

**IL CONFINE (SUPERATO) TRA ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI E
REGOLAMENTI**

LEANDRA ABBRUZZO*

Sommario

1. Cenni introduttivi. – 2. La discrezionalità amministrativa e la funzione regolamentare del Governo. – 3. La “fuga dal regolamento” e le sue cause. – 4. Il recente utilizzo dei decreti ministeriali durante l'emergenza pandemica. – 5. La distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali: i criteri di individuazione. – 6. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – 7. La giurisprudenza amministrativa – 8. Il nuovo orientamento della Cassazione. – 9. Conclusioni.

Abstract

From the qualification of an act as a regulation or general administrative act, there are consequences of an application type, such as the submission to the procedural process pursuant to art. 17 l. n. 400/1988, envisaged for regulatory acts. The problem of this distinction is strongly debated in jurisprudence and doctrine, also in order to stem the phenomenon of the so-called “Escape from the regulation”, not a recent practice, but absolutely topical in our legal system.

Suggerimento di citazione

L. ABBRUZZO, *Il confine (superato) tra atti amministrativi generali e regolamenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Dottoranda di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

Contatto: leandraabbruzzo@libero.it

1. Cenni introduttivi

Secondo il modello della forma di governo parlamentare la legge formale, concepita come un «processo di integrazione politica» di interessi particolari confliggenti¹, deve dare forma legislativa alle decisioni politiche costitutive dell'ordinamento giuridico, mentre alle fonti secondarie spetta il compito di attuare tali scelte maturate durante il procedimento legislativo². Con il tempo però le sollecitazioni della finanza e dell'economia volte ad ottenere una regolazione più immediata sono diventate sempre più pressanti al punto da incidere sulla tradizionale classificazione delle fonti del diritto. Non a caso con il tempo quest'ultima ha mostrato alcune "deviazioni" dagli schemi normativi: infatti, nonostante il principio di legalità, secondo cui ogni potere normativo secondario deve trovare il proprio fondamento nella legge, si è registrato un ampliamento della funzione regolamentare del Governo anche a causa delle maggiori richieste di speditezza e velocità normativa. Ad esempio, l'iter procedimentale stabilito ex art. 17. l. n. 400/88 per i regolamenti non ha avuto una grande applicazione: si sono preferiti strumenti maggiormente flessibili, sicuramente più rapidi da adottare, ma caratterizzati da minori garanzie procedurali, come d.P.C.M., linee guida e circolari.

La stessa pandemia da Covid-19 ha comportato un notevole impatto sul sistema delle fonti, il cui assetto ha subito ripercussioni tali da far dubitare della sua effettiva sopravvivenza secondo le logiche precedenti: questi modelli flessibili hanno acquisito un ruolo fondamentale, che ha reso necessario interrogarsi circa la loro normatività ed efficacia, riportando nuovamente l'attenzione sulla prassi nota come "fuga dal regolamento".

Da tale contesto l'articolazione di alcune riflessioni che, partendo dalla nozione di funzione regolamentare e passando attraverso i vari orientamenti giurisprudenziali, si inseriscono nel dibattito relativo all'adozione dei d.P.C.M. in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza.

2. La discrezionalità amministrativa e la funzione regolamentare del Governo

Già antecedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale la funzione regolamentare rivestiva un ruolo centrale in virtù dei rapporti fra l'ordinamento particolare della pubblica amministrazione e l'ordinamento generale³.

¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Utet, Torino, 1988, p. 13 e ss.

² L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, p. 3.

³ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 283 e ss. L'Autore afferma (p. 286) che «la facoltà regolamentare è circoscritta, anzi tutto, da un criterio negativo e, inoltre, da diversi criteri positivi. Il criterio negativo è il seguente: esso deve concernere una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative; (...) Positivamente, è poi a dirsi che, entro i limiti di tali materie, la potestà regolamentare può esercitarsi secondo principi che sono diversi per i regolamenti con efficacia soltanto interna (...) e i regolamenti con efficacia più

A tal proposito, Santi Romano, premettendo la necessità di una legge per consentire ai regolamenti di esplicare effetti nell'ordinamento generale e definendoli come «una manifestazione tipica delle particolari autonomie», basa la funzione regolamentare della pubblica amministrazione sul principio di autonomia di quest'ultima, che «indica soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, (...) che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri»⁴. Ciascuna amministrazione, infatti, oltre ad essere parte nell'ordinamento generale, è anche un ordinamento giuridico completo.

L'analisi delle relazioni fra gli ordinamenti, e quindi fra le autonomie, si risolve nella rilevanza che uno di essi può avere per l'altro e «perché ci sia rilevanza occorre che o l'esistenza, o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento e ciò in base ad un titolo giuridico»⁵.

La funzione regolamentare, nata come un vincolo al potere di provvedere in via puntuale attraverso una regola in grado di imporsi alle future esplicazioni della discrezionalità provvedimentale, rinviene il proprio fondamento nella discrezionalità della pubblica amministrazione: quest'ultima, quando è chiamata a decidere, deve considerare le pluralità di interessi pubblici. La discrezionalità amministrativa, infatti, è «una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie»⁶.

Partendo da questa concezione pluralistica della discrezionalità la pubblica amministrazione, non più mera esecutrice della legge, diviene un potere tendenzialmente autonomo. L'ordinamento giuridico, infatti, «non è qualcosa di bell'e fatto, né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione». Rileva dunque una interpretazione evolutiva, ovvero «un carattere che l'interpretazione giuridica logicamente assume, in quanto adottati, anziché un indirizzo statico e conservatore, un indirizzo dinamico ed evolutivo»⁷.

Nel nostro ordinamento il problema del fondamento della funzione regolamentare assume un significato diverso. Nella vigente Costituzione sono

generale», poiché riguardo a questi ultimi è necessaria una «attribuzione da parte della legge».

⁴ S. ROMANO, voce *Autonomia*, in *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 601.

⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, II ed., p. 141- 142.

⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 74, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, secondo cui «Se essi hanno valore zero o quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà soddisfatto; ma in genere si ha un temperamento dei singoli interessi».

⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 32 e ss.

menzionati nell'art. 87 i regolamenti emanati dal Presidente della Repubblica, è riconosciuta potestà regolamentare allo Stato, alla Regione ed agli altri enti territoriali ex art. 117 c. 6 e sono parzialmente disciplinati i regolamenti delle Regioni a statuto ordinario ex art. 121 Cost. Le stesse leggi costituzionali contenenti gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale dettano alcune norme in materia alla formazione dei regolamenti e sono altresì riconosciuti i regolamenti parlamentari adottati da ciascuna Camera. Ne consegue dunque che mentre il «il sistema legale delle fonti a livello costituzionale e a livello primario è chiuso (...), non è vietato alla legge conferire attribuzioni normative di grado subordinato»⁸.

Dalle disposizioni del testo costituzionale emerge la necessità di una posizione autonoma del Governo, inteso come «organo supremo dell'organizzazione amministrativa statale, dotato di poteri propri di indirizzo generale politico ed amministrativo»⁹.

L'indirizzo politico, attività di determinazione dei fini statali da parte degli organi competenti, si avvale di categorie generali, ma diviene concreta al fine di adempiere ai compiti degli organi di governo. Tale potere di direzione esercitato dallo Stato vincola quindi la discrezionalità amministrativa poiché è lo Stato che sceglie e determina i singoli fini, che stanno alla base dell'ordinamento giuridico positivo. L'indirizzo politico si configura come un principio generale del diritto, finalizzato ad ispirare tutta l'attività esecutiva coerentemente con quella amministrativa¹⁰. La funzione regolamentare si colloca dunque in una posizione intermedia tra la funzione di indirizzo politico, cui è subordinata, e quella di amministrazione su cui, invece, prevale¹¹.

È difficile accertare quando ci si trova in presenza di una fonte quando ad uno stesso soggetto od organo sono attribuite competenze normative e altre di tipo amministrativo. È il caso del Governo e dei singoli ministri che possono adottare regolamenti ed atti amministrativi generali. L'elemento onomastico, infatti, è talvolta insufficiente. Se da un lato è vero che il regolamento reca disposizioni generali ed astratte, qualificandosi come atto normativo, dall'altro si distinguono regolamenti "esterni" ed "interni", riservando la qualifica di fonti ai primi soltanto. Si parla altresì di regolamenti anche in testi legislativi per riferirsi «ad atti normativi privati, non ricompresi tra le fonti: esattamente,

⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Cedam, Padova, VI edizione a cura di FRANCESCO CRISAFULLI, 1993, p. 144.

⁹ V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 145.

¹⁰ V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, con premessa di F. MODUGNO e intr. di M. DOGLIANI E G. SILVESTRI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, in particolare p. 13-42.

¹¹ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, in part. p. 434.

perciò, le disp. prel. prevedevano i soli regolamenti del Governo e quelli di 'altre autorità', vale a dire quelli provenienti da soggetti governanti»¹².

La l. n. 400/1988, volta ad operare una «una razionalizzazione dei poteri normativi dell'Esecutivo attraverso la valorizzazione del Parlamento come organo di grande legislazione e di controllo sull'attività normativa dell'Esecutivo e, correlativamente, del Governo attraverso il potenziamento del potere regolamentare»¹³ nell'art. 17 ha presentato i regolamenti come espressione della normatività del Governo. In tale disposizione sono presenti le varie tipologie di regolamenti e il processo di formazione degli stessi prevedendo la delibera del Consiglio dei ministri, il parere delle competenti commissioni parlamentari, il parere del Consiglio di Stato, il decreto presidenziale di emanazione, il visto e la registrazione della Corte dei Conti e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale¹⁴. Lo stesso articolo si occupa dei regolamenti ministeriali, subordinati a quelli governativi ed emanati con decreto del Ministro nelle materie di sua competenza, per i quali è previsto il parere del Consiglio di Stato, il visto e la registrazione della Corte dei conti nonché l'inserimento nella raccolta ufficiale degli atti normativi e pubblicati sulla G.U. Anche i regolamenti interministeriali ed i regolamenti emanati con d.P.C.M. (collocabili gerarchicamente fra i regolamenti governativi e quelli ministeriali) hanno forme analoghe.

Lo stesso d.lgs. n. 303/1999, recante la disciplina dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha riconosciuto implicitamente che, esclusi i d.P.C.M. adottati ai sensi degli artt. 7,8 e 9 (concernenti rispettivamente la decretazione in materia di autonomia organizzativa, di autonomia contabile e di bilancio, nonché di gestione del personale della Presidenza), tutti gli altri devono necessariamente osservare il procedimento sancito dall'art. 17 l. n. 400/1988. Non a caso il Consiglio di Stato¹⁵ ha individuato nel suddetto

¹² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 18.

¹³ G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, 3, 2018, p. 5.

¹⁴ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 5075-5108, ma consultabile al sito web <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/> riporta che «interventi normativi successivi hanno previsto il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che precede la definitiva deliberazione del Consiglio dei ministri, con l'evidente volontà di ricondurre la fonte regolamentare al circuito di responsabilità democratica, e di attenuarne la provenienza meramente tecnocratica dall'esecutivo».

Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 15^a ed., 1989, p. 62, «è da considerare regola comune a tutti gli atti di normazione secondaria quella, enunciata per i regolamenti nell'art. 10 disp. sulla legge in gen., secondo cui gli atti stessi devono essere pubblicati, ed entrano in vigore (salvo che sia diversamente disposto) nel decimoquinto giorno successivo a quello della pubblicazione».

¹⁵ Cons. St., Ad. Gen., con il parere 141/1991 ha affermato il carattere normativo degli atti con cui le amministrazioni identificano le unità organizzative responsabili dell'iter procedimentale delle

articolo la fonte di tipizzazione della funzione regolamentare: a seguito dell'entrata in vigore di tale norma grava sull'amministrazione il dovere di esprimersi in termini normativi, non essendo tollerabile l'indifferenza della stessa per la scelta di un atto normativo o amministrativo.

3. La “fuga dal regolamento” e le sue cause

Nonostante la legge abbia disciplinato il procedimento di formazione di tali atti, è sempre più frequente la c.d. “fuga dal regolamento”¹⁶, prassi che si concretizza mediante l'adozione da parte del Governo di atti non aventi forma di regolamento, espressamente definiti “non regolamentari”, direttive, linee guida, atti di indirizzo, cioè atti amministrativi appartenenti a quella fascia «sempre più consistente di decisioni che poteva assumere l'una o l'altra ‘forma’ giuridica»¹⁷. Si tratta dunque di fonti secondarie atipiche con contenuti normativi che non ottemperano all'iter procedimentale disposto dall'art. 17 della l. n. 400/1988¹⁸ ed eludono il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

L'attribuzione di funzioni regolatorie ad atti non qualificabili come regolamenti appare una scelta irrazionale poiché, non ottemperando a quanto previsto dall'art. 17 c. 3 l. n. 400/1988, tali provvedimenti esplicano efficacia nei riguardi di cittadini, privi delle garanzie procedurali espressamente previste

diverse tipologie di atti: tali determinazioni, pertanto, devono essere adottate in forma di regolamenti poiché sono «susceptibili di incidere, fra l'altro, sulle competenze degli organi e sui rapporti con i terzi».

¹⁶ L'utilizzo di atti formalmente non regolamentari ma sostanzialmente amministrativi è stato spesso analizzato in dottrina: cfr., ad esempio, F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un “non regolamento” statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 355 ss.; N. LUPO, *“Dal regolamento alla legge”. Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. soc.*, 2006, p. 399 ss.; ID., *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/>, 3, 2018; G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006. *Fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, P. CARETTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, p. 188 ss.; V. MARCENÒ, *Quanto 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*, in *Osservatoriosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, 3, 2011; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/>, 3, 2018; R. MANFRELOTTI, *Ancora un caso di invasione delle competenze regionali (e di quelle del Consiglio di Stato) da parte di fonti secondarie: regolamenti governativi “blindati” o atti amministrativi generali? Note a margine del d. l. 18 febbraio 2003, n. 24*, in *Consiglio di Stato*, n. 10/2003.

¹⁷ Così G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, p. 19 e ss., secondo cui tale fenomeno corrisponde «alla evoluzione nel frattempo intervenuta di norma giuridica», per cui «ha perso adesioni la teoria secondo cui solo per gli atti normativi sono predicabili i caratteri della generalità e astrattezza».

¹⁸ C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 370 e ss. osserva che non può essere eluso il controllo della Corte dei Conti, cui devono essere sottoposti tutti “gli atti normativi a rilevanza esterna” ex art. 3, comma 1, lett. c), della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti).

quali il parere del Consiglio di Stato e la collegialità della deliberazione governativa. In questo modo si determina una chiara lesione dell'art. 100 Cost. ovvero delle competenze del Consiglio di Stato, privato del proprio ruolo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. Ne consegue che l'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988 può essere considerato una specificazione dell'art. 100 Cost.¹⁹.

La "fuga" è stata facilitata ricorrendo a «“modelli alternativi” di produzione delle fonti secondarie, già prefigurato dal progressivo superamento del rapporto tra legge e regolamento originariamente sotteso alla legge n. 400/1988, “eroso” da diversi versanti»²⁰. In merito a siffatti modelli ci si interroga circa la legittimità di attribuire contenuti normativi ad atti formalmente amministrativi²¹ ed il problema della sede del controllo di validità di tali atti²².

Due sono le principali cause della cd. “fuga dal regolamento”: la volontà politica di sottrarsi al rispetto dei vincoli normativi e procedurali della l. n. 400/88 e di derogare al riparto di competenze normative disposto dal Titolo V della Costituzione a seguito della riforma costituzionale del 2001 per consentire allo Stato di intervenire in materie sottratte alla sua competenza legislativa esclusiva e regolamentare. Bisogna tuttavia anche considerare la crescita dei poteri normativi atipici del Governo dovuta al cambiamento della forma di governo in senso maggioritario²³ e l'indeterminatezza degli atti legislativi su cui si basano gli atti dell'Esecutivo²⁴. La dottrina fin dal secolo scorso ha sottolineato l'attribuzione di funzioni normative al Governo caratterizzate da stabilità ed organicità e la presenza di una “riserva di amministrazione”, ovvero riserva di indirizzo politico ed amministrativo poiché «la legge ordinaria non può spingersi oltre un certo limite fino al punto di cancellare l'esistenza degli apparati di governo o di annullare le sfere di competenza di cui questi apparati sono investiti dalla Costituzione»²⁵.

Il Legislatore ha quasi “autorizzato” la fuga dal regolamento rinviando a decreti ministeriali di natura non regolamentare predisponendo il ricorso al

¹⁹ R. MANFRELLOTTI, *Ancora un caso di invasione delle competenze regionali*, cit., p. 1985.

²⁰ G. RIVOCCHI, *Audizione ai sensi dell'art. 143, comma 2, del regolamento, sulle attuali tendenze della produzione normativa*, Camera dei deputati – Comitato per la legislazione, Roma, 4 dicembre 2018, p. 23, disponibile all'indirizzo <https://www.camera.it/>.

²¹ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare”*, cit.

²² G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, cit., p. 183 ss. propone la possibilità che la legge, rinviando a decreti di natura non regolamentare, possa essere censurata per eccesso di potere legislativo.

²³ B. CARAVITA, M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, *Pol. dir.*, 1986, II, p. 263 e ss. individuano un collegamento tra rapporti tra le fonti e redistribuzione del potere tra diversi centri di imputazione.

²⁴ D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus*, 2004, p. 189 e ss.

²⁵ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 316

procedimento dell'art. 17 l. n. 400/1988 solo nei casi in cui il Governo godesse di discrezionalità²⁶.

4. Il recente utilizzo dei decreti ministeriali durante l'emergenza pandemica

Il ricorso all'utilizzo di decreti di natura non regolamentare è particolarmente rilevante²⁷. Durante i governi Monti, Letta e Renzi, infatti, la maggior parte dei provvedimenti attuativi, più del 70%, è costituito da decreti ministeriali: ad esempio, l'attuazione del decreto "Sblocca Italia" ha richiesto l'adozione di 19 decreti ministeriali²⁸, di cui soltanto il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 203 del 1 dicembre 2015 ha osservato la forma del regolamento ministeriale ex art. 17, c. 3, l. n. 400/1988, mentre i restanti diciotto sono sfuggiti all'iter procedimentale previsto.

Risultati analoghi emergono dal Rapporti sulla legislazione 2019- 2020: ad esempio nel d.l. n. 18/ 2020 (cd. "d.l. Cura Italia") sono state individuate 62 disposizioni richiedenti l'adozione di provvedimenti attuativi, tra cui un d.P.R., 3 d.P.C.M., 35 di decreti ministeriali e 23 di atti di altra natura. 156 disposizioni del d. l. n. 34/2020 (cd. "d.l. Rilancio"), invece, hanno necessitato per la loro attuazione di 1 d.P.R., 8 d.P.C.M., 108 decreti ministeriali e 38 atti di altra natura.

Ancora più recentemente dal Rapporto sulla legislazione 2021 emerge che le leggi approvate fino al 30 aprile 2021 hanno previsto 1.700 provvedimenti attuativi di rango non legislativo ovvero 27 decreti del Presidente della Repubblica, 256 d.P.C.M., 1.005 decreti ministeriali e 412 atti di altra natura. In particolare, i decreti legge convertiti fino al 30 aprile 2021 hanno previsto 996 adempimenti: 15 decreti del Presidente della Repubblica, 129 d.P.C.M., 574 decreti ministeriali e 278 atti di altra natura²⁹.

Si parla, in merito, di una «carica» dei d.P.C.M.³⁰, il cui contenuto è stato molto ampio, comprendendo atti atipici a carattere normativo cui è demandata «la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di una fonte

²⁶ G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti 1988*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 241 e ss.

²⁷ Cfr. il Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione, Quinto turno di Presidenza, Presidente On. Andrea Giorgis, (8 settembre – 7 luglio 2017), spec. p. 53, consultabile all'indirizzo internet www.camera.it.

²⁸ Il 15,52% è rappresentata da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ed il rimanente 15% è composto da atti quali decreti del Presidente della Repubblica, decreti interministeriali e deliberazioni del Cipe. Cfr. M. LOSANA, *L'attività esecutiva del Governo tra principi costituzionali e scelte organizzative*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <http://www.osservatoriosullefonti.it/>, 1, 2019, p. 17.

²⁹ Cfr. il Rapporto sulla legislazione 2019-2020 e il Rapporto sulla legislazione 2021 al sito www.camera.it per un'analisi dettagliata.

³⁰ Così V. DI PORTO, *La carica dei dpcm*, in *Osservatoriosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo <http://www.osservatoriosullefonti.it/>, 2, 2016.

secondaria del diritto e, segnatamente [...] di regolamenti governativi emanati a norma dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400»³¹; nomine di commissari straordinari del Governo (nonostante per esse l'art. 11, c. 2, l. n. 400/1988 richieda un d.P.R.), ed altresì d.P.C.M. adottati in seguito a una deliberazione del Consiglio dei Ministri, che, anche in questo caso, avrebbero dovuto assumere la forma di decreti del Presidente della Repubblica, ex art. 1, c. 1, lettera ii), l. n. 13/1991.

I d.P.C.M. hanno rivestito un ruolo assolutamente rilevante anche recentemente nel fronteggiare l'emergenza da Covid-19³².

Alla stato d'emergenza dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 24 d.lgs. n. 1/2018 (Codice della Protezione civile), in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) relativa ad «emergenze di rilievo nazionale», sono seguiti numerosi decreti legge, che hanno operato una «delegificazione dell'emergenza»³³ rimettendo la decisione sulle misure da adottare ad atti amministrativi di natura non regolamentare, tra cui d.P.C.M. che hanno inciso sulla regolazione dei diritti costituzionalmente tutelati.

È chiaro che tali decreti debbano rispettare il principio di legalità formale, secondo cui ogni potere amministrativo deve trovare fondamento in una norma attributiva. La disposizione attributiva del potere è stata inizialmente l'art. 3 c. 1 d. l. 6/20, convertito, seppur modificato, nella legge ordinaria n. 13/20: infatti tutti i d.P.C.M. emanati dopo il d.l. 6/2020 riportano nella intestazione: «visto il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ed in particolare l'art. 3.1».

Il d. l. n. 6/2020 ha suscitato dubbi di costituzionalità e di indeterminatezza prevedendo all'art.1 che «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» ed all'art. 2 che «le autorità competenti possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» rispetto a quelle elencate nell'articolo precedente. Il d.l. n. 19/2020 tuttavia ha abrogato

³¹ Così il parere reso dal Comitato per la legislazione, ai sensi dell'art. 96-ter, comma 3, RC (AG 378), in data 1 marzo 2017.

³² Cfr. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaaic.it/it/>, 2, 2020; E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaaic.it/it/>, 4, 2021. Cfr., altresì, i contributi di S. BARONCELLI, R. BARTOLI, L. BUFFONI, P. CARETTI, A. CARDONE, E. CATELANI, G.L. CONTI, G. DE MINICO, U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, E. D'ORLANDO, M.C. GRISOLIA, E. LONGO, N. LUPO, P. MILAZZO, G. MOBILIO, M. PICCHI, E. ROSSI, G. VERDE, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <http://www.osservatoriosullefonti.it/>, fasc. speciale, 2020.

³³ Cfr. R. MANFRELOTTO, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaaic.it/it/>, 2, 2021.

il d.l. n. 6/2020 e all'art. 1, c. 1, ha previsto che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.P.C.M. sino al termine dell'emergenza.

I decreti leggi, infatti, non si sono limitati a contenere una normativa di dettaglio, bensì hanno rimesso la propria attuazione ad atti amministrativi. Il Governo ha fatto ricorso a questo strumento per ragioni di speditezza: i d.P.C.M., caratterizzati da una grande flessibilità, prevedono l'intesa tra il Ministro della salute proponente ed il Presidente del Consiglio dei Ministri (cui spetta l'adozione), e non devono indicare, secondo quanto previsto dal d.l. 6/2020, le disposizioni che intendono derogare. È inoltre previsto il dimezzamento dei termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, in pendenza dei quali i d.P.C.M. sono efficaci, esecutori ed esecutivi.

Nonostante il d.l. n.19/2020 abbia abrogato l'art. 2 del d.l. n. 6/2020, abbia affermato il carattere temporaneo delle misure adottate, ispirate ai principi di adeguatezza e proporzionalità ex art. 1 c. 2, sono stati avanzati dubbi sulla legittimità dei provvedimenti *de quibus*: una parte della dottrina ritiene che i d.P.C.M. siano atti *extra ordinem*³⁴, mentre altri operano un'interpretazione estensiva della nozione di «guerra» ex art. 78 Cost.³⁵.

È d'uopo premettere che la limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti è disposta dai decreti legge e non dai d.P.C.M., ma è pur vero che in numerosi casi questi ultimi non hanno solamente attuato quanto in essi previsto, bensì hanno introdotto misure più ampie. Il d.l. n. 6/2020, ad esempio, disponeva il divieto di allontanamento e di accesso al Comune e nell'area interessata (art. 1, c. 2, lett. a e b), ma l'art. 1, c. 1, lett. a), del d.P.C.M. 8 marzo 2020 ha limitato la libertà di circolazione vietando ogni spostamento delle persone fisiche «in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo», ma anche «all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute».

Il d.l. n. 19/2020, nonostante faccia salvi gli effetti prodotti dai d.P.C.M. adottati in forza del d.l. n. 6/2020 (art. 2, c. 3), ha introdotto un elenco tassativo di misure adottabili con d.P.C.M, consapevole forse delle precedenti discrasie prodotte rispetto a quanto disposto dai decreti legge. Anche in seguito all'emanazione di questo decreto, tuttavia, le incoerenze non sono mancate³⁶.

³⁴ E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, disponibile all'indirizzo <https://www.biodiritto.org/>, 18 marzo 2020, p. 4.

³⁵ F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, disponibile all'indirizzo <https://www.biodiritto.org/>, 26 marzo 2020, p. 6.

³⁶ Per un'analisi dettagliata delle discrasie attuate mediante d.P.C.M. cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, fasc. speciale, 2020.

La gestione dell'emergenza desta perplessità perché le limitazioni ai diritti sono state disposte dai d.P.C.M. attraverso la spendita di un potere e di un'efficacia delle misure che non trovano adeguato fondamento nei decreti legge. Ciò inevitabilmente comporta che si dubiti della legittimità delle misure così adottate, considerato anche che i d.P.C.M. *de quibus* non sono riconducibili né alle ordinanze di protezione civile né ai regolamenti o agli atti di delegificazione e che la sola valenza meramente esecutiva degli stessi desta perplessità poiché i decreti legge che ne sono alla base formulano tali misure in maniera assolutamente generica facendo ritenere a parte della dottrina che i d.l. «si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini»³⁷, dimostrando «in modo inequivocabile, quell'immagine del 'Governo fuggitivo' che riassume in modo efficace le torsioni morfologiche dei d.p.c.m. normativi»³⁸.

Non tutti ovviamente condividono questa opinione, anzi è doveroso riportare anche il diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale. Molti hanno sottolineato che l'urgenza è stata tale da rendere inappropriato il ricorso ai decreti legge per adattare la risposta normativa ai continui cambiamenti della curva epidemiologica, motivo per cui si è registrato un susseguirsi di decreti legge, d.P.C.M., ordinanze del Ministro della Salute e ordinanze regionali e locali³⁹ alla cui origine ci sarebbe ovviamente la Costituzione che contiene il fondamento legittimante della normazione *extra ordinem*⁴⁰. In altre parole secondo parte della dottrina, il sistema delle fonti durante l'emergenza avrebbe subito «l'attrazione dei rapporti di forza tra i decisori politici, che sono molti (Stato, Regioni, enti locali, per non parlare del ruolo, nemmeno troppo occulto, delle forze sociali e dei mezzi di informazione) e indossano altrettante maschere (decreti legge, dpcm, ordinanze ministeriali)»⁴¹.

Anche la Corte costituzionale, infatti, nella sentenza sent. n. 617/1987 precisò che è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il

³⁷ G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, fasc. speciale, 2020, p. 369.

³⁸ D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos, le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/>, 2, 2020, p. 8.

³⁹ M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Questione Giustizia*, disponibile all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/>, 2, 20.

⁴⁰ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaaic.it/>, 2, 2020, p. 116.

⁴¹ M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 14.

contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata» essendo il potere di ordinanza «un 'potere atipico' che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a 'nominare' il provvedimento da adottare»⁴².

5. La distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali: i criteri di individuazione

In Costituzione si riscontra la volontà di disciplinare differentemente atti di natura diversa distinguendo l'esercizio della funzione regolamentare da quella amministrativa poiché una cosa è disporre, altra è provvedere⁴³. Per questo motivo gli atti amministrativi generali si distinguono dagli atti normativi ed in particolar modo da quelli regolamentari⁴⁴.

Gli atti amministrativi generali⁴⁵ possono essere considerati un'anomalia nel nostro ordinamento giuridico essendo orientamento pacifico che l'amministrazione è deputata all'esercizio di attività concreta e che «l'atto amministrativo è il diritto nel caso individuale»⁴⁶: infatti è stato affermato che gli atti amministrativi generali costituiscono l'eccezione, non la regola⁴⁷.

L'atto amministrativo generale differisce dal provvedimento poiché quest'ultimo è rivolto a un numero determinato di persone o di casi, mentre l'atto generale riguarda una pluralità indeterminata di destinatari. Gli atti generali sono «intesi a dettare una disciplina in divenire»⁴⁸. Pertanto gli atti amministrativi generali si riferiscono a una «serie aperta, nel senso che il precetto non ha destinatari previamente individuati o individuabili» mentre «se la serie

⁴² Cons. Stato, Sez. VI, sent. 953/2019: «(...) Tale deroga si giustifica (...) in ragione dell'esigenza di assicurare la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente che, in quanto tale, non sarebbe compatibile con una rigida predefinizione legale del contenuto dell'atto da adottare».

⁴³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 29.

⁴⁴ A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, p. 39 ss.

⁴⁵ Tale categoria si distingue dagli atti plurimi e collettivi, ove i destinatari, anche qualora non nominativamente indicati, sono al momento dell'adozione dell'atto già immediatamente identificabili (Cfr. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 45). Si occupano dell'argomento anche G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit. e G. SANTA-NIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963.

⁴⁶ M. RAMAJOLI, B. E. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 55.

⁴⁷ Così A. ROMANO, *Sulla c.d. "generalità" dei provvedimenti-prezzi del C.I.P.*, in *Foro amm.*, 1960, 690 ss., 691. In merito all'ostacolo al riconoscimento degli atti amministrativi generali costituito dal tradizionale principio della divisione dei poteri dello Stato cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 3 ss.

⁴⁸ M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 97.

è chiusa (...) allora il precetto ha carattere individuale, anche ove interessi un elevato numero di persone»⁴⁹.

Gli atti amministrativi generali sono finalizzati alla cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, «che ne costituisce il motivo», mentre nel regolamento «lo scopo è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico»⁵⁰. Differentemente dai primi in cui tale vizio è sindacabile dal giudice, «nei secondi il vizio dei motivi [sic!] non esiste addirittura, perché essi non hanno un motivo provvisto di rilevanza giuridica»⁵¹. I regolamenti, infatti, svolgono una funzione costitutiva dell'ordinamento, dettando norme destinate a «valere *semper et ad semper* finché non si verifichi l'abrogazione», differentemente dagli atti amministrativi generali, la cui efficacia si esaurisce con le singole applicazioni dei medesimi⁵².

Rilevano, inoltre, altre importanti differenze: soltanto ai regolamenti, essendo fonti del diritto, si applicano alcuni principi quali il principio *iura novit curia* (art. 10 disp. prel. cod. civ.), il principio *nemo jus ignorare censetur*, le norme sulla interpretazione (ex art. 12 disp. prel. cod. civ) e della ricorribilità in Cassazione (art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost.) per mancata o falsa applicazione delle relative norme. Solo i regolamenti, altresì, presentano un carattere normativo, derivante dalla legge attributiva della relativa competenza⁵³.

Nonostante sia chiara la presenza di una netta linea di confine che dovrebbe impedire di poter utilizzare indistintamente l'uno o l'altro tipo di atto, tale distinzione si è rivelata complessa al punto da richiedere l'introduzione di criteri discretivi di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁵⁴.

Escludendo che l'atto amministrativo generale e l'atto normativo differiscano in base al criterio formale o nominalistico, secondo cui sono le norme sulla normazione a stabilire quali atti debbano qualificarsi come normativi⁵⁵, la giurisprudenza ritiene necessario ricorrere a criteri sostanziali.

⁴⁹ Così G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 124 e p. 336.

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, vol. III, p. 20.

⁵¹ IBIDEM, p. 18 e ss.

⁵² P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, Giuffrè, Milano, VI. ed., 2001, p. 32.

⁵³ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970, p. 5, nota 10: «rispetto ai provvedimenti concreti della pubblica amministrazione, essi si distinguono per una forza giuridica peculiare, che consiste appunto nella possibilità di innovare (o completare) l'ordinamento - forza che, in tanto può venir estrinsecata, in quanto l'ordinamento l'abbia espressamente attribuita a una certa autorità, conferendo a questa la cosiddetta potestà regolamentare».

⁵⁴ Corte cost. sentenze nn. 274 e 278 del 2010 e 39/2014; Cons. St., sez. VI, sent. n.6657/2007; Cons. St., sez. IV, sent. n. 3256/2008; Cons. St., sez. IV, sent. n.2841/2010; Cons. St., sez. VI, sent. n.996/2011. Sui labili confini tra regolamenti e atti amministrativi generali cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 172 ss.

⁵⁵ G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 390.

Rifiutando quali canoni formali validi «*il nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento», i giudici hanno ritenuto che vi sia un regolamento quando la potestà affidata all'amministrazione comporta la produzione di norme generali e astratte, mediante le quali si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, mentre vi sia un atto amministrativo generale quando la potestà «esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge»⁵⁶. L'atto amministrativo generale, differentemente da quello regolamentare, non reca alcuna disciplina generale e astratta dei rapporti giuridici⁵⁷ poiché trattasi di una «semplice potestà amministrativa di natura gestionale» rivolta alla cura concreta d'interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari determinabili, mentre i regolamenti «sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa»⁵⁸. Il regolamento dunque detta disposizioni «destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie»⁵⁹.

Secondo canoni consolidati, in definitiva, l'atto normativo è caratterizzato dalla generalità, dall'astrattezza⁶⁰, dall'attitudine a integrare la fattispecie astratta, dalla non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti e dalla innovatività (assente negli atti amministrativi generale poiché finalizzati alla risoluzione di specifici problemi, la cui disciplina si rinviene nell'ordinamento⁶¹). La

⁵⁶ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 278/2010 cit.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. V, 1145/1997, in *Giur. it.*, 1998, 1274 con nota di C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi e atti amministrativi generali*.

⁵⁸ Cass., sez. un., n. 10124/94, in *Giust. civ. Mass.*, 1994.

⁵⁹ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Cedam, Padova, 1957, p. 454, secondo cui rientrano tra i regolamenti «le disposizioni sulla circolazione per le vie cittadine impartite dalle autorità comunali mediante i regolamenti di polizia urbana (art. 109 n. 5 reg. com. e prov.) e in applicazione di questi (autorizzazioni e divieti di sosta ai veicoli su certe aree stradali, nonché divieti di marcia ai veicoli o ai pedoni in determinate direzioni, anche se limitati a brevi periodi, e persino a un solo giorno; punti di attraversamento obbligato, ecc.), le disposizioni sull'orario di apertura e di chiusura dei pubblici esercizi (art. 96 t.u.p.s.), le determinazioni dei prezzi di autorità, le determinazioni delle aliquote dei tributi (che talvolta vengono adottate con provvedimenti aventi per unico oggetto le aliquote stesse), e simili».

⁶⁰ G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 13 ss., secondo cui generalità e astrattezza sono «criteri deontologici», non requisiti ontologici della norma, e secondo cui il criterio della novità sarebbe inidoneo a caratterizzare gli atti normativi, per cui residuerebbe esclusivamente il criterio formale.

⁶¹ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 447 e ss. 452, mentre la "forza innovativa" «va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano e quindi come indizio di riconoscimento». Gli atti amministrativi generali «non sono mai atti normativi» proprio perché «l'astrattezza inerisce al concetto di norma». Il carattere

dottrina, inoltre, individua un ulteriore criterio formale di distinzione nella diversa configurazione della partecipazione degli interessi degli amministrati al procedimento di formazione dell'atto⁶².

La valorizzazione giurisprudenziale del carattere distintivo dell'innovatività ha condotto ad ipotizzare una determinata *species* degli atti generali ovvero gli "atti amministrativi generali a contenuto normativo", definizione nata per distinguere strumenti generali di programmazione che contengono norme carattere regolamentare⁶³.

L'adozione di un criterio di natura sostanziale precede logicamente la qualificazione formale degli atti: antecedentemente bisogna verificare se l'enunciato ha carattere normativo e successivamente gli si attribuisce la forma e il trattamento giuridico per esso previsto.

La dottrina, tuttavia, ha evidenziato come molto spesso le disposizioni normative, relativamente ad alcuni aspetti, accomunano gli atti amministrativi generali e atti normativi⁶⁴ specialmente in riferimento all'esternazione dell'atto.

Ad esempio in passato, «a differenza degli atti a contenuto normativo, per la cui operatività l'art. 10 disp. sulla legge in gen. prescrive sempre la pubblicazione, e, di regola, la *vacatio*», per gli atti amministrativi generali «tali adempimenti non sono prescritti da alcuna disposizione di portata generale»⁶⁵.

Attualmente invece il regime previsto per le due categorie di atti è simile: l'art. 26, c. 1, l. n. 241/1990 prescrive la pubblicazione di tutti gli atti generali analogamente a quanto prevede per gli atti normativi il d.P.R. n. 1092/1985.

della astrattezza postula dunque l'insufficienza della capacità dell'atto di rivolgersi ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili a priori singolarmente, giacché il requisito della generalità appartiene anche ai meri atti amministrativi generali che tendono «a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche». Secondo l'Autore (pag. 453) «rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorso o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità), gli ordini di censimento, gli ordini di mobilitazione civile e quelli di precettazione generale, i blocchi e gli sblocchi di merci in periodo di contingentamento, gli ordini di conferimento di merci agli ammassi, i provvedimenti apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca, le fissazioni e le proroghe di termini (non disposti in via normativa) di adempimenti cui siano tenuti soggetti indeterminati (presentazione di domande per pubblici concorsi o gare, denunce e pagamenti di tributi, compilazione e i questionari di censimento, ecc.)» poichè «sono tutti atti che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti istituzionalmente non individuati a priori dalla Amministrazione, sono volti a risolvere, in relazione a singoli casi già concretamente puntualizzati - e non in astratto - determinate esigenze pubbliche».

⁶² G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 395.

⁶³ Cass., sez. III, n. 17914/2003; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5326/2000. La categoria certamente più significativa è rappresentata dai piani regolatori che «da un lato, dispongono in via generale e astratta in ordine al governo e all'utilizzazione dell'intero territorio comunale e, dall'altro, contengono istruzioni, norme e prescrizioni di concreta definizione, destinazione e sistemazione di singole parti del comprensorio urbano» (Cons. Stato Ad. Plen., sent. n. 24/1999).

⁶⁴ M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 73.

⁶⁵ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 51.

Inoltre sia gli atti normativi sia gli “atti a contenuto generale” sono sottratti all’obbligo di motivazione, sancito per ogni provvedimento amministrativo ex art. 3, c. 2, l. n. 241/1990, così come tutte le disposizioni sulla partecipazione procedimentale contenute nel capo III della medesima legge non si applicano nei confronti dell’attività amministrativa diretta all’emanazione di atti normativi, atti generali, di pianificazione e di programmazione (art. 13, c. 1, legge n. 241/1990).

Secondo la giurisprudenza la *ratio* di questa scelta risiede nel fatto che, rivolgendosi entrambe le categorie di atti ad una categoria indeterminata di destinatari, l’applicazione ai medesimi degli istituti in materia partecipatoria non avrebbe una sua ragion d’essere⁶⁶.

L’art. 17 l. n. 400/88 ha tentato di sostituire tali criteri di individuazione degli atti normativi disciplinando, come suesposto, la funzione regolamentare e il suo esercizio. Questi profili formali integrano i criteri sostanziali e, ove mancanti, sono raramente considerati indici di assenza del carattere normativo dell’atto⁶⁷ oppure vizi del procedimento e motivi di annullamento del medesimo con effetti *erga omnes*⁶⁸.

La differenza teorica delineata a livello teorico dovrebbe dunque essere rispettata a parere di chi scrive considerata la diversa natura degli atti *de quibus*: i soli regolamenti costituiscono fonti del diritto e sono connotati da un contenuto normativo, motivo per cui non può esserne consentita una sostituzione ricorrendo ad atti amministrativi. Valutate però le distorsioni in materia, prevale il ricorso a criteri sostanziali in ambito giurisdizionale per distinguerli.

6. La giurisprudenza della Corte costituzionale

Molteplici pronunce della Corte costituzionale (e come si avrà modo di vedere *infra* anche del Consiglio di Stato) hanno avuto ad oggetto la fuga dal regolamento e la ripartizione di competenze ex art. 117 Cost. come riformato dalla l. n. 3/2001. Il Giudice delle Leggi non ha mai chiarito la natura di tali decreti ministeriali esprimendosi «a prescindere dalla complessa qualificabilità dei

⁶⁶ La dottrina ha individuato ulteriori altre possibili ragioni dell’esclusione normativa, specie come rinvio alle singole discipline di settore; cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 271-272.

⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1011/2005 conferisce rilievo al difetto di requisiti formali, prescritti dall’art. 17 l. n. 400/1988, per escludere la natura di regolamento. Cass., sez. III, n. 6933/1999 attribuisce rilievo alla disciplina ex art. 17 l. n. 400/1988 per l’attribuzione del carattere della normatività, e, in caso di violazione di tale norma, nega carattere di regolamento al decreto con cui il Ministro per l’industria aggiorna gli importi dei massimali minimi di legge in materia di assicurazione obbligatoria r.c. auto.

⁶⁸ Cass., sez. III, n. 1972/2000, considerata l’inottemperanza all’art. 17 l. n. 400/1988, dispone l’annullamento del decreto ministeriale di determinazione dei canoni concessori delle utenze di acqua pubblica con effetto nei confronti di tutte le fattispecie concrete riconducibili alla previsione della norma caducata.

poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio»⁶⁹, pur concentrandosi sulla censura della lesione delle competenze regionali in seguito alla l. 3/2001 oltre che sul rispetto dell'art. 17 della l. n. 400/88⁷⁰.

Successivamente alla riforma costituzionale la Corte Costituzionale ha riconosciuto una corrispondenza tra la competenza regolamentare e quella legislativa: ad esempio, ha ritenuto legittimo il rinvio della legge statale ad atti di natura non regolamentare per la determinazione dei criteri e delle modalità di erogazione dei contributi per le attività dello spettacolo e delle aliquote di ripartizione annuale del fondo unico per lo spettacolo nonostante tale materia rientri nella competenza concorrente a seguito della riforma del Titolo V⁷¹. In tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha fatto ricorso alla temporaneità della disposizione impugnata per sostenere le proprie ragioni: tale argomento è stato più volte utilizzato dal Giudice delle leggi anche per negare carattere normativo ad alcuni atti con natura temporanea⁷².

Il Giudice costituzionale ritiene altresì legittimo l'intervento di regolamenti regionali in funzione integrativa anche in materie rientranti nella competenza esclusiva dello Stato come l'ambiente⁷³.

La Corte costituzionale generalmente non si è mai espressa in termini definitivi, parlando talvolta di «poteri di tipo normativo o programmatico»⁷⁴ e della possibilità che lo Stato possa «in una materia rimessa alla propria competenza legislativa esclusiva [...] esercitare, nelle forme che ritenga più opportune, la potestà regolamentare»⁷⁵. Si riscontra, pertanto, un atteggiamento di «indifferenza» per la reale identità di tali decreti⁷⁶.

⁶⁹ Così Corte cost. sent. n. 285/2005, punto 11 Considerato in diritto.

⁷⁰ Secondo G. RIVISECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in Osservatorio AIC, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatorioaic.it/>, 1-2, 2019, p. 98 «la Corte costituzionale potrebbe valorizzare la legge n. 400 del 1988 come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, sviluppando un più incisivo sindacato sulle norme che abilitano l'esercizio di tali forme di potestà regolamentare, seguendo il percorso prefigurato in altri «filoni» della giurisprudenza costituzionale».

⁷¹ Corte cost., sent. n. 255/2004, in *Giur. cost.*, 2004.

⁷² Cfr. sul punto G.U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sentenza n. 591 del 1988 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2749 e ss.; C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 935 ss. ricorda che la Corte fa riferimento talvolta alla temporaneità degli effetti e talvolta all'esecutività delle disposizioni in esso contenute per escludere la normatività dell'atto.

⁷³ Corte cost., sent. n. 407/2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2940 ss., con nota di F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*: la Corte riconduce la competenza, sia dello Stato sia delle Regioni alla materia dell'ambiente. Cfr., altresì, Corte cost. sent. nn. 96/2003 e 259/2004.

⁷⁴ Corte cost. sent. n. 165/2007, punto 4.4 Considerato in diritto.

⁷⁵ Corte cost. sent. n. 35/2005, punto 4 Considerato in diritto.

⁷⁶ Significativa in merito è la sentenza n. 129/2016, in cui la Corte giudica la legittimità costituzionale dell'art. 16, c. 6, del d.l. n. 95/2012, nella parte in cui prevede che la riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio e del fondo perequativo per ciascun Comune sia «determinata, con decreto di

La Corte costituzionale ha affrontato nuovamente in una pronuncia del 2006 la questione della natura degli atti non regolamentari del Governo, parlando al riguardo di «atto statale dalla indefinibile natura giuridica» ed illegittimo poiché lesivo della competenza regionale in materia di agricoltura⁷⁷.

Il Giudice delle leggi ha negato altresì la natura normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 21 dicembre 2012 concernente lo schema di rendicontazione delle spese dei gruppi dei consigli regionali, affermando che si limitasse «ad indicare i criteri e le regole tecniche volte a soddisfare quelle esigenze di omogeneità nella redazione dei rendiconti annuali di esercizio dei gruppi consiliari»⁷⁸.

7. La giurisprudenza amministrativa

Lo stesso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, ha consentito un notevole esercizio dalla funzione regolamentare del Governo, consapevole «di potersi inserire nelle zone d'ombra del sistema delle fonti, quale risultante dalla nuova stesura del Titolo V», anche attraverso atti amministrativi generali o decreti di natura non regolamentare con carattere normativo. Da un'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ad esempio, è possibile comprendere la «facilità di superamento di obiezioni di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 6 Cost., e dell'elasticità del limite delle materie invocato, dall'organo consultivo, a sostegno della potestà regolamentare dello Stato»⁷⁹.

Nelle more dell'entrata in vigore della l. n. 3/2001, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità dell'esercizio della funzione regolamentare dello Stato in nome della competenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali poiché ciò non comporta contrasto con il nuovo ordinamento dell'autonomia regionale⁸⁰. Ha riconosciuto, altresì, la competenza esclusiva dello Stato in materia di ambiente e di tutela

natura non regolamentare del Ministro dell'interno». La disposizione è illegittima, nella parte in cui non prevede, «nel procedimento di determinazione delle riduzioni [...] da applicare a ciascun Comune [...], alcuna forma di coinvolgimento degli enti interessati, né l'indicazione di un termine per l'adozione del decreto di natura non regolamentare del Ministero dell'interno». Nonostante tale decisione, il Giudice costituzionale non si sofferma mai sulla natura del decreto.

⁷⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 116/2006, cit., in *Giur. cost.*, 2006, p. 1099 e ss. con nota critica di R. MANFRELOTTO, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, sottolineando la «fuga dal regolamento» attuata con un atto avente forma di atto amministrativo generale e anima di regolamento, rileva la lesione, dell'art. 100 Cost., fondamento costituzionale della giustizia dell'amministrazione.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 39/2014, cit.

⁷⁹ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit.

⁸⁰ Cons. St., Ad. Gen., con il parere n. 207/2001 afferma la spettanza allo Stato del potere regolamentare per la definizione e l'erogazione dei finanziamenti a favore di associazioni di volontariato per l'assistenza a soggetti con handicap gravi. Cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit., sull'analisi giurisprudenziale del Consiglio di Stato.

dell'ecosistema⁸¹, quella trasversale in materia di concorrenza ritenendo che possa adottare misure idonee ad incidere sull'equilibrio economico generale «mentre appartengono invece alla competenza regionale gli interventi sintonizzati sulle realtà produttive regionali»⁸² e ha affermato il potere sostitutivo statale⁸³ in materia di attuazione di direttive comunitarie.

Si sancisce, dunque, la possibilità dello Stato di intervenire con propri regolamenti anche in materie non rientranti nella sua competenza esclusiva.

Vi sono, tuttavia, alcuni pareri contrari dello stesso organo consultivo alla presenza di una funzione regolamentare statale in materie rientranti nella competenza legislativa concorrente: ad esempio, nel 2002 il Consiglio di Stato ha dichiarato che, essendo state iscritte le materie della “salute” e delle “professioni” in quelle di competenza legislativa concorrente, lo Stato non può disciplinare con regolamenti tali settori⁸⁴.

Degni di nota sono anche ulteriori orientamenti del Consiglio di Stato. L'organo ausiliario del Governo, pur indicando criteri sostanziali di identificazione delle fonti, non ha mai preso una posizione chiara in merito. L'Adunanza plenaria n. 9/2012 ha ritenuto che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili, mentre l'atto amministrativo generale, rivolto alla regolamentazione di un caso particolare, ha destinatari determinabili a posteriori. Essa ha riconosciuto la rilevanza della prassi della fuga dal regolamento e ha sostenuto che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti 'atipici', di natura non regolamentare». In tale pronuncia l'Adunanza Plenaria ha ammesso il carattere normativo del decreto ministeriale oggetto della controversia: esso non può essere negato solamente perché l'atto si applica esclusivamente agli operatori di un settore, bensì è fondamentale verificare se il decreto sia dotato di generalità e astrattezza in quel determinato ambito.

Vi sono state pronunce intese a considerare taluni atti come non regolamentari: ad esempio, il Consiglio di Stato ha sancito che l'atto ministeriale impositivo dell'obbligo di presentazione di fideiussione bancaria da parte delle imprese di trasformazione privata sia «un provvedimento amministrativo di carattere generale, destinato alla cura concreta di interessi pubblici (...) e non, invece, ad un precetto frutto di un potere normativo di carattere secondario, integrativo della norma primaria, dotato del carattere dell'astrattezza e della generalità»⁸⁵. Parimenti nel 2007, riconoscendo al d.m. in tema di quote latte «carattere generale, ma non astratto», ha stabilito che esso dovesse «essere

⁸¹ Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 1509 del 26 agosto 2002.

⁸² Cfr. Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 6849 del 19 aprile 2004.

⁸³ Cfr. Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 2 del 25 febbraio 2002.

⁸⁴ Cfr. Cons. St., Ad. Gen., parere n. 1. dell'11 aprile 2002 e parere n. 1195 del 22 aprile 2002.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. 2515/2002.

considerato atto generale ma non normativo di natura regolamentare»⁸⁶. Nel 2008, invece, considerata la loro «funzione meramente liquidativa di crediti retributivi»⁸⁷, il Consiglio di Stato ha affermato la natura normativa di alcuni d.P.C.M. e nel 2010 di decreti ministeriali disciplinanti la raccolta a distanza delle scommesse pubbliche, espressione della «potestà attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola e arricchendola, su una preesistente disciplina legislativa»⁸⁸.

Ultimamente, tuttavia, il Consiglio di Stato è intervenuto su alcune decisioni del Giudice di prime cure. Ad esempio, con una sentenza del 2016 ha riformato la sentenza TAR Lazio, che aveva disposto l'annullamento del decreto ministeriale 1 luglio 2014 poiché aveva natura di regolamento ed era stato emanato violando l'art. 17 l. n. 400/1988⁸⁹. Il Consiglio di Stato ha annullato tale pronuncia, basandosi sul piano formale sulla qualificazione di atto non avente natura regolamentare e, sul profilo sostanziale, sull'assenza dei «connotati intrinseci dell'atto normativo»⁹⁰.

Tale linea di pensiero è stata poi ribadita in due decisioni relative all'organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e all'istituzione del Parco Archeologico del Colosseo⁹¹. Il Consiglio di Stato, infatti, ha reputato legittima l'adozione di un atto non regolamentare ritenendo che la fonte primaria di autorizzazione debba rinvenirsi nelle fonti primarie di autorizzazione speciale, con conseguente legittima adozione di un atto non regolamentare⁹², difatti «la qualificazione dell'atto come 'non regolamentare' comporta la inapplicabilità di tale disposizione costituzionale e del vincolo modale da essa previsto nel riparto delle competenze», e comunque «qualora fosse stato qualificato il decreto in esame come atto regolamentare, in ogni caso il legislatore

⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, sent. 3777/2007.

⁸⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 2435/2008; Cons. St., sez. VI, sent. n. 2476/2008.

⁸⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 2841/2010, cit.

⁸⁹ TAR Lazio, sede di Roma, sez. II-quater, sent. n. 7479/2016.

⁹⁰ Cons. St., sez. VI, sent. n. 5035/2016. In tale sentenza è sottolineato il principio di sussidiarietà: «lo Stato, qualora ravvisi l'esistenza di esigenze unitarie, può, però, pur in presenza di materie (esclusive o concorrenti regionali, 'chiamare in sussidiarietà' funzioni regionali o degli enti locali e, in ossequio al principio di legalità, dettare la relativa disciplina» poiché «il legislatore ha, infatti, previsto il meccanismo della cosiddetta 'chiamata in sussidiarietà', che (...) implica una attrazione della funzione amministrativa, e dunque di un atto amministrativo (anche generale), a livello centrale e la sua disciplina con legge. (...) In questa prospettiva, si giustifica il richiamo, effettuato dalla legge del 2005, ai decreti ministeriali di cui al decreto-legge n. 24 del 2003, che include la loro espressa qualificazione di decreto di «natura non regolamentare».

⁹¹ Tar Lazio, sede di Roma, sez. II quater, sent. nn. 6719/2017 e 6720/2017. Il Giudice di prime cure aveva ritenuto illegittimi per vizi procedurali alcuni decreti di natura non regolamentare perché riteneva dovesse applicarsi la disciplina dell'art. 17, c. 4-bis, l. n. 400/1988.

⁹² Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3666/2017.

statale ha il potere di prevedere un sistema normativo fondato sulla sussidiarietà, che può ricomprendere anche la funzione regolamentare»⁹³.

Da queste breve analisi giurisprudenziale si può comprendere l'assenza di pareri univoci. Non a caso nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 il Presidente del Consiglio di Stato⁹⁴ e in una audizione al Comitato per la Legislazione il Presidente hanno auspicato la conferma della previsione del parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, prima che questo sia sottoposto alle Commissioni parlamentari competenti⁹⁵.

8. Il nuovo orientamento della Cassazione

Recentemente anche la Corte di Cassazione si è espressa sui decreti ministeriali, in particolar modo su quelli determinativi del tasso di interesse. Il caso di specie ha riguardato l'onere di allegazione dei "decreti ministeriali ai fini della prova del tasso di usura". Il ricorrente, infatti, valutando che tali decreti fungessero da atti integrativi degli artt. 614 cod. pen e 1815 cod. civ., come novellati dall'art. 1 e dall'art. 4 della l. n. 108/96, in applicazione dell'art. 2 della medesima legge e quindi avessero «valore di norma giuridica», lamentava la violazione del principio *iura novit curia* da parte dei giudici: deduceva, infatti, la violazione dell'art. 113 c.p.c. perchè la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto che l'onere di produzione dei decreti ministeriali determinativi dei tassi soglia dovesse essere assolto dalla parte attrice.

La Corte di Cassazione, spiegando che «la Corte di merito (...) ha ritenuto che l'onere processuale della produzione di atti contenenti una normativa secondaria incombe sulla parte deducente, in quanto tali dati non rientrano nella scienza comune», qualificando i decreti ministeriali atti amministrativi, ha accolto la censura del ricorrente ribadendo che «la Corte di legittimità si è limitata ad affermare che la nuova produzione di normativa secondaria sia inammissibile (...) unicamente in relazione al giudizio di legittimità» secondo quanto disposto dell'art. 372, c. 1, c.p.c. Dunque è inammissibile il motivo di ricorso con cui si deduce la violazione di decreti ministeriali determinativi del tasso di riferimento di interesse quando non siano acquisiti agli atti del giudizio di merito perché «la loro natura di atti amministrativi rende inapplicabile il principio *iura novit curia*». La Corte di Cassazione con la sentenza 8883/2020 ha affermato che i decreti *de quibus* «fungono da parametri di riferimento

⁹³ Così Cons. St., sez. VI, sent. n. 5035/2016 cit. Inoltre cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3665 e n. 3666 del 2017 cit.

⁹⁴ Cfr. la Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, p. 38 ss.

⁹⁵ Cfr. Audizione alla Camera dei Deputati – Comitato per la legislazione del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi sulle tendenze della produzione normativa del 27 marzo 2019, reperibile al link <http://www.camera.it/>.

necessari per la valutazione della fattispecie» e che «non deve tuttavia considerarsi necessario, sulla base del principio di allegazione, che la parte supporti la deduzione di nullità producendo i d.m. che nel tempo hanno fissato i tassi soglia» basandosi esclusivamente sulla natura amministrativa di tali atti perché «conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte, in più occasioni, con riguardo al giudizio di merito, il Giudice di merito ha un potere-dovere di acquisizione in materia».

Anche in questo caso, dunque, si assiste ad un cambiamento rispetto al precedente orientamento della Corte, che con l'ordinanza n. 2543 nel 2019 aveva qualificato tali decreti ministeriali come atti amministrativi affermando che chi volesse contestare la natura usuraria del tasso di interesse avrebbe dovuto depositare copia in giudizio dei decreti ministeriali non essendo applicabile il principio *iura novit curia*.

9. Conclusioni

Si deduce, per concludere, un chiaro ricorso del Governo a decreti-legge che rinviano a loro volta a “decreti di natura non regolamentare” con il risultato di eludere i controlli espressamente previsti ed il confronto parlamentare con le opposizioni. Si assiste ad una duplice fuga dal regolamento: una “verso l’alto”, mediante il ricorso alla questione di fiducia ed alla pratica dei maxi-emendamenti, ed una “verso il basso”, ovvero ricorrendo ad atti amministrativi generali⁹⁶, determinando ripercussioni sul ruolo del Parlamento. La stessa pandemia, difatti, ha mostrato la riduzione della funzione normativa delle Camere: il Rapporto 2019-2020 dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati ha sottolineato come «inevitabilmente il sistema normativo (...) abbia reagito confermando le tendenze già in atto», con una «accelerazione di dinamiche preoccupanti, in particolare con riferimento agli equilibri del sistema delle fonti».

È pur vero che oramai la pandemia si protrae da molto tempo motivo per cui ci troviamo «in una condizione trasformatasi sostanzialmente in ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni» ed un recupero da parte del Parlamento della funzione normativa. È indubbio, infatti, che «il compito di ridurre le perduranti incertezze intorno al carattere normativo di molti decreti ministeriali, gravi, in prima battuta, sul legislatore» che potrebbe imporre, ad esempio, la forma regolamentare a tutti gli atti con un contenuto normativo⁹⁷.

⁹⁶ A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaaic.it/it/>, 3, 2019, p. 15.

⁹⁷ M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, 3, 2018, p. 24- 25.

Nonostante il Governo abbia fatto ricorso ai d.P.C.M. per ragioni di speditezza e flessibilità, pare opportuno chiedersi se le misure di contenimento potessero essere adottate con altri strumenti come ad esempio decreti-legge, la cui adozione avrebbe coinvolto sia il Presidente della Repubblica che il Parlamento.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n.127 del 1995, chiamata a pronunciarsi sulle misure adottate durante un'emergenza sanitaria, precisò di aver «già sottolineato il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956)».

Proprio perché la Costituzione «giusto o sbagliato che sia non contiene – a differenza di altre Costituzioni – disposizioni sulla distribuzione dei poteri in una fase di emergenza»⁹⁸ questa crisi potrebbe rappresentare l'occasione per introdurre una disciplina costituzionale della stessa e per arginare con adeguati strumenti la fuga dal regolamento.

A tal proposito bisogna sottolineare che la funzione regolamentare, come già esposto in precedenza, è strettamente connessa con l'indirizzo politico e che una delle cause della fuga dal regolamento si individua nell'evoluzione storica delle forme di Stato. Il rafforzamento della legittimazione dei Governi, e soprattutto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha avuto un duplice effetto: «la traslazione in capo ad essi delle quote più rilevanti dell'indirizzo politico (...) e sul piano delle fonti del diritto ha invece assecondato (...) l'espansione dei poteri normativi primari e secondari dell'Esecutivo»⁹⁹. I d.P.C.M., «plastica rappresentazione dei rapporti di forza endogovernativi»¹⁰⁰, potrebbero dunque definirsi conseguenza della maggiore forza acquisita dal Presidente del Consiglio all'interno del Governo e lo strumento cui si ricorre al fine di imputare a quest'ultimo la decisione quando sono coinvolte molteplici competenze. Numerose funzioni di indirizzo politico del Presidente del Consiglio dei Ministri previste nell'art. 2, c. 2, d.lgs. 303/99, come ad esempio quelle di promozione, coordinamento e monitoraggio, sono difatti esercitate attraverso atti non considerati normativi, tra cui direttive e linee guida.

⁹⁸ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, 6, 2020.

⁹⁹ D. DE LUNGO, *Nibil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, 2,2019, p. 14.

¹⁰⁰ D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, 3, 2017, p. 6.

Il contenuto multiforme dei d.P.C.M., dunque, potrebbe rendere complesso ipotizzare una razionalizzazione della l. n. 400/88 poiché «appare più facile vivere alla giornata, per così dire, che inseguire riforme archetipiche destinate ad essere presto erose dal mutevole corso della prassi»¹⁰¹.

Si potrebbe allora auspicare una maggiore opposizione del Parlamento, considerato che le leggi disciplinanti i procedimenti di approvazione dei d.P.C.M. derogatori rispetto alla l. n. 400/88 godono dell'approvazione delle Camere. Viene dunque da chiedersi perché queste non oppongano una seria resistenza a infiltrazioni nel sistema delle fonti potenzialmente pericolose.

Un intervento maggiormente decisivo (e coerente) potrebbe essere altresì esercitato sia del Giudice amministrativo attraverso l'annullamento dei provvedimenti che della Corte costituzionale mediante la dichiarazione di illegittimità della legge che rinvii ad atti "di natura non regolamentare" la produzione di effetti normativi.

È necessario, difatti, sottolineare la rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico della procedimentalizzazione e della «tipizzazione delle tecniche argomentative dei giudici, al fine di ricostruire, almeno a posteriori, criteri di prevedibilità e di calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri»¹⁰².

¹⁰¹ D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius*, cit., p. 27.

¹⁰² A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare*, cit.