

II

LE FONTI DELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

di *Maria Chiara Romano*

SOMMARIO: 1. Una premessa storica. Potere regolamentare e ordinamento amministrativo. – 2. Le fonti secondarie nella Costituzione del 1948. Codificazione del pensiero dei giuristi liberali. – 3. Disciplina costituzionale dei regolamenti governativi e dei regolamenti degli enti territoriali. – 4. Regolamenti degli enti locali. – 5. Disciplina legislativa e tipologie di regolamenti governativi e ministeriali. – 6. I regolamenti ministeriali. – 7. Atti amministrativi generali e atti normativi. – 8. Atti di regolazione. – 9. Circolari. – 10. L'ordinamento amministrativo europeo e le sue fonti. – 11. Innovazioni post Lisbona e fonti del diritto derivato europeo: la nozione procedurale di atto legislativo. Gli atti di esecuzione. – 12. Fonti del diritto derivato europeo. – *Bibliografia essenziale.*

1. *Una premessa storica. Potere regolamentare e ordinamento amministrativo*

L'attività normativa secondaria costituisce una delle cifre più significative dell'ordinamento amministrativo. Ciò che caratterizza le amministrazioni pubbliche è l'essere titolari di autonomia, intesa come potestà di darsi un ordinamento giuridico o di autodeterminarsi, attraverso l'emanazione di norme in grado di definire in modo più dettagliato la loro organizzazione e di vincolare l'esercizio del potere amministrativo caso per caso. Tradizionalmente, la titolarità di potere normativo e regolamentare ha rappresentato uno degli indici più utilizzati da giurisprudenza e dottrina, nel tentativo di trovare il discrimine tra persone giuridiche pubbliche e private, sia pur nel contesto di approcci definitivi che ricostruiscono la figura degli enti pubblici su di un piano prevalentemente funzionale. A questo riguardo, risultano di difficile inquadramento il fenomeno della normazione dei privati e le c.d. norme tecniche.

Dal punto di vista soggettivo, i regolamenti sono atti amministrativi, mentre dal punto di vista oggettivo sono atti costitutivi di diritto oggettivo in senso sostanziale. Questa definizione classica determina una duplice

conseguenza: la prima, relativa alla circostanza che i regolamenti dell'amministrazione possono essere emanati da tutte quelle figure riconducibili alla nozione di pubblica amministrazione in senso soggettivo (con le connesse peculiarità circa il regime e lo specifico procedimento di emanazione); la seconda, invece, attiene alla necessità di individuare elementi materiali o formali in base ai quali distinguere l'attività generale dell'amministrazione da quella normativa (v. par. 7).

L'emersione dei tratti caratterizzanti l'attività normativa dell'amministrazione risulta strettamente collegata alla vicenda di formazione dello Stato moderno, attraverso la relazione storicamente connotata intercorsa tra legge e regolamento. La legislazione del 1865 nei rapporti tra legge e potere amministrativo fornisce attuazione a quanto contenuto nello Statuto Albertino, gettando le premesse per un quadro istituzionale che verrà a delinarsi in modo definitivo soltanto con la Costituzione del 1948.

Nello Statuto Albertino e nella legislazione del 1865 vennero anticipati quegli spazi materiali che progressivamente avrebbero segnato il confine tra la competenza della legge e quella riservata al potere normativo dell'amministrazione (organizzazione e procedimento). Nella prospettiva diacronica l'evoluzione dell'istituto della riserva di legge costituisce contemporaneamente causa ed effetto degli equilibri che andranno assestandosi nella ripartizione delle competenze normative tra Parlamento e Governo/Corona. All'originaria funzione corrosiva della riserva di legge, intesa quale attribuzione alla competenza legislativa di specifiche materie con l'obiettivo prevalente di sottrarle all'attività normativa del Governo, seguirà una sua funzione di garanzia di spazi di regolamentazione positiva da parte del legislatore e quindi una vocazione più spiccatamente distributiva di competenze, in particolare tra fonti primarie e secondarie. All'iniziale attitudine organizzativa della riserva di legge, quale bilancia tra poteri costituzionali contrapposti (Parlamento e Governo/Corona in una logica di pari-ordinazione), si sovrapporrà gradualmente l'affermazione del principio di legalità che, legato all'azionabilità delle pretese individuali nei confronti del potere amministrativo, finirà per stabilire la sotto-ordinazione gerarchica dei regolamenti alla legge, quali atti normativi dell'amministrazione. Principio di legalità che nella sua versione "minimale", ossia quella della non contrarietà degli atti amministrativi e regolamentari alla legge, era stato indirettamente enunciato già nell'art. 5 della legge del 1865, n. 2248, All E, sia pur nel contesto della delimitazione dei poteri del giudice ordinario nei confronti dell'amministrazione. Al criterio della ripartizione orizzontale per materia si sostituirà il criterio di subordinazione gerarchica del regolamento governativo alla legge parlamentare.

Nel passaggio dalla monarchia costituzionale dualistica al sistema parlamentare monistico un dato resta costante: l'identità delle materie attribuite alla competenza del legislatore parlamentare nello Statuto albertino (artt. 24 e 29) e nella legge del 1865 (art. 2, sia pur quale criterio per individuare la giurisdizione del giudice civile); identità di materie efficacemente sintetizzata dal legislatore post-unitario nella formula "diritti civili e politici". Gli stessi ambiti di competenza (artt. 13 ss.), sia pur in un quadro di crescente aumento delle materie riservate alla legge, verranno confermati in una linea di continuità istituzionale nella Costituzione del 1948. Dal dettato costituzionale si ricava come le pubbliche amministrazioni siano contemporaneamente destinatarie di norme (definite "fonti sull'amministrazione", con riguardo alla loro istituzione e alla loro organizzazione) e titolari di competenze normative ("fonti dell'amministrazione"), che hanno ad oggetto l'ulteriore disciplina del potere amministrativo e, più limitatamente, la regolamentazione di comportamenti di soggetti privati.

Da questa impalcatura sistematica fuoriescono i regolamenti degli enti territoriali, dei Comuni in particolare, che in un primo momento vennero impropriamente equiparati ai regolamenti governativi, soprattutto per quanto attiene al loro rapporto con il principio di legalità, in una logica post-unitaria di accentramento amministrativo, di edificazione della personalità giuridica dello Stato, nonché di conseguente omologazione delle persone giuridiche pubbliche e dei loro poteri, anche normativi. La disciplina dei regolamenti degli enti locali è oggi contenuta nell'art. 117, comma VI, Cost.

2. Le fonti secondarie nella Costituzione del 1948. Codificazione del pensiero dei giuristi liberali

Per la individuazione dei tratti qualificanti la natura dei regolamenti governativi è stato fondamentale il superamento della concezione, sostenuta in epoca liberale dalla letteratura tedesca, che affermava la coincidenza tra potere discrezionale e facoltà regolamentare del Governo (R. von Gneist). In altri termini, il potere normativo veniva considerato implicito nella titolarità del potere amministrativo. Concezione che, sia pur condivisa dalla dottrina italiana fino ai primi anni del '900, venne poi definitivamente abbandonata con gli studi di Guido Zanobini sul fondamento legislativo del potere regolamentare.

L'impostazione pluralistica di Santi Romano e l'insegnamento di Zanobini hanno contribuito ad evidenziare le diverse giustificazioni, tutt'ora attuali, che conducono a qualificare i regolamenti governativi come fonti

diversamente competenti rispetto ai regolamenti degli enti locali. I primi trovavano la loro ragion d'essere nella particolare capacità *tecnica* di alcuni organi amministrativi, del Governo in particolare, del quale il Parlamento esponente della media culturale nazionale risultava sprovvisto; per i regolamenti degli enti locali, invece, l'attribuzione di competenza discendeva dalla capacità che hanno le amministrazioni ~~di~~ locali di selezionare e filtrare i bisogni delle collettività stanziati sui loro territori (G. Zanobini). Differente risultava la funzione assegnata alle due tipologie di regolamenti: ai regolamenti governativi, infatti, si riconosceva il compito di predeterminare in termini generali le modalità di esercizio dell'attività amministrativa puntuale delle pubbliche amministrazioni; il regolamento governativo svolgeva così una funzione accessoria rispetto alla norma legislativa attributiva della competenza normativa all'amministrazione. Ai regolamenti degli enti locali, invece, spettava la funzione di costituire tutto l'ordinamento giuridico dell'ente, con il conseguente venir meno dell'accessorietà quale tratto caratterizzante la normazione secondaria.

La sotto-ordinazione dei regolamenti governativi alla legge risultava, tuttavia, dapprima strettamente condizionata dal disegno politico dei giuristi liberali, per i quali l'unificazione nazionale passava attraverso l'uniformazione amministrativa; più esattamente, all'edificazione dello Stato di diritto, inteso quale costruzione funzionale all'affermazione della supremazia del Parlamento sugli altri poteri costituzionali, si accompagnava la proclamazione della centralità della legge nel sistema delle fonti, in un'ottica spiccatamente gerarchica.

Il venir meno della descritta tendenza livellante le persone giuridiche di diritto pubblico – giustificata dalla specifica realtà istituzionale italiana all'indomani dell'unificazione nazionale a causa del forte particolarismo giuridico espresso sia dagli Stati-preunitari sia dalla radicata tradizione municipal~~ista~~*istae* italiana – consentì di abbandonare la lente soggettivistica che aveva condizionato la ricostruzione dei rapporti tra le persone giuridiche pubbliche, così come del sistema delle fonti. Grazie alle aperture pluraliste introdotte dal pensiero di Santi Romano, alla figura dello Stato-Persona subentrò quella dello Stato-ordinamento, che distribuisce ed ordina le competenze normative. Passaggio molto significativo – vigente ancora una Costituzione flessibile – per la configurazione della legge quale norma sulla produzione, che anticipa il successivo delinearsi del concetto di “competenza”.

A questa impalcatura teorica ancora fluida sul piano del diritto positivo si sovrappose, come naturale sviluppo, la Costituzione repubblicana del 1948 nella quale venne superata l'idea dell'assoluta e incontrollabile preminenza del legislatore ordinario, attraverso il riconoscimento della forza

superiore della Costituzione quale norma fondamentale che limita tutti i poteri dello Stato, compreso quello legislativo, garantendo il pluralismo politico, normativo e amministrativo.

Nella prospettiva istituzionale dello Stato-ordinamento si delinea l'attuale configurazione delle fonti del diritto, e di quelle del diritto amministrativo in particolare, secondo le norme costituzionali che fondano la competenza della legge, dei regolamenti governativi e degli enti territoriali non più soltanto secondo un criterio rigorosamente gerarchico e formalistico ma anche in considerazione di altri fattori, storici ed istituzionali, che prestano rilievo allo specifico livello degli interessi generali e pubblici che le rispettive fonti sono tenute a disciplinare.

L'unitarietà dell'ordinamento generale impone un quadro coerente nella ripartizione delle competenze normative previste dalla Costituzione, quadro capace di stabilire una corrispondenza di materie e di livelli di interessi tra riserve di legge, assolute e relative, e competenze normative secondarie del Governo/amministrazione. In questa linea logica, la riserva di legge non svolge più una funzione difensiva tra organi istituzionali antagonisti, ma opera quale formula organizzativa di articolazione delle competenze tra norme primarie e secondarie. Le riserve assolute di legge, in particolare nelle materie involgenti le libertà personali, sono volte a proteggere posizioni individuali e pertanto vengono affidate alla competenza del legislatore Parlamentare, escludendo contestualmente la competenza delle fonti secondarie; in tal modo, con la garanzia di una regolamentazione uniforme sul territorio nazionale viene data altresì attuazione al principio democratico e al principio di uguaglianza.

Le fonti primarie attribuiscono (e delimitano) poteri e situazioni giuridiche soggettive ai diversi soggetti, pubblici e privati, che compongono l'ordinamento in modo coerente a quanto stabilito dalle riserve di legge assoluta previste nella prima parte della Costituzione, nonché secondo quanto oggi indicato dall'elenco di materie affidate alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, comma 1 Cost.

La riserva di legge relativa prevede, invece, la regolamentazione condominiale di determinate materie da parte delle fonti primarie e secondarie, secondo una linea di confine non sempre agevole, come è testimoniato dall'elevato contenzioso di fronte alla Corte costituzionale.

Le fonti secondarie, quelle governative in particolare, si occupano di segmenti ulteriori rispetto a quelli positivamente riservati alle competenze della normazione primaria, la cui disciplina è tutt'ora giustificata dalle specifiche competenze tecniche, da una particolare adeguatezza e vicinanza rispetto alla regolamentazione di determinati interessi e da una storica relazione di continuità nella disciplina di specifici settori.

Emblematico della titolarità condominiale o della co-gestione di competenze normative tra Parlamento e Governo è l'art. 97 Cost., che contemporaneamente prevede una riserva di legge relativa circa il riconoscimento o l'istituzione di tutti le figure rientranti nel novero delle pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, nonché la definizione in termini generali della loro organizzazione, ed un rinvio alla normazione governativa in ordine agli ulteriori profili di dettaglio. Norma costituzionale che trova un *pendant* speculare e sistematico relativamente alle competenze regolamentari comunali nel combinato disposto degli artt. 117, comma II, lett. p e art. 117, comma VI, Cost.: il primo riserva alla esclusiva competenza statale la disciplina degli organi di Governo e l'enumerazione delle funzioni fondamentali degli enti locali, mentre il secondo affida ai Comuni la disciplina della organizzazione e delle funzioni loro attribuite. Individuando in tal modo una riserva di regolamento comunale in ordine all'organizzazione e alla disciplina delle funzioni e richiamando le materie storicamente oggetto anche della competenza regolamentare governativa.

La distinzione tra fonti primarie e secondarie non risponde esclusivamente ad un criterio di tipo gerarchico, ma si impone anche per la differente funzione che tendenzialmente le norme primarie dovrebbero assolvere nella cornice di un ordinamento unitario: le norme legislative dovrebbero servire alla costruzione dell'ordinamento generale attraverso l'attribuzione di poteri e situazioni soggettive a tutti i soggetti, sia pubblici che privati, evitando contraddizioni nel sistema; quelle secondarie, espressione dell'ordinamento amministrativo, dovrebbero occuparsi di specificare l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche in senso soggettivo, disciplinando nel dettaglio i profili involgenti le modalità di esercizio del potere amministrativo, ossia gli aspetti relativi, ad esempio, ai tempi di svolgimento dell'azione amministrativa e di conclusione del procedimento amministrativo (cfr. il regolamento governativo emanato ai sensi dell'art. 4 della l. 7 agosto 2015, n. 124; art. 2, commi 3, 4 e 4 *bis*, l. n. 241/1990; art. 17, comma 4 *ter*, l. n. 400/1988) o di individuazione di ulteriori eccezioni, rispetto a quelle tassativamente indicate, alla generalizzata operatività dell'istituto del silenzio assenso (art. 20, comma IV, l. n. 241/1990). Questo non esclude che le norme legislative non si limitino ad attribuire il potere all'amministrazione, ma si spingano anche a regolarne l'esercizio, contribuendo in tal modo a definire l'ordinamento particolare dell'amministrazione. In alcuni casi la "amministrativizzazione" della legge è stata criticata dalla Corte costituzionale nel senso di ritenerla poco rispettosa degli spazi riservati dalla Costituzione all'amministrazione (Corte cost., ~~sent.~~ n. 53/2018, caso ILVA, [in www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

Le recenti riforme legislative in materia di semplificazione (d.lgs. n. 76/2020, art. 12) confermano la qualificazione dei regolamenti governativi quali fonti competenti ad occuparsi in via preferenziale dell'organizzazione e del procedimento.

3. Disciplina costituzionale dei regolamenti governativi e dei regolamenti degli enti territoriali

La nostra Carta costituzionale non contiene una disciplina esplicita dei regolamenti governativi, che sono solo menzionati all'art. 87, comma V, Cost. tra le competenze del Presidente della Repubblica, tenuto ad emanare i regolamenti con decreto.

L'art. 97 Cost. nel prevedere una riserva di legge relativa in materia di organizzazione amministrativa consente specularmente di individuare una "riserva di regolamento" in capo al Governo in materia di organizzazione, quale lascito degli equilibri affermatasi durante il periodo della monarchia costituzionale, che vedevano il Parlamento e il Governo spartirsi determinati ambiti materiali in una dimensione orizzontale e non ancora verticale.

La riforma costituzionale del 2001 con la riscrittura dell'art. 117 Cost. ha invertito il criterio di riparto nell'individuazione delle materie attribuite alla competenza legislativa statale e regionale. Mentre allo Stato vengono attribuite in via tassativa esclusivamente quelle materie elencate nell'art. 117, comma II, Cost., alle regioni vengono attribuite ulteriori materie, espressamente elencate nell'art. 117, comma III, Cost. rientranti nella competenza regionale concorrente (nella quale le leggi dello Stato sono tenute a stabilire i principi fondamentali della materia) ed infine una competenza legislativa residuale nelle materie non espressamente elencate nel comma II e III dell'art. 117 Cost. La riforma costituzionale, modificando il precedente quadro contenuto nell'art. 117 Cost., ha introdotto il parallelismo tra funzione legislativa e funzione regolamentare, che ha avvalorato il carattere normativo degli atti regolamentari governativi e regionali. I regolamenti governativi e regionali possono essere emanati esclusivamente nelle materie rispettivamente attribuite alla competenza legislativa statale e alla competenza legislativa regionale.

Il parallelismo tra funzione legislativa e funzione regolamentare si interrompe con riguardo all'individuazione della competenza regolamentare dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, che si fonda non già sul criterio della materia bensì sulla titolarità delle competenze amministrative. Nella riforma del titolo V Cost. il potere regolamentare degli enti

locali ha un diretto riconoscimento costituzionale (art. 114, comma II, Cost.), essendo venuta meno l'intermediazione legislativa garantita dall'abrogato art. 128 Cost. Con la modifica dell'art. 117 Cost. viene recuperato il legame tra amministrazione locale e suo ordinamento: non più perimetrazione esterna di confini affidata alla legge (statale e regionale *versus* locale), bensì garanzia di autodeterminazione di spazi interni. L'art. 118 Cost. attribuisce al Comune una posizione privilegiata nello svolgimento della funzione amministrativa, distinguendo nel suo ambito differenti tipologie di funzioni (proprie, attribuite o conferite, fondamentali) la cui interpretazione ha fatto emergere le caratteristiche distintive del potere regolamentare comunale e il suo specifico regime giuridico.

4. Regolamenti degli enti locali

L'art. 117, comma VI, Cost., attribuisce ai Comuni, Province, Città metropolitane «la potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite». Dall'interpretazione di questo articolo, in combinato disposto con l'art. 118, comma II, Cost., può individuarsi una triplice categoria di regolamenti: quelli c.d. organizzativo proceduruali, quelli di disciplina della funzione amministrativa, quelli di disciplina delle funzioni proprie o c.d. conformativi.

In base all'art. 118 Cost. le funzioni attribuite sono quelle che il legislatore statale e regionale, secondo la materia di rispettiva competenza, stabilisce di attribuire a livello comunale perché secondo un parametro di allocazione ottimale risulta essere il livello di Governo più idoneo, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. In questo ambito ricadono le funzioni amministrative in senso tecnico, che riguardano l'esercizio di poteri provvedimentali, per i quali risulta più forte l'esigenza di rispettare il principio di legalità. Rispetto alle funzioni attribuite (o conferite) il potere normativo dei Comuni si pone in linea di continuità con le materie affidate alla competenza regolamentare governativa, riguardanti l'organizzazione e il procedimento amministrativo, nel rispetto della riserva di legge fissata all'art. 97 Cost., specularmente ribadita all'art. 117, comma II, lett. g, Cost. relativamente all'ordinamento e organizzazione amministrativa e degli enti pubblici nazionali, e all'art. 117, comma II, lett. p, Cost. relativamente alle funzioni fondamentali dei Comuni, Province e Città metropolitane. I regolamenti comunali c.d. organizzativo-proceduruali contengono disposizioni integrative della legge, secondo le tipologie di regolamenti previste all'art. 17, comma 1, l. n. 400/1988, posto che le riserve di legge contenute negli artt. 97 e 117, comma II, lett. p, Cost. affidano alla legge il compito di definire le

linee fondamentali dell'organizzazione amministrativa, lasciando alla fonte regolamentare la determinazione dell'ulteriore articolazione organizzativa.

Per quanto riguarda i regolamenti aventi ad oggetto la disciplina della funzione amministrativa, spetta alla legge generale sull'azione amministrativa enucleare dei principi generali che, in applicazione degli artt. 1 e 29, l. n. 241/1990, gli enti territoriali sono tenuti a rispettare ed eventualmente a sviluppare con disposizioni ancor più garantiste per i soggetti privati.

I regolamenti relativi alla disciplina delle funzioni proprie esprimono il carattere "comunitario" del Comune poiché assecondano la vocazione dell'ente associativo a disciplinare aspetti della vita locale non direttamente correlati all'esercizio della funzione amministrativa, ma consistenti nell'imposizione di obblighi di comportamento nei confronti dei cittadini residenti sul territorio, funzionali al mantenimento ed alla promozione della convivenza civile. In questa tipologia di regolamenti il legame con la legge è più attenuato, poiché in questi ambiti la legge non è in grado di prevedere e di anticipare la varietà degli interessi che gli enti locali sono tenuti istituzionalmente a curare. Dall'analisi storica e dall'osservazione della realtà contemporanea emerge come le funzioni proprie consistono in attività volte alla prestazione di servizi e preordinate a porre le condizioni per garantire la convivenza civile negli ambiti urbani.

La specificità delle funzioni proprie si estende al regime speciale dei regolamenti comunali che le disciplinano, volti non già alla regolamentazione del potere amministrativo, bensì direttamente indirizzati ai cittadini residenti nel territorio comunale al fine di conformarne le relative situazioni giuridiche soggettive. Resta la questione del rispetto delle riserve di legge previste nella nostra Costituzione (Corte cost. n. 115/2011, in www.corte costituzionale.it).

Le disposizioni regolamentari sono definite conformative perché posseggono talora un'efficacia giuridica propria dell'attività concreta dell'amministrazione, producendo direttamente l'effetto imputabile alla disposizione stessa, a prescindere dall'emanazione di un ulteriore atto amministrativo con delle implicazioni sul loro regime di impugnazione.

Quest'ultima categoria di regolamenti, detti conformativi per distinguerli dagli altri organizzativo-procedurali, si articola in una pluralità di tipi tutti aventi ad oggetto la relazione tra l'ente locale e il suo sviluppo economico-sociale: tra questi si individuano i regolamenti di polizia urbana, di igiene, edilizi ed urbanistici, di uso dei beni demaniali, di regolazione delle attività economiche in ambito comunale.

5. *Disciplina legislativa e tipologie di regolamenti governativi e ministeriali*

L'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400 disciplina i regolamenti governativi e ministeriali, attraverso la previsione del loro procedimento di emanazione e l'articolazione dei regolamenti governativi in differenti tipologie, che nella sostanza riprendono la classificazione già prevista dalla l. 31 gennaio 1926, sia pur in un differente contesto politico e istituzionale.

La l. n. 400/1988 non risolve in modo esplicito l'interrogativo se con la sua emanazione sia stata definitivamente superata la questione dell'attribuzione in via generale della competenza normativa secondaria al Governo o se, invece, sia ancora necessaria una specifica norma che di volta in volta gli attribuisca la competenza normativa in attuazione del principio di legalità, che deve essere applicato anche agli atti normativi.

Il comma 1 dell'art. 17, l. n. 400/1988 con riguardo ai regolamenti governativi prevede, confermando quanto già previsto nell'art. 87, comma V, Cost., la loro emanazione con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nonché l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato. I regolamenti governativi sono inoltre sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei Conti e sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale.

Quanto alle tipologie di regolamenti governativi vengono distinte cinque categorie: i regolamenti di esecuzione, i regolamenti di attuazione e di integrazione; i regolamenti indipendenti; i regolamenti di organizzazione; i regolamenti di delegificazione.

I regolamenti di esecuzione non sollevano difficoltà di inquadramento e di rispetto della gerarchia delle fonti così come ricavabile dall'interpretazione sistematica delle norme della Costituzione ed in particolare dalle riserve di legge, assolute e relative, in questa disseminate, in quanto si limitano a specificare e rendere applicabili le disposizioni legislative primarie.

I regolamenti di attuazione e integrazione invece attribuiscono una maggiore discrezionalità alla fonte regolamentare, che non si ferma a rendere più intellegibili le disposizioni legislative ma si spinge altresì a sviluppare ulteriormente i principi rimasti volutamente generici nelle norme primarie. Ne deriva l'incompatibilità di questa tipologia di regolamenti con le materie affidate alla competenza legislativa regionale concorrente, posto che in questo caso sono le leggi regionali ad essere investite del completamento e dello sviluppo dei principi contenuti nelle leggi statali.

Di più difficile inquadramento con riguardo al rispetto del principio di ordinazione gerarchica tra fonti primarie e secondarie sono i c.d. regolamenti indipendenti. Categoria di non agevole individuazione in quanto si

tratterebbe di regolamenti governativi abilitati ad intervenire nei pochi interstizi rimasti sprovvisti di disciplina legislativa, autorizzati, in presenza del suddetto vuoto normativo, a disciplinare per la prima volta determinate materie, con la conseguenza di dar luogo non già ad una disciplina secondaria, di specificazione o di attuazione/integrazione, ma ad una disciplina primaria, ossia ad una regolamentazione che per la prima volta fornisce indicazioni in una materia non ancora regolata. I regolamenti indipendenti, inoltre, non potrebbero essere emanati nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, posto che in questo caso la funzione della riserva consiste proprio nell'escludere le fonti normative secondarie dalla regolamentazione di specifici ambiti materiali.

La categoria dei regolamenti governativi volti a definire l'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni appare perfettamente in linea con la riserva di legge relativa prevista all'art. 97, comma II, Cost. Se, infatti, la legge è tenuta a stabilire la disciplina essenziale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni istituite, i regolamenti governativi sono tenuti a definirne i profili di dettaglio e di ulteriore articolazione. I regolamenti di organizzazione costituiscono una tipologia rientrante nelle competenze di tutte le figure che costituiscono il quadro frammentato e policentrico dell'organizzazione amministrativa, così come si ricava anche dall'art. 117, comma VI, Cost., in relazione alle competenze normative degli enti locali.

Al comma II dell'art. 17, l. n. 400/1988 viene prevista l'ulteriore categoria dei regolamenti di delegificazione, che si prefiggono traguardi di semplificazione normativa, attraverso lo sfoltoimento del quadro normativo primario eccessivamente stratificato e scarsamente sistematico. In una stagione di privatizzazione e di semplificazione, avviata nei primi anni '90, l'utilizzo dei regolamenti di delegificazione appariva soluzione idonea a riordinare il quadro delle fonti del diritto amministrativo, difficilmente intellegibile agli interpreti. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza si pone obiettivi di semplificazione normativa, con l'intento di assicurare maggiore chiarezza e comprensibilità della normazione (PNRR, 1/3, 64). Obiettivi che potrebbero essere raggiunti anche con il rispetto del divieto del *gold plating* auspicato dal diritto europeo, che impone agli Stati membri di non introdurre negli atti di trasposizione livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive europee (Comunicazione della Commissione europea, 8 ottobre 2010), nonché con la sottoposizione delle iniziative normative all'analisi e alla verifica di impatto della regolazione.

Con questa ulteriore tipologia, ad un regolamento governativo viene affidato il compito di abrogare le disposizioni legislative vigenti attraverso un meccanismo che imita, nella sostanza, il procedimento previsto dalla

nostra Costituzione per l'emanazione dei decreti legislativi delegati (art. 76 Cost.). Il comma 2 dell'art. 17, l. n. 400/1988 prevede che siano leggi della Repubblica ad autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo per la disciplina di determinate materie, non coperte da riserva assoluta di legge, stabilendo contestualmente le norme generali regolatrici della materia e l'individuazione delle norme vigenti da abrogare. Il rischio che la suddetta categoria possa risultare non rispettosa della gerarchia tra fonti primarie e secondarie viene risolto dal legislatore attraverso la previsione di una sfasatura temporale in base alla quale l'effetto abrogativo, imputato alle norme primarie regolatrici della materia, si produce soltanto con l'entrata in vigore del regolamento. In realtà, la prassi ha mostrato un uso disinvolto dei regolamenti di delegificazione sulla base di norme primarie autorizzatrici sostanzialmente prive di indicazioni materiali, lasciando così alla fonte regolamentare sia l'individuazione delle norme da abrogare sia la determinazione dei contenuti della disciplina da introdurre.

Questa categoria di regolamenti condivide il procedimento di emanazione degli altri regolamenti governativi (emanazione con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, parere del Consiglio di Stato, pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale), con l'aggiunta del parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, con l'intento di rafforzare il coinvolgimento dell'assemblea parlamentare.

Nell'ottica della semplificazione normativa si colloca anche il comma 4 *ter* dell'art. 17, l. n. 400/1988, che affida ai regolamenti governativi il compito di effettuare un riordino periodico delle disposizioni regolamentari effettivamente vigenti, di procedere alla ricognizione di quelle che sono state implicitamente abrogate e alla abrogazione espressa di quelle che hanno ormai esaurito la loro funzione, non hanno più un effettivo contenuto normativo o sono divenute obsolete.

Una sottospecie dei regolamenti di delegificazione viene prevista con specifico riguardo all'organizzazione e alla disciplina degli uffici ministeriali. L'art. 4 *bis* dell'art. 17, l. n. 400/1988 ha previsto che in attuazione dei principi stabiliti dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, confluiti nel d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni, si provvedesse (con regolamenti di delegificazione, su proposta del Ministro competente d'intesa con il Presidente del Consiglio dei Ministri e con il Ministro del Tesoro) al riordino degli uffici di diretta collaborazione con i Ministri e i Sottosegretari, specificando come a questi uffici debbano essere assegnate esclusivamente competenze di supporto all'organo di direzione politica, nonché di raccordo tra questo ultimo e l'amministrazione. In particolare, questi regolamenti, ascrivibili contestualmente alla tipologia dei regolamenti di delegificazione

e a quelli di organizzazione, per quanto attiene alla loro specifica materia, introducono una diversa modalità di regolamentazione tra gli uffici ministeriali di livello dirigenziale generale e quelli di livello dirigenziale non generale: mentre, infatti, i primi devono nella loro ulteriore ripartizione di compiti e competenze essere disciplinati con i suddetti regolamenti governativi delegificanti – nel rispetto di criteri di flessibilità e di obiettivi di eliminazione di duplicazioni funzionali – i secondi possono essere specificati con decreti ministeriali di natura non regolamentare (art. 17, comma 4 *bis*, lett. e).

6. I regolamenti ministeriali

L'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988 disciplina per la prima volta la categoria dei regolamenti ministeriali, offrendo in tal modo una soluzione legislativa di tipo formale alla distinzione tra atti generali e atti normativi ministeriali. In assenza di indicazioni legislative si era dapprima tentato di fondare la suddetta distinzione impiegando il criterio dello scopo che rispettivamente gli atti normativi (i regolamenti) e gli atti amministrativi generali sarebbero deputati ad assolvere. I regolamenti risulterebbero indirizzati a regolare in modo astratto rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico; gli atti amministrativi generali, invece, sarebbero rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, condividendo un tratto materiale proprio degli atti amministrativi.

I risultati non del tutto soddisfacenti e risolutivi ottenuti nella individuazione dei criteri materiali degli atti normativi – la giurisprudenza, pressoché unanime, rinviene i loro tratti distintivi nella generalità, nell'astrattezza e, in termini più perplessi, nella innovatività – hanno condizionato la disciplina dei decreti ministeriali previsti dall'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988.

Quest'ultimo prevede espressamente la categoria dei regolamenti ministeriali, fonti regolamentari non già secondarie bensì terziarie, perché devono essere conformi non solo alla legge ma anche ai regolamenti governativi. Essi possono essere emanati nelle materie di competenza dei singoli ministri e, a differenza dei regolamenti governativi, necessitano di una espressa attribuzione di competenza normativa da parte della legge, che sottolinea la differente posizione istituzionale del Governo e dei singoli ministri rispetto all'esercizio del potere normativo secondario. Se infatti per il Governo l'autonomia normativa risulta storicamente legata al ruolo istituzionale che quest'ultimo continua a svolgere collocandosi sul crinale tra politica ed amministrazione, nel caso dei singoli ministri il potere

regolamentare appare invece manifestazione della loro specifica competenza tecnica, con la conseguenza di pretendere un più pregnante fondamento legislativo, come è tipico, più in generale, delle amministrazioni burocratiche. La necessità di una apposita autorizzazione normativa viene ribadita anche nelle ipotesi di emanazione di regolamenti interministeriali, ossia di regolamenti aventi ad oggetto la disciplina di materie affidate alla competenza di più ministri.

L'accennata difficoltà di distinguere su di un piano materiale gli atti generali dagli atti normativi dei Ministri ha condotto il legislatore ad introdurre un criterio formale: soltanto gli atti normativi, regolamenti ministeriali e regolamenti interministeriali, devono recare la "denominazione" di regolamento. È questo un indice meramente formale capace di stabilire con certezza il contenuto normativo di un decreto ministeriale. Quanto al procedimento di emanazione, oltre al parere del Consiglio di Stato, al visto ed alla registrazione della Corte dei Conti, alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, i regolamenti ministeriali ed interministeriali prima della loro emanazione devono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei Ministri, al fine di garantire l'unitarietà dell'indirizzo politico ed evitare regolamentazioni sganciate da una cornice istituzionale coerente.

La capacità distintiva riposta nell'introduzione di contrassegni meramente formali viene in parte vanificata dal fenomeno di "fuga dal regolamento", in virtù del quale i ministri al fine di eludere le prescrizioni procedurali previste dalla l. n. 400/1988 per gli atti regolamentari hanno continuato ad emanare atti sostanzialmente normativi nella forma di atti amministrativi generali, ossia di decreti ministeriali.

7. Atti amministrativi generali e atti normativi

La delimitazione degli atti normativi dagli atti amministrativi generali non rispondeva soltanto ad una esigenza di inquadramento teorico ma discendeva principalmente dalla necessità concreta di individuare lo specifico regime giuridico applicabile. Quest'ultimo aspetto è divenuto progressivamente meno significativo, a causa della sostanziale coincidenza dei regimi delle due tipologie di atti.

La l. n. 241/1990 ha sottoposto gli atti generali e gli atti normativi alla stessa regolamentazione derogatoria con riguardo all'obbligo di motivazione (art. 3, comma 2), alla garanzia della partecipazione (art. 13, comma 1), all'esercizio del diritto di accesso (art. 24, comma 1, lett. c). Questo tendenziale appiattimento, legato alla circostanza che la legge sul procedimento è congegnata in funzione di provvedimenti individuali e quindi poco

adeguata per provvedimenti rivolti a classi aperte di destinatari, non è valso a mortificare la specificità degli atti normativi in uno Stato di diritto. Si registra, tuttavia, la difficoltà di distinguere ad un livello concettuale e funzionale gli atti normativi da quelli generali dell'amministrazione. Incertezza imputabile al crescente ricorso da parte dell'amministrazione ad atti amministrativi generali che si caratterizzano per svolgere funzioni e produrre effetti secondo modalità tra loro eterogenee. Alla difficoltà di perimetrazione contribuisce anche il lessico impiegato dal diritto europeo, che utilizza termini generici e non univoci quali quelli di regolazione, programmazione, *governance*, che invece di agevolare la più chiara demarcazione delle due categorie di atti spingono verso una loro sostanziale assimilazione, giustificata dall'approccio funzionalista praticato nel diritto europeo. Anche dopo il Trattato di Lisbona, la più chiara distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi (art. 289 TFUE), così come la più puntuale regolamentazione degli atti delegati (art. 290 TFUE) e degli atti esecutivi (art. 291 TFUE) non hanno introdotto elementi decisivi ai fini della separazione tra atti normativi e atti generali.

Gli sforzi della dottrina non sono ancora approdati a risultati soddisfacenti nell'opera di perimetrazione delle due categorie, alternando il ricorso ora a criteri formali ora a criteri sostanziali. L'avvicinamento funzionale delle due categorie (gli atti amministrativi generali si riempiono spesso di contenuti prescrittivi, mentre i regolamenti dell'amministrazione dispiegano talora efficacia provvedimentoale) ha messo in discussione alcune differenze di regime tra le due categorie che un tempo erano pacifiche. Tra le più vistose si annoverava quella per cui soltanto per gli atti normativi è necessario un espresso fondamento legislativo, mentre il potere di emanare atti amministrativi generali sarebbe implicito nella titolarità del potere amministrativo; soltanto agli atti normativi si applicava la regola *iura novit curia*, che esonera la parte privata dall'onere di allegazione delle norme applicabili. Il principio della domanda che informa il processo amministrativo, tuttavia, richiede che sia il ricorrente nell'atto introduttivo a specificare i motivi di ricorso (art. 40, comma 1, lett. c, c.p.a.) ossia i profili per i quali l'atto si ritiene viziato, attraverso la puntuale indicazione degli articoli di legge o di regolamento violati. Il giudice amministrativo non potrebbe allora individuare d'ufficio il "parametro normativo" da utilizzare per verificare la legittimità dell'atto impugnato. È previsto il ricorso per Cassazione per «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto» ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.; tuttavia l'art. 111, ultimo comma, Cost., prevede il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato soltanto per motivi di giurisdizione,

pertanto resterebbe comunque precluso alla Cassazione un sindacato riguardante l'errata applicazione da parte del giudice amministrativo delle norme invocate.

Soltanto la violazione degli atti normativi, ossia dei regolamenti dell'amministrazione, determina l'invalidità del provvedimento amministrativo emanato in loro difformità, per violazione di legge.

Sul punto si è osservato come l'annullabilità del provvedimento amministrativo richiamata nell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990 si produca con riguardo alle tre tipologie di vizi di legittimità in esso contemplate. Ne deriva che anche il mancato rispetto di un atto amministrativo generale (ad esempio, un bando di gara o di una circolare) potrebbe comunque inficiare la legittimità del provvedimento impugnato per il vizio di eccesso di potere.

Soltanto agli atti normativi si dovrebbero applicare i criteri interpretativi previsti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (le cc.dd. disposizioni preliminari al codice civile). Per l'interpretazione degli atti amministrativi si discute se si debba far riferimento alle disposizioni codicistiche in materia di contratti (art. 1362 c.c.), tuttavia il carattere unilaterale e soprattutto autoritativo dei provvedimenti amministrativi solleva non poche criticità, che potrebbero spingere l'interprete ad adottare un metodo ermeneutico analogo a quello previsto per le fonti normative.

Di regola, in quanto atti amministrativi in senso soggettivo, i regolamenti possono essere impugnati di fronte al giudice amministrativo ma solo unitamente al provvedimento amministrativo che li applica, non essendo possibile configurare l'interesse ad agire in presenza dell'astrattezza dell'atto normativo, a causa della sua incapacità di determinare una lesione diretta ed immediata nella sfera giuridica soggettiva del ricorrente. I regolamenti non possono essere oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale.

Per l'identificazione degli atti normativi, dottrina e giurisprudenza hanno ciclicamente individuato criteri di tipo materiale, quali la generalità, l'astrattezza e la novità; o più raramente lo "spessore politico" dell'atto normativo, in grado di segnare la distinzione rispetto ad altri atti che possiedono, invece, un contenuto prevalentemente esecutivo e specificativo di scelte effettuate da altri atti normativi.

Questi criteri materiali non sempre sono risultati risolutivi, al punto che il legislatore ha cercato di venire in soccorso dell'interprete attraverso l'introduzione di indici formali (art. 17, comma 4, l. n. 400/1988). L'insoddisfazione verso i criteri materiali dell'atto normativo è ascrivibile a una pluralità di ragioni; se, infatti, il carattere della novità – inteso come idoneità dell'atto ad introdurre un *quid novi* nell'ordinamento giuridico – ha

condotto, sotto l'influenza delle teorie gradualiste *kelseniane*, ad una dilatazione eccessiva della figura dell'atto normativo (fino a svuotarla, sul piano scientifico, di un'effettiva capacità descrittiva), il binomio generalità/astrattezza, laddove tradizionalmente inteso, non sempre è risultato proficuo nel tentativo di discriminare gli atti normativi da quelli generali dell'amministrazione.

La generalità, infatti, viene per lo più fatta coincidere con l'ambito soggettivo di efficacia dell'atto, ossia con la circostanza che esso indichi una serie indefinita di soggetti e di situazioni non individuabili al momento dell'emanazione dell'atto stesso. Il carattere della generalità, inteso come modalità aperta di determinazione dei destinatari, sarebbe comune sia agli atti normativi che a quelli generali. Con la differenza che nel caso degli atti normativi l'indeterminatezza si configura sia *a priori* sia *a posteriori* (Aduanza Plenaria, Cons. Stato n. 9/2012).

L'unico elemento ritenuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza capace di esprimere la natura normativa di un atto è quello dell'astrattezza, riferita all'ambito oggettivo dell'atto, ossia alla suscettibilità di indefinita e reiterata applicazione a tutte le ipotesi future che rientrino nella previsione della norma.

Questa definizione non riesce sempre ad essere proficuamente applicata alla classificazione degli atti normativi e dei regolamenti. Dall'analisi della giurisprudenza si registra una duplice tendenza, che spinge verso una differente qualificazione dell'astrattezza prendendo in considerazione non solo l'idoneità dell'atto ad essere oggetto di successive e potenzialmente indefinite applicazioni, ma anche le modalità con le quali l'atto è in grado di incidere le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari. Da un lato, sono state individuate categorie di regolamenti prive dell'elemento dell'astrattezza, inteso secondo l'accezione sopra descritta, in quanto la disciplina in essi contenuta costituisce la fonte diretta dell'assetto di interessi predisposto, senza che occorra un ulteriore atto applicativo per costituire, modificare o estinguere il rapporto tra privati e cittadini, o tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Questi regolamenti non contengono l'indicazione di profili disciplinari, che verranno successivamente applicati al singolo caso dalla pubblica amministrazione, ma costituiscono essi stessi strumenti di cura di interessi pubblici concreti: specifica efficacia provvedimento di atti formalmente qualificati come regolamenti, che trova conferma nel loro regime processuale, essendone consentita l'immediata impugnazione. Scissione tra forma (legislazione primaria) e contenuto (provvedimentale) che in modo emblematico investe anche i contenuti della funzione legislativa, attraverso il fenomeno delle leggi-provvedimento.

Dall'altro lato, invece, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato una sotterranea evoluzione della disciplina degli atti generali, in particolare di quelle categorie che – essendo manifestazione di funzione di programmazione e di pianificazione – si allontanano in maniera vistosa dagli schemi tradizionali degli atti amministrativi, sotto il profilo della loro efficacia, risultando talora inidonei a produrre effetti immediati nella sfera dei destinatari; verrebbe inoltre a sfumare uno dei tratti materiali costanti nella definizione degli atti generali, ossia la produzione di effetti *una tantum*, che si esauriscono con l'applicazione dell'atto. La difficoltà di impiegare proficuamente la distinzione tra il disporre in astratto e il provvedere in concreto quale criterio valido per discriminare gli atti normativi da quelli generali, data l'interferenza e l'"interscambiabilità" riscontrata nell'utilizzo che le amministrazioni compiono delle suddette categorie di atti, ha spinto la giurisprudenza a verificare anche l'attitudine dell'atto, normativo o generale, ad incidere direttamente sulle situazioni soggettive dei destinatari, quale criterio in grado di mettere in discussione la *ratio* che nella l. n. 241/1990 ha giustificato la loro sottoposizione ad un regime derogatorio.

8. Atti di regolazione

Nell'attuale ordinamento amministrativo multilivello si assiste ad un tentativo di superamento della distinzione concettuale tra atti normativi e atti generali dell'amministrazione, quale conseguenza delle richiamate spinte funzionaliste provenienti dal diritto europeo e della proliferazione e diversificazione funzionale degli atti generali, non più riconducibili ad uno statuto unitario, che hanno finito per rendere meramente descrittivi e scientificamente poco utili i differenti tentativi di classificazione. Alcuni atti amministrativi generali sembrerebbero possedere anche l'elemento dell'astrattezza, rendendo labile la loro distinzione dagli atti normativi. Le suddette tendenze spingono a ricondurre sotto l'ombrello di una nozione più elastica, quella della regolazione, sia le c.d. fonti normative in senso stretto, sia gli atti c.d. di regolazione non aventi natura normativa. Questa deriva uniformante potrebbe tuttavia risultare pericolosa per le garanzie riposte nel rispetto dello Stato di diritto e nella divisione dei poteri, soprattutto per quanto attiene alla capacità degli atti c.d. di regolazione non aventi natura normativa di incidere, e sacrificare, le situazioni giuridiche soggettive degli amministrati al di fuori del sistema delle riserve di legge.

9. Circolari

La collocazione delle circolari nella parte dedicata alle fonti secondarie del diritto si giustifica in considerazione del ruolo da esse svolto quali fonti principali delle c.d. norme interne.

Su di un piano etimologico, le circolari rimandano all'origine interna all'organizzazione militare, che determinò equivoci sulla loro natura giuridica a causa della identificazione tra mezzo, la circolare con la quale veniva diffuso un ordine tra ufficiali subalterni, e contenuto, il comando impartito.

La dimensione gerarchica era propria anche dell'organizzazione amministrativa del periodo liberale, che recepì l'utilizzo della circolare quale modalità di comunicazione degli ordini per lo svolgimento degli affari amministrativi. In questo specifico contesto emerse la loro tradizionale qualificazione come atti amministrativi deputati a veicolare in una modalità generale ed astratta regole di condotta tra autorità sovra-ordinate e sotto-ordinate.

L'equivoco circa la qualificazione delle circolari come atti normativi è ascrivibile alla elaborazione dottrinale della nozione di ordinamento amministrativo, inteso come ordinamento derivato, che ne accentuò il carattere di norme interne. Secondo la prospettiva del pluralismo istituzionale, infatti, è l'ordinamento generale a riconoscere rilevanza alle norme degli ordinamenti derivati e tra questi anche a quello costituito dall'organizzazione amministrativa, originariamente confinato nell'irrilevante giuridico e quindi ritenuto fonte di norme improduttive di effetti verso l'esterno.

Con il tempo sono emerse alcune incongruenze relative alla natura e agli effetti delle circolari che ne hanno messo in discussione sia il carattere normativo, sia l'efficacia interna all'ordinamento amministrativo.

L'assenza di normatività dipende, infatti, dalla loro prevalente funzione interpretativa; la circostanza che le circolari siano indirizzate ad una pluralità/generalità di uffici della pubblica amministrazione, tenuti ad attenersi alle indicazioni e direttive in esse contenute, non può essere confusa con l'elemento dell'astrattezza, intesa quale tratto caratterizzante gli atti normativi, ossia quale idoneità dell'atto ad essere oggetto di reiterate e teoricamente infinite applicazioni.

Sottoposto a rivisitazione critica risulta, inoltre, il profilo relativo alla loro efficacia meramente interna; la prassi ha dimostrato come le circolari producano effetti non solo nei rapporti interorganici, ma talora anche nei rapporti intersoggettivi.

Attualmente prevale l'impostazione che recupera alle circolari l'originario carattere di strumento di comunicazione e quindi di "misura di conoscenza", non riconducibile né all'atto normativo né all'atto amministrativo.

Resta tuttavia lo scollamento tra il disconoscimento della loro natura normativa e il grado di effettività che continua a connotare l'osservanza delle circolari da parte della burocrazia, non già per ragioni di tipo giuridico-formale bensì per ragioni legate all'autorevolezza dell'autorità emanante.

La giurisprudenza pressoché unanime nega alle circolari natura di fonti normative, riconoscendo loro la funzione di indirizzo interpretativo, specificando altresì come esse non possano prevalere sulle fonti primarie e secondarie. Da ciò deriva l'inidoneità delle circolari a determinare effetti lesivi sulle situazioni giuridiche soggettive e pertanto esse non sono passibili di diretta impugnazione di fronte al giudice amministrativo.

Sulla base delle indicazioni offerte dalla giurisprudenza si è soliti raggruppare le circolari in alcuni tipi, muovendo dalla loro funzione e dai loro effetti. Tra questi si distinguono le circolari interpretative, normative e informative.

La funzione delle circolari interpretative è quella di fornire indicazioni circa la corretta interpretazione delle norme da parte di autorità amministrative sovra-ordinate nei confronti di quelle sotto-ordinate. Il venir meno del criterio gerarchico nelle relazioni organizzative ha reso più labile la coerenza delle circolari interpretative. Esse possono comunque essere disattese previa adeguata motivazione.

Le circolari normative sono espressione dell'indirizzo politico che autorità sovra-ordinate possono impartire nei confronti di autorità sotto-ordinate. Esse intanto possono essere emanate in quanto contengano direttive riguardanti l'esercizio di poteri discrezionali: a fronte di potere amministrativo vincolato sono concepibili solo circolari interpretative. Anche le circolari normative consentono all'autorità amministrativa di discostarsi dalle indicazioni in esse contenute, in presenza di una motivazione ragionevole.

Le circolari informative hanno ad oggetto la comunicazione di notizie ed informazioni, rispondono dunque alla logica divulgativa, coerente con la loro originaria funzione di staffetta circolare tipica del contesto militare.

Le circolari non possono essere oggetto di una trattazione unitaria: i loro effetti, la loro coerenza, variano a seconda del loro contenuto e della relazione organizzativa nella quale si inseriscono.

10. *L'ordinamento amministrativo europeo e le sue fonti*

La Comunità economica europea, denominata Unione europea con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (TUE e TFUE), si è realizzata prevalentemente sul versante amministrativo dando luogo

all'ordinamento amministrativo europeo, composto dalla amministrazione diretta dell'Unione e dalle amministrazioni nazionali, disciplinato da un sistema di fonti multilivello, ispirato non unicamente a rapporti di sovra e sotto ordinazione ma prevalentemente di integrazione funzionale. La progressiva evoluzione dell'ordinamento europeo ha reso inadeguate le ricostruzioni fondate sulla contrapposizione dualistica tra amministrazione diretta e amministrazione indiretta dell'Unione in ragione della progressiva emersione di nuove forme di esecuzione o di amministrazione congiunta/intrecciata, che ne hanno evidenziato la specificità organizzativa e istituzionale. L'incerta decifrazione di questa specificità consente di affermare come al difficile inquadramento teorico della natura istituzionale dell'ordinamento amministrativo europeo nella prospettiva dualistica o monistica – o nella prospettiva istituzionale che lo qualifica come ordinamento di ordinamenti, spazio giuridico europeo, *Verwaltungsverbund*, “istituzione di istituzioni” – si contrapponga l'indiscussa capacità di questo ordinamento di riflettere la superiorità del suo diritto in una dimensione transnazionale. L'insieme composito delle fonti del diritto europeo, costituito da norme scritte e non scritte, e da principi, trova un punto di convergenza nel suo comune riferimento allo spazio giuridico europeo.

L'ordinamento amministrativo europeo, definito già nel 1963 dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come un “ordinamento di nuovo genere”, sia pur progressivamente allontanatosi dal modello internazionalistico, si fonda sin dai Trattati istitutivi del 1957 sui principi del primato e dell'effetto diretto, che hanno garantito la progressiva uniformazione delle discipline nazionali nelle materie attribuite alla competenza dell'allora Comunità economica europea, concentrata dapprima sulla garanzia delle libertà economiche fondamentali (libertà di circolazione di servizi, merci, capitali, persone) e, dopo la sua trasformazione in Comunità di diritto, incline a garantire in modalità incrementale i diritti dei cittadini europei.

L'art. 6, par. 1, del Trattato UE riconosce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati, attribuendo così alla protezione dei diritti previsti dalla Carta una portata costituzionale.

In base all'art. 6, par. 3, TUE, invece, i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali; quest'ultima disposizione codifica gli esiti di una costante giurisprudenza comunitaria che da tempo rinviava agli *standard* di tutela dei diritti umani garantiti dalla CEDU. Con il parere n. 2/13 la Corte di giustizia si è espressa negativamente sul progetto di accordo relativo all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le argomentazioni

del parere si fondano su due aspetti rilevanti: l'Unione europea non è uno Stato e la sottoposizione delle sentenze della Corte di giustizia al controllo della CEDU avrebbe messo in discussione "l'integrità" e l'autonomia del diritto dell'Unione. Pertanto la CEDU non costituisce un atto giuridico integrato nell'ordinamento europeo, con la conseguenza che il diritto dell'Unione non si estende a regolamentare i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici nazionali (Corte cost. nn. 348 e 349/2007, [in www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

L'attenzione che la Corte di giustizia dedica alla protezione dei diritti fondamentali dopo Lisbona ha finito per rendere non più attuale la teoria dei c.d. "controlimiti" nata nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana con l'obiettivo di preservare un nucleo, coincidente con i diritti inalienabili della persona umana, resistente al primato del diritto europeo.

La particolarità dell'ordinamento europeo si rinviene nella specifica relazione di superiorità delle norme del diritto primario (Trattati, TFUE e TUE) e del diritto derivato (Regolamenti, Direttive, Decisioni, Pareri e Raccomandazioni) emanate dalle istituzioni europee (Parlamento, Consiglio, Commissione) sugli ordinamenti nazionali, con l'effetto di determinare la disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con quelle poste dal diritto europeo, sia da parte dei giudici nazionali sia da parte degli organi amministrativi che sono tenuti ad applicarle (sentenza Costanzo, Corte di giustizia, 22 giugno 1989, C-103/88). Il superamento del criterio gerarchico, tradizionalmente inteso, per la ricostruzione di un sistema delle fonti volto a disciplinare l'apparato amministrativo europeo, policentrico e disaggregato, trova un ambito privilegiato di osservazione nella relazione tra ordinamento amministrativo europeo e ordinamenti nazionali, posto che il primo, sia pur derivato da questi ultimi (sentenza della Corte costituzionale tedesca, c.d. *Lissabon Urteil*), prevale sulle norme dei secondi.

Il primato del diritto europeo si articola nel principio dell'effetto diretto, in base al quale, a partire dalla rivoluzionaria sentenza *van Gend & Loos*, le norme europee non creano soltanto degli obblighi di conformazione nei confronti degli Stati e delle autorità amministrative ma creano diritti in capo ai singoli, che questi ultimi possono azionare direttamente di fronte ai giudici nazionali. In questo quadro la "mobilitazione" dei singoli per l'attuazione del diritto europeo ha rappresentato un fondamentale fattore di integrazione. Questa specifica caratteristica del diritto europeo si produce soltanto laddove le norme europee abbiano un contenuto chiaro e preciso, tale da non determinare la necessità di misure nazionali di trasposizione. Il principio del primato, infatti, richiede la presenza di due presupposti: oltre al contenuto chiaro e preciso, le norme europee devono riguardare materie espressamente attribuite alla competenza dell'Unione (art. 5, par. 2,

TUE), giustificando in tal modo l'esplicita cessione di sovranità da parte degli Stati che, nella prospettiva della Corte costituzionale tedesca, restano *Herren der Verträge* (Signori dei Trattati); la particolare natura dell'UE ha tuttavia fatto emergere un'interpretazione non meccanica del principio di attribuzione al fine di consentire l'effettiva realizzazione delle competenze attribuite alle istituzioni europee.

Negli ambiti espressamente attribuiti alla competenza dell'UE l'autonomia normativa degli Stati membri risulta così notevolmente ridimensionata (art. 117, comma 1, Cost).

11. Innovazioni post Lisbona e fonti del diritto derivato europeo: la nozione procedurale di atto legislativo. Gli atti di esecuzione

La mancata approvazione nel 2007 del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" ha prodotto come conseguenza un riassetto e una "smobilitazione linguistica" dovuta all'esigenza di correzione lessicale di alcune espressioni, che sarebbero, invece, state coerenti nel contesto del fallito progetto di Costituzione europea. Si allude in particolare alla eliminazione delle leggi europee e delle leggi quadro europee, che avrebbero conferito un differente peso politico al legislatore europeo. Alle norme dei Trattati, tuttavia, si continua a riconoscere una portata costituzionale, soprattutto per il fatto di contenere la disciplina delle fonti di diritto derivato, che sono previste agli artt. 288 ss. TFUE.

Il TFUE così come modificato dopo Lisbona non reca una disciplina innovativa delle fonti di diritto derivato, che restano sostanzialmente invariate rispetto alla versione precedente del Trattato, ma attraverso la distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi (art. 290 TFUE) ha tentato di introdurre una nozione procedurale di atto legislativo in grado di assumere una posizione di sovra-ordinazione rispetto agli altri atti. Per comprendere i cambiamenti riguardanti il quadro delle fonti del diritto derivato post Lisbona occorre fare riferimento al significato più elastico della nozione di atto giuridico nel diritto amministrativo europeo, utilizzata sia per riferirsi agli atti normativi sia a quelli amministrativi, nonché considerare il carattere meno rigoroso che il principio di separazione tra poteri riveste nell'assetto istituzionale dell'Unione. In questo contesto, infatti, nonostante alcuni tentativi, non si è ancora giunti a stabilire una relazione di specularità tra specifica legittimazione democratica delle istituzioni europee, tipologia di atto emanato e sua conseguente superiorità gerarchica. In altri termini, non si è mai arrivati a replicare a livello europeo quella "saldatura tra piano politico e piano giuridico" esclusiva degli ordinamenti

nazionali. L'art. 288 TFUE pone le istituzioni europee (Parlamento, Consiglio, Commissione) dinanzi all'alternativa di emanare uno tra gli atti in esso previsti.

Il Trattato di Lisbona, invece, all'art. 289, par. 1, TFUE introduce la procedura legislativa ordinaria, quando Parlamento e Consiglio co-decidono in ordine all'emanazione di un atto (regolamento, direttiva, decisione), su proposta della Commissione; viene così delineata una nozione procedurale di atto legislativo, sia pur inidonea a contrassegnare in maniera esclusiva una categoria specifica di atti normativi (dotati di un comune regime giuridico e sovraordinati agli altri), dal momento che le disposizioni del TFUE contemplano anche procedure legislative speciali, che sembrerebbero mettere in discussione l'assoluta portata distintiva della nozione procedurale di atto legislativo.

Alla nozione procedurale seguono delle implicazioni che riguardano l'attitudine dell'atto, emanato nel rispetto della procedura legislativa ordinaria, a stabilire una disciplina di base in un settore ricadente tra le competenze dell'Unione e quindi a fondare una relazione di gerarchia tra atti legislativi e atti delegati (art. 290 TFUE); il Parlamento e il Consiglio possono delegare alla Commissione il potere di emanare atti delegati, ossia atti non legislativi di portata generale, che integrano o modificano alcuni elementi non essenziali dell'atto legislativo.

Soltanto agli atti legislativi si applicano regole di pubblicità e di trasparenza che hanno l'obiettivo di garantire l'apertura al pubblico del procedimento legislativo.

Il Trattato di Lisbona oltre alla distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi aggiunge una più specifica regolamentazione degli atti di esecuzione, consentendo alla Commissione, ed in casi specifici anche al Consiglio, di emanare atti di esecuzione ogni qualvolta nello spazio giuridico dell'Unione siano necessarie condizioni uniformi per l'attuazione di atti comunitari giuridicamente vincolanti (art. 291, par. 2, TFUE), discostandosi in tal modo dall'impostazione secondo la quale sono le amministrazioni nazionali responsabili dell'attuazione del diritto europeo (c.d. federalismo di esecuzione).

12. Fonti del diritto derivato europeo

L'art. 288 TFUE individua gli atti di diritto derivato stabilendo una netta distinzione tra atti vincolanti (Regolamenti, Direttive, Decisioni) e atti non vincolanti (Pareri e Raccomandazioni), anche se la giurisprudenza della Corte di giustizia ha da tempo riconosciuto alle raccomandazioni un potere

di indirizzo, che si è tradotto nell'aver queste ultime costituito parametro di riferimento per l'interpretazione di alcuni atti delle istituzioni europee e quindi sono state talora impiegate ai fini del controllo giurisdizionale (raccomandazioni in materia di concentrazioni orizzontali) (caso *Grimaldi*).

Gli atti di diritto derivato possono indifferentemente essere emanati dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione, in modo coerente con l'accennata assenza di connessione biunivoca tra specifica legittimazione dell'istituzione europea e regime dell'atto emanato. L'art. 288 TFUE distingue le elencate tipologie di atti di diritto derivato in relazione agli effetti giuridici che questi ultimi sono in grado di produrre.

Il Regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri (art. 288, par. 2, TFUE). La portata generale si riferisce al suo ambito soggettivo di applicazione, ossia alla circostanza che si rivolge a classi aperte di destinatari non identificabili al momento della sua applicazione. Il regolamento non consente una applicazione parziale o incompleta, ma richiede ai suoi destinatari di conformarsi pienamente ad esso. I regolamenti sono vincolanti nei confronti delle istituzioni dell'UE, degli Stati membri, delle persone fisiche, con la conseguenza che essi creano in capo ai cittadini dell'Unione doveri e diritti, che questi ultimi possono azionare direttamente dinanzi ai giudici nazionali. I regolamenti sono immediatamente applicabili negli Stati membri dell'Unione, indipendentemente da un atto nazionale di recepimento. Per produrre effetti diretti il regolamento non deve contenere disposizioni, chiare e incondizionate. Esso produce effetti sia verticali che orizzontali, fondando il potere amministrativo delle autorità nazionali e di quelle europee.

Le Direttive vincolano gli Stati membri cui sono destinate al raggiungimento di un risultato, lasciando un margine di discrezionalità agli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi da impiegare (art. 288, par. 3, TFUE). Diversamente dal regolamento la direttiva non indica le modalità con le quali raggiungere il risultato. Le direttive, a differenza dei regolamenti, non sono sempre direttamente applicabili. Le direttive producono effetti diretti soltanto in presenza di tre presupposti: il contenuto della direttiva deve essere sufficientemente preciso, nel senso che deve essere determinato con completezza, senza bisogno di alcuna puntualizzazione di dettaglio; deve essere altresì incondizionato, ossia tale da escludere qualsiasi discrezionalità da parte degli Stati membri in ordine alla sua attuazione; il termine previsto dalla direttiva per la sua attuazione negli Stati membri (e in particolare nello Stato membro nei cui confronti il singolo voglia far valere la disposizione comunitaria) deve essere scaduto.

L'individuazione di un'autonoma categoria di direttive *self-executing* con caratteristiche sostanziali specifiche non risulta pienamente conforme alle indicazioni della Corte di giustizia, che sebbene abbia più volte riconosciuto efficacia diretta alle direttive una volta scaduto il termine assegnato agli Stati membri per il loro recepimento, non ha mai esonerato gli Stati dall'obbligo di trasposizione di tutte le direttive.

A differenza dei Regolamenti, le Direttive producono solo effetti verticali.

Le decisioni sono di regola accostate ai nostri provvedimenti amministrativi (art. 288, par. 4, TFUE). La novità più rilevante introdotta dal Trattato di Lisbona riguarda la distinzione tra decisioni individuali, dove i destinatari sono espressamente individuati nell'atto, e decisioni generali, rivolte a classi indeterminate di destinatari. Entrambe queste due tipologie risultano manifestazione di attività provvedimento delle amministrazioni dell'Unione. Tra le decisioni si annoverano però anche quelle che hanno contenuto normativo, tra le quali le decisioni di esecuzione della Commissione, previste dall'art. 291 TFUE, che attribuisce alla Commissione il potere di emanare decisioni di esecuzione di atti europei di diritto derivato al fine di agevolarne l'uniforme applicazione negli Stati membri.

I pareri e le raccomandazioni costituiscono degli atti giuridici dell'Unione non vincolanti (art. 288, par. 5, TFUE). Questa affermazione deve essere in alcuni casi corretta. Alcune norme di diritto derivato contemplano infatti la figura dei pareri c.d. conformi, che l'amministrazione non può disattendere. La natura non vincolante delle raccomandazioni è stata messa in discussione dalla Corte di giustizia, che sia pur confermando in linea di principio la non vincolatività di tali atti ne ha tuttavia sottolineato l'idoneità a condizionare il giudice nell'interpretazione degli altri atti vincolanti emanati dalle istituzioni comunitarie, e quindi ne ha evidenziato la capacità di produrre un rilevante effetto giuridico (Corte di giustizia, 13 dicembre 1989, C-322/88).

Accanto agli atti di diritto derivato menzionati nell'art. 288 si individuano altre categorie di atti emanati dalle istituzioni comunitarie, definiti atipici poiché non espressamente disciplinati nelle norme dei Trattati. Tra questi si annoverano le comunicazioni, gli orientamenti, le linee guida, che sono tutti riconducibili al genere denominato *soft law* ma che sono stati spesso impiegati dal giudice europeo come parametri di riferimento per il riesame della legittimità di alcuni atti della Commissione ([Tribunale, 25 agosto 2007, T-282/06, Sun Chemical e a. c./Commissione](#)). In altri termini, nonostante il *soft law* non costituisca fonte del diritto, perché per sua definizione non cogente, ad esso viene riconosciuto un potere di indirizzo nei confronti dei giudici e delle amministrazioni.

Bibliografia essenziale

- BERTI G., *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1994.
- BIN R., *Soft Law, No Law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.
- CAMMEO F., *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giur. it.*, 1920, III, 1.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CERULLI IRELLI V., *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021.
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.
- CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2020.
- DE LUCIA L., MARCHETTI B., *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.
- DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.
- LAZZARA P., *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. Amm.*, 2018.
- MASING J., *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlino, 1997.
- MIGLIO G., *Le contraddizioni dello Stato unitario*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Venezia, 1969.
- MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, Luiss University Press, 2015.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- ORLANDO V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, parte complementare al vol. I, *Principi di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1897.
- ORLANDO V.E., *Diritto pubblico generale, scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940.
- ROMANO ALB., *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 881 ss.
- ROMANO ALB., voce *Autonomia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1987, 30 ss.
- ROMANO SANTI, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Firenze, 1946.
- ROMANO TASSONE A., *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 41 ss.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001.
- SCHMIDT-ARMANN E., *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, 2015.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2004, 259 ss.
- ZANOBINI G., *Parità e gerarchia nel sistema delle fonti*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.

