente sugli atti normativi, di cui all'art. 17, comma 28, nell'ambito della funzione consultiva già esercitata, da riorganizzare senza aumenti di organico né altri oneri a carico del bilancio dello Stato» ed «a riferire le richieste di parere sugli schemi di atti normativi dell'Unione europea, di cui allo stesso comma 28, agli strumenti normativi di attuazione nell'ordinamento interno»<sup>17</sup>.

La scelta così operata, di non aumentare gli organici del Consiglio di Stato, è all'origine di una composizione della Sezione con magistrati impegnati in altre attività del Consiglio. Nondimeno, siamo in presenza di una importante novità nel nostro ordinamento giuridico. La stessa lontana esperienza

---

*Consiglio di Stato in materia di norme*, 87 ss.; P.G. LIGNANI, *La funzione del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, 101 ss.; A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, 121 ss. Da notare che nella *Presentazione* degli atti di tale convegno ampio spazio viene dato ad una critica severa del progetto di riforma costituzionale del Consiglio di Stato (*Ibidem*, VIII ss.).

Da segnalare il contributo di L. CIMELLARO, *L'evolversi del ruolo consultivo dei Consigli di Stato francese e italiano fra affinità e differenze*, Padova, Cedam, 1997.

<sup>13</sup> Camera dei deputati, XIII leg., Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari del 4 marzo 1997, 194, em. 26.02.

<sup>14</sup> Camera dei deputati, XIII leg., Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari del 12 marzo, 25.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 24.

<sup>16</sup> *Ibidem*, 25.

<sup>17</sup> Senato della Repubblica, XIII leg., atto n. 1034/B, Commissione affari costituzionali, 135<sup>a</sup> seduta (antimeridiana) del 13 maggio 1997, 8.

Sull'istituzione della nuova Sezione non sembrerebbe essere stato richiesto il dovuto parere del Consiglio di Stato ai sensi del r.d. n. 273/1939 (vedi C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in *Riv. amm.*, 1997, 222).

della «commissione temporanea di legislazione, istituita presso il Consiglio di Stato con la legge 24 giugno 1860»<sup>18</sup>, solo parzialmente può essere equiparata alla importante scelta di istituire una Sezione *ad hoc* di carattere permanente e con l'odierna vasta competenza sugli atti normativi del Governo<sup>19</sup>.

### 3. Il possibile nuovo ruolo della funzione consultiva

Dunque, l'istituzione di questa Sezione dovrebbe rappresentare la possibilità di preservare un ruolo importante al Consiglio di Stato, anche se, in ipotesi, si dovesse giungere a sottrargli la funzione giurisdizionale<sup>20</sup>.

L'attività consultiva sugli atti normativi del Governo, in una fase di accentuata espansione e diversificazione della fonte regolamentare, è, infatti, destinata a rivestire un ruolo sempre più rilevante. Questo è particolarmente evidente a partire dall'entrata in vigore dell'art. 17 della legge n. 400/1988<sup>21</sup> ed a seguito dell'intensificarsi dei processi di delegificazione (che sono una delle tante cause dell'incremento della produzione normativa regolamentare)<sup>22</sup>.

Ovviamente, occorre tempo (un ragionevole periodo di "rodaggio") e soprattutto consapevolezza da parte dei suoi componenti, affinché la Sezione possa manifestare le proprie potenzialità che vanno, a nostro avviso, ben oltre quanto possa far pensare lo stesso ordine del giorno Villone, quando parla della realizzazione della Sezione «nell'ambito della funzione

<sup>18</sup> Come ricorda R. Laschena (*Cons. Stato*, 1997, II, 758).

<sup>19</sup> Dell'esigenza di istituire una sezione di questo tipo si era parlato, in preparazione ai lavori dell'Assemblea costituente, nella c.d. Commissione Forti (*Ibidem*, 758). Per inquadrare tale dibattito nella più complessiva riflessione sul Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa in sede costituente vedi U. ALLEGRETTI, G. FOCARDI, *Amministrazione, Costituente, Costituzione*, in M. FIORAVANTI, S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, Cacucci, 1999, 359 ss.; U. ALLEGRETTI, *Interlocutori dell'Assemblea Costituente*, in corso di pubblicazione in S. RODOTÀ (a cura di), *Alle origini della Costituzione*, Bologna, Il Mulino; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss., in particolare, 376 ss.

<sup>20</sup> Ipotesi questa che, ovviamente, comporterebbe comunque un forte mutamento del ruolo (e del peso) del Consiglio di Stato.

<sup>21</sup> In tema di obbligatorietà dei pareri sui regolamenti del Governo nella disciplina previgente vedi C. MIGNONE, *Profilo di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, cit., 204 ss.

<sup>22</sup> Come sottolinea, nel 1996, nel discorso d'insediamento, il Presidente del Consiglio di Stato, R. Laschena (*Cons. Stato*, 1997, II, 758) che, non a caso, ripropone «il problema di predisporre le strutture più idonee e di accelerare i tempi di pronuncia dei pareri», richiamando la su ricordata proposta di legge governativa presentata nella XII Legislatura.

consultiva già esercitata»<sup>23</sup>. Il prevedere lo svolgimento di tali funzioni attraverso una sezione specializzata è tale da aprire nuove prospettive all'esercizio delle funzioni stesse.

Certo, non giova all'approfondimento di tutti i profili delle numerosissime questioni affrontate il dovere operare i componenti la Sezione a *part-time*, essendo tutti membri di altre sezioni consultive<sup>24</sup>, ad esclusione di un solo componente, che è peraltro il Segretario generale del Consiglio e come tale assorbito in impegnative altre attività. La Sezione, nel 1998, è composta da due presidenti (che rivestono altro analogo incarico, uno presso la seconda sezione consultiva, l'altro presso la terza), da otto consiglieri (di cui sette componenti di altre sezioni consultive: uno della prima e tre di ciascuna delle altre) e da un segretario (che è lo stesso della Sezione prima)<sup>25</sup>. Complessivamente, il carico di lavoro dei magistrati del Consiglio di Stato, impegnati in attività consultive, non subisce aggravii in conseguenza delle innovazioni introdotte dalla legge n. 127/1997<sup>26</sup>. Questo perché, da un lato, si è avuto, come abbiamo visto, un ridimensionamento delle ipotesi in cui il parere del Consiglio di Stato è obbligatorio, dall'altro perché questo non fa semplicemente che continuare a svolgere con altre modalità (tramite la nuova Sezione specializzata) le funzioni di sindacato preventivo sugli atti normativi del Governo di cui all'art. 17 della legge n. 400/1988.

Difficile poter valutare, dall'esterno del Consiglio di Stato, l'adeguatezza dell'organico della Sezione, anche in relazione a quello delle altre tre Sezioni consultive<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Funzione che, se non trova ampliamento, trova pur sempre concentrazione nel suo esercizio quando si tratta di valutare i processi di innovazione normativa (così, A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, cit., 147).

<sup>24</sup> Nessuno dei componenti la Sezione è membro di una delle tre sezioni giurisdizionali, in ossequio all'esigenza di mantenere distinto l'esercizio delle funzioni consultive da quelle giurisdizionali.

<sup>25</sup> Vedi la *Composizione delle Sezioni del Consiglio di Stato per l'anno 1998*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 2147 ss.

<sup>26</sup> Vi è, semmai, ora, la necessità di una maggiore tempestività nella concessione dei pareri, in conseguenza della riduzione, prevista dall'art. 17, comma 27, dei termini ordinari per il relativo rilascio.

<sup>27</sup> Se ne veda la composizione, ed il riparto delle competenze, *ibidem*, 2147 ss. La Sezione prima è composta da 3 presidenti (di cui 1 fuori ruolo) e 18 consiglieri (di cui 5 f.r.). La Sezione seconda è composta da 3 presidenti (di cui 1 f.r.) e da 14 consiglieri (di cui 1 f.r.). La Sezione terza è composta da 3 presidenti (di cui 1 f.r.) e da 11 consiglieri (di cui 4 supplenti). Ogni Sezione ha poi un segretario. L'organico complessivo del Consiglio di Stato è di 88 magistrati (G. BARBAGALLO, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 115).

#### 4. Alcune considerazioni d'insieme

Ho provveduto allo spoglio delle pronunce della Sezione<sup>28</sup> con l'obiettivo non tanto di analizzare in modo particolare questa o quella pronuncia più o meno significativa, ma di cogliere il quadro d'insieme della sua attività ed in particolare della capacità dei suoi componenti di cogliere la specificità di un tipo di consulenza (quella sugli atti normativi) che non ha gli stessi caratteri della consulenza sugli atti di gestione della pubblica amministrazione<sup>29</sup>.

La prima pronuncia è stata data nell'adunanza del 2 giugno 1997 e l'attività svolta dalla Sezione si è dimostrata, sin dall'inizio, particolarmente intensa: si pensi che nel 1997 (cioè in soli sei mesi) la Sezione ha emesso 190 pareri e che nel 1998, al 6 ottobre, se ne erano aggiunti altri 195.

Il periodo da noi esaminato è di 13 mesi, non essendo consultabili, ai sensi dell'art. 1 del d.p.r. n. 250/1988, i pareri nei 90 giorni dalla loro emanazione<sup>30</sup>: il periodo esaminato va dunque dalla adunanza del 2 giugno 1997 a quella del 15 giugno 1998, per un totale di 312 pareri (vale a dire, se si escludono i giorni festivi, una media di ben un parere al giorno).

Quattro sole sono state le questioni rimesse all'Adunanza generale del Consiglio di Stato<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Mi sia consentito ringraziare la Signora Maria Barbagallo e la Dott.ssa Simona Manzo, del Consiglio di Stato, per la gentilezza e professionalità con le quali hanno messo a disposizione la documentazione richiesta. Un ringraziamento particolare va anche al collega Giovanni Tarli Barbieri, che mi ha assistito nella raccolta delle pronunce della Sezione.

<sup>29</sup> Vedi, A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, cit., 130 ss. e 145 ss.

<sup>30</sup> Sul punto vedi L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, cit., 363 e C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, cit., 203.

<sup>31</sup> Trattasi di Ad. generale 3 luglio 1997, n. 90/97 (n. Sez. 16/97), *Schema di regolamento recante modificazioni e integrazioni al d.m. 20 ottobre 1995 n. 527, concernente modalità e procedure per la concessione ed erogazione delle agevolazioni in favore delle attività produttive nelle aree depresse del Paese*; Ad. generale 3 luglio 1997, n. 91/97 (n. Sez. 13/97), *Ministero Tesoro: Schema di regolamento recante la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento dei sistemi di indennizzo di cui all'art. 35, comma 2 del D. lgs. 23 luglio 1996 n. 415 che ha recepito la direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari*; Ad. generale 18 dicembre 1997, n. 97/97 (n. Sez. 158/97): *Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica: Schema di regolamento ministeriale concernente la disciplina dei professori a contratto*; Ad. generale 12 marzo 1998, n. 1/98 (n. Sez. 30/98): *Presidenza del Consiglio dei ministri. Dipartimento della funzione pubblica. Schema di decreto legislativo, concernente modificazioni al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, ai sensi dell'articolo 11, comma 4 della legge 15 marzo 1997, n. 59*.



Un numero non piccolo di pronunce del 1997 riaffrontano questioni già esaminate in via interlocutoria, prima dell'istituzione della nuova articolazione del Consiglio, da altra Sezione consultiva o dalla Adunanza generale<sup>32</sup>.

Comprensibile, dunque, che per un certo periodo l'approccio alle questioni sia quello tradizionale, con una forte attenzione ai profili formali ed alle questioni procedurali e sostanziali.

Il richiamo al rispetto dei profili formali è pressoché costante, così come non è raro il richiamo al rispetto della circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1986 sulla corretta redazione degli atti normativi<sup>33</sup>.

Semmai colpisce, talora, la meticolosità dei rilievi formali, con una Sezione che sembra diventata una severa maestra che bacchetta allievi (le Amministrazioni) considerati non troppo abituati all'uso corretto delle maiuscole o dei gerundi.

Particolare attenzione viene prestata ai profili procedurali nella redazione dei regolamenti: puntuale è così il richiamo, che comporta spesso la sospensione del giudizio, alla necessità di raccogliere i previsti pareri di altri ministeri<sup>34</sup>, delle Commissioni tecniche di settore, della Conferenza Stato-regione o delle Commissioni parlamentari competenti.

In quest'ultimo caso, la Sezione sottolinea, sulla base di un orientamento peraltro già consolidato, che il proprio parere debba essere acquisito per ultimo «non certo per sminuire il valore dell'apporto delle Commissioni parlamentari<sup>35</sup>, ma proprio per sottolinearlo: poiché le Commissioni esprimo-

---

<sup>32</sup> Vedi, per tutte, Ad. 9 giugno 1997, n. 34/97; Ad. 23 giugno 1997, n. 25/97; Ad. 30 giugno 1997, n. 42/97 e 45/97; Ad. 7 luglio 1997, n. 50/97 e 57/97; Ad. 14 luglio 1997, n. 40/97 (dove si prende atto che sono stati presi in considerazione dall'Amministrazione pareri dell'Ad. generale del 1992 e 1995 riguardanti lo stesso oggetto); Ad. 14 luglio 1997, n. 63/97; Adunanza 28 luglio 1997, n. 74/97, n. 79/97; 81/97; Ad. 27 agosto 1997, n. 88/97 (in questo parere si richiama un orientamento su analogo oggetto dell'Ad. generale del 1995); Ad. 6 ottobre 1997, n. 120/97; Ad. 1 dicembre 1997, n. 172/97.

<sup>33</sup> Si tratta della circolare del 24 febbraio 1986, n. 1.1.26/10888.9.68. Si veda, per tutti, i pareri Ad. 28 luglio 1997, n. 76/97 e 81/97; Ad. 27 agosto 1997, n. 96/97; Ad. 15 dicembre 1997, n. 181/97; Ad. 3 novembre 1997, n. 157/97; Ad. 4 maggio 1998, n. 81/1998. Sul rilievo di tale controllo si veda quanto osservato, oltre che nelle pronunce stesse, da magistrati del Consiglio di Stato nei loro scritti (per tutti: P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, cit., 116 ss.).

<sup>34</sup> Nondimeno, il Consiglio di Stato si sforza, per non ritardare l'adozione dei provvedimenti, di valutare le ipotesi in cui la mancata concertazione tra Ministri non comporta la sospensione del parere, tanto che afferma che «tale omissione può peraltro considerarsi superata dalla circostanza che lo schema di regolamento è stato approvato in sede di esame preliminare del Consiglio dei Ministri ...» (Ad. 22 settembre 1997, n. 109/97).

<sup>35</sup> Sul ruolo del parere delle Commissioni parlamentari vedi, in questo volume, il saggio di N. Lupo.

no gli indirizzi politici del Parlamento, rientra nella funzione consultiva del Consiglio di Stato verificare con gli strumenti tecnico-giuridici che gli sono propri, che la formulazione finale del provvedimento recepisca correttamente gli indirizzi politici espressi dalla sede parlamentare, ovvero verificare, dandosi il caso, che sia giuridicamente corretta la motivazione con cui il Governo abbia risolto di disattendere quegli indirizzi»<sup>36</sup>. Una deroga all'acquisizione per ultimo del Consiglio di Stato sarebbe ammissibile soltanto per « motivate ragioni d'urgenza »<sup>37</sup>.

Ma tale orientamento del Consiglio di Stato è fortemente contestato dalle Commissioni parlamentari e dai Presidenti delle due Camere, come documenta ampiamente Nicola Lupo, in questo volume, sottolineando come la controversia rivesta profili di rilievo sostanziale, quale quello del diritto delle Commissioni parlamentari ad esprimere un giudizio su di un testo normativo definitivo e non suscettibile di ulteriori modifiche conseguenti all'eventuale accoglimento da parte del Governo dei rilievi espressi in un parere del Consiglio di Stato.

Qui a noi preme sottolineare<sup>38</sup> che la posizione del Consiglio di Stato è tale, implicitamente, da rivendicare un sindacato preventivo che investe i profili legati alla valutazione della coerenza tra gli indirizzi politici espressi e la conseguente codificazione di essi in norme, sino a spingersi a sindacare la «correttezza» del rapporto Parlamento-Governo. L'affermazione da parte del Consiglio di Stato che tale funzione viene svolta con i soli «strumenti tecnico-giuridici che gli sono propri», nasce dall'esigenza di sottolineare che con essa non si vuole operare alcuna invasione nella sfera di determinazione degli indirizzi politici. Ma è indubbio che lo svolgimento di un tale ruolo è destinato ad ampliare (o, quantomeno, ad affinare) gli strumenti del sindacato del Consiglio di Stato (sino al confine di quella zona grigia in cui è difficile valutare se si opera un sindacato solo giuridico o anche latamente politico).

La ferma reazione delle Commissioni parlamentari e dei Presidenti di Camera e Senato è comprensibile: il parere parlamentare rappresenta il tenta-

---

<sup>36</sup> Vedi, per tutti, Ad. 14 luglio 1997, n. 71/97 e Ad. 22 settembre 1997, n. 110/97. Concetto riaffermato anche ponendo l'accento su esigenze legate alla verifica del rispetto del procedimento: «Il parere del Consiglio di Stato deve intervenire dopo che l'intero *iter* procedimentale del regolamento sia completato e prima della definitiva approvazione da parte del Consiglio dei Ministri. Ciò in quanto la funzione del Consiglio di Stato in materia appare diretta a garantire il Governo non solo della legittimità delle singole disposizioni costituenti il regolamento, ma anche dell'avvenuto corretto svolgimento dell'*iter* procedimentale e della corretta formulazione delle norme ivi contenute con particolare riferimento alle modalità di recepimento delle eventuali osservazioni delle Commissioni parlamentari» (Ad. 22 settembre 1997, n. 109/97).

<sup>37</sup> Ad. 23 giugno 1997, n. 41/43/1997.

<sup>38</sup> Per ulteriori considerazioni si v. il richiamato saggio di N. Lupo.

tivo di riequilibrare il rapporto Parlamento-Governo in presenza di una crisi del potere di normazione del primo, che si accompagna ad una dilatazione dell'esercizio normativo del secondo<sup>39</sup>. La rivendicazione parlamentare di esprimere per ultimo il proprio parere nasce dall'esigenza di non vedere depotenziato il potere di indirizzo e di controllo sugli atti normativi del Governo (*in primis* decreti legislativi e regolamenti di delegificazione).

Da questa *querelle* tra Consiglio di Stato e Commissioni parlamentari emerge che il vero nodo è quello della revisione di una forma di governo incapace di dare ormai una soluzione coerente con l'evolversi dei rapporti (e della ripartizione effettiva dei poteri normativi) tra Legislativo ed Esecutivo.

In questo contesto il Consiglio di Stato vede ampliarsi il proprio ruolo costituzionale di «consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».

##### 5. *La potenziale influenza della nuova Sezione consultiva nel riordino del sistema delle fonti*

Nel mezzo di una moltitudine di rilievi meramente formali o, invece, sostanziali, affiorano profili attinenti al sistema delle fonti, alla ridefinizione di alcune di esse, lasciando intravedere una potenziale possibilità d'influenza delle pronunce di questa Sezione sul modo stesso di strutturarsi del nostro ordinamento giuridico.

Le «esigenze essenziali di legalità ed uguaglianza» sono parametro penetrante nel giudizio del Consiglio, proprio perché considerate «alla base dell'esercizio della potestà regolamentare»<sup>40</sup>. Già dalle prime pronunce, la Sezione, secondo una tradizione peraltro già consolidata, dimostra particolare attenzione ai profili costituzionali<sup>41</sup>.

Incisivo può diventare il ruolo del Consiglio di Stato nel ridefinire alcuni dei principi generali dell'ordinamento giuridico e di quelli operanti in ambiti materiali; così come appare destinato a divenire sempre più rilevante il suo ruolo in presenza di delicate innovazioni normative come, ad esempio,

---

<sup>39</sup> Sulla lettura, da parte di magistrati del Consiglio di Stato, della crisi del principio monistico nel sistema delle fonti, vedi, A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, cit., 132 ss.

<sup>40</sup> Ad. 9 febbraio 1998, n. 10/98.

<sup>41</sup> Vedi, per tutte, Ad. 9 giugno 1997, n. 34/97; Ad. 23 giugno 1997, n. 32/97; Ad. 30 giugno 1997, n. 58/97.

quella rappresentata dalla previsione del comma 4 *bis* dell'art. 17 della legge n. 400/1988<sup>42</sup>.

Come è noto, con questa nuova disciplina si tende ad introdurre, nell'ordinamento, una sorta di facoltà permanente per il Governo di delegificare in materia di importanti profili riguardanti «l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei Ministeri». Un ampio «indirizzo interpretativo»<sup>43</sup>, condiviso dal Consiglio di Stato, tende a configurare il nuovo comma dell'art. 17 della legge n. 400/1988 come una disciplina che innova in via generale «il riparto di competenza normativa tra Parlamento e Governo», per cui sarebbe sempre possibile procedere in materia con regolamenti di delegificazione, anche se, con legge successiva a quella riformatrice dell'art. 17 della legge n. 400/1988, si conferisca al Governo un potere regolamentare di altra natura (nell'ipotesi esaminata dal Consiglio di Stato, di esecuzione)<sup>44</sup>. In questi casi il Governo è ritenuto legittimato ad esercitare l'uno e l'altro potere regolamentare, configurandosi il nuovo conferimento normativo come una «potestà regolamentare speciale», rispetto a quella introdotta dall'art. 13 della legge n. 59/1997, qualificata come una «potestà regolamentare generale»<sup>45</sup>.

Di rilievo sono anche alcune delle pronunce della Sezione che, sulla scia della assunzione a principi generali dell'ordinamento giuridico dei criteri di trasparenza, efficacia ed efficienza, sembrano qualificare la legge n. 241/1990, che quei principi richiama, come legge pervasiva di ogni ambito della disciplina della pubblica amministrazione. E quindi come una legge ausiliaria di tutte le altre dalla quale è possibile discostarsi solo in modo espresso e per ragionevoli motivi<sup>46</sup>. È stato rilevato, da autorevole magistrato del Consiglio

---

<sup>42</sup> Introdotta, come noto, dall'art. 13 della legge n. 59/1997. Vedi, Ad. 9 giugno 1997, n. 17/97; Ad. 19 gennaio 1998, n. 190/97 e Ad. 23 marzo 1998, n. 169/97.

<sup>43</sup> Ad. 19 gennaio 1998, n. 190/97 (*Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica – Schema di D.P.R. concernente le attribuzioni dei Dipartimenti del Ministero del tesoro del Bilancio e della Programmazione Economica e Disposizioni sull'organizzazione e sul personale*).

Nel caso discusso in questo parere tale orientamento interpretativo è condiviso dal Ministro proponente lo schema di regolamento, da quello per la funzione pubblica e dalla Commissione parlamentare bicamerale competente.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Al rispetto dei principi di «trasparenza, efficienza ed efficacia» fa riferimento Ad. 30 giugno 1997, n. 47/97. Richiamano espressamente la legge n. 241/1990, ad esempio, Ad. 30 giugno 1997, n. 42/97, in tema di necessaria previsione del responsabile del procedimento e Ad. 7 novembre 1997, n. 166/97 e Ad. 23 febbraio 1998, n. 18/98, che richiamano l'art. 12, comma 1, di tale legge, che impone alle p.a., nel conferire vantaggi economici, la predeterminazione dei criteri e delle modalità.

di Stato, che la legge n. 241/1990 «contiene una serie di disposizioni generali», che si compongono in «sistema», «applicabili a tutti i procedimenti amministrativi»<sup>47</sup>. In conseguenza di ciò, in tema di procedimento amministrativo e di diritto di accesso, il Consiglio di Stato, ben prima della istituzione della nuova Sezione<sup>48</sup>, con «la propria attività consultiva» ha contribuito «in modo non secondario all'adozione di soluzioni uniformi, tali da rendere concretamente applicabili»<sup>49</sup>, nei vari settori della pubblica amministrazione, le disposizioni generali contenute nella legge n. 241/1990, anche predisponendo degli schemi di regolamento-tipo.

Nelle pronunce esaminate affiorano dei veri e propri parametri per giudicare la legittimità delle fonti: ad esempio, in tema di delegificazione la Sezione afferma che «i principi della legge di delegificazione possono essere anche impliciti»<sup>50</sup>; in relazione alla potestà regolamentare ministeriale che l'esercizio della discrezionalità deve essere prevista in modo organico razionale e coerente con il sistema normativo<sup>51</sup>; «che per principio generale i termini indicati dalla legge per l'esercizio della potestà regolamentare non sono perentori»<sup>52</sup>.

La Sezione invita poi, costantemente, ad accorpate in un unico testo la composita normativa regolamentare, a tal fine dichiarandosi «sempre» disposta «a collaborare»<sup>53</sup>; considera gli allegati ai regolamenti come parte in-

---

<sup>47</sup> A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, cit., 139. Dello stesso Autore vedi *Il sistema di tutela dell'interessato di fronte alla pubblica amministrazione. Tutela procedimentale e tutela giurisdizionale*, in Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio di Stato (a cura di), *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, 7 ss., in particolare 13 ss.

<sup>48</sup> Si vedano i pareri del 1992 citati nel primo lavoro di A. Pajno richiamato nella nota precedente, 140.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 139.

<sup>50</sup> Ad. 30 giugno 1997, n. 58/97. Questo, peraltro, non impedisce alla Sezione di delimitare l'ambito della delegificazione sulla base delle finalità desumibili dalla legge (vedi, Ad. 14 luglio 1997, n. 64/97).

<sup>51</sup> Vedi quanto affermato in Ad. 30 giugno 1997, n. 48/97.

<sup>52</sup> Vedi, tra i tanti pareri in tal senso, Ad. 14 luglio 1997, n. 71/97: «Ciò per due ragioni: primo, perché la potestà regolamentare è immanente nelle attribuzioni del governo; secondo, perché se il legislatore ha ritenuto opportuno demandare alla normazione secondaria il completamento della disciplina, non è concepibile che la disciplina resti lacunosa, e la legge resti di fatto inapplicabile, solo perché l'autorità regolamentare non ha rispettato il termine».

<sup>53</sup> Vedi, per le numerose pronunce in tal senso, Ad. 20 ottobre 1997: n. 135/97. Frequente è il richiamo alla necessità di redigere testi unici regolamentari (vedi, Ad. 27 agosto 1997, n. 95/97).

tegrante dei regolamenti stessi<sup>54</sup>; ribadisce la necessità, quando si procede a modifiche regolamentari, di provvedere alla sostituzione del precedente testo normativo «perché la tecnica delle modifiche ed integrazioni rende più difficile la lettura delle disposizioni»<sup>55</sup>.

La Sezione contesta l'uso di richiamare il contenuto di norme primarie in norme regolamentari, perché in tal modo «una stessa norma avrebbe due fonti normative di diverso grado e ciò potrebbe comportare difficoltà in ordine all'applicazione, al regime delle impugnazioni ed alla eventuale norma abrogatrice»<sup>56</sup>, ma, in un caso, apprezza l'innovazione contenuta nella tecnica redazionale di un regolamento in cui si richiamano norme primarie, in quanto questo avviene precisandolo espressamente (e ciò risolverebbe gli inconvenienti sopra richiamati, fornendo altresì una migliore base di conoscibilità della disciplina)<sup>57</sup>.

In via generale, peraltro, il Consiglio di Stato si dichiara contrario alla commistione, in un unico testo, di fonti giuridiche diverse<sup>58</sup> ed allo stesso

---

<sup>54</sup> Vedi, per tutti, Ad. 12 gennaio 1998, n. 189/97: «Ciò allo scopo di subordinare eventuali modifiche degli stessi all'adozione dello strumento regolamentare». Significativo il parere Ad. 6 ottobre 1997, n. 114/97, relativo allo *Schema di regolamento ministeriale recante approvazione del nuovo statuto dell'ICE*: «... non può essere condivisa la scelta formale di configurare lo statuto dell'Ente come un allegato all'atto di approvazione; proprio per la natura normativa che deve attribuirsi al provvedimento ministeriale di approvazione, infatti, occorre che il corpo normativo in questione non si differenzi, sotto il profilo formale, dagli altri testi regolamentari vigenti. Esso, quindi, deve formare un corpo unico, senza possibilità di scissione dell'atto di approvazione e del testo normativo».

Riguardo alla natura giuridica dei provvedimenti che si configurano come delle tabelle, si è nel campo dei provvedimenti amministrativi generali (per i quali «non viene di norma richiesto il parere ... del Consiglio di Stato») quando si configurano come «una mera elencazione»; si è nel campo dei regolamenti quando determinano anche «disposizioni» (Ad. 6 aprile 1998, n. 61/98: *Ministero dei lavori pubblici – Schema di regolamento concernente la nuova tabella delle categorie di iscrizione nell'albo nazionale dei costruttori*).

<sup>55</sup> Ad. 1° dicembre 1997, n. 168/97.

<sup>56</sup> Principio che viene ribadito anche in Ad. 1° giugno 1998, n. 94/98.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> «Appare preferibile non includere nel contesto di norme regolamentari come quelle in esame, disposizioni meramente ripetitive di principi di carattere generale ovvero disposizioni dettate da fonti normative primarie» (Ad. 27 agosto 1997, n. 96/97; in tal senso anche Ad. 9 giugno 1997, n. 19/97). «Ugualmente sconsigliabile appare, inoltre, il rinvio espresso ad altre specifiche fonti normative nei casi in cui tale rinvio non risulti strettamente necessario per l'individuazione della norma richiamata. Infatti, le eventuali norme reiterative sono di per sé inutili e superflue e anzi potrebbero ingenerare nell'interprete il dubbio che si sia voluto disporre qualche cosa di diverso da ciò che è disposto dalla fonte riprodotta ovvero da ciò che è desumibile da principi generali comunemente riconosciuti» (Ad. 27 agosto 1997, n. 96/97).

«mero richiamo esplicito ad altri testi normativi» in sede regolamentare<sup>59</sup> (ove si renda necessario operare un rinvio esplicito, la Sezione consiglia di utilizzare formule «che rendano palese che si tratta di rinvio “dinamico” al fine di consentire l’applicabilità immediata ed automatica della normativa che ... a seguito della abrogazione della precedente disciplina, risulti di volta in volta vigente») <sup>60</sup>.

La Sezione è sempre vigile nel verificare la sussistenza del necessario fondamento legislativo dei regolamenti ministeriali<sup>61</sup>; nel confermare che il regolamento non può rinviare la determinazione della residua disciplina ad altre fonti, potendo rinviare al solo atto amministrativo generale<sup>62</sup>; nell’evidenziare l’impossibilità per il regolamento di delegificazione, stante sul punto la riserva assoluta di legge, di prevedere sanzioni di carattere penale, potendo statuire, eventualmente ed eccezionalmente, solo quelle di carattere amministrativo<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> «Anche il mero richiamo esplicito ad altri testi normativi (quando è superfluo) appare suscettibile di comportare l’inconveniente di un ingiustificato irrigidimento delle norme regolamentari, il cui testo dovrebbe venire sistematicamente modificato ogni volta che si verifichi una qualche variazione nella disciplina della materia già disciplinata dalle disposizioni di legge espressamente richiamate nelle norme regolamentari ...» (Ad. 27 agosto 1997, n. 96/97).

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Vedi, tra i tanti pareri, Ad. 16 giugno 1997, n. 33/97; Ad. 30 giugno 1997, n. 45/97 (nel quale non si ravvisa «la necessaria base legislativa per esercitare il potere regolamentare»); Ad. 7 luglio 1997, n. 61/97 e 62/97; Ad. 27 agosto 1997, n. 86/97 (manca «norma di legge attributiva in modo espresso del potere anzidetto»); Ad. 6 aprile 1998, n. 56/98 (il testo di legge richiamato nel preambolo «non contiene» il riconoscimento della potestà regolamentare in oggetto). La Sezione è anche attenta nel valutare la portata, sulla base del fondamento legislativo, del potere regolamentare. Così il Consiglio di Stato nega, alla «agenzia per la gestione dell’albo dei segretari» comunali, «potestà regolamentare con efficacia esterna» perché difetta, nella relativa legge n. 127/1997, «un’espressa previsione in merito», mentre riconosce a tale agenzia autonomia normativa interna come riverbero del riconoscimento legislativo dell’autonomia organizzativa (Ad. 22 settembre 1997, n. 103/97).

<sup>62</sup> Ad. 30 giugno 1997, n. 43/97.

<sup>63</sup> Ad. 30 giugno 1997, n. 58/97, salvo, comunque, il necessario carattere di «puntualità» dei «precetti sanzionati», perché vanno rispettati «i requisiti minimi di tipicità dell’illecito amministrativo» (Ad. 22 settembre 1997, n. 105/97). In specie (parere n. 58/97) la Sezione fonda tale possibilità su di una «interpretazione logica e sistematica delle norme primarie», ritenuta sufficiente a derogare «alla previsione di cui all’art. 1, legge 24 novembre 1981, n. 689». In altro caso (Ad. 23 giugno 1997, n. 32/97), la Sezione ribadisce la regola generale che «in materia di sanzioni amministrative vige il “principio di legalità” (esplicitamente affermato dall’art.1 della legge n. 689/1981, ma rientrante comunque tra i principi generali dell’ordinamento) il che ha fatto affermare alla Corte di cassazione (sez. I civile, sent. 22 ottobre 1991, n. 11195) che gli illeciti amministrativi non possono essere sanzionati con regolamento, pena la disapplicabilità del regolamento stesso da parte del giudice». In questo parere la Sezione si spinge a dichiarare

La Sezione si sofferma, altresì, sulla diversa potestà regolamentare degli organi aventi rilievo costituzionale, rispetto a quelli costituzionali, con conseguente impossibilità, per i primi, di derogare alle norme primarie<sup>64</sup>.

Ma le pronunce della Sezione fanno intravedere orizzonti più ampi sulla valutazione del corretto utilizzo delle fonti, che includono, ad esempio, ragioni di opportunità: è considerato inopportuno emanare norme regolamentari, quando è in predicato, nello stesso oggetto, l'adozione di norme primarie<sup>65</sup>.

Ragioni di opportunità spingono la Sezione anche a porre il «problema della adeguatezza dello strumento regolamentare»: «Appare invero incongruo e contrario ad ogni buona regola di tecnica legislativa, deferire ad una norma di rango secondario la disciplina di istituti ai quali si vuole far assumere una importanza fondamentale nel nuovo assetto che si vuole introdurre nel nostro ordinamento»<sup>66</sup>. Comunque, in tali casi, sarebbe, per la Sezione, più opportuno che la legge rinvii non ad un regolamento ministeriale od interministeriale, ma ad uno governativo, «coinvolgente per il suo procedimento di formazione, di approvazione e di emanazione l'intera compagine governativa ed il Capo dello Stato».

Del resto, afferma la Sezione che «se è vero che lo strumento regolamentare è più duttile di quello legislativo, è anche vero che proprio tale duttilità può dare adito ad inconvenienti ben più gravi di quelli che potrebbe comportare la rigidità di un testo normativo» e quindi, implicitamente, l'uso della fonte regolamentare deve tener conto anche della materia disciplinata<sup>67</sup>. La stessa Sezione qualifica tali considerazioni come di «carattere metagiuridico», ma per affermare che anche questo tipo di riflessione rientra nei compiti del Consiglio di Stato «nell'ambito delle sue funzioni di massimo organo di consulenza del governo»<sup>68</sup>. Non può sfuggire come tali affermazioni consentano un sindacato della Sezione particolarmente incisivo. La verifica

---

che «lo stesso principio di legalità in materia di illecito amministrativo, peraltro, rende anche dubbia la legittimità costituzionale della legge n. 122/1992, nella parte in cui demanda al regolamento la determinazione (non solo dell'illecito ma anche) delle sanzioni».

<sup>64</sup> Ad. 7 luglio 1997, n. 60/97.

<sup>65</sup> Ad. 28 luglio 1997, n. 81/97.

<sup>66</sup> Ad. 11 maggio 1998, n. 72/1998 (parere relativo allo schema di decreto interministeriale concernente *Regolamento per la fissazione dei requisiti per l'esercizio in forma societaria delle attività di cui all'art.1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815*).

<sup>67</sup> *Ibidem*: «Nella specie, inoltre, la situazione appare tanto più grave in quanto non si è neppure previsto, come ormai sembra essere prassi legislativa consolidata, l'intervento del parere delle competenti Commissioni parlamentari sullo schema di testo regolamentare».

<sup>68</sup> *Ibidem*.



sull'opportunità delle disposizioni, che viene tradizionalmente svolta dal Consiglio di Stato<sup>69</sup>, qui investe la valutazione sulla idoneità della fonte in relazione alla materia da disciplinare.

Interessanti alcune considerazioni della Sezione in tema di circolari.

Così, ad esempio, in un parere questa invita ad espungere dal preambolo di un regolamento il riferimento ad una circolare<sup>70</sup>, «atteso che trattasi di fonte non normativa» e ritiene che il «richiamo nell'ambito dell'articolato» possa «ritenersi legittimo solo quale rinvio materiale ad una fonte di cognizione contenente determinate informazioni». Peraltro, abbiamo visto, frequente è il richiamo della Sezione alle regole contenute nella circolare del presidente del Consiglio dei Ministri del 1986, in tema di *drafting* normativo, il che farebbe supporre che lo stesso Consiglio di Stato riconosca l'esistenza di circolari a carattere normativo<sup>71</sup>, sia pure come ipotesi del tutto eccezionale. In generale, l'orientamento del Consiglio di Stato sembra quello di qualificare la circolare come un atto privo di innovazione normativa<sup>72</sup>.

Absolutamente condivisibile è il rilievo rivolto ad uno schema di decreto interministeriale che lascia spazi attuativi indeterminati e che di conseguenza li affida ad «una futura circolare – senza le garanzie formali e sostanziali del regolamento – o alle applicazioni dei singoli uffici senza la garanzia di uniformità di applicazione»<sup>73</sup>, ponendosi così la Sezione in linea con importanti indirizzi legislativi<sup>74</sup>.

L'orientamento complessivo sembra quello, più che giustificato, di operare per contenere il rilievo normativo delle circolari, come si evince dall'affermazione secondo la quale essendo «una disposizione contenuta in una cir-

---

<sup>69</sup> Vedi, P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, cit., 114 ss.

<sup>70</sup> Ad. 9 febbraio 1998, n. 168/97.

<sup>71</sup> Vedi, per tutti, R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1992, 235 ss.

<sup>72</sup> Interessante, in tal senso, è Ad. 4 maggio 1998, n. 83/98, dove si legge che il testo sottoposto all'esame della Sezione, «rispecchiando pedissequamente le norme di legge ..., risulta privo di qualsiasi disposizione innovativa, ed essendo soltanto proteso all'attuazione del dettato legislativo presenta un contenuto sostanzialmente equivalente a quello di una circolare». «Mancano pertanto i presupposti per l'espressione del parere in merito da parte del Consiglio di Stato».

<sup>73</sup> Ad. 9 febbraio 1998, n. 10/98.

<sup>74</sup> Si pensi, ad esempio, al testo unico n. 148/1988 in materia valutaria o alla legge n. 168/1989 in materia universitaria, che pongono espresso divieto alla emanazione di circolari normative, con l'intento di porre una discontinuità con il passato.

colare, si ritiene opportuno che il contenuto della stessa ... venga comunque riprodotto in sede di regolamento»<sup>75</sup>.

### 5.1. *Il sindacato sull'uso improprio della fonte*

Quanto importante sia la funzione svolta da questa Sezione lo si evince dalla evidente constatazione che la prima operazione che questa compie è di verifica della legittimità sull'uso della fonte sub-primaria. Ciò è evidentissimo quando si tratta di regolamenti ministeriali: la Sezione opera un'immediata, preliminare, verifica del loro fondamento legislativo; così come, in materia di potere regolamentare del Governo, le previsioni contenute nell'art. 17 della legge n. 400/1988 sono poste come specifico parametro di legittimità, che concorre a qualificare tale legge, al pari della legge n. 241/1990, come testo normativo di portata generale, pervasivo l'intera attività regolamentare ed applicabile sempre salva espressa contraria successiva disposizione legislativa.

Ma dato che ogni fonte rappresenta una determinata forma di codificazione della volontà politica, il sindacato del Consiglio di Stato sull'uso corretto della fonte utilizzata si trasforma in un richiamo al rispetto delle competenze normative tra i vari soggetti istituzionali.

Così è, ad esempio, quando la Sezione afferma essere necessario, sulla base delle relative disposizioni di legge, utilizzare la forma del d.p.r. anziché del d.m., sottolineando così, in tali ipotesi, che trattasi di regolamento di competenza del Governo nella sua collegialità e non di un regolamento<sup>76</sup> o di un atto amministrativo generale<sup>77</sup> di un Ministro. Ovviamente, questa attenzione alla legittimazione all'uso del potere normativo secondario non è una novità nell'attività del Consiglio di Stato, essendo connaturata alle sue funzioni<sup>78</sup>.

Talora, la Sezione è stata chiamata a delicate operazioni interpretative del testo legislativo, proprio per valutare l'attribuzione del potere regolamentare. Così è stato, ad esempio, in sede di parere sullo schema di regolamento interministeriale di amministrazione e contabilità dell'autorità por-

---

<sup>75</sup> Ad. 1 dicembre 1997, n. 109/97.

<sup>76</sup> Ad. 2 giugno 1997, n. 6/97.

<sup>77</sup> Ad. 23 giugno 1997, n. 38/97.

<sup>78</sup> Così, ad esempio, la Sezione ricorda (Ad. 7 luglio 1997, n. 53/97) che la I Sezione in data 20 marzo 1996 aveva negato, ai termini di legge, potere regolamentare al Sottosegretariato di Stato per il coordinamento della protezione civile, rilevando «che in mancanza della nomina del Ministro, il regolamento dovesse essere emanato dal Presidente del Consiglio dei Ministri».

tuale<sup>79</sup>, in cui la Sezione ha negato il conferimento del potere regolamentare ai Ministri interessati, spettando questo, come manifestazione di autonomia, alla singola autorità portuale<sup>80</sup>. Tale potere normativo, disciplinato dalla legge n. 84/1994, non trova dunque fondamento nella legge n. 400/1988 e così la Sezione (pur prospettando «l'utilità di redigere uno schema-tipo di regolamento di contabilità da parte dei Ministeri vigilanti, allo scopo di assicurare l'uniformità dell'azione amministrativa delle varie autorità»), rileva che «non può esprimere il proprio parere» né su tale eventuale schema, né sui «singoli atti di approvazione, da parte dei Ministeri, dei regolamenti predisposti dalle varie autorità» portuali<sup>81</sup>.

La Sezione, pur così vigile sul controllo del fondamento legislativo del potere regolamentare, adatta l'esercizio della sua funzione consultiva alle necessità legate all'urgenza del provvedere. È il caso, ad esempio, di un parere relativo ad uno schema di regolamento del Ministero della Sanità<sup>82</sup>, di attuazione di una direttiva comunitaria, il cui fondamento legislativo è legato all'approvazione del disegno di legge comunitaria. Dopo aver sottolineato che sino a tale approvazione della «norma attributiva del potere regolamentare» il decreto ministeriale non può essere adottato, la Sezione nondimeno stabilisce che «in considerazione della esigenza di una rapidissima adozione dello schema, esso dovrà essere sottoposto ad un nuovo parere di questo Consiglio di Stato soltanto nel caso in cui al testo della schema vengano apportate modifiche di natura sostanziale»<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Ad. 27 agosto 1997, n. 90/97.

<sup>80</sup> Secondo la Sezione questo è conseguenza del «dettato letterale» dell'art. 6, comma 3, della legge n. 84/1994 che stabilisce che «la gestione patrimoniale e finanziaria dell'autorità portuale è disciplinata da un regolamento di contabilità *approvato* dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro del tesoro». «L'uso dell'espressione "autorità portuale" al singolare lascia intendere che ciascuna di esse applichi un proprio, distinto regolamento. In secondo luogo, l'atto della "approvazione" appare alla Sezione ontologicamente diverso dall'atto della "adozione", che propriamente viene utilizzato per i regolamenti ministeriali e interministeriali dal comma 3 dell'art. 17 della legge n. 400/1988. Tale atto si differenzia, altresì, da quello della "emanazione" utilizzato per i regolamenti governativi "emanati", appunto, dal Presidente della Repubblica con proprio decreto ai sensi del precedente comma 2 dell'art. 17 della legge n. 400 ... Difatti, nella terminologia utilizzata per la formazione di atti aventi valore normativo, l'approvazione da parte di un'autorità presuppone, di norma, la valutazione da parte della stessa di un soggetto estraneo ad essa, valutazione che implica l'esercizio di poteri di vigilanza e di controllo» (*Ibidem*).

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Ad. 17 novembre 1997, n. 164/97.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

## 5.2. Il richiamo al rispetto delle «peculiarità dell'ordinamento interno» nel recepimento della normativa comunitaria

Interessante, nell'evidenziare il ruolo incisivo che la Sezione può svolgere nel tentativo di razionalizzazione del sistema delle fonti, è, sotto vari profili, il parere n. 58/1997<sup>84</sup>, relativo ad uno schema di regolamento che «rappresenta un testo coordinato»<sup>85</sup> delle più recenti direttive comunitarie nel campo delle telecomunicazioni.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato richiama alla necessità di ricondurre questa delicata normativa ai principi costituzionali: ritiene, infatti, «che fra i principi ispiratori della disciplina ... debba esservi anche quello di cui all'art. 9, comma 1, Cost. relativo alla promozione della ricerca».

Sul versante del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno la Sezione «osserva», «in via generale», «che talvolta le disposizioni comunitarie sono trasposte in maniera meccanica, senza considerare che esse vengono ad inserirsi in un ordinamento compiuto in cui la tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), la motivazione degli atti amministrativi, il contraddittorio nel procedimento amministrativo (artt. 3, 7 ss. della legge n. 241/1990), la contestazione della violazione amministrativa (art. 14, della legge n. 689/1981), silenzio assenso e inizio attività su denuncia (artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990), sono principi ed istituti fondamentali di carattere generale. Il Consiglio di Stato ritiene quindi ... che possa essere perfezionata la tecnica di attuazione attraverso una traduzione della norma comunitaria in norma interna, che assicuri il risultato, tenendo conto delle peculiarità dell'ordinamento interno del diritto amministrativo, caratterizzato da un garantismo maggiore rispetto al diritto comunitario»<sup>86</sup>.

Ovviamente, con tale affermazione, la Sezione non vuole certo sostenere che sia il diritto comunitario a doversi adeguare «alla specificità del nostro ordinamento»<sup>87</sup>. Le considerazioni sopra richiamate sembrano semmai se-

<sup>84</sup> Ad. 30 giugno 1997 (*Ministero delle poste e delle telecomunicazioni – Schema di d.p.r. recante «Regolamento di attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni ai sensi degli articoli 1, comma 2, del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 545, convertito con modificazioni dalla legge 23 dicembre 1996, n. 650 e 1 del decreto legge 1° maggio 1997, n. 115, convertito, con modificazioni dalla legge 1° luglio 1997, n. 189»*).

<sup>85</sup> *Ibidem*. La Sezione, che vede sempre con favore la redazione di testi unici, condivide questa scelta ed anzi auspica che si possa giungere ad elaborarne uno per tutte le direttive nel complesso e delicato campo della liberalizzazione delle telecomunicazioni.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Vedi quanto osserva A. TIZZANO, *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno. La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in Ufficio Studi e Documentazione del

guire questo condivisibile ragionamento: ormai gli ordinamenti nazionali europei e quello comunitario tendono a convergere<sup>88</sup> attraverso la condivisione di principi generali: se l'attuazione di questi principi è, per alcuni profili, più avanzata nella legislazione nazionale rispetto a quanto previsto nelle disposizioni comunitarie, un'attuazione di queste che tenga conto di tale specificità va nel senso del rafforzamento di quei principi comuni<sup>89</sup> sui quali si va consolidando il processo di integrazione europea<sup>90</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Vi è più di un segnale che il ruolo della nuova Sezione consultiva per gli atti normativi sarà, sin da un prossimo futuro, sempre più rilevante<sup>91</sup>.

Innanzitutto, la sua previsione si viene ad inserire in una evoluzione delle stesse funzioni del Consiglio di Stato che «configura una progressiva perdita di importanza dell'attività consultiva sugli atti puntuali e sull'attività gestionale ed una sempre più significativa crescita – almeno a partire dalla fine degli anni ottanta – della consulenza sull'attività normativa, ed in particolare sull'esercizio del potere regolamentare del Governo»<sup>92</sup>. Secondo al-

---

Consiglio di Stato (a cura di), *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, cit., 35 ss., in particolare, 46.

<sup>88</sup> Si vedano «le conclusioni ufficiali» del XIII colloquio (Roma, 14, 15 e 16 maggio 1992) dei Consigli di Stato e delle Supreme Giurisdizioni amministrative degli Stati membri della Comunità europea su «*Il diritto dell'Amministrazione Pubblica; alcune convergenze nella CEE*», riportate, con il titolo *Convergenze negli ordinamenti della pubblica amministrazione degli Stati delle Comunità Europee*, in Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio di Stato (a cura di), *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, cit., 97 ss.

<sup>89</sup> Del processo di creazione di un nuovo «diritto comune europeo» parlano anche magistrati del Consiglio di Stato: vedi, per tutti, G. BARBAGALLO, *I principi generali dell'ordinamento comunitario e la tutela degli interessati nel procedimento amministrativo. Ordinamenti aperti e comunicanti e ritorno al diritto comune europeo*, in Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio di Stato (a cura di), *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, cit., 79.

<sup>90</sup> Del resto, in molti ambiti (si pensi, ad esempio, in materia ambientale, di sicurezza sociale e di tutela nei luoghi di lavoro) la disciplina comunitaria si configura come elaborazione di un minimo denominatore comune.

<sup>91</sup> Del resto, ogni nuovo soggetto tende a rivendicare e valorizzare il proprio ruolo. Non a caso, la Sezione invita costantemente i proponenti a precisare, nel preambolo dei testi normativi sottoposti alla sua valutazione, che è essa ad aver espresso il parere e non genericamente il Consiglio di Stato.

<sup>92</sup> A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, cit., 145 ss.

cuni, la funzione di consulenza del Consiglio di Stato sugli atti normativi diverrebbe «il luogo di espressione e di formazione di una *regola*», configurandosi come una vera e propria funzione «*regolatrice*»<sup>93</sup>. Tale sviluppo della funzione consultiva deriverebbe al supremo organo di giustizia amministrativa dalla sua «posizione istituzionale» che configura anche compiti di «indirizzo dell'ordinamento» amministrativo<sup>94</sup>. Se questa teoria volesse, in ipotesi, descrivere il mutare della natura giuridica del parere del Consiglio di Stato sugli atti normativi, sarebbe, probabilmente, eccessiva (tra l'altro, si tratta pur sempre di pareri obbligatori ma non vincolanti), ma probabilmente vuole solo descrivere una tendenza *de facto* nello svolgimento di tale funzione, che si manifesta sempre più frequentemente in una attività di riformulazione delle norme.

La sempre maggiore complessità del sistema delle fonti pone quesiti sempre più delicati sulla dimensione e la natura del fenomeno giuridico, imponendo una riflessione non appiattita sul mero dato normativo<sup>95</sup>. Questo si riflette sui caratteri della funzione consultiva degli atti normativi: si pensi, ad esempio, a quanto sempre più complessa sia, per i regolamenti, la verifica della loro legittimità «estrinseca» ed «intrinseca», della loro «opportunità» e della «correttezza tecnico-giuridica» della loro formulazione<sup>96</sup>; ai problemi legati alla trasformazione del sistema amministrativo od al recepimento del diritto comunitario (e più in generale ai processi di armonizzazione tra questo ed il diritto interno).

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, 146. I corsivi sono nel testo.

<sup>94</sup> *Ibidem*, 146 ss.

<sup>95</sup> Ciò il Consiglio di Stato sembra averlo ben presente, come testimonia il suo regolamento del 25 novembre 1995, n. 580, volto a valorizzare l'attività di un *Ufficio Studi e Documentazione* composto da magistrati del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali. La stessa attività scientifica dei magistrati amministrativi viene vista, «in un momento di rinnovamento dell'ordinamento», come un necessario corollario delle funzioni di consulenza e di giurisdizione, come nota il presidente del Consiglio di Stato R. Laschena nella presentazione della collana *Quaderni del Consiglio di Stato* (Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio di Stato (a cura di), *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, cit., V).

<sup>96</sup> Su ognuno di questi profili vedi, P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, cit., 108 ss.