

LA DELEGIFICAZIONE DEFORMATA: A PROPOSITO DELL'“INNOVATIVO MECCANISMO” PREVISTO DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ALESSANDRA PROZZO*

Sommario

1. Introduzione – 2. Il modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988: ratio e limiti applicativi. – 3. Il meccanismo di delegificazione di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici. – 4. Osservazioni conclusive.

Abstract

The gradual overcoming of the delegation model introduced by Article 17, par. 2 of Law No. 400/1988 is now long highlighted by scholars. More recently, a confirmation in this sense is represented by the delegation “mechanism” provided for by the new Contract Code. This article will illustrate the peculiarities of this mechanism, which concerns the annexes to the Code, and the aspects that appear most problematic.

Suggerimento di citazione

A. PROZZO, *La delegificazione deformata: a proposito dell'“innovativo meccanismo” previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Dottoressa di ricerca in Discipline giuridiche, Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: alessandra.prozzo@uniroma3.it

1. Introduzione

La proliferazione di modelli di delegificazione diversi da quello previsto dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 è ormai da tempo oggetto di riflessione da parte degli studiosi, i quali hanno messo in luce come la prassi abbia di fatto superato il paradigma procedimentale introdotto dal legislatore alla fine degli anni '80¹.

In effetti, sebbene nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge n. 400/1988 il ricorso alla delegificazione sia stato scarso, a partire dalla legge 24 dicembre 1993, n. 537 si è assistito ad un'inversione di tendenza² ed, anche, al succedersi di leggi ordinarie che hanno previsto forme di delegificazione non sempre coincidenti con quella precedentemente delineata.

Negli anni, infatti, le deviazioni dal modello introdotto dal legislatore del 1988 sono state numerose.

Più recentemente, ciò si è verificato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, che, al fine di rendere il codice “immediatamente autoesecutivo”, ha introdotto un “innovativo meccanismo di delegificazione”³. Quest'ultimo, essendo imperniato sui regolamenti ministeriali di cui al terzo comma del citato art. 17, invece che sui regolamenti in delegificazione di cui al secondo comma, presenta aspetti peculiari che saranno esaminati nel prosieguo, anche alla luce del procedimento semplificato previsto dall'art. 225, comma 14, del medesimo Codice.

¹ Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, 105, il quale ha riscontrato un “sostanziale fallimento” del tentativo operato dalla disposizione citata di “razionalizzare l'utilizzo della fonte regolamentare” mediante l'elaborazione di un modello di delegificazione “in grado di imporsi al legislatore futuro, per così dire, per forza propria”, in quanto “espressione di esigenze relative alla tenuta di un impianto complessivo di rapporto tra le fonti, di istanze, cioè, già racchiuse a livello più profondo del sistema costituzionale”.

² Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, 4 ss. Sul punto, vd. anche G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni per la razionalizzazione e la semplificazione amministrativa*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, 169, “le più significative leggi di delegificazione sono state varate nel periodo successivo al 1993 (con la sola, significativa eccezione del Governo Berlusconi), allorché la cronica debolezza del Parlamento e parallelamente l'esperienza di Governi meno organicamente legati ai partiti della maggioranza ed a composizione ‘tecnica’ in tutto (Governo Dini) o in parte (Governi Amato e Ciampi) ha consentito, prima con il d.lgs. n. 29/1993, poi, soprattutto, con l'approvazione della l. n. 537/1993 il ‘decollo’ dell'attuazione dello schema generale di delegificazione di cui all'art. 17, c. 2°, l. n. 400/1988, in alcune importanti leggi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa”.

³ Così si legge nella Relazione di accompagnamento al Codice: “Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente ‘autoesecutivo’, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)”.

Preliminarmente, però, occorre soffermarsi sulle ragioni che hanno spinto il legislatore dapprima a positivizzare un modello procedimentale di delegificazione ed, in seguito, a superarlo nella prassi.

2. Il modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988: *ratio* e limiti applicativi.

Sino all'approvazione della legge n. 400/1988, la disciplina del potere regolamentare del Governo era individuata nella legge n. 100 del 1926 e nelle disposizioni preliminari al codice civile del 1942, considerate generalmente applicabili salvo "limitate eccezioni, relative alle norme manifestamente contrastanti con i disposti costituzionali"⁴. Del resto, la Costituzione repubblicana contiene solo un riferimento ai regolamenti del Governo nell'art. 87, comma 5, limitandosi a prevedere che questi siano emanati dal Presidente della Repubblica⁵, sicché si è detto che per i primi quaranta anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione il governo italiano "ha continuato a fondare la propria potestà normativa secondaria su un ancoraggio costituzionale pressoché inesistente ed entro limiti legislativi tutt'altro che definiti"⁶.

⁴ Cfr. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2003, 22.

⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1978, 110, rileva che dalla comparazione del "fugace accenno del testo costituzionale ai regolamenti che deve emanare il Capo dello Stato" con gli artt. 121, 123 e 128 Cost. allora vigenti, "si ricava l'impressione che l'incompletezza della disciplina costituzionale delle fonti (...) sia un'incompletezza «intenzionale»".

⁶ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 22 ss., il quale, sul punto, riporta quanto già evidenziato in precedenza da V. CRISAFULLI in *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1984, 130, ossia che in tale periodo si era riproposto "il conflitto tra l'impostazione anacronisticamente garantista accolta dalla Costituzione per tutto ciò che riguarda i rapporti tra Governo e Parlamento [...] e le esigenze del mondo contemporaneo, che sempre più reclamano agilità e prontezza di intervento nei più diversi settori".

Sotto altro profilo, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico. Tomo II*, Cedam, Padova, 1976, 787 ss., notava come il problema del fondamento – nonché dell'ammissibilità – del potere regolamentare dell'amministrazione debba essere risolto "non già in sede di teoria generale, bensì sulla base dei singoli diritti positivi". In linea generale, infatti, secondo l'A. tale fondamento deve "ricavarsi dalla posizione che ogni regime conferisce al governo". In particolare, osserva che negli "stati parlamentari contemporanei" il riconoscimento del potere regolamentare dell'amministrazione, "esercitabile all'infuori di ogni esplicita attribuzione", risiede nell'esigenza di assicurare in tal modo "l'imparzialità dell'attività amministrativa e la certezza e prevedibilità delle sue manifestazioni, quale può appunto venire conseguita con la predisposizione di norme generali ed astratte, limitative dell'arbitrio nell'uso del potere non vincolato, (...) sempreché la natura degli atti sia tale da non tollerare una disciplina preventiva che verrebbe a compromettere la piena adeguazione alle situazioni concrete, voluta conseguire con l'assegnazione di una sfera di piena discrezionalità". Ciò in quanto gli stati parlamentari "insieme all'enorme accrescimento delle funzioni statali, tale da rendere impossibile una loro minuta disciplina per opera della legge e da ampliare quindi la sfera della discrezionalità amministrativa, hanno visto mutare il rapporto fra parlamento e governo, imprimendogli carattere fiduciario, così da realizzare una stabile consonanza di orientamenti, riflettentesi in ogni settore della p.a."

In seguito, come è noto, la legge n. 400 del 1988 ha previsto diverse tipologie di regolamenti governativi⁷, tra i quali si annoverano i regolamenti in delegificazione, la cui disciplina è stata introdotta al fine precipuo di creare uno strumento mediante il quale semplificare l'ordinamento.

In effetti, tale esigenza di semplificazione era avvertita sia con riferimento al tessuto normativo, in ragione della cd. "ipertrofia legislativa", ossia del disordine connesso all'eccessiva produzione di norme legislative, sia rispetto all'azione della Pubblica amministrazione⁸, di cui si criticava l'inefficienza in quanto suscettibile di pregiudicarne la competitività sul piano internazionale e di gravare sulla finanza pubblica⁹. In questo contesto, il miglioramento della qualità della normazione aveva "carattere marginale e fundamentalmente ausiliario (...) rispetto al fine principalmente perseguito della semplificazione amministrativa", atteso che la riforma dell'azione amministrativa "non poteva che realizzarsi attraverso un opportuno intervento sul *corpus* normativo regolatorio

Sul punto, cfr. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 111 ss., secondo il quale "La omessa previsione o l'assenza di disciplina, (...) nei testi costituzionali, di fonti, istituite o istituiti da norme di legge ordinarie, e destinate ad operare su un piano subordinato alla legge, non è – di per sé sola – argomento sufficiente per escluderne l'ammissibilità". Ciò specialmente in considerazione del fatto che la Costituzione non "tace del tutto" sui regolamenti, disciplinandone alcune tipologie (come i regolamenti parlamentari) e "altri prevedendo in modo implicito. Può e deve dirsi, pertanto, che la figura dei regolamenti è *presupposta*, in generale, dalla Costituzione, e per ciò stesso – almeno – consentita". Inoltre, il fondamento del potere regolamentare del Governo deriva dall'esigenza "di una posizione autonoma" del medesimo, in quanto "organo supremo dell'organizzazione amministrativa statale, dotato di propri poteri di indirizzo generale, politico ed amministrativo: senza i quali non si giustificerebbero le responsabilità verso il Parlamento, di cui all'art. 95 Cost., con particolare riguardo alla responsabilità individuale dei ministri per gli atti del loro dicastero".

⁷ L'art. 17 della l. n. 400/1988 ha infatti previsto i regolamenti esecutivi, di attuazione ed integrazione, indipendenti, di organizzazione, in delegificazione. Inoltre, disciplina i regolamenti ministeriali ed interministeriali.

⁸ Sull'importanza della distinzione tra semplificazione amministrativa e riordino normativo, cfr. M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella 'legge annuale di semplificazione'*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 391 ss., la quale precisa che sebbene essi siano manifestazione di "un atteggiamento culturale e politico, caratteristico degli anni Novanta, generalmente favorevole ed impegnato verso lo 'Stato leggero'", e condividano "la matrice della semplificazione, dello snellimento, dell'alleggerimento, (...) nel primo caso l'oggetto di tale operazione è l'attività della pubblica amministrazione, mentre nel secondo caso l'oggetto è il sistema normativo. Così il primo obiettivo è quello di un'amministrazione più veloce, agile, snella ed efficiente; il secondo è quello di un sistema normativo più leggibile, conoscibile, ordinato e razionale". In virtù di ciò, l'A. sottolinea che il riordino del sistema normativo non implica automaticamente la semplificazione amministrativa, essendo la connessione tra essi frutto piuttosto di una "scelta politica del legislatore", come nel caso della legge n. 59 del 1997.

⁹ P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 24 ss., il quale osserva che "l'inefficienza costituiva per l'Italia un disvalore aggiunto sul piano della competitività internazionale, un grave fattore di resistenza allo sviluppo, oltre che un onere sempre più intollerabile per la finanza pubblica".

di quell'azione e, quindi, mercé il ricorso all'utilizzo di strumenti di normazione"¹⁰.

Ad ogni modo, allo scopo di perseguire la semplificazione del sistema normativo, il legislatore ha fatto ricorso a due diversi strumenti, ossia alla "delegificazione"¹¹ ed alla "codificazione". Quest'ultima consiste nella predisposizione di "codici di settore", i quali hanno "la forma di decreti legislativi e [sono] dotati di un potere innovativo più incisivo di quello di armonizzazione e coordinamento formale, che normalmente è proprio dei testi unici", in quanto non si limitano a raccogliere materiale normativo preesistente ma ne introducono di nuovo¹².

La delegificazione, invece, può essere declinata in due diverse accezioni, ossia in una più "ampia", per cui essa è finalizzata alla riduzione delle "regole

¹⁰ Cfr. P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, cit., 25. Pertanto, l'A. individua "i genitori putativi (nel senso di atti generatori) della politica di semplificazione nel nostro Paese" nella legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e nella legge n. 537 del 1993, "che, nel quadro più generale di una vera e propria riforma complessiva (in termini di riconformazione) dell'azione amministrativa, dà la stura al fecondo indirizzo di semplificazione dei singoli procedimenti amministrativi, a fini di riduzione di articolazioni, tempi, costi, che costituirà per diversi anni il solco su cui fondamentalmente si adagerà il corso della semplificazione in Italia".

In effetti, la l. n. 537/1993 aveva autorizzato il Governo ad adottare regolamenti in delegificazione per la semplificazione di 123 procedimenti amministrativi specificamente individuati.

In tal senso anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in *Federalismi.it*, 6, 2014, cit., 4, "l'intervento sul tessuto normativo appariva come *medium* necessario a soddisfare l'esigenza della riforma dell'azione amministrativa, senza che si potesse assicurare alla qualità della normazione un rilievo che eccedesse il ruolo di esito riflesso".

¹¹ Cfr. T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, 875.

Ulteriori ragioni che spiegano il ricorso alla delegificazione sono individuate da G. DEMURO, *La delegificazione*, in *Foro it.*, 1989, V, 6, il quale vi annovera anche il "venir meno delle distinzioni funzionali tra i poteri dello Stato" e la "crisi di chiarezza e qualità delle disposizioni normative", quali effetti "della non flessibilità della legge nel rispondere alle esigenze del Welfare State, che comportano la necessità di un mutamento, sempre più rapido, delle regole".

¹² A. IANNUCILLI, *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa*, in M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI (a cura di), *La delega legislativa. Parte II*, disponibile in <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, ricorda che mentre le prime leggi di semplificazione prevedevano l'impiego congiunto della delega legislativa e della delegificazione, a partire dalla legge n. 229 del 2003 il legislatore, ricorrendo al modello dei codici di settore, ha attribuito un "ruolo preminente alla delegazione legislativa, ridimensionando notevolmente quello della delegificazione". Ciò in quanto la delega legislativa era finalizzata "dapprima alla revisione e al 'riordino' per l'emanazione di testi unici di varia natura; poi al 'riassetto' e alla codificazione mediante decreti legislativi". Tale scelta, secondo l'A., oltre a sottintendere la "distinzione ontologica" tra testo unico e codice – il quale, a differenza del primo, non si limita a raccogliere materiale normativo preesistente ma introduce "materiale legislativo nuovo" – è stata dettata anche dalla devoluzione alle Regioni, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, di competenze legislative e regolamentari, che ha reso "recessiva la pretesa di completezza dei testi unici 'misti' e pressoché impraticabile la delegificazione nelle materie di competenza legislativa regionale (concorrente o residuale), nelle quali lo Stato (...) non ha più potestà regolamentare".

pubbliche” e consiste nella “dismissione della disciplina di una determinata materia ad opera delle fonti legali”, sul presupposto della rinuncia dello Stato a disciplinare alcune materie o attività¹³, ed in un'altra più “tecnica”¹⁴. In base a questa seconda accezione, “la delegificazione si definisce come trasferimento della funzione normativa («su materie od attività determinate») dalla sede legislativa statale ad altra sede”, potendo avvenire “nei confronti della potestà regolamentare governativa, oppure della potestà legislativa regionale e delle altre fonti di autonomia territoriale”¹⁵. Diversamente dalla prima ipotesi, dunque, in questo caso non si verifica una “dismissione della disciplina giuridica, bensì la trasformazione della fonte del diritto abilitata a porla”¹⁶.

La disciplina dettata dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 opera in quest'ultimo senso, in quanto non esclude l'intervento normativo da alcuni ambiti bensì prevede “un'attività regolamentare *praeter legem*, quale strumento delegificativo, che opera in una sorta di effetto combinato con la legge autorizzante”¹⁷.

In base a tale disposizione, invero, i regolamenti in delegificazione presuppongono una legge di autorizzazione all'esercizio della potestà regolamentare del Governo, la quale determina le “norme generali regolatrici della materia” e, contestualmente, dispone “l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari”. In virtù di ciò, come affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale, “è alla legge che autorizza l'adozione del regolamento che deve essere imputato l'effetto abrogativo, mentre il regolamento determina semplicemente il termine iniziale di questa abrogazione”¹⁸.

¹³ T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, cit., 867, il quale distingue diversi “gradi” di delegificazione: oltre alla rinuncia dello Stato a disciplinare alcuni ambiti, può verificarsi che il legislatore affidi tale compito, in tutto o in parte, a soggetti privati. In tal caso lo Stato potrebbe infatti riservarsi “un'area di intervento normativo al fine di indirizzare e coordinare, con norme generali e di principio, la produzione normativa dei privati”, dando luogo ad un'ipotesi di *deregulation*.

¹⁴ Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

¹⁵ Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

¹⁶ Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

¹⁷ Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

¹⁸ Cfr. C. cost., 29 novembre 2004, n. 378, punto 6 c.i.d. in *Foro it.*, 2005. Tale affermazione è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza 23 maggio 2023, n. 138, in *Foro Amm.*, 2024, 1, 4.

Secondo N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 33 ss., si tratta di dunque di un'ipotesi di “abrogazione condizionata o differita”, in quanto, in conformità con il criterio gerarchico, l'effetto abrogativo discende dalla legge che dispone la delegificazione, e non direttamente dal regolamento, e si produce solo al momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo. Pertanto, “sia l'*an* sia il *quando* dell'effetto di delegificazione sono condizionati dall'entrata in vigore del regolamento”.

Diverse, tuttavia, sono le critiche mosse dalla dottrina a questo modello, così come minacciose sono le problematiche emerse sul piano applicativo¹⁹.

Proprio con riferimento al descritto meccanismo di abrogazione differita, infatti, è stato osservato che talvolta le leggi di autorizzazione della delegificazione affidano al regolamento stesso l'individuazione delle norme abrogate, sicché in concreto la produzione dell'effetto abrogativo finisce per dipendere da esso, e non dalla fonte ordinaria²⁰. Il che, però, "sul piano dell'effettività" si scontra con il mancato riconoscimento di forza di legge ai regolamenti in delegificazione²¹ ed, in definitiva, con l'esclusione del sindacato della Corte costituzionale²².

A ciò si aggiunge la problematica delimitazione delle "norme generali regolatrici della materia" che, a rigore, si distinguono dai "principi e criteri direttivi" di cui all'art. 76 Cost. in quanto rispetto ad essi hanno una "funzione delimitativa più stringente"²³. Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, le norme generali di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 pur essendo connotate da "un certo grado di flessibilità" in relazione alla materia delegificata, devono avere un "raggio di azione tale da costituire le scelte

¹⁹ Gli studiosi si sono interrogati sulla legittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 400/1988: secondo la dottrina maggioritaria, il fondamento normativo della potestà regolamentare dell'esecutivo ben potrebbe essere individuato in una legge ordinaria, non essendo a tal fine necessaria una legge di rango costituzionale, in quanto, come riportato da G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, cit., 44, "la Costituzione non attribuirebbe in via esclusiva alla legge ordinaria l'effetto abrogativo o derogatorio delle leggi: non sarebbe, perciò, illegittimo disporre con legge che la perdita di efficacia della previgente disciplina legislativa sia collegata all'entrata in vigore della nuova disciplina regolamentare". Secondo altri, invece, la legge costituzionale dovrebbe disciplinare i profili di carattere generale del potere regolamentare.

²⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2011, 3, secondo il quale "Non sembra reggere, alla prova dei fatti, la tesi per cui l'effetto abrogativo sarebbe precisato nella sua estensione materiale dalla legge, pur essendo *sospensivamente condizionato* dall'entrata in vigore delle norme regolamentari".

Sul punto, cfr. anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 33, che individua diversi fattori all'origine di tale prassi, come la "cronica scarsità di conoscenza preliminare [del legislatore] circa lo stato del diritto oggettivo vigente in un determinato settore dell'ordinamento" ed il fatto che l'individuazione precisa delle norme da abrogare presuppone una chiara e precisa consapevolezza della disciplina regolamentare successiva, sicché è "quasi inevitabile" che l'abrogazione sia disposta dalle norme regolamentari.

²¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 114 ss., 117, secondo il quale nell'ordinamento repubblicano la rigidità della Costituzione non consente alla legge ordinaria di istituire fonti "concorrenziali", ossia dotate della sua stessa forza. L'A. ricorda inoltre che il fenomeno dell'abrogazione di norme di legge in seguito all'entrata in vigore di un regolamento in delegificazione difficilmente potrebbe essere giustificata in base alla tesi del "declassamento" *ex lege* di norme originariamente legislative in norme regolamentari. Ciò, infatti, implicherebbe che la legge possa disporre della forza che le è attribuita dalla Costituzione.

²² M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 3.

²³ C. cost., n. 138/2023, punto 8 c.i.d. che, al riguardo, richiama la propria precedente sent. n. 303/2005.

fondanti l'assetto normativo dell'oggetto della delegificazione, sul quale il regolamento si innesta non per completare o integrare queste ultime, ma per svilupparle ulteriormente²⁴.

Eppure, nella prassi si è assistito a leggi che hanno previsto la delegificazione omettendo sostanzialmente di definire le norme generali regolatrici della materia, in quanto “si sono limitate alla enunciazione di generici obiettivi da raggiungere e di finalità da perseguire, ovvero all'individuazione di generici criteri di razionalizzazione od a parafrasi del concetto di buona amministrazione”²⁵.

Sotto tali profili, un recente esempio di deviazione dal modello di delegificazione descritto è contenuto nel decreto-legge n. 80 del 2021²⁶, recante

²⁴ C. cost., n. 138/2023, punto 8 c.i.d., ove si precisa che “non può escludersi che anche norme di scopo, con le quali la legge di autorizzazione alla delegificazione aspira ad indirizzare il regolamento verso un obiettivo specifico, possano integrare le norme generali regolatrici. Infatti, selezionare la finalità da perseguire con la fonte secondaria può valere a tracciare i confini di quest'ultima, ogni qual volta, anche alla luce della materia trattata, tale finalità sia così specifica da offrirsi a parametro effettivo di valutazione della legalità del regolamento”. Ciò, però, purché “l'obiettivo enunciato dal legislatore non abbia tratti di genericità tali da svuotarlo di ogni profilo prescrittivo, e quindi della precipua funzione non solo di orientare la potestà regolamentare, ma anche di costituire uno standard valutativo di essa delineato in autonomia dal legislatore della delegificazione”.

Come osservato da G. D'ALESSANDRO, *Corte costituzionale e delegificazione regionale in assenza di un'idonea e adeguata determinazione legislativa delle norme regolatrici della materia*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, disponibile all'indirizzo: www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 3, 2023, 7, sebbene tale pronuncia sia stata adottata con specifico riferimento ad un'ipotesi di delegificazione regionale, con essa la Corte costituzionale ha fissato “un indirizzo giurisprudenziale” sulla delegificazione in generale “che di certo è pienamente conforme ai principi costituzionali e alla dogmatica delle fonti del diritto italiano, ma che rende molto *stringenti* i limiti entro cui può esercitarsi il procedimento della delegificazione”. Rispetto a questo orientamento, l'A. rileva che recenti delegificazioni - come quella per l'attuazione degli obiettivi del PNRR (su cui si vd. il parere n. 506/2022 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato) - costituiscono delle “sfocature”.

Cfr. anche A. VUOLO, *Semaforo rosso per le delegificazioni in bianco. Nota a Corte cost., sentenza n. 138 del 2023*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 1, 2024, 244 ss., secondo il quale “sarà interessante in futuro verificare se il richiamo al principio di legalità sostanziale compiuto nella sentenza in commento sarà valorizzato dalla Corte anche per le delegificazioni in ambito statale. È appena il caso di rilevare che i sensibili scostamenti, registratisi nel corso del tempo, dal modello dell'art. 17, c. 2, l. n. 400 del 1988, non hanno innescato il severo controllo delle autorità giurisdizionali adite”. Ad avviso dell'A., quindi, il sindacato sulle leggi di delegificazione avrà un appiccio “caso per caso”, in quanto “l'adeguatezza delle norme generali regolatrici della materia dipende non solo dalle specifiche disposizioni dettate sul punto ma anche dal perimetro (più o meno ampio) della disciplina di cui si vuole l'abbassamento di grado. In altri termini, più si appalesa esteso il raggio di azione della delegificazione, maggiore dovrà essere lo spessore della normazione di principio”.

²⁵ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, 229.

²⁶ Con riferimento al Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), tale disposizione prevede che “Entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo”.

“Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia”. In particolare, il relativo art. 6, con cui si introduce il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), al comma 5 prevede che “Entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell’articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo”. Come sottolineato dal Consiglio di Stato nel relativo parere²⁷, il legislatore in questo caso ha demandato al regolamento l’individuazione e l’abrogazione non di norme, ma degli “adempimenti relativi ai piani assorbiti” dal PIAO²⁸ – utilizzando pertanto una terminologia impropria²⁹ – senza indicare neppure le norme generali regolatrici della materia³⁰. Al

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., “la norma di delegificazione assegna al regolamento il solo compito di individuare e abrogare ‘gli adempimenti’ relativi ai piani che saranno assorbiti nel nuovo Piao e, senza indicare le disposizioni legislative che andranno ad essere abrogate con l’entrata in vigore del regolamento, demanda integralmente questo compito al regolamento stesso, quale atto cui spetterà identificare (non le norme di legge, bensì, si ripete,) ‘gli adempimenti’ di legge abrogati con la sua entrata in vigore”.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit.: il Consiglio di Stato, pur apprezzando l’intervento del legislatore, sottolinea che “la norma di legge si riferisce, impropriamente, all’abrogazione di adempimenti, non di norme. Una formulazione che lascia aperto il dubbio se essa debba essere interpretata nel senso che il regolamento in esame ha l’effetto non già di abrogare le norme indicate ma di determinare la loro inefficacia in quanto relative ad adempimenti, da ritenere ormai inutili o superati in quanto inerenti a piani assorbiti nel PIAO, o ancora di lasciare vigenti le norme solo per alcuni destinatari, cui non si applica l’art. 6 del d.l. n. 80”.

Sul punto, il Consiglio di Stato evidenzia un’ulteriore criticità, legata al fatto che “il regolamento di delegificazione agisce solo ‘in negativo’, astenendosi dal recare una ‘disciplina della materia’ che si dovrà perciò desumere per sottrazione degli adempimenti abrogati (*rectius* aboliti) comunque adeguati”.

In seguito ai suddetti rilievi, lo schema dell’adottando d.P.R. 30 giugno 2022, n. 132 (Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione), è stato riformulato e sottoposto nuovamente al Consiglio di Stato il quale, nel parere reso dalla Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 22 maggio 2022, n. 902, ha constatato che “si è disposta, per le amministrazioni assoggettate al Piao, la ‘cessazione dell’efficacia’, in luogo dell’abrogazione in precedenza prevista, delle disposizioni indicate nel medesimo articolo, in quanto ‘Relative ad adempimenti inerenti a Piani assorbiti nel piano integrato di attività e organizzazione’”.

³⁰ Il Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., rileva infatti che l’art. 6 in esame “rinuncia anche a indicare le ‘norme generali regolatrici’ della materia”, limitandosi a richiedere il “rispetto delle ‘vigenti discipline di settore’ e, fra queste, in particolare del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ‘Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle

riguardo, dunque, è stato rilevato che, considerata la “evidente carenza di prescrizioni orientative” con riferimento sia all’individuazione delle disposizioni abrogate che alle norme generali regolatrici della materia³¹, la disposizione finisce “per sostanziarsi in una mera autorizzazione ‘in bianco’ all’esercizio del potere regolamentare”, a scapito del principio di legalità³².

Il caso appena citato ben rappresenta come la portata degli elementi introdotti dal legislatore del 1988 al fine di indirizzare e di limitare il potere regolamentare dell’esecutivo possa essere notevolmente ridimensionata in concreto. Ciò, oltre a determinare un’alterazione del sistema delle fonti³³, è espressione della più generale tendenza ad ampliare la potestà normativa dell’esecutivo, la quale però rischia di tradursi, a sua volta, in uno squilibrio del rapporto tra Parlamento e Governo delineato dalla Costituzione³⁴. Ciononostante, come

pubbliche amministrazioni e della l. 6 novembre 2012, n. 190 ‘Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione’, per poi richiamare le finalità generali della semplificazione, che s’intende realizzare mediante l’introduzione del Piao”.

³¹ G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio ... note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un “anomalo” regolamento in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2022, 316.

³² G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 317 ss., il quale per tali ragioni dubita della legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 5, d.l. n. 80/2021, in quanto “finisce per dare luogo a mero conferimento di potere normativo, mancando in concreto ogni contenuto sostanziale nella fonte primaria; e ciò appare tanto più grave alla luce del fatto che la fonte abilitante è, sua volta, un atto del Governo”.

Per un esame della casistica di leggi di delegificazione “in bianco” si veda M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 110 ss. L’A. rileva inoltre la tendenza della legge di autorizzazione alla delegificazione ad essere “vista come una sorta di legge delega, la cui funzione non è tanto il porre un nucleo di normativa da integrarsi da parte del regolamento, quanto quella di circoscrivere il potere normativo del governo, potere dal quale dovrebbe peraltro scaturire una disciplina tendenzialmente completa della materia”.

³³ Cfr. S. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019, 371, il quale osserva che tutti gli “elementi di diversità rispetto al modello di delegificazione previsto dalla l. n. 400”, come la mancata individuazione di norme generali regolatrici e di quelle abrogate o le modifiche all’iter di formazione dei regolamenti apportate dalle singole leggi di delegificazione, “fanno pensare che i regolamenti in delegificazione abbiano completamente mutato la loro natura di fonti secondarie e tendano sempre più ad assomigliare a decreti legislativi e sempre meno agli altri tipi di regolamento previsti dall’art. 17. Il fenomeno è estremamente preoccupante, se non altro perché i regolamenti in delegificazione nascono con limiti minori rispetto a quelli dei decreti legislativi: non è, infatti, previsto alcun termine per l’adozione dei regolamenti; inoltre, per le leggi delegificazione non vale l’obbligo della riserva di legge d’Assemblea che è, invece, prescritto dall’art. 72 Cost. per le leggi di delegazione legislativa”.

³⁴ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1997, 151, che evidenzia che qualora i “limiti generali” previsti dal legislatore in materia di delegificazione “vengono infranti - come accade allorché si consenta ai regolamenti, sia pure sulla base di molto generici principi e criteri direttivi, di scegliere autonomamente il proprio oggetto, di intervenire senza sufficiente base legislativa in materie riservate alla legge, di abrogare direttamente disposizioni legislative - si finisce col conferire al Governo, talvolta anche a mezzo di atto non idoneo (legge approvata in commissione o decreto legislativo), un potere normativo nelle sue dimensioni oggettive analogo a quello conferibile in base a delegazione legislativa, caratterizzato da una stabilità di attribuzione sconosciuta alla potestà legislativa

rilevato dalla Dottrina, spesso tali prassi “non hanno innescato il severo controllo delle autorità giurisdizionali adite”³⁵, pur essendo state oggetto di specifiche osservazioni nei pareri, comunque favorevoli, resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva, come nel caso del citato parere n. 506/2022³⁶.

Sotto altro profilo, ulteriori deviazioni dal modello di cui all’art. 17 della legge n. 400/1988 sono state riscontrate relativamente all’*iter* procedimentale ivi previsto³⁷. Spesso, infatti, le singole leggi di delegificazione hanno introdotto, di volta in volta, delle varianti rispetto al procedimento delineato dalla disposizione citata. In particolare, il legislatore ha sovente prescritto l’interlocuzione con le commissioni parlamentari competenti³⁸ o con soggetti privati, tentando in tal modo, secondo alcuni, di supplire alla carenza delle norme generali regolatrici della materia e di individuare una forma di coinvolgimento delle opposizioni³⁹. In altri casi, invece, il legislatore ha previsto il

delegata”. Nello stesso senso, si veda G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, 197.

³⁵ A. VUOLO, *Semaforo rosso*, cit., 244. Cfr. anche M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 137; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 229.

In effetti, il Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100, ha affermato che “benché il fenomeno della delegificazione trovi ormai espressa previsione nel disposto dell’art. 17, 2° comma, l. 23 agosto 1988 n. 400, non pare di ostacolo al suo inverarsi la circostanza che la norma di legge contenente la clausola autorizzativa della potestà regolamentare (...) non contenga la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e la prevenzione dell’effetto di abrogazione delle norme (primarie) vigenti, che pure l’art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988 indica come contenuto delle clausole legislative di delegificazione. Vale infatti considerare che, quanto al primo profilo, il relativo effetto di prefigurazione e vincolo del contenuto delle successive norme regolamentari è – seppure indirettamente – raggiunto attraverso il mantenimento nell’ambito della disciplina con normativa primaria della determinazione dei tratti e degli effetti essenziali della pratica forense (articoli non abrogandi del r.d. n. 37 del 1934). Quanto al secondo profilo, l’effetto di abrogazione condizionata è il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa”.

³⁶ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 314: “Sui mezzi utilizzati, (...) emergono più aspetti criticabili che il Consiglio di Stato evidenzia con grande chiarezza, tanto che non pare una forzatura definire il parere in commento come favorevole ma con motivazione contraria”.

³⁷ Art. 17, secondo comma, l. n. 400/1988: “Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l’esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l’abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall’entrata in vigore delle norme regolamentari”.

³⁸ Ci si riferisce qui ai casi di leggi di delegificazione che hanno prescritto l’acquisizione del parere delle commissioni parlamentari prima dell’entrata in vigore della l. n. 69/2009, il cui art. 5 ha modificato l’art. 17, c. 2, della l. n. 400/1988 prevedendo proprio la necessaria acquisizione di tale parere nell’ambito del procedimento di delegificazione.

³⁹ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 150, il quale ritiene che “la previsione del parere obbligatorio delle commissioni parlamentari disvela in modo evidente l’ampiezza dei criteri direttivi e quindi l’esigenza di specificarli attraverso il confronto tra le commissioni ed il Governo”, nonché M. DELLA MORTE, *L’intervento consultivo del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari sui*

coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni o il raggiungimento di un'intesa tra tali enti⁴⁰.

Al riguardo, però, è stato osservato che ciò comporta un aggravamento del procedimento di adozione del regolamento in delegificazione, in quanto lo rende di fatto più complesso e farraginoso⁴¹ e, dunque, meno idoneo a rispondere agilmente all'esigenza di flessibilizzazione dell'ordinamento. Inoltre, il regolamento sarebbe più esposto al rischio di incorrere in vizi formali, i quali, tuttavia, sono difficilmente accertabili e sanzionabili in sede giurisdizionale, sicché la maggiore complessità del procedimento non potrebbe surrogare la mancata determinazione delle norme generali regolatrici, finendo piuttosto per compromettere gli strumenti di difesa della riserva di legge e del principio di legalità⁴².

In linea generale, le illustrate distorsioni del modello di delegificazione positivizzato dal legislatore del 1988 - che ne inficiano la tenuta - appaiono dipendere dal fatto che esso è disciplinato da una legge ordinaria, in quanto tale derogabile, secondo la dottrina maggioritaria, da una fonte primaria successiva⁴³. La legge n. 400/1988, infatti, all'art. 17, secondo comma non opera direttamente alcuna delegificazione, ma si limita a rinviare a successive leggi di autorizzazione dell'esercizio della potestà regolamentare dell'esecutivo da adottarsi nel rispetto di alcuni vincoli specificamente individuati i quali,

regolamenti di delegificazione: problemi di coordinamento, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 665, secondo il quale tali meccanismi di consultazione rappresentano un "potenziale elemento di bilanciamento di un rapporto sempre più orientato a favore dell'esecutivo, o, in senso complementare, un fattore di compensazione nell'ambito del gioco dialettico tra maggioranza e opposizione".

⁴⁰ Per esempi di legislazione in tal senso, si rinvia alla Dottrina precedentemente citata.

⁴¹ Cfr. G. GUIGLIA, *La legge n. 400 del 1988: profili generali*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2019, 22 ss.

⁴² Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 114 ss., sottolinea proprio che la maggiore complessità del procedimento determinata dalla previsione di tali forme di consultazione, oltre ad essere di difficile coordinazione con la funzione svolta dal Consiglio di Stato, "si traduce inevitabilmente in un aumento della possibilità di vizi formali del regolamento: il che pone ulteriori delicati problemi inerenti alla tutela giurisdizionale, risultando spesso tutt'altro che agevole riscontrare e sanzionare tale tipo di vizi se non attraverso i limitati poteri di cui dispone la Corte dei conti in sede di controllo". In definitiva, secondo l'A. la previsione di tali forme di consultazione non può surrogare la mancata definizione delle norme generali regolatrici della materia, in quanto viene in rilievo non solo la "ratio cd. democratica degli istituti della riserva di legge e del principio di legalità, ma anche il versante garantista dei medesimi istituti: non si tratta insomma (solo) di realizzare istanze di controllo e di partecipazione tali da coinvolgere anche le minoranze nel procedimento di formazione dell'atto, ma (anche) di precostituire strumenti di difesa contro l'eventuale regolamento illegittimo; e in questo caso lo strumento di difesa è chiaramente spuntato".

Per una sintesi sul concetto di riserva di legge e sul principio di legalità, nelle sue diverse accezioni, si veda R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 220.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, 6, 40; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, 1483.

avendo natura legislativa, secondo i più non sarebbero cogenti bensì sarebbero derogabili da fonti del medesimo rango⁴⁴.

Al riguardo, occorre evidenziare che altra parte della dottrina ritiene invece che le “norme sulla normazione” abbiano natura cogente ed incidano sulla validità delle norme successive, non potendo essere disattese nel procedimento di adozione dell’atto cui si riferiscono⁴⁵. Per rimuovere un autovincolo, il

⁴⁴ Ulteriori ragioni addotte a sostegno di tale tesi sono individuate nel *numerus clausus* di fonti primarie, da cui deriva il divieto per la legge di istituire fonti concorrenziali, e nel carattere antidemocratico degli autovincoli, in quanto limiterebbero il legislatore futuro. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 171, “in sistemi a rigidità costituzionale, dove la potenzialità normativa dei diversi tipi di fonti è preventivamente regolata in generale e con norme che devono considerarsi cogenti, almeno per quanto riguarda le fonti primarie, è dubbio che particolari leggi possano validamente limitare l’efficacia abrogativa delle leggi successive, disponendo ad esempio la propria immutabilità (ipotesi tutt’altro che scolastica: si pensi alle leggi che dispongono esenzioni fiscali per un determinato tempo addirittura in perpetuo, come nei riguardi della rendita del debito pubblico), ovvero consentendo soltanto di essere abrogate espressamente; ed è poi ancora più dubbio che possano previamente autorizzare la propria abrogazione ad opera di fonti di grado subordinato. Di guisa che il far dipendere l’abrogazione dalla forza della legge precedente, anziché riconnetterlo come suo effetto «legale» alla fonte successiva diventa ormai praticamente irrilevante”. L’A., viceversa, ammette che una legge rechi un termine di efficacia, in quanto esso attiene agli “effetti «materiali» o «precettivi» della fonte, e non agli effetti “legali” attribuiti alla fonte medesima dalla Costituzione.

N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 398, per risolvere il problema della dubbia vincolatività delle norme sulla normazione, propone di inserire un richiamo ad esse nella Costituzione in modo che possano svolgere la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

⁴⁵ In tema di autovincoli legislativi, vd. S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 69 ss., che distingue tra autovincoli procedurali e sostanziali concludendo che nell’ordinamento italiano i primi sono ammissibili e cogenti solo se attengono al procedimento di formazione degli atti con forza di legge del Governo, in quanto la disciplina del procedimento legislativo, in base all’art. 64 Cost., è oggetto di riserva di regolamento parlamentare. Anche gli autovincoli sostanziali secondo l’A. sono ammissibili, ma non sono cogenti in quanto hanno “valore soltanto politico” e sono dunque derogabili espressamente o tacitamente da successive leggi o atti equiparati. Sul punto si veda anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 25 ss., secondo il quale la “necessarietà” delle norme sulla normazione implica che, “avendo il legislatore prefigurato un determinato processo di razionalizzazione del sistema normativo ed avendo all’uopo previsto l’utilizzo di un certo strumento – regolamento in delegificazione, testo unico misto, codice di settore, ecc. – del quale si fornisce il modello generale di riferimento, allora non può ritenersi ammissibile che di quel modello venga *sic et simpliciter* disatteso nelle sue singole applicazioni dal legislatore successivo, semplicemente perché la fonte che lo ha previsto e quella che ne dà applicazione sono sullo stesso piano gerarchico. Questo perché la normativa sulla normazione che configura il modello, pur potendo essere sostituita dal legislatore successivo, che quel modello voglia riconformare, non può tuttavia essere semplicemente ignorata (disattesa) da questi, in quanto essa, operando su di un piano diverso da quello della disciplina futura cui è indirizzata, *non ne risulta toccata e resta in vigore* (manca la norma sulla normazione congenere che la modifichi). Ed allora quell’ignorare (o disattendere) finisce per tradursi in violazione *tout-court*, determinando a carico della fonte o norma prodotta ‘in violazione’ conseguenze sanzionatorie, sia sul piano della validità che dell’efficacia a seconda delle varie ipotesi”. In via ulteriore, ne deriva che “la deroga per singolo caso richiederebbe

quantomeno una specifica motivazione a sostegno”, da valutarsi alla stregua del canone della ragionevolezza, in quanto ove viceversa si ammettesse che “ciascuna fonte potesse disciplinare a piacimento il proprio o l’altrui regime giuridico, liberamente derogando a quello generale di riferimento,

legislatore dovrebbe adottare un atto esplicito in tal senso⁴⁶ del medesimo tipo di quello ove esso è contenuto, il che è possibile solo qualora l'autovincolo non sia espressione di limiti costituzionali, nella quale ipotesi non sarebbe comunque derogabile. Nel caso dell'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988, dunque, gli autovincoli consistenti nella necessaria individuazione ad opera della legge ordinaria delle norme generali regolatrici e nell'esclusione della delegificazione nelle materie oggetto di riserva assoluta di legge non potrebbero essere derogati⁴⁷.

Gli studiosi, poi, hanno anche manifestato dubbi circa il fatto che la delegificazione possa rappresentare uno strumento idoneo a semplificare il sistema normativo. Sebbene, infatti, a partire dalla legge n. 59/1997⁴⁸ il ricorso a tal

la stessa possibilità di ricostruire un sistema (o complesso di sistemi) normativo(i) sarebbe revocata in dubbio”.

Cfr. anche F. MODUGNO, voce *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 61, nonché F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, reperibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it, secondo il quale “non è poi affatto convincente la comune e tralazia opinione che le norme sulla normazione poste da fonti equiparate (che non siano fonti formalmente costituzionali) possano essere ignorate o disattese dalla fonte oggetto del vincolo essendo dotate di efficacia meramente ‘direttiva’. È stato esattamente dimostrato in proposito che delle due l’una: se esse sono illegittime (e la norma invalida è efficace fino a che non venga dichiarata invalida) la negazione dell’efficacia (provvisoriamente) vincolante è contraddittoria; se esse sono invece vincolanti, non può sostenersi che possano disattendere dalla fonte (o dalle norme) su cui vertono, poiché «la sostituzione/eliminazione di una norma sulla normazione è possibile solo da parte di altra norma del medesimo genere, l’unica in grado di reagire adeguatamente ad essa per la banale ragione di operare sul suo medesimo piano. Invero, una qualsiasi norma di produzione non potrà mai risultare capace di sostituire, modificare, abrogare, derogare la rispettiva norma sulla produzione, stante l’incommensurabilità dei reciproci campi applicativi: l’uno la produzione di quella norma appunto; l’altro, la sfera materiale dei rapporti su cui il suo contenuto prescrittivi va ad incidere”.

⁴⁶ Cfr. G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all’interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine dello Statuto sui diritti del contribuente)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Vol. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, 299 ss., il quale riporta le diverse tesi circa la vincolatività delle norme sulla normazione. Secondo l’A., in particolare, le norme prodotte in violazione di norme sulla normazione dovrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime.

⁴⁷ Cfr. P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 24; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, cit., 49.

⁴⁸ Cfr. art. 20, l. n. 59/1997: “1. Il Governo, sulla base di un programma di priorità di interventi, definito, con deliberazione del Consiglio dei ministri, in relazione alle proposte formulate dai Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro la data del 30 aprile, presenta al Parlamento, entro il 31 maggio di ogni anno, un disegno di legge per la semplificazione e il riassetto normativo, volto a definire, per l’anno successivo, gli indirizzi, i criteri, le modalità e le materie di intervento, anche ai fini della ridefinizione dell’area di incidenza delle pubbliche funzioni con particolare riguardo all’assetto delle competenze dello Stato, delle regioni e degli enti locali. In allegato al disegno di legge è presentata una relazione sullo stato di attuazione della semplificazione e del riassetto.

2. Il disegno di legge di cui al comma 1 prevede l’emanazione di decreti legislativi, relativamente alle norme legislative sostanziali e procedurali, nonché di regolamenti ai sensi dell’articolo 17,

fine alla delegificazione non sia più “episodico” ma sia divenuto “programmatico e ciclico”, in virtù della “stabilizzazione” di leggi cd. di “semplificazione” a cadenza annuale che “prevedono regolamenti in materie delegificate”⁴⁹, è stato evidenziato che esso in realtà moltiplica gli atti normativi presenti nell’ordinamento⁵⁰. Il meccanismo della delegificazione, infatti, comporta la coesistenza nell’ordinamento di una legge di autorizzazione e dei regolamenti adottati in virtù di essa, di modo che la disciplina di un determinato oggetto si ricava dalle due diverse fonti congiuntamente considerate⁵¹.

Al contempo, è stato osservato che non può ravvisarsi un nesso automatico fra semplificazione amministrativa e delegificazione, ben potendo la prima essere perseguita anche con altri mezzi, specialmente ove si consideri che la delegificazione “non appare una via più breve della legge, quanto meno in fase di prima attuazione”⁵². Se, invece, “proiettata nel futuro”, la delegificazione potrebbe realizzare una semplificazione in termini di maggiore “agilità” del sistema, consentendo al Governo di “tornare sui regolamenti delegificati senza necessità di ulteriori autorizzazioni parlamentari”⁵³.

commi 1 e 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, per le norme regolamentari di competenza dello Stato. (...).”

⁴⁹ G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione*, cit., 195. Come illustrato da N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 175, la legge di semplificazione opera come “fonte sulla produzione di un’altra legge”.

⁵⁰ D’altro canto, M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 416, evidenzia la distinzione tra delegificazione e semplificazione del sistema normativo: infatti, “con la delegificazione si intende combattere l’inflazione legislativa, cioè l’eccessivo livello di legificazione che caratterizza l’ordinamento italiano, mentre la semplificazione normativa è una operazione che intende fronteggiare le difficoltà di leggibilità e di conoscibilità dell’ordinamento normativo, derivanti dal carattere disorganico e alluvionale della normazione”. L’A. rileva inoltre come nella sostanza la delegificazione finisca per complicare il quadro normativo, in quanto moltiplica i “livelli di intervento, almeno in sede di prima attuazione”.

⁵¹ P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, cit., 26, però, al riguardo obietta che la ripartizione della disciplina normativa su più fonti non determina necessariamente il moltiplicarsi delle norme, potendo risolversi soltanto anche nella loro “ridislocazione”. Peraltro, secondo l’A. non può darsi per scontato che la delegificazione produca un incremento degli atti normativi, atteso che potrebbe darsi il caso di una “coppia legge-regolamento delegificante” che va a sostituire un’altra coppia costituita dalla legge ed il relativo regolamento di attuazione o integrazione.

⁵² M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 401.

⁵³ M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 401. Secondo P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 8 ss., la delegificazione realizza una semplificazione “modale”, in quanto risolvendosi “nel transito della disciplina stessa nella disponibilità di un *lawmaker* politicamente omogeneo e a maggior riparo – decisione *in itinere* – da eccessi di pubblicità”, garantisce “alla normazione una più immediata capacità di risposta al sempre più celere processo di ascesa e decadimento dei bisogni sociali, tradizionalmente rientrando fra quelli propri delle politiche di *better regulation*”. L’A., però, sottolinea il costo di tale maggiore efficienza della delegificazione in termini di minore democraticità del sistema, in quanto comporta una limitazione del confronto politico ed esclude la possibilità di sottoporre la disciplina al controllo della Corte costituzionale o a referendum abrogativo.

Cfr. anche R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, 363, i quali evidenziano che il procedimento parlamentare “è dominato dal *principio di pubblicità*”, che “rende efficace la

Peraltro, anche tale maggiore efficienza del regolamento rispetto alla legge, in concreto appare messa in discussione dalla complessità del procedimento di delegificazione, che talvolta spinge il Governo a preferire piuttosto il ricorso al decreto legislativo o al decreto-legge, dando luogo all'opposta tendenza alla "fuga dal regolamento"⁵⁴.

Da quanto illustrato emerge un quadro complesso, che denota da un lato la difficile realizzazione degli obiettivi di semplificazione perseguiti con la legge n. 400/1988 e, dall'altro, la tendenza del legislatore ad apportare caso per caso variazioni al modello di delegificazione precedentemente prefigurato o ad evitare del tutto di farvi ricorso, prediligendo l'adozione di atti equiparati alla legge.

Come si vedrà nel paragrafo seguente, il superamento del modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 appare confermato dalla prassi più recente.

3. Il meccanismo di delegificazione di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici

Come anticipato in apertura, il legislatore ha introdotto una peculiare forma di delegificazione con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, con cui è stata conferita delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Tale Codice, destinato a sostituire il precedente decreto legislativo n. 50/2016 e i relativi regolamenti attuativi, è costituito da due distinti complessi di norme: ai 229 articoli, infatti, si affiancano 36 "allegati"⁵⁵, aventi anch'essi rango legislativo, i quali sono richiamati dagli articoli del Codice in quanto ne recano la relativa disciplina di dettaglio. Nell'intenzione del legislatore, però, detti allegati avrebbero avuto natura legislativa solo "in prima applicazione" mentre, "a regime", avrebbero assunto natura regolamentare grazie ad "un innovativo meccanismo di delegificazione" appositamente introdotto. Infatti, gli articoli del Codice, nel rinviare ai rispettivi allegati ne dispongono l'abrogazione "in sede di prima applicazione" a decorrere dalla data di entrata in vigore di regolamenti "corrispondenti" – sembrerebbe, per ambito di disciplina – da adottarsi per lo più ai sensi dell'art. 17, terzo comma, della legge n. 400/1988, i quali li sostituiscono "integralmente anche in qualità di allegat[i] al codice"⁵⁶.

partecipazione delle opposizioni alle decisioni; il procedimento decisionale del Governo è invece caratterizzato dalla *riservatezza*, e ciò perché il Governo è (o dovrebbe essere) politicamente compatto".

⁵⁴ G. GUIGLIA, *La legge n. 400 del 1988: profili generali*, cit., 22.

⁵⁵ Relazione illustrativa del nuovo Codice dei contratti.

⁵⁶ Cfr. "analisi tecnico-normativa" di cui alla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023, nonché, ad es., artt. 17, 40, 100, 120, 131 del nuovo Codice. Sembrano tuttavia esclusi da tale

Come si evince dalla Relazione illustrativa del Codice, il legislatore in questo modo ha inteso coniugare due distinte esigenze: da un lato, infatti, si era scelto di redigere un Codice immediatamente applicabile, che non necessitasse cioè di ulteriori atti di attuazione, sicché, in funzione di ciò, sono stati predisposti gli allegati di natura legislativa. Dall'altro, si riteneva preferibile che, "a regime", la disciplina di dettaglio del Codice fosse contenuta nella fonte regolamentare, generalmente ritenuta "più agile" di quella legislativa⁵⁷ in quanto modificabile dal solo esecutivo, il che ha giustificato l'introduzione dell'apposito meccanismo di delegificazione degli allegati⁵⁸.

Tuttavia, tale meccanismo di delegificazione sembra discostarsi sotto diversi aspetti dal modello prefigurato dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1988.

In primo luogo, occorre osservare che nel caso di specie la delegificazione degli allegati non è affidata ai regolamenti a tale scopo previsti dalla disposizione appena citata, bensì a regolamenti ministeriali o interministeriali⁵⁹, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988⁶⁰, oppure, talvolta, a

meccanismo di delegificazione l'allegato I.1, recante "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti", l'allegato I.12, relativo alle "Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione", e l'allegato II.10, concernente "Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali", i quali, dunque, resterebbero modificabili solo mediante un intervento di rango legislativo.

⁵⁷ Cfr. M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2022.

⁵⁸ Relazione illustrativa del nuovo Codice dei contratti, 8, ove si evidenzia proprio che la scelta di redigere un Codice "immediatamente 'autoesecutivo'", ossia che consentisse "da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare", è stata realizzata "grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)".

⁵⁹ Cfr., ad esempio, art. 41, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 36/2023: "In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.7 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. (...) In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.8 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

Talvolta, però, il legislatore ha disposto che la delegificazione avvenga mediante decreti ministeriali da adottarsi con d.P.C.M.: ad esempio, in base all'art. 40, comma 2, del Codice "In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.6 [Dibattito pubblico obbligatorio] è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro della cultura, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

⁶⁰ Art. 17, comma 3, l. n. 400/1988 prevede che: "Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri,

quelli governativi⁶¹ di cui al primo comma del medesimo art. 17 (che, come è noto, disciplina i regolamenti esecutivi, di attuazione ed integrazione, indipendenti, di organizzazione). A ben vedere, l'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 – relativo, appunto, ai regolamenti in delegificazione – non è neppure richiamato dagli articoli del Codice. Ciononostante, questi ultimi prevedono che l'entrata in vigore di detti regolamenti ministeriali (o, più raramente, governativi) determina l'abrogazione dei corrispondenti allegati, sebbene simile effetto abrogativo rispetto a tali tipologie di regolamento non sia contemplato dai commi 1 e 3 dell'art. 17, l. n. 400/1988, pur richiamati.

Rispetto ai regolamenti ministeriali, infatti, “la legge n. 400 del 1988 non delinea una tipologia” specifica⁶², limitandosi a prevedere che essi siano adottati, “quando la legge espressamente conferisca tale potere”, con decreto ministeriale “nelle materie di competenza del ministro” o di autorità a questo sottordinate, oppure con decreto interministeriale nel caso in cui vengano in rilievo materie di competenza di più ministri, “ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge”. Inoltre, in base all'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988 tali regolamenti “debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione” e “non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo”⁶³.

possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione”.

⁶¹ Ad esempio, l'art. 17, terzo comma, del Codice, con riferimento alla disciplina dei termini delle procedure di appalto e di concessione (allegato I.3), prevede che “In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”. Analogamente, cfr. art. 100, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, con riferimento al sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori e ai requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura (allegato II.12): “In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”.

⁶² M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 4.

⁶³ I regolamenti ministeriali (o interministeriali), dunque, sono considerati subordinati a quelli del Governo, non potendo contenere previsioni in contrasto con essi. Anche nell'ambito delle fonti secondarie, dunque, si ravvisa una certa “disarticolazione” del sistema delle fonti, specialmente ove si consideri che potrebbe darsi il caso di regolamenti del Governo che rinviano a regolamenti di singoli ministri. Al riguardo, viene in rilievo anche l'art. 4 delle disp. prel. cod. civ., che, analogamente all'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, prevede che i regolamenti di autorità diverse dal Consiglio dei ministri non possono dettare norme contrarie a disposizioni di leggi né a “quelle dei regolamenti emanati dal Governo”. Secondo G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 206, tale “regola generale (...) stabilisce una sorta di microgerarchia all'interno della potestà regolamentare”. Inoltre, come sottolineato dall'A., ai sensi dell'art. 3 delle disp. prel. cod. civ. il potere regolamentare di tali autorità

A rigore, dunque, l'art. 17 della legge n. 400/1988 non ricollega all'entrata in vigore di regolamenti ministeriali la produzione di alcun effetto abrogativo di norme esistenti, mentre tale effetto è espressamente previsto con riferimento all'entrata in vigore di regolamenti cd. in delegificazione, da adottarsi in base al procedimento specificamente individuato dal secondo comma del medesimo art. 17.

Proprio in virtù di ciò, la Dottrina, anche sulla base della giurisprudenza, ha dedotto che la delegificazione può essere affidata soltanto a quest'ultima tipologia di regolamento, dovendosi ritenere "tassativo" il modello di cui al secondo comma del citato art. 17⁶⁴.

In effetti, come rilevato dagli studiosi, la Corte costituzionale⁶⁵ sembra aver riconosciuto che la delegificazione possa essere realizzata solo mediante regolamenti adottati sulla base di tale disposizione, e non anche per mezzo di regolamenti ministeriali.

Anche il Consiglio di Stato in passato ha affermato che la legge n. 400/1988 assume per l'ordinamento costituzionale un particolare rilievo, "rilievo che investe, proprio per l'espressa razionalizzazione dell'istituto della delegificazione

diverse dal governo deve essere esercitato "nei limiti delle competenze delle rispettive autorità amministrative, in conformità con le leggi particolari". Ne deriva che al microcriterio gerarchico si affianca un "microcriterio di competenza", sicché "se esistono regolamenti incompatibili di due autorità equivalenti (ad es. due ministri), avrà la prevalenza quello dell'autorità competente per materia".

⁶⁴ G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Giappichelli, Torino, 2011, 496. L'A., tuttavia, riporta alcuni casi di disposizioni legislative che, discostandosi da tale modello procedimentale e ponendosi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale e con quella consultiva del Consiglio di Stato, autorizzano la delegificazione mediante regolamenti ministeriali o, ancora, l'adozione di regolamenti ministeriali ex art. 17, secondo comma, l. n. 400/1988.

⁶⁵ Cfr. C. cost., 24 settembre 2003, n. 301, in *Foro it.*, 2006. Nel caso di specie, il giudice *a quo* aveva impugnato, per quanto qui di rilievo, l'art. 11, comma 1, ultimo periodo, della legge n. 448 del 2001, con cui si attribuiva all'Autorità di vigilanza (ossia al Ministro dell'economia) il potere di modificare con regolamento ex art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988 i settori, già individuati dalla fonte primaria, nei quali è ammessa l'attività delle fondazioni bancarie. Secondo il rimettente, in particolare, la norma impugnata contrastava, oltre che con l'art. 117 Cost., anche "con l'art. 70 Cost. - che riserva al Parlamento l'attività legislativa - comportando una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti cosiddetti di delegificazione, espressamente contemplati dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988". Il Giudice delle Leggi ha accolto la questione riconoscendo che "la norma impugnata, accordando all'Autorità di vigilanza, il potere di modificare, con regolamento, la legge in qualsiasi direzione, per di più senza indicazione di criteri, compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscriverne la discrezionalità, viola i parametri costituzionali evocati dal rimettente". Sembra, dunque, che nella pronuncia in esame il giudice costituzionale abbia negato che la delegificazione possa essere legittimamente affidata ad un regolamento ministeriale, ravvisando un'ulteriore ragione di illegittimità costituzionale della disposizione nella mancata indicazione di criteri. Al riguardo, cfr. M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 7; G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos*, cit., 496.

che si è inteso porre, la distribuzione delle competenze nell'ambito del complesso governativo in ordine all'esercizio della potestà normativa secondaria con efficacia abrogatrice di norma primaria⁶⁶. Secondo l'Adunanza generale 16 novembre 1989 n. 100, la razionalizzazione della delegificazione compiuta con l'art. 17, secondo comma, “per la sua portata normativa, e non meramente ricognitiva di un fenomeno già esistente, è infatti tale da far assurgere a principio generale dell'ordinamento che la degradazione della fonte disciplinatrice sia impegnativa della responsabilità dell'intero governo, e non già più d'un solo ministro. L'atto dunque deve essere imputato all'esecutivo nella sua collegialità e rivestire la forma di cui all'art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988⁶⁷”.

Proprio l'elemento collegiale valorizzato dalla pronuncia del 1989 appena richiamata, dunque, pare venir meno nella fattispecie delineata dal nuovo Codice dei contratti in quanto la delegificazione è qui incentrata sul preponderante ricorso a regolamenti ministeriali o interministeriali.

Se, però, in passato in diverse occasioni il legislatore ha già affidato, più o meno espressamente⁶⁸, la delegificazione a decreti ministeriali o interministeriali, il caso di specie presenta inedite peculiarità.

Infatti, il meccanismo di sostituzione degli allegati sopra descritto si completa con la previsione di cui al comma 14 dell'art. 225 del nuovo Codice dei contratti, rubricato “Disposizioni transitorie e di coordinamento”, in base al quale “Qualora, entro novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, siano emanati regolamenti governativi o adottati regolamenti ministeriali sostitutivi di allegati al codice, il cui contenuto sia identico a quello dell'allegato stesso, sugli schemi dei regolamenti non è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari⁶⁹”.

Tale disposizione, dunque, sembra attribuire efficacia “sostitutiva” a regolamenti governativi o ministeriali⁷⁰ di contenuto “identico” a quello degli allegati al Codice, purché adottati entro novanta giorni dalla data in cui il codice avrebbe acquistato efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2. Dal punto di vista procedimentale, poi, l'art. 225, comma 14, al ricorrere dei presupposti ivi previsti, espunge dall'*iter* di adozione del regolamento, oltre che il parere delle

⁶⁶ Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100.

⁶⁷ Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100.

⁶⁸ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos*, cit., 496, il quale sottolinea che “non mancano casi di delegificazione ‘mascherata’, nei quali, cioè, il legislatore autorizza una delegificazione senza dirlo espressamente o, peggio, qualificando il futuro regolamento come di mera attuazione”.

⁶⁹ Inoltre, il medesimo art. 225, al comma successivo, dispone che, “Salvo quanto previsto dal comma 14”, gli schemi di alcuni regolamenti ivi specificamente individuati “sono trasmessi alle Camere ai fini dell'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali i regolamenti possono essere comunque emanati o adottati”.

⁷⁰ Si noti, dunque, che il nuovo Codice nel prevedere la delegificazione pone sullo stesso piano i regolamenti governativi e quelli ministeriali o interministeriali.

Commissioni parlamentari competenti, anche il parere del Consiglio di Stato – viceversa imposto sia per i regolamenti in delegificazione che per quelli ministeriali, nonché per le altre tipologie di regolamenti governativi, dai commi 2 e 4 dell'art. 17 della legge n. 400/1988⁷¹–, introducendo dunque un meccanismo semplificato di delegificazione.

Sebbene non risulti che l'esecutivo si sia avvalso di tale facoltà nel termine previsto⁷², la disposizione di cui all'art. 225, comma 14 del Codice presenta aspetti che paiono meritevoli di approfondimento.

Ciò che colpisce, in particolare, è la prima condizione cui la disposizione ha subordinato l'applicabilità di tale *iter* semplificato, in quanto pone un vincolo assai stringente al contenuto dell'adottando regolamento. Infatti, sembra che l'esecutivo, qualora avesse voluto beneficiare del procedimento in esame, avrebbe dovuto adottare un regolamento di contenuto necessariamente “identico”⁷³ a quello del relativo allegato di rango legislativo. Pertanto, di fatto il contenuto sostanziale del regolamento sarebbe risultato già predeterminato dal legislatore, il quale in questo caso non avrebbe individuato solo le “norme generali regolatrici della materia”, ma ne avrebbe predefinito l'intera disciplina, privando l'esecutivo di ogni spazio di discrezionalità.

Sotto tale profilo, dunque, si ravvisa una notevole differenza, oltre che dal modello di delegificazione di cui al secondo comma dell'art. 17 della legge n. 400/1988, anche dalle varie tipologie di regolamento governativo e ministeriale di cui, rispettivamente, al primo e terzo comma del medesimo art. 17, le quali presuppongono tutte un margine di discrezionalità⁷⁴, più o meno ampio, a disposizione dell'esecutivo⁷⁵.

Poiché, inoltre, sembra che quest'ultimo si sarebbe dovuto limitare a riprodurre la fonte primaria vigente senza poter specificare o integrare alcunché,

⁷¹ Art. 17, comma 4, l. n. 400/1988: “I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione di ‘regolamento’, sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale”.

⁷² Ossia nel termine di 90 giorni a decorrere dal 1° luglio 2023 (cfr. combinato disposto dell'art. 225, comma 15, e dell'art. 229, comma 2, del Codice).

⁷³ Si noti, peraltro, la differente terminologia utilizzata dall'art. 225 rispetto agli articoli del Codice che dispongono l'abrogazione: il primo, infatti, fa riferimento a regolamenti “sostitutivi” di contenuto “identico” a quello degli allegati, mentre i secondi rinviano a regolamenti “corrispondenti” agli allegati che sostituiscono, ossia, sembrerebbe, a regolamenti che intervengono nella medesima materia disciplinata dai singoli allegati (e, dunque, non necessariamente identici ad essi).

⁷⁴ Tale margine discrezionalità verrebbe recuperato dall'esecutivo dopo che si è compiuto il declassamento dell'allegato, cioè in seguito all'adozione di un regolamento ai sensi dell'art. 225 del Codice.

⁷⁵ Anche i regolamenti di esecuzione, infatti, pur non potendo “innovare o aggiungere alcunché rispetto agli atti normativi ai quali si riferiscono”, hanno il compito, “in positivo”, di “specificare quanto già potenzialmente ricompreso negli atti suddetti” (S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 362), sicché il loro contenuto non è comunque “identico” a quello degli atti normativi già vigenti.

l'atto formalmente regolamentare che ne sarebbe derivato, dal punto di vista sostanziale, non avrebbe introdotto alcun elemento di novità nell'ordinamento, sicché sarebbe stato necessariamente privo del carattere dell'"innovatività", il quale, però, unitamente ai caratteri di generalità ed astrattezza, vale a connotare specificamente i regolamenti⁷⁶ quali fonti del diritto⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, Sentt. nn. 1817/2021 e 1815/2021, Sez. V, sent. n. 35/2003.

⁷⁷ L'innovatività rappresenta anche un criterio alla base della distinzione tra essi e gli atti amministrativi generali. A questo proposito, tale carattere assume particolare rilievo ove si consideri che, come rilevato da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 57, non sono mancati casi di disposizioni regolamentari "dettate per il caso singolo" oppure di provvedimenti amministrativi "aventi carattere generale ed astratto". Infatti, anche i regolamenti privi di generalità ed astrattezza sono comunque "destinati a innovare l'ordinamento in relazione a uno o più casi determinati", mentre i provvedimenti amministrativi, pur potendo avere contenuto generale e astratto, sono "meramente applicativi (e perciò non innovativi dell'ordinamento, e dunque non normativi)". Sul punto, l'A. precisa che "la innovatività degli atti di normazione secondaria non può generalmente operare (non avendo essi forza di legge) incidendo nel corpo «legislativo», e cioè nel corpo delle norme regolate da fonti di livello legislativo, se non in quanto la materia regolata (l'oggetto della normativa) sia stata «delegificata» (vale a dire sottratta per il futuro alla sfera «legislativa», e fatta rientrare nella sfera della potestà normativa di un'autorità amministrativa, di volta in volta statale, regionale, locale, ecc.) da una fonte operante essa stessa a livello «legislativo» o superiore (...), ovvero in quanto all'autorità amministrativa sia stata attribuita una potestà normativa «derogatoria». L'inferiorità della normazione secondaria rispetto a quella primaria comporta poi che la validità e la operatività degli atti posti in essere nell'esercizio di essa sono - fermo lo spazio normativo riconosciuto agli atti stessi - subordinate all'osservanza della normazione primaria (oltretutto di quella costituzionale)". In conclusione, i regolamenti, a differenza degli atti amministrativi generali, innovano l'ordinamento e, al contempo, "prevalgono (...) sugli atti che tale forza non posseggono (atti amministrativi, sentenze, atti di diritto privato)" in quanto sono dotati di "forza normativa", in virtù della quale, peraltro, sono annoverati tra le fonti del diritto, sebbene di livello secondario.

Si tratta di una distinzione rilevante sul piano pratico atteso che solo i regolamenti costituiscono fonti del diritto e, dunque, solo rispetto ad essi è applicabile il principio *iura novit curia*. Inoltre, i regolamenti, diversamente dagli atti amministrativi generali, svolgono la funzione di parametro della legittimità di un atto amministrativo e devono essere interpretati in base all'art. 12 delle Preleggi.

Sulla differenza tra regolamenti ed atti amministrativi generali, si veda anche V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. cost.*, 2011, 999 ss., secondo la quale il contenuto dei regolamenti è connotato da generalità e astrattezza, intese come "riferibilità della disposizione a un numero indeterminabile di soggetti" e "di comportamenti", nonché da innovatività, di modo che "a contrario, sono quindi atti non normativi quegli atti che, pur presentando disposizioni concettualmente generali e astratte, prescrivono contenuti volti a specificare i limiti di operatività di norme già presenti nell'ordinamento, una specificazione affidata all'accertamento di presupposti di fatto, o a valutazioni tecniche". Tale questione è stata affrontata anche dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 del 2012 che, al riguardo, fa riferimento al "requisito della indeterminabilità dei destinatari", in base al quale "è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti". In virtù di ciò, secondo l'Adunanza plenaria anche un atto "settoriale" può essere qualificato come normativo. Sul punto, cfr. N. LUPO, *Il Consiglio*

In definitiva, tale procedimento appare singolare in quanto, dovendosi concludere con l'adozione di un regolamento meramente riproduttivo di disposizioni vigenti – perciò, sostanzialmente non innovativo dell'ordinamento –, avrebbe comportato solo il trasferimento della disciplina contenuta negli allegati al Codice dalla fonte legislativa a quella regolamentare, ossia il mero “declassamento” della fonte stessa.

D'altronde, il meccanismo semplificato di delegificazione di cui all'art. 225, che avrebbe potuto operare solo in sede di prima applicazione del Codice nel termine di novanta giorni ivi previsto, sembra essere stato concepito proprio in funzione di una più agevole e celere trasformazione della natura degli allegati da legislativa a regolamentare. Il legislatore, infatti, muovendo dal presupposto della maggiore flessibilità della fonte regolamentare rispetto a quella legislativa, pare aver ideato tale meccanismo come uno strumento che, essendo preordinato ad incidere esclusivamente sul piano ontologico degli allegati e non anche sul loro contenuto, consentisse all'esecutivo, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice, di procedere in breve tempo al declassamento della fonte che ne reca la disciplina di attuazione, conformemente alla *ratio*, più volte enunciata nella Relazione illustrativa, per cui “a regime” gli allegati avrebbero assunto natura regolamentare.

In definitiva, quindi, il margine di discrezionalità dell'esecutivo, annullato “a monte” dall'art. 225 del Codice, sarebbe stato recuperato “a valle” del procedimento in oggetto, in quanto una volta degradata la fonte da legislativa a regolamentare, la disciplina ivi contenuta sarebbe divenuta autonomamente modificabile dall'organo esecutivo competente, senza cioè la necessità di un intervento parlamentare, purché, naturalmente, nel rispetto delle disposizioni di rango superiore vigenti.

Si noti, peraltro, che la previsione di cui all'art. 225, che dispensa l'esecutivo dal richiedere il parere del Consiglio di Stato, appare giustificata proprio dalla duplice circostanza per cui da un lato il regolamento sostitutivo dell'allegato legislativo avrebbe avuto contenuto identico a quest'ultimo, e, dall'altro, il Codice è stato redatto da una Commissione speciale composta anche da magistrati del Consiglio di Stato⁷⁸. Tale semplificazione procedimentale, dunque, avrebbe evitato che quest'ultimo fosse chiamato ad esprimere un parere su un atto normativo sostanzialmente identico ad un altro alla cui stesura hanno attivamente

di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2012, 1211 ss.; M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, in *Federalismi*, 2, 2017, 8 ss.

⁷⁸ Il Governo, infatti, per la redazione del Codice ha esercitato la facoltà – prevista esplicitamente dall'articolo 1, comma 4, della legge delega – di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), in base al quale “Il Consiglio di Stato: (...) 2° Formola quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo”.

contribuito anche magistrati da esso provenienti, per di più poco tempo dopo la conclusione dei lavori della Commissione speciale⁷⁹.

Analogamente, poiché il parere delle Commissioni parlamentari è stato acquisito nell'ambito del procedimento di adozione del Codice, la previsione di cui all'art. 225 avrebbe evitato che fosse richiesto loro di renderne uno nuovo su un atto avente il medesimo contenuto sostanziale di quello su cui esse si sono già pronunciate.

Sotto altro profilo, occorre sottolineare che, per quanto riguarda il nuovo Codice dei contratti, è il Governo stesso, mediante un decreto legislativo, ad aver previsto la delegificazione, sicché quest'ultima è non solo autorizzata, ma è anche realizzata dall'esecutivo. Le criticità di un simile *modus operandi* sono state già da tempo stigmatizzate dagli studiosi, i quali hanno evidenziato che l'autorizzazione alla delegificazione contenuta in atti aventi forza di legge "viola il necessario principio di alterità tra il soggetto controllato ed il soggetto controllante, insito nel meccanismo di autorizzazione all'uso della delegificazione"⁸⁰.

Quanto, in particolare, alle autorizzazioni alla delegificazione contenute in decreti legislativi occorre fare una precisazione: infatti, le stesse sono ritenute ammissibili solo qualora previste espressamente dalla legge delega, nella quale si rinviene il "fondamento della delegificazione"⁸¹. Al contrario, è considerata illegittima sia la delegificazione disposta "autonomamente dal governo in sede di adozione del decreto e in assenza di previsioni della legge delega, sia un'eventuale previsione generica della legge delega che lasci al governo l'individuazione degli ambiti da disciplinare con decreto legislativo e degli ambiti da delegificare"⁸².

Nel caso di specie, la legge delega⁸³ non sembra contenere disposizioni che consentano espressamente al Governo di ricorrere alla delegificazione

⁷⁹ Il termine previsto dall'art. 225 comma 15, entro il quale l'esecutivo avrebbe potuto avvalersi di tale procedimento semplificato, è infatti di "novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2", ossia a far data dal 1° luglio 2023.

⁸⁰ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 232, i quali con specifico riferimento all'ipotesi in cui sia un decreto-legge ad autorizzare la delegificazione, precisano che in tal caso si determina un contrasto "con i requisiti della straordinarietà, necessità ed urgenza". Sul punto, cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo: dalla «centralità del Parlamento» alla «centralità del Governo» nella produzione legislativa?*, in *Le Regioni*, 1999, 140 ss.: secondo l'A., poiché l'istituto della delegificazione coinvolge i rapporti tra esecutivo e legislativo, postula l'alterità tra Parlamento, che nel rispetto del principio di legalità decide "se" e "come" delegificare, e Governo, che attua la delegificazione "nel rispetto della legge di autorizzazione".

⁸¹ S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 371.

⁸² M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 121.

⁸³ Cfr. art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

delimitandone l'ambito, sicché sotto tale profilo la legittimità della delegificazione introdotta dal legislatore delegato appare dubbia.

Infine, un ulteriore aspetto meritevole di attenzione attiene al fatto che gli articoli del Codice che dispongono la delegificazione degli allegati non si limitano a richiamare l'art. 17, commi 1 o 3 della legge n. 400/1988 - relativi, rispettivamente, ai regolamenti governativi e a quelli ministeriali ed interministeriali -, ma a loro volta ne integrano il procedimento prescrivendo il coinvolgimento di soggetti diversi o specifiche forme di concertazione, che variano a seconda dell'oggetto disciplinato dal singolo allegato⁸⁴. Pertanto, anche nell'ambito dello stesso Codice sono delineati procedimenti di adozione dei regolamenti piuttosto variegati, il che sembra confermare la "crisi"⁸⁵ dei contenuti dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

4. Osservazioni conclusive

Come illustrato, il meccanismo di delegificazione introdotto dal legislatore del nuovo Codice dei contratti appare comportare diverse torsioni del modello prefigurato dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988, inserendosi nel solco della prassi che, come già da tempo evidenziato dagli studiosi, ha condotto al superamento del modello di cui alla disposizione citata⁸⁶.

Quest'ultima, in effetti, non è neanche richiamata dagli articoli del Codice, i quali, invece, rinviano per lo più al comma 3 (o, talvolta, al comma 1) del medesimo art. 17 della legge n. 400/1988, prevedendo al contempo

⁸⁴ Ad esempio, il citato art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, prevede che il regolamento sostitutivo dell'allegato I.3 (Termini delle procedure di appalto e di concessione) sia emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 400/1988, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, mentre l'art. 40, comma 2, relativamente all'allegato I.6 (Dibattito pubblico obbligatorio) prevede l'adozione di un regolamento ex articolo 17, comma 3, della legge 400/1988 mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro della cultura. Parimenti, l'art. 41, ai commi 2 e 4, richiede che i regolamenti siano adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti "sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici" ed il comma 4, con riferimento all'allegato I.8 (Verifica preventiva dell'interesse archeologico), richiede anche il "concerto con il Ministro della cultura". Anche l'art. 61, comma 5, del Codice richiede che la proposta del regolamento sostitutivo dell'allegato II.3 (Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti) provenga dalle Autorità delegate per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

⁸⁵ G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 310.

⁸⁶ Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 122, secondo il quale il "fallimento del tentativo di razionalizzazione" del fenomeno della delegificazione operato con la legge n. 400/1988 è dovuto, oltre che alla dubbia "idoneità dello strumento della legge ordinaria a dettare norme sulla produzione", anche "all'essere tale tentativo ancora legato all'idea di una possibile riconduzione ad unità delle manifestazioni normative di rango secondario, idea che si rivela sempre più utopistica di fronte ad una generale tendenza alla frammentazione dell'universo degli atti normativi «secondari» (ma sempre più spesso sostanzialmente primari) a favore di una pluralità di centri di normazione".

l'abrogazione degli allegati di natura legislativa quale conseguenza dell'adozione di regolamenti ministeriali ad essi "corrispondenti" per ambito di disciplina, che li sostituiscono "integralmente anche in qualità di allegati al Codice". La delegificazione⁸⁷, quindi, nel caso di specie viene realizzata mediante regolamenti diversi da quelli a tal fine previsti dalla legge n. 400/1988, i quali perciò sembrano chiamati a svolgere una funzione normativa differente da quella ivi contemplata.

Tuttavia, la circostanza che la delegificazione degli allegati sia affidata principalmente a decreti ministeriali, ossia ad atti di singoli ministri, pare difficilmente conciliabile con la *ratio* dell'art. 17, secondo comma, legge n. 400/1988 – in passato valorizzata dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato – di riservare la delegificazione a deliberazioni collegiali del Consiglio dei ministri⁸⁸.

Se, infatti, il Consiglio di Stato tende ad applicare più elasticamente i vincoli stabili dall'art. 17 nella parte in cui prevede che "le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti", in quanto in passato "non ha ritenuto necessario che la legge di delegificazione indicasse puntualmente le disposizioni di legge abrogabili"⁸⁹, lo stesso sembra invece aver riconosciuto una maggiore portata applicativa al principio della collegialità⁹⁰.

⁸⁷ Pur in mancanza del richiamo all'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988, il fatto che, nel caso di specie, venga in rilievo l'istituto della delegificazione è chiaramente esplicitato nella Relazione di accompagnamento al Codice (cfr. pag. 8).

⁸⁸ Si noti inoltre che, talvolta, il d.lgs. n. 36/2023 rinvia a successivi regolamenti da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri *ex art.* 17, comma 3, l. n. 400/1988 (ad esempio, vd. art. 40, comma 2, art. 61, comma 5, art. 62, comma 3, art. 100, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 ecc.).

⁸⁹ F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, cit., 18, secondo il quale la "non opposizione del Consiglio di Stato" alla tendenza a invocare, nei preamboli dei decreti presidenziali che dispongono in deroga alla legge, l'art. 17 della l. n. 400/1988 solo formalmente, cioè pur in mancanza dei presupposti ivi previsti, ha consentito, "di fatto, l'allontanamento dal figurino disegnato" da tale disposizione.

⁹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100, precedentemente citata, che da un lato ha riconosciuto quale "principio generale dell'ordinamento che la degradazione della fonte disciplinatrice sia impegnativa della responsabilità dell'intero governo, e non già più d'un solo ministro", sicché il regolamento "deve essere imputato all'esecutivo nella sua collegialità e rivestire la forma di cui all'art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988"; dall'altro, con riferimento alla mancata indicazione, da parte della fonte primaria, delle norme generali regolatrici e delle disposizioni abrogate, detta adunanza generale ha affermato che "il relativo effetto di prefigurazione e vincolo del contenuto delle successive norme regolamentari è – seppure indirettamente – raggiunto attraverso il mantenimento nell'ambito della disciplina con normativa primaria della determinazione dei tratti e degli effetti essenziali della pratica forense (articoli non abrogandi del r.d. n. 37 del 1934)", mentre "l'effetto di abrogazione condizionata è il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa". Al riguardo, M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 12, ha osservato che "Sembra quasi che il modello delineato dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sia inderogabile dal legislatore soltanto in un punto essenziale: la delegificazione a favore

Inoltre, a destare ulteriori perplessità è il venir meno della necessaria alterità tra il soggetto controllante e quello controllato, quale conseguenza della previsione della delegificazione in un decreto legislativo pur in mancanza di una disposizione della legge delega che la autorizzi espressamente e ne circoscriva l'ambito. Questo aspetto appare meritevole di attenzione alla luce della numerosità degli allegati al Codice e dell'esteso ambito da essi disciplinato⁹¹, nonché della tendenza all'ampliamento della potestà normativa dell'esecutivo⁹². Ciononostante, il legislatore delegato al comma 14 dell'art. 225 ha previsto pure un meccanismo semplificato di delegificazione che, derogando anch'esso al modello delineato dalla legge n. 400/1988, sembra rappresentare un'ulteriore manifestazione del fenomeno della cd. "fuga del potere esecutivo dalla 'forma' regolamento"⁹³. Questa tendenza appare tanto più evidente ove si consideri che la suddetta disposizione, richiedendo l'adozione di un regolamento di contenuto "identico" a quello della fonte primaria vigente, implica che esso non sia "innovativo", carattere tuttavia considerato generalmente tipico dei regolamenti in quanto atti normativi⁹⁴.

In definitiva, sembra che tali aspetti problematici possano essere collocati non solo nell'ambito della discussa questione della vincolatività, o meno, delle

dell'esecutivo può essere realizzata esclusivamente mediante regolamento governativo", di modo che non è ammissibile la delegificazione mediante regolamento ministeriale.

⁹¹ Infatti, gli allegati al nuovo Codice dei contratti attengono a vari aspetti quali, ad esempio: attività del RUP (all. I.2), Termini delle procedure di appalto e di concessione (all. I.3), Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo (all. I.7), Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici, Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali (all. I.14) ecc.

⁹² Come notava già F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., 18, "l'abuso della delegificazione è senz'altro ricollegabile alla più ampia tendenza del Governo ad occupare una posizione centrale nella produzione normativa", determinata anche dall'abuso della decretazione d'urgenza.

⁹³ V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso*, cit., con riferimento alla prassi dei decreti ministeriali qualificati "non regolamentari", osserva che "la fuga del potere esecutivo dalla 'forma' regolamento, ma non dalla produzione normativa secondaria", è "espressione di un atteggiamento di insofferenza nei confronti di procedure formative ritenute eccessivamente rigide e gravose". Secondo l'A., tale "fuga" in un primo momento è stata "favorita da un comportamento omissivo del legislatore", mentre in seguito si è evoluta "sotto la spinta di un comportamento commissivo dello stesso legislatore", in virtù della tendenza a percepire l'art. 17 come "norma di natura meramente descrittiva (nel senso di norma che suggerisce forme di regolamento comunque non vincolanti) e non precettiva". Tuttavia, l'A. conclude che "la crisi della primazia della legge e la pluralità di forme di produzione del diritto" così come "lo spostamento cui oggi si assiste, quasi inevitabilmente, dalla centralità del Parlamento alla 'signoria' del Governo non possono giustificare tentativi di fuga dai modelli teorici di riferimento. Né l'assenza di soggetti 'interessati' alla difesa di specifiche forme di produzione normativa può indurre a ritenere l'inutilità di sforzi volti ad argomentare la tenuta del sistema costituzionale delle fonti".

⁹⁴ Non risulta tuttavia che il Governo abbia fatto ricorso a tale procedimento semplificato nel termine di cui all'art. 225, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023, né che tale termine sia stato prorogato.

norme sulla normazione, ma anche in quella del necessario rispetto della “forma” nello svolgimento dell’attività normativa. In effetti, pare che il legislatore delegato nel caso di specie abbia cercato di plasmare, con qualche forzatura, gli strumenti normativi previsti dall’ordinamento al fine di coniugare, nell’immediato, l’esigenza pratica di “autoesecutività” del Codice con quella di rendere, in un’ottica più a lungo termine, la relativa disciplina di attuazione agilmente modificabile dal solo esecutivo, senza cioè la necessità di un intervento del Parlamento⁹⁵. Ciò sembra emergere dalla Relazione illustrativa del Codice, ove si collega espressamente “la scelta di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi”, all’introduzione di “un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)”⁹⁶.

Tuttavia la “forma”, lungi dall’essere meramente fine a se stessa, è “consustanziale, alla stessa struttura del *nomos*”, tanto che “i principi di preferenza e di riserva di legge e, dunque, della legalità in senso formale ne rappresentano (...) i corollari più importanti”⁹⁷.

Infatti, essa inevitabilmente si riverbera sul piano sostanziale, atteso che nel caso di specie all’effetto – connaturato al fenomeno delegificativo – di declassamento della fonte normativa dal rango legislativo a quello regolamentare, con conseguenziale esclusione del sindacato della Corte costituzionale, si aggiungono il trasferimento del potere di modificare successivamente la disciplina contenuta negli allegati al Codice ad un organo monocratico, ossia al singolo ministro invece che al Consiglio dei ministri, e, dunque, il venir meno del principio della collegialità che, in base all’art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, dovrebbe connotare il procedimento di delegificazione.

A ciò si aggiunge che gli illustrati aspetti problematici del meccanismo di delegificazione introdotto dal nuovo Codice dei contratti sono suscettibili non solo di produrre ulteriore incertezza nel sistema delle fonti, ma anche di compromettere l’esigenza di semplificazione valorizzata dagli estensori⁹⁸. Infatti, qualora i regolamenti in delegificazione non “normino l’intera materia

⁹⁵ Secondo M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, cit., 2, “la prassi dei regolamenti ministeriali (...) presenta tratti di complessità, fluidità e persino contraddittorietà”. Più in generale, l’A. osserva che “storicamente la prassi regolamentare si è sviluppata soprattutto all’insegna di esigenze pratiche, politico-istituzionali, più che in conformità a disegni costituzionali prestabiliti e concettualmente nitidi”.

⁹⁶ Il fatto stesso che nella Relazione il meccanismo di delegificazione sia definito “innovativo” pare sottintendere proprio la consapevolezza degli estensori rispetto all’atipicità del medesimo.

⁹⁷ R. FERRARA, *Legge e regolamento: noterelle critiche a proposito di un’antica «querelle»*, in *Foro it.*, 2000, III, 505 ss.

⁹⁸ Cfr. Relazione illustrativa, cit.: “Sempre in ottica di semplificazione si è optato per la scelta di prevedere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente ‘autoesecutivo’ fornendo agli operatori del settore un testo unico e facilmente intellegibile”.

disciplinata dall'allegato"⁹⁹ ma solo una sua parte, e dunque non siano perfettamente "corrispondenti" ad esso, potrebbe risultare complesso discernere le disposizioni dell'allegato abrogate da quelle rimaste in vigore. Inoltre, ciò comporterebbe che la normativa applicabile ad una singola fattispecie dovrebbe essere individuata facendo riferimento a più atti aventi differente natura che si intersecano l'uno con l'altro, con il rischio di rendere più difficoltosa tale operazione con conseguenti ricadute in termini di certezza del diritto.

⁹⁹ Audizione della Corte dei conti su atto Governo n. 19 - Codice dei contratti pubblici, reperibile in www.corteconti.it/HOME/Documenti/DettaglioDocumenti: "poiché la previsione in esame autorizza l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, occorre vigilare affinché gli emanandi regolamenti normino l'intera materia disciplinata dall'allegato e non si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati, comportando così una non augurabile delegificazione solo parziale della materia (la quale darebbe vita ad atti in cui conviverebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare)".