

Vincenzo Lopilato

Manuale di diritto amministrativo

Volume I

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

**Manuale di
diritto amministrativo**

Volume I

Capitolo 3

Fonti interne secondarie e atti amministrativi generali

SOMMARIO: 1. Premessa. – *Parte Prima. Regolamenti.* – 2. Regolamenti: inquadramento generale. – 3. Fondamento e riserva di potere regolamentare. – 4. Regolamenti statali. – 4.1. Procedimento di formazione. – 4.2. Fuga dal regolamento e atti normativi “atipici”. – 5. Regolamenti regionali. – 6. Regolamenti degli enti pubblici: cenni. – 7. Riparto di competenze tra potere regolamentare statale, regionale e locale. – 8. Forme di tutela nei confronti dei regolamenti. – 8.1. Atto presupposto normativo e invalidità derivata. Sistema di impugnazione dei regolamenti innanzi al giudice amministrativo. – 8.2. Disapplicazione dei regolamenti. – 8.3. Situazioni giuridiche e modalità di impugnazione dei regolamenti. – 9. Consuetudine. – *Parte Seconda. Atti amministrativi generali e altre ipotesi di atti presupposti. Prassi amministrativa, norme interne e circolari.* – 10. Atti amministrativi generali. – 11. Atto presupposto generale e invalidità derivata. Sistema di impugnazione degli atti amministrativi generali. – 11.1. Bandi di gara e di concorso. – 11.2. Impugnazione degli strumenti urbanistici: rinvio. – 12. Atti presupposti individuali e invalidità derivata. – 13. Atti procedurali e invalidità derivata. – 14. Norme interne e prassi. – 15. Circolari. – *Parte Terza. Atti di incerta qualificazione.* – 16. Potere di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti. – 17. Ordinanze di necessità e di urgenza: nozione, caratteri identificativi, rapporti con il principio di legalità, limiti e distinzione rispetto agli atti necessitati. – 17.1. Natura giuridica. – 17.2. Tipologie di ordinanze. – 17.2.1. *Segue:* poteri del Sindaco. – 17.2.2. *Segue:* nel settore sanitario. – 17.2.3. *Segue:* nel settore della protezione civile. – 17.2.4. *Segue:* nel settore dell'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19: rinvio. – 17.2.5. *Segue:* nel settore della pubblica sicurezza e della sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti. – 17.3. Forme di tutela. – 18. Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.) di contenimento e contrasto dei rischi sanitari relativi all'emergenza epidemiologica da Covid-19. – 18.1. Natura giuridica dei d.p.c.m. e principio di legalità. – 18.2. Riparto di competenze tra i diversi livelli istituzionali di governo. – 18.3. Forme di tutela. – 19. Bandi militari; carte di servizi; provvedimenti prezzo; capitolati generali. – 20. *Soft law.* – 20.1. Codici di autoregolamentazione. Codici deontologici. – 20.2. Codici di condotta diversi.

1. Premessa

Nel presente capitolo verranno trattate le fonti secondarie, anche in relazione agli atti amministrativi generali, al fine di delinearne sia il regime giuridico, sia la natura (e, in alcuni casi, la posizione soggettiva fatta valere) per valutare come essa incida sul sistema di tutela giurisdizionale e, dunque, sul regime di impugnazione.

Rispetto a quanto esposto nel secondo capitolo, relativo alle fonti primarie, è necessario considerare che le fonti secondarie, in quanto atti formalmente amministra-

tivi e solo sostanzialmente normativi, possono essere oggetto del sindacato del giudice amministrativo. In particolare, nella trattazione che si svolgerà, verrà in rilievo, in relazione a quegli atti che assumono la connotazione di “atti presupposti”, il concetto di invalidità derivata. Questa diversità giustifica un esame “unitario” delle fonti e delle forme di tutela, senza distinguere, come fatto nel secondo capitolo, tra “fonti” e “implicazioni di diritto amministrativo”.

Parte Prima

Regolamenti

2. Regolamenti: inquadramento generale

Con il termine regolamento si fa riferimento ad una serie di atti normativi differenti dalla legge.

I regolamenti che verranno trattati in questa sede sono i regolamenti statali, regionali e degli Enti locali e non anche, per la loro peculiarità nel sistema delle fonti, i regolamenti europei [cap. 4, par. 2.3].

Essi sono generalmente definiti come atti “formalmente amministrativi” e “sostanzialmente normativi”.

La natura amministrativa è conseguenza del fatto che i regolamenti sono adottati da pubbliche amministrazioni e, in particolare, da organi di indirizzo politico-amministrativo e non da organi dirigenziali [cap. 8, par. 19, per la distinzione tra detti organi]: Governo e Ministri (regolamenti statali); Giunta o Consiglio regionale (regolamenti regionali); Consiglio comunale (regolamenti locali). I regolamenti vengono in rilievo, inoltre, nella vicenda amministrativa quali atti presupposti dotati di una loro autonomia funzionale [par. 8.1].

La natura normativa è conseguenza dell'attitudine dei regolamenti a contenere, salvo ipotesi eccezionali [par. 8.1], norme giuridiche generali e astratte e non precetti puntuali e concreti. Nel sistema delle fonti essi sono norme secondarie, come si desume dalla Costituzione [cap. 2, par. 2] e dall'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale, il quale dispone che «*i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi*».

3. Fondamento e riserva di potere regolamentare

L'individuazione del fondamento, costituzionale o solo legislativo, del potere regolamentare ha sempre costituito oggetto di dibattito.

La Costituzione contiene un riferimento alla potestà regolamentare dello Stato al-

l'art. 87, comma 5, il quale prevede che «*il Presidente della Repubblica emana (...) i regolamenti*».

La Corte Costituzionale ha precisato che tale norma «*contiene una semplice enunciazione delle competenze del Capo dello Stato (...) compresa quella di emanare regolamenti*» ma «*quali siano questi regolamenti e quale il procedimento che deve essere seguito per la loro formazione non è (...) indicato dalla Costituzione, dalla quale i regolamenti sono presupposti*»¹.

Il potere regolamentare è menzionato anche nell'art. 117, comma 6, Cost., il quale prevede che: *i) «la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni»; ii) «la potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia»; iii) «i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*».

Un orientamento minoritario sostiene che la disposizione in esame non si limiti a determinare gli ambiti della potestà regolamentare tra i diversi livelli istituzionali di governo [su cui si v. par. 7], ma attribuisca anche un fondamento costituzionale alla potestà regolamentare del Governo, delle Regioni e degli Enti locali². Tale convincimento ha indotto parte della dottrina a ritenere che non siano costituzionalmente ammesse fonti normative secondarie diverse dai regolamenti proprio perché la Costituzione menziona espressamente soltanto detta modalità di produzione normativa [par. 4.2, per i riferimenti agli atti normativi “atipici”].

L'orientamento prevalente è nel senso che l'art. 117 Cost. si limiti a definire soltanto le modalità di riparto di competenze tra le fonti regolamentari senza assegnare ad esse ambiti di disciplina costituzionalmente necessari, ad eccezione della riserva regolamentare a favore degli Enti locali [par. 7]³.

Il fondamento del potere regolamentare è rinvenibile, pertanto, esclusivamente nella legge, sia se si ha riguardo alla natura formalmente amministrativa dei regolamenti, sia se si ha riguardo alla loro natura sostanzialmente normativa.

In relazione alla natura amministrativa, opera il principio di legalità nelle sue diverse declinazioni (legalità-indirizzo e legalità-garanzia). Essendo i regolamenti atti amministrativi, essi devono rispettare il suddetto principio. È bene aggiungere che, avendo i regolamenti normalmente un contenuto generale e astratto, il rapporto con il principio di legalità si atteggia in maniera diversa e ha valenza meno stringente rispetto al rapporto che sussiste tra legge e provvedimento puntuale [cap. 1, par. 2.3.1].

In relazione alla natura normativa, l'art. 70 Cost. dispone che «*la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*». Il sistema delle fonti primarie è un sistema “chiuso” a livello costituzionale [cap. 2, par. 2]. Esiste un divieto di istituire fonti concorrenziali rispetto alla legge: il legislatore non può spogliarsi della titolarità

¹ Corte cost. n. 79 del 1970.

² N. Lupo, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 430.

³ G. Guzzetta, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 1127.

di funzioni legislative attribuitagli dalla norma costituzionale né delegarle fuori dalle ipotesi ammesse dall'art. 76 Cost. Ne consegue che nel momento in cui la fonte primaria conferisce una funzione regolamentare, essa deve predeterminare condizioni e presupposti idonei a guidarne l'esercizio e connotarne così il contenuto di fonte secondaria nel senso di fonte subordinata alla legge. Se, invece, l'attribuzione del potere fosse generica, la mancanza di limiti all'esercizio di tale potere delinerebbe di fatto una fonte sostanzialmente equiparata alla legge, in contrasto con l'esposto assetto costituzionale fondato sul "numero chiuso" delle fonti primarie. In definitiva, il legislatore, in mancanza di una riserva regolamentare (tranne che per i regolamenti locali), è libero di creare una fonte regolamentare, ma se decide di farlo deve rispettare l'*iter* sopra prefigurato.

L'individuazione nella legge del fondamento del potere regolamentare pone la questione relativa al rapporto tra principio di legalità e riserva di legge.

La Costituzione contempla riserve di legge e cioè regole di esercizio della funzione legislativa che impongono al legislatore di disciplinare una determinata materia, evitando così che la stessa, per la sua delicatezza, venga regolata da atti gerarchicamente sottordinati alla legge.

La riserva di legge costituisce un limite al potere esecutivo e un vincolo al potere legislativo e può, per quanto rileva in questa sede, essere assoluta o relativa.

La riserva di legge assoluta presuppone che una determinata materia (ad esempio quella relativa alle libertà personali, di cui all'art. 13 Cost.) possa essere disciplinata solo dalla legge o dagli atti con forza di legge. Ne consegue che, in questi casi, non esiste neanche la libertà di attribuire al potere normativo secondario le funzioni di svolgimento della disciplina primaria, che deve essere posta in essere esclusivamente con fonti legislative, formali o sostanziali.

La riserva di legge relativa impone, invece, al legislatore la disciplina generale della materia che può, per il resto, essere demandata alla normazione secondaria.

In relazione al rapporto con il principio di legalità si sono formati due orientamenti.

Un primo orientamento ha proposto un criterio di tipo quantitativo: la legge che interviene in ambiti coperti da riserva relativa dovrebbe avere un maggior grado di determinatezza rispetto alla disciplina legislativa che viene dettata per soddisfare il principio di legalità sostanziale⁴. Si passerebbe, secondo un percorso di progressiva diminuzione del livello di predeterminazione legislativa, dalla garanzia massima costituita dalla riserva assoluta, in cui tutto deve essere contenuto nella legge, alla riserva di legge relativa, che esige un certo grado di determinazione e, infine, al principio di legalità che esige un livello inferiore di specificazione.

Un secondo orientamento⁵, preferibile, facendo leva sulla sussistenza di un fondamento costituzionale del principio di legalità, pone in dubbio la possibilità di configurare differenze rilevanti. In questa prospettiva, tutte le volte che la Costituzione

⁴ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1971, 56 ss.

⁵ L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 231.

richiama la legge lo fa per imporre il rispetto del principio di legalità. Ne consegue che le vere e proprie riserve sono soltanto quelle assolute con una sostanziale identità tra riserva di legge relativa e principio di legalità.

In definitiva, nella definizione del rapporto tra legge e regolamento, si potrebbe affermare che, in presenza di una riserva assoluta di legge, la Costituzione priva la fonte primaria del potere di disporre delle modalità di regolazione normativa. Al di fuori di questo caso, il legislatore potrebbe decidere di non delegare alla fonte regolamentare la disciplina di quel determinato settore, ma, se opta per l'attribuzione della funzione normativa, incontra il vincolo del principio di legalità ovvero, a seconda degli orientamenti, della riserva di legge relativa.

4. Regolamenti statali

Il potere regolamentare dell'Esecutivo è disciplinato dalla legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), la quale prevede una regolazione puntuale di tale potere⁶.

L'art. 17 di tale legge regola il procedimento di formazione e le tipologie dei regolamenti del Consiglio dei Ministri (commi 1, 2, 4, e 4-*bis*), nonché prevede i regolamenti ministeriali, i regolamenti interministeriali ed i regolamenti di altre «*autorità sottordinate al Ministro*» (comma 3).

La questione che si è posta è se la legge n. 400 del 1988 costituisca una legge che conferisce un fondamento generale al potere regolamentare ovvero se occorra che ci sia una legge che, di volta in volta, autorizzi l'esercizio del predetto potere.

Tale questione deve essere risolta avendo riguardo alla tipologia di regolamenti che viene in rilievo.

L'art. 17 della suddetta legge individua i seguenti regolamenti.

I regolamenti di esecuzione hanno la funzione di rendere applicabili e operative disposizioni di legge o di decreto legislativo.

L'orientamento prevalente ammette che tali regolamenti possano essere adottati senza una specifica autorizzazione legislativa: in tal caso, il rispetto del principio di legalità dovrebbe essere assicurato dall'autorizzazione operata *una tantum* dalla legge n. 400 del 1988⁷.

Un'opinione dottrinale contraria ritiene necessaria la previsione legislativa che di volta in volta autorizzi detta potestà regolamentare⁸.

I regolamenti attuativi e integrativi di leggi e decreti legislativi recanti norme di principio, con esclusione delle materie riservate alla competenza regionale, possono

⁶ Tale legge ha sostituito la legge 31 gennaio 1926, n. 100 (Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche).

⁷ E. Cheli, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 66.

⁸ G. Tarli Barbieri, *Il potere regolamentare del Governo (1996-1997): quadro generale*, in U. De Sivo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Padova, 1997, 211 ss.

prevedere una disciplina di dettaglio che integra le disposizioni legislative. Tali regolamenti, nella prassi, sono difficilmente distinguibili dai regolamenti esecutivi.

In relazione al rapporto con il principio di legalità, valgono le osservazioni sopra svolte.

I regolamenti di organizzazione disciplinano «*l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge*» (comma 1, lett. d).

A tale proposito, l'art. 97 Cost. pone una riserva relativa di legge, che non si differenzia dal principio di legalità sostanziale (nella specie di rilevanza organizzativa), stabilendo che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Tale tipologia di regolamenti è riconducibile, per gli spazi di intervento, ai regolamenti attuativi e integrativi e riceve una collocazione autonoma rispetto a questi solo per lo specifico contenuto.

I regolamenti indipendenti possono intervenire nelle «*materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge*» (art. 17, comma 1, lett. c).

Tale tipologia di regolamenti pone dubbi di conformità a Costituzione, non potendosi ritenere configurabili poteri regolamentari che, non avendo una base legislativa che ne guidi l'esercizio, opererebbero, sostanzialmente, come fonti primarie, in contrasto con il principio di legalità.

I regolamenti di delegificazione sono disciplinati dal comma 2 dell'art. 17, il quale prevede che «*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*».

Il meccanismo operativo descritto da questa norma si basa: *i*) sul concetto di «*norme generali regolatrici*», che presuppone una predeterminazione delle modalità di svolgimento della funzione regolamentare che deve soddisfare i corollari della legalità sostanziale e, dunque, avere un sufficiente livello di precisione; *ii*) sull'effetto abrogativo di leggi precedenti, che opera dal momento dell'entrata in vigore del regolamento ma è pur sempre riconducibile all'autorizzazione contenuta nella legge stessa.

La finalità perseguita è anche quella di creare, in una prospettiva di semplificazione, un modello più agile nella fase di formazione e modificazione della regolamentazione delle materie di volta in volta individuate.

Nella prassi, tale modello di delegificazione, regolato dalla legge n. 400 del 1988, è stato sottoposto, tuttavia, a significative deroghe. In numerose leggi di "delegazione regolamentare" è risultata, infatti, assente la previsione di adeguate norme gene-

rali regolatrici della materia, nonché l'indicazione delle disposizioni della legislazione previgente sottoposte ad abrogazione "differita"⁹.

La mancanza di tali norme pone un problema di conformità delle leggi a Costituzione per violazione del principio di legalità sostanziale.

Un ambito rilevante di operatività dei regolamenti in esame è costituito dai regolamenti di delegificazione nel settore dell'organizzazione e disciplina degli uffici dei Ministeri, i quali sono soggetti ad una disciplina particolare.

L'art. 17, comma 4-*bis*, dispone, infatti, che tali regolamenti sono emanati «*su proposta del Ministro competente d'intesa con il Presidente del Consiglio dei ministri e con il Ministro del tesoro, nel rispetto dei principi posti dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni*», con i contenuti e con l'osservanza di taluni criteri che vengono indicati, quale, ad esempio, la «*previsione di strumenti di verifica periodica dell'organizzazione e dei risultati*».

Si tratta di una sorta di delegificazione, tendenzialmente permanente, direttamente autorizzata dalla legge.

Parte della dottrina ha ritenuto che tale norma abbia introdotto nel sistema una "riserva di regolamento" in materia di organizzazione dei Ministeri¹⁰.

Si è criticamente rilevato come non possa ritenersi sussistente una vera e propria "riserva di regolamento" in mancanza di una norma costituzionale che sia idonea a garantirne il rispetto: la disciplina legislativa in qualunque momento potrebbe sostituirsi, infatti, alla disciplina regolamentare intervenuta in tali ambiti. Per queste ragioni, si ritiene che sia stata introdotta una mera "preferenza" di regolamento¹¹.

Altro ambito rilevante di operatività dei regolamenti di delegificazione è quello europeo.

L'art. 35 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), prevede, al comma 1, che «*nelle materie di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, già disciplinate con legge, ma non coperte da riserva assoluta di legge, le direttive dell'Unione europea possono essere recepite mediante regolamento se così dispone la legge di delegazione europea*».

L'art. 35, comma 5 della legge n. 234 del 2012 dispone che «*ai fini dell'adozione dei regolamenti di cui al comma 2, le norme generali regolatrici della materia: a) sono desunte dalle direttive europee da recepire, quando queste non consentono scelte in ordine alle modalità della loro attuazione; b) sono dettate dalla legge di delegazione europea, quando le direttive europee da recepire consentono scelte in ordine alle modalità della loro attuazione*» [cap. 4, par. 6, sulle leggi di delegazione europea].

⁹Cfr. Corte cost. n. 200 del 2009.

¹⁰Le opinioni dottrinali indicate nel testo sono riportate da N. Lupo, *Dalla legge al regolamento*, cit., 227.

¹¹Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666.

4.1. Procedimento di formazione

Il procedimento di formazione dei regolamenti del Governo è regolato dai commi 1 e 4 dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988.

Tale procedimento si articola, in sintesi, nel modo che segue: *i*) proposta di regolamento da parte di uno o più Ministri; *ii*) parere preventivo, obbligatorio e non vincolante del Consiglio di Stato; *iii*) deliberazione del Consiglio dei Ministri; *iv*) emanazione con decreto da parte del Presidente della Repubblica; *v*) visto e registrazione della Corte dei Conti [cap. 14, par. 4.1]; *vi*) pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Oltre alle prescrizioni procedurali sopra elencate, l'art. 17, comma 4, della legge n. 400 del 1988 contiene una prescrizione formale: i regolamenti devono recare la denominazione "regolamento", il che costituisce criterio formale di identificazione e distinzione rispetto agli atti amministrativi generali [cap. 2, par. 1].

4.2. Fuga dal regolamento e atti normativi "atipici"

Nella prassi si è realizzata quella che è stata definita "fuga dal regolamento".

L'espressione potrebbe essere intesa in più significati, quali: *i*) fuga verso atti regolamentari soggetti a regole diverse da quelle prefigurate dalla legge n. 400 del 1988, qualora ritenute ammissibili; *ii*) fuga verso atti normativi secondari diversi dai regolamenti, qualora ritenuti ammissibili; *iii*) fuga verso atti amministrativi generali e, dunque, verso atti non normativi.

In relazione alla prima questione, la ricostruzione preferibile ritiene che la legge n. 400 del 1988, avendo il rango di fonte primaria, seppure a contenuto generale, possa essere derogata da singole leggi che autorizzano la potestà regolamentare del Governo secondo modalità anche differenti.

Un diverso orientamento attribuisce alle disposizioni in esame un carattere peculiare in quanto fonti sulla produzione¹² o in quanto norme che disciplinano in via generale l'attività normativa del Governo¹³. In questa diversa ottica, le disposizioni sul procedimento di formazione del regolamento si impongono sulle leggi successive che non vi derogano espressamente¹⁴.

In relazione alla seconda questione (che presenta profili di connessione con la prima), relativa alla possibilità di adottare atti normativi diversi dai regolamenti, un primo orientamento ritiene che «*nell'ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie*

¹² F. Modugno, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 58 ss.

¹³ U. De Siervo, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988*, in *Dir. pub.*, 1996, 68.

¹⁴ Il procedimento di formazione del regolamento è stato spesso arricchito da singole leggi con ulteriori fasi: ad esempio, sono disciplinati procedimenti composti da fasi consultive di richiesta di pareri alle commissioni parlamentari o di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

*di specie e di modelli stabiliti dalla legge*¹⁵. Il modello dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 è pur sempre prefigurato da una legge ordinaria che, in quanto tale, può essere modificata da altri atti normativi dotati della medesima efficacia, i quali potrebbero prevedere non solo regolamenti adottabili con modalità differenti da quelle stabilite dalla legge n. 400 del 1988 ma anche atti normativi secondari differenti.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁶ non ha assunto una posizione chiara sul punto, affermando che «*nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di "fuga dal regolamento" (...) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti "atipici", di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga (...) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988*». Sembra che la deroga al procedimento delineato dalla normativa in esame possa legittimamente intervenire soltanto se essa è contenuta in una legge successiva che preveda espressamente modalità diverse di formazione dell'atto normativo¹⁷.

In un'altra sentenza, il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato la configurabilità di atti normativi "atipici", puntualizzando che tale atipicità deve essere intesa nel senso della configurabilità di un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 «*e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti*»¹⁸.

Tali poteri normativi non potrebbero qualificarsi, pertanto, come atipici in senso tecnico, perché, comunque, sarebbe necessario un fondamento legale, ma come modelli differenti. Viene in rilievo, pertanto, la nominatività più che la tipicità. In questa prospettiva, la ricaduta in punto di disciplina di maggior rilievo attiene alla non applicabilità delle regole di riparto definite dall'art. 117, comma 6, Cost., in quanto esse sono riferite espressamente ai soli regolamenti [par. 7].

Un secondo orientamento dottrinale¹⁹ ritiene, invece, che l'unico atto normativo sub-legislativo ammissibile sia l'atto regolamentare del Governo, adottato da soggetti dotati della necessaria legittimazione democratica. In questa prospettiva, viene richiamato proprio l'art. 117, comma 6, Cost., il quale, nel dettare le regole di riparto delle funzioni regolamentari tra Stato e Regioni [par. 7] e menzionando soltanto il

¹⁵ V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti-A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 94.

¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

¹⁷ In questo senso B. Mameli, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contra-rius actus*, in *Giur. it.*, 2012, 11.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5036 e n. 5035.

¹⁹ E. Cheli, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee guida di tendenze attuali*, in *Lo Stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea* (Atti del Convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei, Roma, 14-15 luglio 2013), Roma, 2003; C. Deodato, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?* in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

potere regolamentare del Governo, avrebbe costituzionalizzato tale modalità di esercizio delle funzioni normative secondarie.

In definitiva, secondo l'orientamento oggi prevalente, il modello prefigurato dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 può essere derogato espressamente da leggi successive, che possono modificare il procedimento formativo, mantenendo l'atto entro lo schema del regolamento ovvero contemplando un atto normativo secondario "diverso" dal regolamento.

La questione della configurabilità di atti normativi "atipici" diversi dai regolamenti si è posta con riguardo alla natura giuridica degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti [par. 16], delle ordinanze di necessità ed urgenza [parr. 17-17.3] e di alcune tipologie di circolari [par. 15].

In relazione alla terza questione relativa all'adozione di atti amministrativi generali, la stessa si pone in termini diversi in quanto essa chiama in causa i criteri sostanziali e formali di identificazione degli atti normativi. Se, infatti, il Governo adotta un atto che qualifica come non normativo si tratterà di stabilire, alla luce dei suddetti criteri, se esso effettivamente risponda a tale modello. Qualora l'esito dell'indagine sia nel senso che si tratti di atto normativo, quello adottato potrebbe essere dichiarato illegittimo per violazione delle regole procedurali e formali che presiedono alla sua adozione.

5. Regolamenti regionali

Le tipologie di regolamenti regionali sono analoghe a quelle previste per i regolamenti statali. Si rinvia, pertanto, alla elencazione sopra riportata.

La questione più rilevante che si è posta è relativa alla individuazione del soggetto titolare del potere regolamentare.

I regolamenti regionali (per le Regioni ordinarie), prima della riforma attuata con la legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1, rinvenivano il proprio fondamento normativo nell'art. 121 Cost., il quale disponeva, al comma 2, che «*il Consiglio regionale esercita le potestà legislative e regolamentari attribuite alla Regione (...)*». Lo stesso articolo, al comma 4, prevedeva che i regolamenti regionali erano promulgati dal Presidente della Giunta regionale.

Nella nuova formulazione dell'art. 121 Cost. sono state soppresse le parole «*e regolamentari*», mentre al comma 4 è previsto che il Presidente della Giunta «*emana*» (e non «*promulga*») i regolamenti regionali.

La Corte Costituzionale²⁰ ha escluso che dal testo costituzionale si possa ricavare una automatica attribuzione della potestà regolamentare alla Giunta.

Secondo la Corte, infatti, la scelta circa la titolarità della potestà regolamentare, spetta agli statuti regionali, i quali possono demandare il compito ad una legge regionale. Inoltre, la molteplicità delle scelte organizzative non esclude che si possa «*immaginare che il potere regolamentare non sia pre-assegnato in via esclusiva (da*

²⁰Corte cost. n. 313 del 2003.

norma statutaria o costituzionale) al Consiglio o alla Giunta ma che lo statuto riconosca al legislatore regionale la facoltà di disciplinarlo, organizzandolo in relazione alla materia da regolare e in funzione dell'ampiezza di scelta che la legge lascia aperta all'apprezzamento discrezionale del potere regolamentare».

I nuovi statuti delle Regioni ordinarie, approvati a seguito della riforma dell'art. 123 Cost., distribuiscono l'esercizio della potestà regolamentare in capo sia alla Giunta sia al Consiglio al quale vengono prevalentemente assegnati i regolamenti delegati dallo Stato *ex art.* 117, comma 6, Cost.

Sul piano legislativo, l'art. 7 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali) dispone che *«nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto, il Comune e la Provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza e in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni».*

L'art. 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) prevede che: *i) «l'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie» (comma 3); ii) «la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'Ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione» (comma 4).*

Il regolamento degli Enti locali è, dunque, uno strumento che disciplina sia l'organizzazione dell'ente (in attuazione dello statuto) sia lo svolgimento delle funzioni di cui l'Ente è titolare.

La Corte di Cassazione ritiene che lo Statuto degli Enti locali sia una fonte primaria atipica, che viene configurata *«come atto formalmente amministrativo ma sostanzialmente come atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimario, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente ed a porre i criteri generali per il suo funzionamento, da svilupparsi in sede regolamentare».* Ne risulta così *«accentuata l'immanenza della potestà statutaria al principio di autonomia sancito dall'art. 5 Cost. e la configurazione dello statuto come espressione della esistenza stessa e della identità dell'ordinamento giuridico locale»*²¹.

Sulla base di questa premessa, si è ritenuto che, in mancanza di un espresso divieto normativo, l'attribuzione della rappresentanza al sindaco, ai sensi dell'art. 50 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, non escluda che altri soggetti, espressamente indicati nello statuto, possano essere chiamati a rappresentare il Comune nelle liti attive e passive.

²¹Cass. civ, sez. un., 16 giugno 2005, n. 12868.

Dalla qualificazione degli statuti degli Enti locali come fonte primaria atipica consegue, sul piano pratico, che la loro violazione possa essere fatta valere con ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., che ammette l'impugnazione per violazione di legge.

In conclusione, l'organizzazione e il funzionamento dell'Ente sono riservati agli statuti e ai regolamenti che devono rispettare quanto stabilito dalla legge. La riforma del Titolo V ha previsto una "riserva di regolamento" per organizzazione, gestione e funzionamento.

6. Regolamenti degli enti pubblici: cenni

I regolamenti degli enti pubblici sono manifestazione dell'autonomia normativa di tali enti. Essi attengono normalmente alla struttura degli uffici e al rapporto con il personale.

La tesi che ritiene configurabili regolamenti diversi da quelli previsti dall'art. 117, comma 6, Cost. [par. 4.2], ammette che taluni regolamenti, sempre in virtù di una base legale e ricorrendo i caratteri identificativi degli atti normativi, possano contenere norme destinate ad operare nell'ordinamento generale²².

Si tratta, normalmente, di regolamenti organizzativi ovvero di regolamenti che disciplinano l'erogazione dei servizi che l'ente presta alla collettività.

Sono fonti terziarie, perché devono rispettare i regolamenti governativi.

Molti di tali regolamenti hanno, invero, rilevanza esclusivamente interna.

I regolamenti delle Università, in ragione della riserva di autonomia (art. 33, ult. comma, Cost.), sono atti che rivestono una peculiare posizione nel sistema delle fonti [per l'approfondimento di questa tematica si rinvia al cap. 24, parr. 20-24].

7. Riparto di competenze tra potere regolamentare statale, regionale e locale

L'art. 117, comma 6, Cost. prevede che: *i) «la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni»; ii) «la potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia».*

La norma ha posto la regola del parallelismo tra funzione legislativa e regolamentare, il che implica che il potere regolamentare segue il potere legislativo: lo Stato e le Regioni possono adottare regolamenti soltanto nelle materie di loro esclusiva competenza; in presenza di materie concorrenti la competenza spetta alle sole Regioni.

Tale ultima previsione si giustifica in quanto, nell'ambito di un sistema rigido di riparto delle competenze, si è voluto evitare che una fonte statale secondaria possa vincolare una fonte regionale primaria.

²² A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 65.

Le questioni più complesse che si sono poste attengono all'ammissibilità di regolamenti cedevoli, sussidiari e trasversali.

In relazione ai regolamenti cedevoli, la Corte Costituzionale ha escluso che lo Stato possa adottare regolamenti in ambiti regionali in attesa che le Regioni emanino le norme di loro competenza²³.

In relazione ai regolamenti sussidiari, la Corte Costituzionale²⁴ aveva ritenuto inizialmente che essi non fossero ammissibili, in quanto, in un sistema di riparto *«rigidamente strutturato, alla fonte secondaria statale è inibita in radice la possibilità di vincolare l'esercizio della potestà legislativa regionale o di incidere su disposizioni regionali preesistenti; e neppure i principi di sussidiarietà e adeguatezza possono conferire ai regolamenti statali una capacità che è estranea al loro valore, quella cioè di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario»*. In altri termini, una volta che la legge abbia attratto in sussidiarietà le funzioni amministrative, secondo la Corte Costituzionale non sarebbe possibile introdurre una disciplina in via regolamentare.

La successiva giurisprudenza costituzionale ha ammesso, invece, tale possibilità, in quanto, una volta attuata la chiamata in sussidiarietà della funzione, con conseguente disciplina ad opera della legge statale, la materia diventa di competenza statale e sarebbe, pertanto, possibile per lo Stato intervenire con regolamento²⁵. La disciplina con legge statale di una materia di competenza regionale si estende su tutto l'ambito materiale rilevante, con la conseguenza che non sarebbe neanche astrattamente prospettabile il rischio che una fonte statale secondaria possa condizionare una non esercitata funzione legislativa regionale primaria. In definitiva, una volta che lo Stato ha attratto quella funzione e quella materia in sussidiarietà, potrà dettare la relativa disciplina con atti normativi sia primari che secondari.

In relazione ai regolamenti trasversali, la questione si è posta in quanto, in presenza di materie trasversali, le stesse, non avendo un oggetto definito, incidono in ambiti di competenza regionale. Se si ammettesse un potere regolamentare statale la conseguenza sarebbe che una fonte statale secondaria potrebbe rappresentare un limite all'esercizio del potere legislativo primario regionale, in deroga al criterio di rigida separazione.

La Corte Costituzionale ha ritenuto, nondimeno, ammissibile, in presenza di una norma costituzionale che non pone limiti, l'esercizio di detto potere regolamentare pure in presenza di una competenza legislativa di tipo trasversale²⁶.

Parte della dottrina, invece, pur ritenendo condivisibile tale orientamento, ha osservato che sarebbe necessario, realizzandosi un intreccio di competenze, assicurare il rispetto del principio di leale cooperazione tra livelli di governo statale e regionale²⁷.

²³ Corte cost. n. 376 del 2002.

²⁴ Corte cost. n. 303 del 2003.

²⁵ Corte cost. n. 151 del 2005.

²⁶ Corte cost. n. 401 del 2007.

²⁷ G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubb.*, 2004, spec. 479 ss.

Per i regolamenti locali, l'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. prevede che spetta alla competenza legislativa esclusiva statale la materia relativa a «*legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*». Al di fuori di questo ambito, la competenza spetta in via esclusiva alle Regioni. Ne consegue che le fonti regolamentari degli Enti locali hanno, per le ragioni esposte, uno spazio loro riservato che deve comunque rispettare i principi fondamentali previsti con legge statale. Pertanto, tali regolamenti, quando concorrono a regolare una materia con gli statuti, diventano fonti terziarie.

8. Forme di tutela nei confronti dei regolamenti

La particolare natura, amministrativa e normativa, dei regolamenti rende particolari anche le modalità di tutela giurisdizionale, incidendo, nel modo che verrà esaminato [parr. 8.1-8.2-8.3], sulle modalità di impugnazione. Si inseriscono, infatti, nella vicenda amministrativa, normalmente, due atti collegati, di cui uno generale e astratto, che costituisce anche fonte del diritto, e l'altro puntuale e concreto.

Il controllo di legittimità delle disposizioni regolamentari, pur riguardando atti normativi, è sottratto al sindacato della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che il proprio controllo *ex art. 134 Cost.* deve intendersi limitato alle sole fonti primarie, con esclusione dei regolamenti privi di abilitazione parlamentare.

Il sindacato costituzionale è ammesso soltanto in sede di conflitti di attribuzione tra enti (art. 39, legge 11 marzo 1953, n. 87) [si v. cap. 1, par. 4.6.1].

La circostanza che i regolamenti non rientrino tra gli atti impugnabili davanti alla Corte Costituzionale non esclude, però, che sia configurabile un cd. controllo indiretto dei regolamenti mediante l'impugnazione della legge nei seguenti casi.

In primo luogo, possono essere sottoposte al vaglio costituzionale le disposizioni legislative che autorizzano l'esercizio di una potestà regolamentare in ambiti coperti da riserva assoluta di legge o che autorizzano l'esercizio di una potestà regolamentare non sufficientemente delimitata in ambiti coperti da riserva relativa. In tali casi, la pronuncia di incostituzionalità della legge travolge anche il regolamento²⁸.

In secondo luogo, le disposizioni regolamentari possono incidere sul giudizio di costituzionalità nell'ipotesi in cui una legge di contenuto neutro (ossia apparentemente non in contrasto con la Costituzione) possa ricevere attuazione mediante un regolamento che risulti lesivo di principi costituzionali. In tale ipotesi, la Corte non interpreta la legge in modo astratto ma attraverso il significato che ad essa attribuisce il relativo regolamento: è la cd. dottrina del diritto vivente di origine regolamentare²⁹. La legge è, pertanto, dichiarata incostituzionale nella parte in cui consente che un regolamento le attribuisca un significato contrario a Costituzione³⁰. Ne consegue

²⁸ L. Carlassare, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 635.

²⁹ L. Carlassare, voce *Regolamento (dir. cost.)*, cit., 635.

³⁰ Corte cost. n. 34 del 2011; ordinanza n. 10 del 2011; n. 354 del 2008.

che il regolamento è caducato unitamente alla disposizione legislativa dichiarata incostituzionale.

Fermo restando quanto esposto, i soggetti normalmente autorizzati a svolgere il sindacato giurisdizionale sugli atti regolamentari sono i giudici ordinari e i giudici amministrativi.

I primi, in base al disposto dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (Lac), del 20 marzo 1865, n. 2248 (Allegato E), hanno il potere di disapplicare «*i regolamenti generali e locali*» in contrasto con la legge, decidendo la controversia come se il provvedimento non fosse stato emanato [cap. 28, par. 39 sul potere di disapplicazione del giudice ordinario].

I secondi hanno, invece, un potere di annullamento che si esercita in modo differente in dipendenza del diverso contenuto precettivo che il singolo regolamento in concreto presenta [si v. successivo par. 8.1].

8.1. Atto presupposto normativo e invalidità derivata. Sistema di impugnazione dei regolamenti innanzi al giudice amministrativo

La tematica delle regole di impugnazione dei regolamenti impone di premettere che essi vengono in rilievo anche come atti presupposti, il che può determinare l'invalidità derivata dell'atto successivo applicativo. Nell'ambito della nozione di atti presupposti sono inclusi anche gli atti amministrativi generali e altri atti presupposti individuali [par. 11 sulle modalità di impugnazione degli atti amministrativi generali; par. 12 sulle modalità di impugnazione degli atti presupposti individuali].

In via preliminare, è bene rilevare come il concetto di invalidità derivata presupponga l'esistenza di due o più atti collegati.

Nel diritto civile, il fenomeno è analizzato, in particolare, nell'ambito del collegamento negoziale, che si ha quando le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, danno vita a distinti contratti i quali, pur conservando la propria individualità giuridica, vengono concepiti e voluti come funzionalmente e teologicamente collegati tra di loro³¹. Si realizza, pertanto, un vincolo di reciproca dipendenza per cui le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione di un contratto si ripercuotono sugli altri secondo la regola "*simul stabunt simul cadent*". La questione che si è posta è quella relativa all'incidenza di una eventuale invalidità di un contratto sull'altro o sugli altri collegati³².

Nel diritto amministrativo, la questione viene in rilievo in presenza di due o più atti amministrativi.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel distinguere un effetto caducante ed un effetto viziante.

Il primo effetto determina la caducazione automatica dell'atto consequenziale, senza necessità di proporre impugnazione.

³¹ Si tratta di una massima consolidata: per tutte si v. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 1980, n. 1126. Si v. anche V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, 29 ss.

³² Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7255.

Il Consiglio di Stato³³ ha affermato che la connessione tra più atti presuppone l'esistenza di un profilo strutturale e di un profilo funzionale.

In relazione al profilo strutturale, gli atti appartenenti ad un unico procedimento o anche autonomi «sono in una relazione di successione giuridica e cronologica», di «necessario concatenamento», il che implica che «l'atto presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo». Gli effetti del provvedimento presupposto «sono i fatti costitutivi del secondo, o meglio del relativo potere». Vi è «una consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti, tale che l'esistenza e la validità di quello presupposto sono condizioni indispensabili affinché l'altro possa legittimamente esistere e produrre la propria efficacia giuridica». In un'altra decisione, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che l'adozione dell'atto consequenziale non deve richiedere «nuove ed ulteriori valutazioni di interessi»³⁴.

In relazione al profilo funzionale, gli atti «risultano preordinati alla realizzazione di un unico rapporto amministrativo, riguardano, cioè, un unico bene della vita». Ciascun atto «spiega da solo taluni effetti giuridici, ma soltanto congiuntamente all'altro dà vita al rapporto giuridico, che rappresenta l'oggetto dell'interesse pubblico considerato dai più poteri funzionalmente collegati».

Sul piano della disciplina, «l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (...): l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato».

Si è ritenuto, ad esempio, che tale effetto caducante si produca nell'ambito di una procedura concorsuale: l'annullamento dell'atto di approvazione della graduatoria determina la caducazione automatica dell'atto di nomina dei vincitori³⁵.

Il secondo effetto, che presuppone la proposizione di una apposita azione di impugnazione, si realizza in tutti gli altri casi che sono privi del nesso di derivazione avente i caratteri sopra indicati.

In questa sede, occorre esaminare il regime di impugnazione dei regolamenti, per valutare anche come opera il meccanismo dell'invalidità derivata, distinguendo due tipologie di regolamenti: i regolamenti cd. volizione-azione e i regolamenti cd. volizione-preliminare.

I regolamenti cd. volizione-azione, contravvenendo alla loro naturale struttura, come per le leggi-provvedimento [cap. 2, par. 10], contengono statuizioni precise e puntuali in grado di incidere in via immediata sulla sfera giuridica dei destinatari dell'attività provvedimentale.

Quanto esposto può significare che, avendo riguardo ai criteri sostanziali di identificazione degli atti normativi fondati su generalità, astrattezza e innovatività, si tratti di «falsi regolamenti» e, dunque, di veri e propri provvedimenti puntuali. Per le

³³ Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2020, n. 6922.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2018, n. 3001.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1428.

fonti secondarie, a differenza delle leggi, non sono configurabili, infatti, “regolamenti-provvedimento” proprio alla luce dei suddetti criteri, che, invece, potrebbero non operare per gli atti normativi di rango primario.

L’alternativa, se si intende attribuire una autonomia alla categoria in esame, è quella di ritenere che si tratti di atti normativi ma che, in relazione a talune prescrizioni, essi, rispetto a determinati destinatari, si presentano come dotati di immediata e concreta capacità lesiva. A differenza di quanto accaduto per i bandi di gara, che verranno esaminati oltre [par. 11.1], in questo caso non si è proceduto ad una “tipizzazione” delle “clausole regolamentari” suscettibili di immediata impugnazione, con la conseguenza che occorre valutare, di volta in volta, la valenza della singola disposizione.

Per tale particolare tipologia di regolamenti il regime impugnatorio è, pertanto, del tutto parificato a quello dei normali atti amministrativi: il ricorso deve essere proposto nel termine perentorio di sessanta giorni, che decorre dal momento in cui «sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge» (art. 41 cod. proc. amm.); per cui, trascorso inutilmente tale termine, il provvedimento diviene inoppugnabile e le statuizioni in esso contenute acquisiscono il crisma della intangibilità. Trattandosi di impugnazione di un singolo atto, non viene in rilievo la tematica dell’invalidità derivata.

I regolamenti cd. volizione-preliminare presentano un contenuto generale e astratto, inidoneo, in quanto tale, a produrre una lesione che abbia i connotati della personalità, concretezza e attualità richiesti per l’impugnabilità dei provvedimenti amministrativi. L’eventuale proposizione di una immediata impugnazione avverso tali atti sarebbe inammissibile per difetto della condizione dell’azione rappresentata dall’interesse ad agire [cap. 1, par. 2.5; cap. 28, par. 5, sulle condizioni dell’azione]. In tali casi, pertanto, l’interesse al ricorso diventa attuale solo quando viene emanato l’atto applicativo della norma regolamentare che, incidendo in maniera diretta e specifica sulle posizioni giuridiche dei privati, rende concreta e non più ipotetica la lesione lamentata. Ai fini della decorrenza del termine per impugnare occorre, pertanto, attendere l’emanazione del provvedimento attuativo.

Nell’ipotesi da ultimo prospettata, l’orientamento prevalente impone la doppia impugnazione della disposizione normativa e dell’atto esecutivo.

Il termine decadenziale di sessanta giorni inizia a decorrere dall’emanazione del provvedimento di attuazione in quanto soltanto da questo momento si determina l’effettivo pregiudizio per la sfera giuridica del destinatario.

L’esposta regola della doppia impugnazione viene ritenuta necessaria per garantire il rispetto del principio di perentorietà dei termini di impugnazione. Questa asserzione costituisce il risvolto del particolare rapporto che si instaura tra l’atto presupposto regolamentare e l’atto presupponente applicativo. Il vizio di quest’ultimo deriva dal primo. La lesione della sfera giuridica del privato si ricollega direttamente all’emanazione del provvedimento puntuale. La sua concreta realizzazione è resa, però, possibile dalla preesistenza della disposizione regolamentare illegittima. Si ha, dunque, quella che viene definita “concausa della lesione”. È come se i due atti, strutturalmente autonomi, diano vita ad un’unica fattispecie provvedimentale, fonte

complessiva di pregiudizio della posizione soggettiva incisa. In tale ottica, ammettere la non necessità di un'apposita censura nei confronti del regolamento entro il lasso temporale di sessanta giorni significherebbe scardinare i principi che reggono l'attuale sistema di impugnazione degli atti amministrativi.

Si tratta di una ipotesi di invalidità derivata con effetto viziante e non caducante, in quanto, venendo in rilievo un atto generale e astratto, esso non può considerarsi l'unico presupposto dell'atto amministrativo, con la conseguente mancanza di un rapporto di stretta derivazione tra atti idonei a determinare l'effetto caducante senza necessità di un'autonoma impugnazione.

Sotto il profilo soggettivo, la principale conseguenza che discende dalla condivisione della tesi della doppia impugnazione è rappresentata dall'estensione dell'efficacia delle sentenze di annullamento al di là del caso concretamente deciso. La caducazione del regolamento è produttiva, infatti, di effetti *erga omnes* in deroga al principio generale che limita gli effetti della sentenza alle parti, ai loro eredi ed aventi causa ai sensi dell'art. 2909 cod. civ. La ragione è che l'atto in esame ha una portata generale e astratta e la sua eliminazione dal sistema non potrebbe che avere una identica valenza³⁶.

Sotto il profilo oggettivo, l'efficacia *ultra partes* delle sentenze di annullamento è, però, limitata a quanto effettivamente è stato oggetto di accertamento e, dunque, a quanto risulta dalla motivazione e dal dispositivo della decisione.

Ulteriore limite all'estensione della decisione giudiziale viene generalmente individuato nei rapporti già esauriti: il provvedimento demolitorio non travolge, infatti, gli atti, sia pure attuativi del regolamento, che siano divenuti inoppugnabili e non può interferire sulle situazioni definite con sentenza passata in giudicato.

8.2. Disapplicazione dei regolamenti

Valorizzando il profilo prettamente amministrativo della norma regolamentare l'orientamento tradizionale, seguito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato dagli inizi degli anni Cinquanta sino al 1992, riteneva che l'unica forma di tutela avverso un regolamento illegittimo fosse quella di tipo impugnatorio sin qui descritta³⁷.

Veniva, pertanto, esclusa la possibilità che al giudice amministrativo potesse essere riconosciuto il potere di disapplicazione per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si riteneva che l'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, attribuisse esclusivamente al giudice ordinario il potere di disapplicazione.

Si replicava che la mancata espressa previsione non potesse impedire una inter-

³⁶ La giurisprudenza amministrativa ha affermato che «*la decisione di annullamento – che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa – acquista invece efficacia erga omnes nei casi di atti a contenuto generale inscindibile, ovvero di atti a contenuto normativo (...) nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto a contenuto generale sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri*» (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1469).

³⁷ E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, 2017.

pretazione estensiva della norma in quanto, all'epoca della emanazione della legge abolitrice del contenzioso, non esisteva ancora un giudice amministrativo preposto alla tutela degli interessi legittimi. Tale giudice è stato creato con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato [cap. 5, par. 16, sull'origine della giustizia amministrativa].

In secondo luogo, si osservava come, essendo il giudice amministrativo titolare del potere di annullamento, non gli si potesse chiedere un *minus* quale è la disapplicazione³⁸.

Si replicava che si trattava di una petizione di principio che prendeva le mosse da un dato concettuale tutto da dimostrare e cioè che l'esistenza di un potere di annullamento escludesse di per sé l'astratta configurabilità di un potere di disapplicazione.

Infine, si riteneva – ed era questa la vera ragione ostativa ad una interpretazione estensiva dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 – che configurare un potere di disapplicazione avrebbe significato violare la regola della perentorietà dei termini per impugnare, potendo il giudice amministrativo conoscere anche d'ufficio del vizio di legittimità della disposizione normativa, a prescindere da qualsiasi espressa impugnativa. È questo, dunque, il motivo per il quale, come sottolineato, l'orientamento tradizionale richiedeva la doppia impugnazione del regolamento e dell'atto applicativo.

È bene, però, puntualizzare come l'esigenza non fosse tanto quella di assicurare la certezza dei rapporti, atteso che l'atto applicativo avrebbe comunque dovuto essere impugnato entro i suddetti termini, quanto quella di prevedere una modalità espressa e rituale di impugnazione anche dell'atto regolamentare.

Tale consolidato orientamento contrario alla disapplicazione è stato superato negli anni Novanta dal Consiglio di Stato che, con una importante sentenza³⁹, ha affermato che il contrasto tra norma legislativa e regolamentare si possa risolvere sulla base del principio gerarchico di sovraordinazione di una fonte ad un'altra. Il giudice amministrativo può disapplicare, pertanto, la disposizione regolamentare, ove contrastante con una specifica norma di legge, pur in difetto di specifica censura di parte. Nella decisione richiamata, il Consiglio di Stato ha circoscritto l'ammissibilità della disapplicazione normativa all'interno della sola giurisdizione esclusiva [cap. 5, par. 19.2, sulla giurisdizione esclusiva]⁴⁰.

La prevalente giurisprudenza amministrativa successiva ha ritenuto ammissibile la disapplicazione dei regolamenti sia nell'ambito della giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità⁴¹.

³⁸V. Del Pozzo, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1952, 134.

³⁹Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154.

⁴⁰Le motivazioni adottate per superare le ragioni ostative all'ammissibilità della disapplicazione sono state ritenute in dottrina avere una valenza così generale da trascendere ogni riferimento alla posizione giuridica coinvolta in giudizio (G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, 1998, Torino, 667).

⁴¹Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4778; si v., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2023, n. 2290.

Un orientamento minoritario della stessa giurisprudenza amministrativa continua, invece, a ritenere che tale potere sussista soltanto nell'ambito della giurisdizione esclusiva, con ulteriori restrizioni applicative indicate oltre⁴².

Dall'analisi di tale giurisprudenza emerge, inoltre, la distinzione tra due diverse fattispecie.

La prima presuppone l'esistenza di un provvedimento amministrativo puntuale che risulti in contrasto con la disposizione regolamentare ma conforme alle prescrizioni di legge. Pertanto, il ricorrente deve impugnare l'atto concretamente lesivo, deducendo la sua illegittimità per violazione del regolamento. Il giudice, se rileva, però, che quest'ultimo è, a sua volta, in contrasto con la norma legislativa, dovrebbe disapplicarlo, rigettando il ricorso. Eliminata l'interposizione regolamentare, l'atto specifico risulterebbe, infatti, pienamente rispettoso della legge. La disapplicazione, in questo caso, è a sfavore del ricorrente⁴³.

La seconda fattispecie ricorre, invece, quando l'atto puntuale è conforme alle prescrizioni regolamentari ma entrambe si pongono in contrasto con la norma legislativa. È questa l'ipotesi in cui l'orientamento tradizionale richiedeva la doppia impugnazione del regolamento e dell'atto applicativo. Il ricorrente impugna soltanto il provvedimento individuale e non anche la fonte secondaria di riferimento. Il giudice, se accerta la difformità di questa dalla legge, la disapplica. Il provvedimento risulterà direttamente difforme dal parametro legislativo con conseguente annullamento dello stesso. La domanda è accolta. La disapplicazione è a favore del ricorrente.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario, sopra esposto, ritiene che la disapplicazione, oltre a presupporre la sussistenza della giurisdizione esclusiva, operi soltanto in presenza della prima fattispecie. Nella seconda fattispecie permarrebbe l'onere della doppia impugnazione⁴⁴.

Le ragioni che hanno giustificato questo cambiamento di orientamento a favore della possibile disapplicazione sono da rinvenire nella valorizzazione dell'aspetto normativo dei regolamenti.

In particolare, si è fatto leva sul principio di gerarchia delle fonti e sul principio *iura novit curia*.

Il principio gerarchico è uno dei criteri di risoluzione delle antinomie tra fonti di grado diverso: nel conflitto tra una fonte di rango superiore ed una di rango inferiore deve essere la prima a prevalere [cap. 2, par. 2]. Non consentire al giudice amministrativo di disapplicare, anche in assenza di un'espressa impugnazione, l'atto regolamentare in contrasto con la legge significherebbe sovvertire questo ordine di valori sancito non solo nelle disposizioni preliminari al codice civile (artt. 1, 3 e 5), ma anche a livello costituzionale.

Il principio *iura novit curia* rappresenta una diretta proiezione, sul piano proces-

⁴² Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515.

⁴³ Si pensi, a titolo esemplificativo, al diniego del permesso di costruire ritenuto illegittimo perché in contrasto con il regolamento edilizio.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 1265 del 2017, cit.; Cons. Stato, sez. V, n. 515 del 2015, cit.

suale, del criterio gerarchico. L'autorità giudiziaria, nel risolvere le controversie ad essa sottoposte, deve d'ufficio, a prescindere da qualsiasi prospettazione operata dalle parti, individuare quale sia la norma da applicare al caso esaminato. In presenza, pertanto, di una fonte primaria e di una fonte secondaria confliggenti, il giudice eserciterà la propria funzione di scelta della regola giuridica applicabile alla fattispecie ispirandosi al principio gerarchico. La norma regolamentare di grado inferiore verrà, pertanto, disapplicata con consequenziale prevalenza della disposizione legislativa.

In definitiva, esistono regolamenti che devono essere impugnati immediatamente e, quindi, sono considerati alla stessa stregua dei provvedimenti amministrativi, e regolamenti che hanno valenza normativa, per i quali l'atto regolamentare diventa atto presupposto che può determinare l'invalidità derivata dell'atto applicativo, la quale può essere fatta valere sia mediante la tecnica della doppia impugnazione sia mediante l'impugnazione del solo atto applicativo con potere di disapplicazione del giudice amministrativo.

Per quanto attiene alle implicazioni processuali valgono le seguenti regole.

In primo luogo, con riferimento alla competenza, il codice del processo amministrativo prevede, in caso di cumulo oggettivo, che *«la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza»* (art. 13, comma 4-bis, cod. proc. amm.). La regola è, pertanto, quella che individua nell'atto applicativo il riferimento per stabilire la competenza. Se, invece, si tratta di un atto normativo o amministrativo generale è questo il riferimento per stabilire la competenza, in quanto, in tale caso, il suo annullamento determina effetti più ampi rispetto a quelli derivanti dall'annullamento dell'atto applicativo.

In secondo luogo, nel caso di esercizio del potere di disapplicazione, non occorre notificare il ricorso all'autorità che ha adottato l'atto regolamentare, in quanto *«quell'atto normativo, dopo la pronuncia del giudice, continua a conservare la sua efficacia nell'ordinamento giuridico»*. La notificazione è, infatti, *«indispensabile qualora la pronuncia del giudice abbia la capacità di eliminare dall'ordinamento gli atti oggetto di gravame, perché l'autorità emanante ha un interesse, tutelato dall'art. 24 della Costituzione, alla loro conservazione»*⁴⁵.

In terzo luogo, l'art. 73, comma 3, cod. proc. amm. prevede che se *«ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale»*. La stessa norma aggiunge che *«se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie»*.

È una disposizione finalizzata ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio allo scopo di evitare di adottare una decisione basata su circostanze in relazione alle quali le parti non hanno potuto interloquire.

Secondo una prima lettura, tale norma si applica anche nell'ipotesi in cui il giudi-

⁴⁵ Cons. Stato, sez. I, 25 giugno 2020, n. 1224.

ce amministrativo eserciti d'ufficio il potere di disapplicazione della norma regolamentare confliggente con la disposizione legislativa.

Secondo una diversa lettura, «*la decisione del Collegio di disapplicare la disposizione regolamentare che contrasta con la normativa primaria non deve essere comunicata alle parti*» – ai sensi della norma in esame – «*ove rientri nel petitum del ricorso l'accertamento dell'illegittimità del regolamento*»⁴⁶.

In quarto luogo, a differenza del caso in cui si effettua la doppia impugnazione, la tecnica della disapplicazione produce effetti *inter partes*.

8.3. Situazioni giuridiche e modalità di impugnazione dei regolamenti

Le regole generali esposte in relazione ai regolamenti cd. volizione-preliminare subiscono un'eccezione nel caso in cui il ricorrente sia un ente collettivo che agisce a tutela di un interesse collettivo e diffuso [su questi concetti si v. cap. 5, parr. 11 e 12-12.2].

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che la legittimazione al ricorso deve «*essere valutata in relazione alla situazione giuridica soggettiva fatta valere e si attegga, quindi, diversamente a seconda che venga dedotto in giudizio un interesse individuale oppure un interesse collettivo*».

In tale prospettiva, si è affermato che l'ente esponenziale è legittimato al ricorso anche rispetto a disposizioni regolamentari che contengono norme generali e astratte, in quanto «*la norma regolamentare, pur non potendo, per il suo carattere di generalità e astrattezza, provocare un pregiudizio immediato in capo al singolo (che sarà inciso solo dal provvedimento applicativo), può, tuttavia, essere fonte di prescrizioni che colpiscono indistintamente e in maniera indifferenziata, l'interesse omogeneo di tutti gli appartenenti alla categoria*».

La lesione di tale interesse omogeneo, infatti, «*proprio perché indifferenziato e seriale, non può essere fatta valere dal singolo (essendo questi privo, appunto, di legittimazione al ricorso), ma può certamente essere fatta valere dall'ente in capo al quale quell'interesse si soggettivizza*». In questo caso, la lesione dell'interesse collettivo «*non è potenziale e futura, ma attuale e immediata*», verificandosi come «*diretta conseguenza dell'introduzione nell'ordinamento di una prescrizione che, in maniera generale e astratta, arreca un vulnus agli interessi indifferenziati, e quindi omogenei, della categoria*»⁴⁷.

In definitiva, l'immediata impugnazione è conseguenza del rapporto di stretta correlazione tra contenuto generale del regolamento e valenza meta-individuale della posizione giuridica fatta valere.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 821.

⁴⁷ Cons. Stato, comm. spec., 26 giugno 2013, n. 3014, che ha giudicato in ordine ad un ricorso straordinario proposto dall'Agi – Associazione Imprese Generali – che ha impugnato talune norme regolamentari contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”); tale decreto è stato abrogato dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ora sostituito dal decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 [cap. 16].