

PREMESSA

SOMMARIO: 1. La potestà di normazione secondaria del complesso Governo-pubbliche Amministrazioni. — 2. Difficoltà della differenziazione degli atti posti in essere nell'esercizio di essa rispetto a quelli posti in essere nell'esercizio di potestà amministrative. Necessità di risolverle attraverso l'identificazione della consistenza del sistema normativo alla stregua del dato storico. Criteri della ricerca.

1. — E' ben noto l'intenso espandersi, nel nostro tempo, del fenomeno della esplicazione di attività normativa da parte del Potere esecutivo, o, più esattamente, del complesso Governo-pubbliche Amministrazioni — vale a dire del Governo e delle molteplici Amministrazioni pubbliche (statali e non statali) facenti capo ad esso, o comunque operanti nel quadro dell'ordinamento giuridico statale (che è, poi, l'ordinamento generale)¹.

¹ Occorre tener presente che l'instaurazione, in una vasta parte del territorio nazionale, di Regioni dotate di autonomia speciale svincolate dal controllo dell'Amministrazione statale (chè non è organo di questa la Corte dei conti: v. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 10^a ed., Napoli, 1969, 233 ss.) e l'articolazione con esse (anzicchè con lo Stato) degli enti pubblici strumentali della Regione (enti regionali) e inoltre degli enti territoriali minori (Province e Comuni) sono venute, in Italia, a far assumere, in quelle aree, particolare accentuazione al fenomeno della pluralità delle pubbliche Amministrazioni e della separazione fra esse. Particolarmente a tale fenomeno, ma non ad esso soltanto, è da ascrivere l'esigenza di parlare non più, come una volta, della pubblica Amministrazione come di una entità

La presente trattazione si propone di esporre quali siano, nell'ordinamento italiano, la funzione e i caratteri di quella parte di tale attività che viene svolta non a livello « legislativo » — ossia con « valore » e « forza » di legge, e quindi con carattere di legislazione « primaria »² —, bensì in posizione « secondaria » rispetto alle leggi (e agli atti equiparati)³. A differenza dalla normazione « secondaria » — che forma oggetto della presente trattazione (e viene esercitata a titolo di competenza « naturale ») —, l'altra viene espletata dal Consiglio dei ministri (che, solo tra gli organi ed enti dell'anzidetto complesso, vi è legittimato) unicamente in via straordinaria ed eccezionale (in primo luogo « in casi straordinari di necessità e d'urgenza », *ex art. 77 Cost.*; in secondo luogo, nelle ipotesi in cui vi sia stata una « delega » da parte del Parlamento, *ex artt. 76, 77 e 79*)⁴, e nella

unitaria, bensì come di una molteplicità di pubbliche Amministrazioni tra loro variamente distinte e coordinate. Su tale fenomeno, v. GIANINI, *Corso di diritto amministrativo*, I-II, Milano, 1965, 60, 71; SANDULLI, *op. cit.*, 126, con altre indicazioni. Adde ELLWEIN, *Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1966, 116; NIGRO, *Condanna ed esecuzione restitutorie nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 685.

² Sia consentito rinviare, per i concetti di « valore di legge » e di « forza di legge », come pure per quello di fonti « primarie » del diritto, a SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig. ital.*, VII, 526, 528, 529. V. inoltre lo studio (tuttora incompiuto) di G. QUADRI, *La forza di legge*, Napoli, 1965.

³ Sul concetto di fonti « secondarie » v. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 405 ss., il quale pone in evidenza la molteplice gamma delle fonti secondarie, e sottolinea appropriatamente che il carattere della « secondarietà » non manca nei regolamenti « indipendenti » (p. 410 s.) e in quelli « delegati » o « liberi » (p. 411 ss.). Sugli atti normativi « terziari » e sulla gerarchia tra i vari atti normativi di provenienza « amministrativa », v. *op. cit.*, 416 ss.

⁴ Si prescinde qui dai decreti legislativi previsti dagli statuti di quattro delle Regioni ad autonomia speciale, e regolati da procedure

veste (che può assumere, in materia, appunto solo eccezionalmente, e in considerazione di ragioni delle quali è unico giudice il Parlamento) di organo esponenziale della comunità nazionale (veste che, secondo la regola enunciata nell'art. 70 Cost., tocca, nella materia legislativa, in via di principio, al Parlamento, e si realizza attraverso le «leggi»⁵)⁶: perciò viene espletata a livello «politico» e non «amministrativo»⁷. La normazione «secondaria» invece — come si

speciali, per l'emanazione delle disposizioni di attuazione delle norme statutarie. Su di essi v., anche per altre indicazioni, SANDULLI, *Manuale*, cit., 28 s.

⁵ E' il caso qui di accennare che non si può ormai condividere l'idea che, attribuendo, l'art. 70 Cost., al Parlamento la funzione «normativa», questo non potrebbe emanare se non atti «sostanzialmente» normativi, secondo le tesi di CRISAFULLI, riassunte e criticate da FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 254 ss., nonché da MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 4 ss. e nota 2 ivi (sulle quali v. ancora CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. del diritto*, XVII, 928 e nota 11 a p. 930). In proposito v. già GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi sulla riforma fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, 77, e ora ampiamente MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, partic. cap. II, con ampia bibliografia. La Corte costituzionale ha rifiutato tale punto di vista a partire dalla sent. 25 maggio 1957, n. 60, in *Giur. cost.*, 1957, 684.

⁶ Nel senso che l'attività «legislativa» faccia capo non allo Stato-persona, ma allo Stato-comunità, v. SANDULLI, *Manuale*, cit., 5. Ma v. già HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, 457 ss.; CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, 32 s. Fin dall'epoca napoleonica Portalis aveva sottolineato che le leggi sono «atti di sovranità» mentre i regolamenti sono «atti di magistratura» (v. MOREAU, *Le règlement administratif*, Paris, 1902, 40, nota 1).

⁷ Nel senso del carattere «politico» dell'attività «legislativa», e quindi anche della legislazione «governativa» (quella realizzata mediante «decreti-legge» e «leggi delegate»), v., per tutti, CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, 111; *Potere regolamentare*, cit., 434 s.; SANDULLI, *Manuale*, cit., 13. Nel senso

vedrà — viene espletata dalle diverse componenti del complesso Governo-pubbliche Amministrazioni, nella qualità di titolari di « autonomie » compresenti nell'ordinamento generale e viventi nel quadro di questo, e quindi a livello « amministrativo »⁸ e nel rispetto della normazione « primaria » — che dell'ordinamento generale costituisce il tessuto di fondo — e in sottordine rispetto ad essa⁹.

La normazione « secondaria » in questione si trova dunque, rispetto a quella « primaria », a un « livello » inferiore. Tale inferiorità comporta che la validità e la operatività degli atti normativi posti in essere nell'esercizio di essa sono subordinate all'osservanza delle leggi, e che, qualora nella loro emanazione si sia verificata la violazione o falsa applicazione di una legge, l'atto normativo potrà essere caducato e disapplicato alla stessa maniera degli atti posti in essere dalle autorità amministrative nell'esercizio della funzione amministrativa (art. 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E; art. 26 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054)¹⁰.

che la distinzione tra atti di normazione « primaria » e « secondaria » va basata proprio sul fatto che i primi si realizzano a livello « politico » e i secondi a livello « amministrativo » — a un livello cioè che è il medesimo dei provvedimenti amministrativi, ed è sottordinato al primo, in quanto tenuto ad osservare le scelte effettuate in quella sede, senza potersene allontanare —, v. CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 433 ss., con indicazioni di dottrina.

⁸ Nel senso che l'attività regolamentare non ha carattere « politico », v., p. es., espressamente, in giurisprudenza, Cons. Stato, IV sez., 16 marzo 1935, in *Giur. it.*, 1935, III, 275.

⁹ Il principio di legalità degli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non « sul fondamento » di una legge e « nel rispetto delle leggi » (a quest'ultimo riguardo v. l'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale: « i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge »). Sul punto v. più avanti, n. 6. Ma v., fin da ora, CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 94 ss., 105 s.

¹⁰ Diversamente in altri ordinamenti, nei quali il sindacato giuri-

Nondimeno anche la normazione secondaria rappresenta una componente del sistema normativo della comunità nazionale¹¹. Anch'essa è parte di quel complesso normativo che tutti gli appartenenti a questa sono tenuti ad osservare (persino i soggetti e gli organi che — ad altri fini — si trovano in posizione superiore o preminente rispetto all'autore del singolo atto normativo) indipendentemente dall'averne effettiva conoscenza (*nemo jus ignorare censetur*); che i giudici sono tenuti ad applicare senz'altro *ex officio* (*iura novit curia*), per il solo fatto della avvenuta pubblicazione dei singoli elementi che lo compongono (art. 10 disposiz. sulla legge in generale) e ad interpretare secondo le regole proprie (non ai contratti e agli altri atti non creativi di ordinamento giuridico, ma) agli atti normativi (art. 12 disposiz. cit.)¹²; che,

sdizionale sugli atti normativi di provenienza « amministrativa » viene provocato in modo diverso e con conseguenze diverse rispetto a quello sugli atti amministrativi. In tali sensi, ad es., il § 25 della vigente legge sulla giurisdizione amministrativa della Germania federale.

¹¹ In tali sensi, v. già ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, 1ª ed., Milano, 1901, 18 (« la facoltà regolamentare non si scompagna mai dal fine di *creare diritto* »). V. inoltre, per tutti, SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giur. in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, II, 449 s.; GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, IV, 171; CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 391 ss. e *passim*, e spec. 439; CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., *passim*. V., del resto l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, che comprende espressamente i « regolamenti » fra le « fonti del diritto ». La stessa Costituzione (come evidenza appropriatamente CHELI, *op. cit.*, 394) affianca i regolamenti agli altri atti normativi (artt. 87 e 121). Non mancano, tuttavia, affermazioni dottrinali nel senso del carattere « amministrativo » dell'attività in esame. V. al riguardo gli scrittori ricordati da FOIS, *Irretroattività, astrattezza e limiti delle leggi regionali*, in *Studi senesi*, LXXIX, 1967, 164, nota 45.

¹² Nonostante il riferimento nell'art. 12 cit. all'« intenzione del legislatore », è ben noto, negli atti normativi — diversamente da quanto accade nei contratti e negli atti amministrativi —, il fenomeno del « distacco della norma dall'atto »: fenomeno dovuto alla

se non osservato o falsamente applicato nelle sentenze, può esser causa dell'annullamento di queste da parte della Corte di cassazione (art. 360 cod. proc. civ.; art. 524 cod. proc. pen.; art. 111 Cost.).

2. — Siccome le fonti della normazione in esame sono atti i quali non si differenziano, sul piano della « forma »¹³,

accentuazione (anzi all'integralità), per gli atti stessi, del processo di « depsicologizzazione della volontà » connessa alla « oggettività » del diritto. V., riassuntivamente, CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. del diritto*, IV, 259; CHELI, *Potere regolamentare*, 337.

¹³ Si parla di « piano formale », nel testo, in conformità di un punto di vista tradizionale, secondo il quale la « forma » corrisponde all'aspetto esteriore dell'atto giuridico (si tratta di un concetto operante su un piano « statico »). Tale aspetto coglie, in un unico assieme, la veste in cui l'atto si presenta nel mondo esterno, il procedimento per la sua emanazione, il soggetto o organo dal quale proviene. Non sembra riuscito il tentativo di CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 328 ss., e partic. 331, di individuare in chiave « dinamica » il concetto di « forma » puntualizzandolo nella « fase attuativa » della potestà: cioè nella potestà « quale, attraverso un certo procedimento e una certa esternazione, si viene a realizzare e a tradurre in un singolo atto ». In tal modo si cerca di descrivere la potestà — che è un'entità dinamica (una « forza giuridica ») — nel suo estrinsecarsi, non l'atto — che è un'entità statica, *frutto* dell'esercizio della potestà. Cheli si sforza di individuare per tale via, in termini « formali » secondo lui più appropriati, l'essenza intima dell'atto normativo. Ma il risultato non si risolve se non nella conclusione che atto normativo è un atto posto in essere nell'esercizio di una potestà normativa (e quindi in funzione dell'integrazione dell'ordinamento giuridico). Ed è chiaro che in tal modo non si viene a identificare un profilo *formale* degli atti normativi, giacchè la potestà inerisce all'intima *sostanza* dell'atto. Il tentativo di identificare l'atto normativo attraverso l'« intento » (la « funzione », la « ratio », la « causa », il « fine ») normativo non è nuovo (ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2^a ed., Milano, 1946, 275; GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 20; VIGNOCCHI, *Il potere regolamentare dei Ministri*, Napoli, 1957, 22 s.); ed è chiaro

dagli altri atti (non normativi) posti in essere, dal medesimo complesso Governo-pubbliche Amministrazioni¹⁴, ugualmente a livello « amministrativo »¹⁵ — e cioè dagli atti « ammi-

che il criterio così adottato non è un criterio « contenutistico ». Ciò non toglie che si tratta però pur sempre di un criterio « sostanziale » e non « formale ». Quanto poi alla utilità, ai fini del riconoscimento degli atti normativi — dei quali nessuno può negare che il profilo funzionale rappresenti uno degli aspetti (onde esso contribuisce sicuramente a *descrivere* l'essenza) —, il criterio funzionale appare scarsamente valido per sé solo. Quando, in presenza di un comando giuridico, ci si chiede se esso abbia o no carattere normativo, ciò che si cerca di stabilire è appunto se esso abbia « funzione » normativa, se cioè la potestà estrinsecantesi attraverso di esso sia destinata all'integrazione dell'ordinamento. Ma l'attribuzione di tale « funzione » risale all'ordinamento (alle norme sulla normazione). Nè la « normatività » dell'atto è condizionata dalla consapevolezza della sua sussistenza da parte dell'autore dell'atto: anche se quest'ultima manchi, l'atto nondimeno esiste, è normativo e valido, sol che sia stato posto in essere con la volontà di impartire quel certo comando (dal quale poi l'ordinamento fa nascere effetti normativi). Vano è dunque, per accertare la normatività, appellarsi allo scopo, ai motivi dell'atto, e, ancor più, a quelli del suo autore (v. quanto si è detto alla nota prec.).

¹⁴ Dicendo che gli atti normativi in esame non si differenziano nella « forma » dagli atti amministrativi non si vuol dire che tra gli uni e gli altri vi sia sempre fungibilità di « forme » (basti pensare che non tutte le autorità amministrative hanno potestà regolamentare e che generalmente — ma non sempre! — per gli atti normativi sono previste procedure differenziate rispetto a quelle degli atti amministrativi: v. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 153 ss.). Si vuole semplicemente dire che, anche quando una fungibilità manchi, le « forme » degli atti normativi in esame « si addicono » anche agli atti amministrativi (onde un atto amministrativo posto in essere nelle « forme » previste per un atto normativo di competenza di un'autorità amministrativa non potrebbe per ciò solo esser considerato inesistente; e viceversa).

¹⁵ Non vengono dunque qui in questione gli atti « politici » (non « legislativi ») del Governo. Sui quali v., da ultimo, SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 741 ss., con bibliografia.

nistrativi » (caratterizzati dall'essere ordinati a provvedere o dichiarare autoritativamente alcunchè in relazione a singoli casi concreti sulla base della normazione vigente) —, si pone il problema — estremamente delicato e difficile — della loro discriminazione da questi ultimi — i quali, non avendo carattere normativo, assolvono un ruolo sicuramente diverso ¹⁶ —, e dei loro rapporti con gli stessi ¹⁷.

In proposito esiste però un punto di partenza sufficientemente sicuro. Se è vero che le singole norme giuridiche sono componenti del complesso normativo che regge la società, e che gli atti normativi sono destinati a creare norme e ad immetterle nel sistema normativo, è chiaro che gli atti stessi si caratterizzano necessariamente per il fatto di « innovare » a quel sistema, e cioè di modificarlo ¹⁸. Il che avverrà, di volta in volta, o coprendo con nuove norme aree della realtà sociale non regolate prima da norme (e perciò aperte, di volta in volta, all'autonomia privata, alla discrezionalità amministrativa, alla discrezionalità del giudice: con la conseguenza della riduzione dello spazio di queste ultime), o modificando il contenuto di norme preesistenti. Avranno necessariamente contenuto e forza normativa, dunque, tutti gli atti i quali siano in grado — in base alle regole sulla normazione — di « innovare » al sistema normativo nel senso anzidetto; ed essi soltanto. E alle statuizioni di essi gli altri atti, da chiunque posti in essere, saranno tenuti a uniformarsi

¹⁶ V., per tutti, CHELI, *Potere regolamentare*, *passim*, e partic. 352 s., 363 ss., 390 s., e inoltre gli autori da lui ricordati a p. 92, nota 87.

¹⁷ In proposito v. *infra*, n. 7.

¹⁸ Indipendentemente dalla sufficienza del criterio della « novità » per la definizione in astratto della categoria degli atti normativi (in proposito v., per un efficace riassunto critico delle diverse posizioni dottrinali, CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 241 ss., e partic., 243 ss.), l'affermazione fatta nel testo non può essere contestata (v. lo stesso CRISAFULLI, *op. cit.*, 255).

(sempre che si siano realizzate le condizioni per l'entrata in vigore dei primi)¹⁹.

A questo punto il problema si sposta però verso la necessità di definire che cosa debba intendersi per sistema normativo²⁰ (si ha riguardo, naturalmente, sempre al sistema normativo generale, vale a dire a quello della intera comunità nazionale: cioè all'ordinamento statale). E la risposta non può non essere legata ai dati storici²¹, ed assumere perciò carattere esistenziale. Il sistema normativo non può essere altro, se non quello che l'ordinamento giuridico, in cui si identifica la comunità sociale, considera tale — e perciò non modificabile se non mediante fatti normativi — in un certo momento storico.

Di qui la necessità di muovere, nella presente indagine, appunto dal dato storico. Il sistema normativo era, in passato, quello che nelle singole epoche è stato considerato tale; è oggi quello che il diritto vigente (il diritto quale risulta dall'applicazione fattane dai giudici) considera tale: in passato, quello che non poteva esser modificato se non mediante i fatti considerati normativi al loro tempo; oggi, quello che non può esser modificato se non mediante quei fatti che il diritto vigente considera normativi.

¹⁹ In proposito v. anche *infra* n. 7, e ivi nota 81.

²⁰ In mancanza di tale definizione si verificherebbe un circolo vizioso, assumendo carattere tautologico la definizione dell'atto normativo come integrativo e innovativo del sistema normativo (v. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 252; CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 282 e 403 s.).

²¹ In analoga posizione, CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 252; CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 403 s. L'impostazione accolta può esser considerata come l'altra faccia della tesi secondo la quale sono fonti soltanto quei fatti innovativi (di situazioni giuridiche) cui il sistema normativo conferisce tale carattere. Attraverso l'indicazione delle fonti il sistema normativo infatti si autodefinisce (definisce ciò che è « diritto oggettivo » e ciò che è « altro »). V. in proposito soprattutto il capo II del presente studio.

E' chiaro che, secondo il diritto, il sistema normativo, come può espandersi (riducendo, secondo quanto si è detto, lo spazio dell'autonomia, della discrezionalità amministrativa, della discrezionalità del giudice), allo stesso modo può « ritirarsi » da certe aree: così come certe materie possono esser trasferite dalla normazione primaria a quella *secondaria* (« delegificandole »), del pari certe materie possono essere trasferite dal campo della normazione a quello della discrezionalità del giudice, della discrezionalità amministrativa, della autonomia privata (« denormificandole »).

La conclusione è dunque che l'area della normazione è esistenziale, e va identificata con criterio storico, positivistico.

La presente trattazione si volgerà perciò, in un primo momento, alla ricerca delle origini, del fondamento, della funzione attuale della potestà normativa degli organi ed enti appartenenti al complesso Governo-pubbliche Amministrazioni. Essa tenterà successivamente l'approfondimento — sempre su base storica e con specifico riguardo all'ordinamento italiano — dell'intima essenza di tale potestà, e quindi dei caratteri essenziali di essa e dei momenti di differenziazione rispetto alle rimanenti potestà degli organi ed enti ai quali appartiene. Perciò l'esposizione che segue viene divisa in due parti.