

27 NOVEMBRE 2017

*La débâcle* istituzionale della potestà  
normativa secondaria del Governo.  
Riflessioni in ordine al mutamento del  
sistema delle fonti

di Beniamino Caravita

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma



# La *débâcle* istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti \*

**di Beniamino Caravita**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma

1. L'icastica semplicità dell'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 fa parte dei ricordi di operatori giuridici - professori, avvocati, giudici, funzionari - di un tempo che fu; alla domanda su quali siano oggi le fonti del diritto nessuno risponderebbe più: le leggi, i regolamenti (le norme corporative), gli usi. Ma anche la capacità sistematica, descrittiva e prescrittiva, del ben più recente art. 17 della legge n. 400 del 1988 è ormai un ricordo lontano. Le prime lezioni dei corsi di diritto costituzionale sono rivolte a rappresentare agli studenti la grande complessità del sistema delle fonti e la enorme difficoltà di ricostruire tale complessità in un sistema coerente. In questo quadro pieno di incoerenze e difficoltà interpretative e ricostruttive, forse la fonte che ha maggiormente subito fenomeni di accerchiamento e di perdita di significato non è tanto quella legislativa, che ancora - e nonostante tutto - conserva i tradizionali aspetti di una forza (intesa come capacità di innovare e di resistere all'innovazione) e di un valore (inteso come trattamento dell'atto da parte dell'ordinamento) tipici, e in cui è comunque immanente la provenienza dal più alto luogo della rappresentanza politica. La crisi si è in realtà abbattuta proprio sulla fonte degli atti normativi secondari di provenienza governativa, quella categoria definita con il nome generico di regolamenti, i cui spazi di utilizzo si sono drasticamente ridimensionati, in ragione dell'aggressione che questa fonte ha dovuto sopportare da ogni possibile lato: dall'alto, di fianco, dal basso.

2. In primo luogo, prendendo le mosse dal versante alto del sistema delle fonti, non si può non considerare che la plastica idea ottocentesca del carattere attuativo o integrativo della legge siccome tipico della normazione secondaria si è ormai dissolta. In verità ogni norma, a prescindere dalla sua forza e dalla sua collocazione sistemica, in quanto frutto della attività interpretativa che deduce la regola da una

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione delle Conclusioni del Convegno *“Le dimensioni del potere regolamentare. Analisi comparata tra Italia e Francia”*, Napoli, 5 maggio 2017, ed è stato referato dal Comitato scientifico del convegno stesso.

disposizione, contiene contemporaneamente sia profili di innovazione discrezionale, sia profili di attuazione di disposizioni dotate di una legittimazione valoriale o competenziale diversa, sia ancora profili di integrazione di disposizioni, di qualsivoglia provenienza, altrimenti carenti o comunque non autoapplicative. In questa situazione, la produzione normativa di un esecutivo, specie se esso non gode di una precisa e chiara riserva di normazione secondaria fissata in una fonte superiore, si indirizza quasi necessariamente verso gli atti aventi forza di legge, vale a dire decreti legge e decreti legislativi. Il procedimento decisionale è sì reso più complicato dal necessario intervento della legge parlamentare, prima o dopo dell'intervento governativo, ma potendosi così operare con atti aventi di forza di legge, il contenuto dell'atto è messo in maggiore sicurezza dall'attribuzione di un valore diverso, che impone all'operatore non soddisfatto dalla disciplina di giungere in Corte costituzionale per poter incidere sulle scelte adottate dal Governo ovvero di azzardare di fronte ad un giudice operazioni di disapplicazione che sono sempre difficili.

3. D'altra parte, i regolamenti governativi - in quanto fonte normativa secondaria - hanno subito, più ancora della fonte legislativa statale, l'impatto del diritto europeo: l'esistenza di una fonte normativa di livello sovranazionale, alla quale le fonti nazionali devono dare attuazione, ha reso sempre più stretti gli spazi per una normazione secondaria nazionale. Di fronte alle direttive comunitarie, e in maniera diversa di fronte ai regolamenti, le fonti nazionali, a qualsiasi grado esse si collochino, giocano inevitabilmente un ruolo che è caratterizzato non già dalla capacità di innovazione, bensì da una funzione di attuazione, esecuzione, integrazione: se, per le ragioni ricordate sopra, il primo intervento è svolto con un atto avente forza di legge, non vi è più spazio per una normazione secondaria.

4. L'accerchiamento della potestà regolamentare statale avviene poi anche per vie laterali. Così come le autorità amministrative indipendenti - la cui autonomia è garantita a livello costituzionale interno, quando non anche a livello di diritto europeo (cfr. da ultimo, CGUE, sentenza 26 luglio 2017, causa C-560/15) - hanno eroso gli spazi tradizionalmente riservati alle amministrazioni pubbliche, altrettanto è successo - inevitabilmente - nel sistema delle fonti. Atti normativi o variamente paranormativi delle diverse autorità - da Banca d'Italia alla CONSOB, dall'Antitrust alla Agcom, dall'Anac all'Autorità per l'energia o a quella per la tutela della privacy, per non parlare degli atti normativi e paranormativi del CSM e degli altri organi di autogoverno delle magistrature - riducono, o addirittura nullificano gli spazi per l'esercizio - quanto meno per un esercizio ordinato - della potestà secondaria.

5. Come se non bastassero queste drastiche innovazioni, il nuovo testo dell'art. 117, comma 6, della Costituzione, così come modificato dalla legge Cost. 3 del 2001, ha improvvidamente attribuito alle Regioni la potestà regolamentare in tutte le materie di competenza legislativa concorrente. In quel lunghissimo, spropositato, elenco - che comprende tutto il sistema delle infrastrutture, le professioni, il governo del territorio, la tutela della salute, la tutela delle attività culturali, ecc. - il potere di dettare norme di livello secondario spetterebbe solo alle Regioni. Ciò si è dimostrato semplicemente impossibile, in ragione sia della necessità di norme secondarie unitarie, sia della incapacità delle Regioni di normare settori assolutamente delicati e complicati. Valga la materia dei porti e degli aeroporti civili: secondo l'erroneo schema adottato dal nuovo articolo 117, che non si è riusciti a modificare per lunghi 16 anni, le Regioni dovrebbero dettare norme legislative di dettaglio e norme secondarie. Inutile dire che non hanno fatto - giacché non sono in grado di farlo - né l'una, né l'altra cosa.

6. Ad aggravare la situazione ha dato un suo contributo importante la Corte costituzionale, che ha interpretato la precedente riforma (quella adottata con legge costituzionale n. 1 del 1999) dell'art. 123 Cost. nel senso che non fosse sufficiente l'abrogazione del riferimento alla competenza consiliare per ritenere che il potere regolamentare regionale fosse immediatamente trasferito in capo alla Giunta; occorreva - secondo la Corte - la conseguente modifica degli Statuti (sent. n. 313 del 2003; su questa vicenda valga il rinvio a B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 236 ss.). Tale posizione - in contrario avviso a quanto aveva ritenuto fino ad allora il Governo e una parte della dottrina - ha provocato un sostanziale congelamento di uno strumento che, in capo ad esecutivi regionali eletti direttamente, avrebbe potuto dare da subito qualche frutto interessante. In questo quadro, la Corte costituzionale (sent. n. 376/2002) ha poi ritenuto che lo Stato non potesse adottare regolamenti a carattere suppletivo, destinati ad essere derogati da un successivo intervento regionale. Queste due prese di posizione hanno congelato - al di là delle difficoltà tecniche sopra ricordate - qualsiasi utile utilizzo della potestà regolamentare regionale.

7. E, così, siccome l'ordinamento deve trovare una qualche via d'uscita, la fantasia istituzionale ha creato la insolita, paradossale figura dei decreti ministeriali aventi natura non regolamentare. Sotto questo *nomen iuris* sono state adottate vere e proprie riforme di settore (ad esempio, quella dello spettacolo dal vivo, con il d.m. 1° luglio 2014), aggirando sia il divieto dell'art. 117, comma 6, sia la procedura necessaria per l'adozione dei decreti ministeriali aventi natura regolamentare. Qualche coraggioso tentativo (Tar Lazio, sez. II-*quater*, sentenze nn. 7478 e 7479 del 2016) di invertire questa tendenza si è scontrato con la "ragion

politica” rigorosamente difesa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (da ultimo, sentenze nn. 5035 e 5036 del 2016).

8. E infine, stavolta dal basso, la potestà normativa governativa si è trovata aggredita, non solo dalla fonte terziaria dei regolamenti ministeriali, regolamentata dall'art. 17 della legge 400, quanto dal rinnovato - e confuso - utilizzo della categoria degli atti amministrativi generali, surrettiziamente rispolverata per aggirare, da un lato, la garantistica procedura necessaria per l'approvazione dei regolamenti, sia governativi che ministeriali, dall'altro, la competenza attribuita alle Regioni dall'art. 117. Ma non vi è chi non sappia come gli atti amministrativi generali siano caratterizzati dall'assenza del requisito dell'astrattezza, intesa come ripetibilità del comando nel tempo.

9. Scarso invece è stato il ruolo giocato dai regolamenti locali, ai quali la Costituzione (art. 117, comma 6) aveva pur confermato una competenza normativa “in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni” assegnate agli enti locali. Come dimostra una ricerca svolta qualche tempo fa nell'ambito di un PRIN (*La potestà regolamentare di Comuni e Province. L'attuazione dell'art. 117, comma 6, della Costituzione*, a cura di B. Caravita, Napoli, Jovene, 2011), Comuni e Province hanno malamente utilizzato questa loro, pur significativa, competenza.

10. Tante, forse troppe, fonti producono disposizioni. E se le fonti sono tante, troppe, ognuna dotata di una sua peculiare legittimazione, valore, funzione, significato, qualcuna tra di esse, pur se dotata di una tradizionale legittimità e autorevolezza, appare destinata a diventare la vittima di questa nuova situazione. Bene, questo sembra essere oramai il destino della potestà regolamentare governativa. Certo, un ordinato sistema normativo richiederebbe una funzione normativa secondaria: e, qualcuno, all'uopo, potrebbe evocare - ma con decenni di ritardo - la riemersione anche in Italia di una riserva di regolamento, che la Costituzione non volle introdurre e la dottrina e la giurisprudenza non hanno mai permesso di costruire. Tutto sembra ormai tardivo e la potestà regolamentare sembra aver perso quasi ogni speranza di sopravvivenza. Ma forse non è la scomparsa dei regolamenti governativi ciò di cui si deve essere necessariamente preoccupati. Il punto è che un sistema istituzionale - e dunque un sistema normativo - richiede luoghi e funzioni capaci di produrre unità: unità che nello Stato liberale aveva prodotto la legge, nello Stato costituzionale aveva prodotto la Costituzione, ma che oggi non trova più un puntuale luogo politico dove sostanzarsi e prodursi. *Hic Rhodus, hic salta*: questo è il dilemma che oggi la cultura costituzionale è chiamata ad affrontare.