

■ 1. Le fonti del diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto amministrativo - 1.1. L'oggetto del diritto amministrativo - 1.2. Il diritto amministrativo e le sue fonti - 1.2.1. Nozione e classificazione delle fonti del diritto in generale - 1.2.2. Fonti comunitarie - 1.2.3. Le norme CEDU - 1.2.4. Costituzione - 1.2.5. Legge - 1.2.6. Fonti secondarie - 1.2.7. Bandi militari e altre fonti secondarie dubbie - 1.2.8. Norme interne: direttive e circolari - 1.2.9. Consuetudine e prassi amministrativa

1.1. L'oggetto del diritto amministrativo

Il **diritto amministrativo** può essere definito come l'**insieme delle norme giuridiche che regolano l'attività di amministrazione**, intesa come l'attività di competenza del complesso di organi di cui si compone l'apparato di governo centrale e periferico, nonché degli altri enti pubblici c.d. ausiliari o strumentali dello Stato, volta alla *cura concreta dei fini pubblici* assegnati allo Stato, nelle sue diverse articolazioni, dal potere politico.

Definizione

In tal senso, pertanto, la disciplina oggetto del nostro studio riguarda l'**organizzazione, i mezzi, le forme delle attività complessivamente svolte dalle Pubbliche Amministrazioni**; nonché i **rapporti tra P.A. e privati**, sviluppandosi storicamente dall'esigenza di tutelare il cittadino nei confronti del potere esecutivo.

Il diritto amministrativo fa quindi parte del *diritto pubblico*, anche se al suo interno trovano applicazione numerosi istituti e norme del diritto privato (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ambito dell'attività contrattuale della P.A.; al pubblico impiego cd. privatizzato; al regime giuridico degli Enti pubblici economici; alla disciplina dei beni e dei diritti reali di cui è titolare la P.A.; alla cd. requisizione in proprietà; alla responsabilità extracontrattuale della P.A.).

Diritto pubblico

Il diritto amministrativo presenta aspetti comuni con il *diritto costituzionale*, dal momento che la Costituzione contiene importanti principi validi ed applicabili in tale materia (art. 5 per decentramento amministrativo e tutela delle autonomie locali; art. 97 per i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; art. 42 per espropriazione della proprietà privata per fini di pubblica utilità e dietro indennizzo; artt. 24, 103 e 113 per i principi in materia di giustizia amministrativa, ecc.). Inoltre, interferenze sussistono con il *diritto processuale civile*, che

danno luogo al *diritto processuale amministrativo* contenente le regole di funzionamento del processo amministrativo.

1.2. Il diritto amministrativo e le sue fonti

1.2.1. Nozione e classificazione delle fonti del diritto in generale

- Nozione** Per **fonte del diritto** si intende, in generale, ciò da cui trae origine la norma giuridica, cioè l'atto o il fatto idoneo ad *innovare* l'ordinamento giuridico. Tradizionalmente, si suole parlare di *fonti di produzione* e *fonti di cognizione*: le prime sono tutti gli atti, i fatti e i procedimenti in grado, secondo l'ordinamento giuridico, di creare le norme giuridiche, identificandosi pertanto con le fonti del diritto propriamente intese (es. la legge); le seconde sono gli strumenti attraverso i quali sono portate a conoscenza le fonti stesse (es. la Gazzetta Ufficiale). Nell'ambito delle fonti di produzione si distinguono le *fonti-atto* e le *fonti-fatto*.
- Fonti atto** Le **fonti-atto** sono le manifestazioni di volontà normativa poste in essere dagli organi o enti abilitati alla produzione del diritto (sono fonti di diritto scritto, come ad es., la legge, il decreto legge e il decreto legislativo, la legge regionale).
- Fonti fatto** Le **fonti-fatto** sono i comportamenti umani o altri fatti, sociali o naturali, rilevanti giuridicamente e considerati anch'essi idonei a produrre norme (sono tendenzialmente fonti non scritte, come ad es. la consuetudine; la rivoluzione che sovverte il precedente ordinamento giuridico, ma possono concretizzarsi anche in fonti scritte, come nel caso del rinvio a fonti di altri ordinamenti giuridici).
- Fonti sulla produzione** Non bisogna dimenticare la categoria delle cd. **fonti sulla produzione**, che racchiude i procedimenti di formazione delle fonti del diritto, cioè l'individuazione dei soggetti competenti ad adottarle e le forme della loro adozione (si vedano, ad es., le "Disposizioni sulla legge in generale" preliminari al Codice Civile).
Le fonti possono essere così classificate:
- a) **fonti di rango costituzionale o superprimario** (i principi supremi dell'ordinamento costituzionale; la Costituzione; le leggi costituzionali e di revisione; gli statuti delle regioni ad autonomia speciale);
 - b) **fonti primarie** (le norme comunitarie; la legge ordinaria statale; il referendum abrogativo; i decreti-legge e i decreti legislativi; gli statuti delle regioni ordinarie; le leggi regionali e le leggi delle province autonome di Trento e Bolzano);
 - c) **fonti secondarie** (regolamenti dello Stato e degli enti locali; gli statuti degli enti locali e degli enti minori; le ordinanze);
 - d) **usi normativi**.

Data la pluralità di fonti esistenti normalmente nell'ordinamento giuridico, sono stati enucleati dei criteri al fine di risolvere gli eventuali conflitti o **antinomie** tra norme, che sono:

- a) il **criterio cronologico**, in base al quale si dà la preferenza alla norma successivamente emanata rispetto a quella precedente. Esso si applica quando le norme configgenti sono poste da fonti di pari grado;
- b) il **criterio gerarchico**, per effetto del quale la norma di rango superiore o primario prevale su quella di rango inferiore o secondario;
- c) il **criterio di competenza**, fondato sulla diversità dell'oggetto della regolamentazione o dell'ambito territoriale di riferimento, ovvero basato sulla preferenza accordata dalla Costituzione ad una fonte piuttosto che ad un'altra per la disciplina di una determinata materia.

1.2.2. Fonti comunitarie

Nel corso degli ultimi anni sempre maggior importanza hanno assunto e vanno assumendo le **fonti comunitarie** attraverso il loro recepimento – nelle forme dell'adattamento automatico o rinvio *ex art. 10 Cost.* o del procedimento ordinario *ex L. n. 234 del 2012* – all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale.

Il **principio del primato** del diritto comunitario sul diritto nazionale ha trovato ingresso a livello costituzionale con la modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione (L. cost. n. 3 del 2001): il riformato art. 117, al comma 1, sancisce l'obbligo del rispetto, nell'esercizio della potestà legislativa da parte dello Stato e delle Regioni, oltre che della Costituzione, anche dei **vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli accordi internazionali**.

Prima di esaminare le fonti del diritto comunitario, è necessario prendere in considerazione i rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario. Al riguardo, sono emersi due orientamenti:

- a) secondo la **tesi monista** (sostenuta dalla Corte di Giustizia Europea), l'ordinamento comunitario è *integrato* nell'ordinamento giuridico degli Stati membri ed è ordinato sul principio di gerarchia. Ne deriva, così, che le norme di diritto comunitario prevalgono sulle contrastanti disposizioni legislative nazionali preesistenti. Inoltre, ogni giudice nazionale deve applicare integralmente il diritto dell'Unione Europea, andando a disapplicare le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria;
- b) secondo la **tesi dualista** (sostenuta dalla Corte Costituzionale italiana), gli ordinamenti giuridici *non* sono *integrati* in un unico sistema governato dal principio di gerarchia, ma sono *autonomi* e *distinti*, seppur coordinati. Per vero, l'orientamento della Consulta è stato oggetto di un percorso evolutivo:
 - I fase: fra le norme nazionali e quelle sovranazionali vi è un rapporto di equiordinazione, rispetto al quale trovano applicazione i principi generali di successione delle leggi nel tempo (sent. n. 14/1964);
 - II fase: il diritto comunitario *prevale* su quello nazionale ai sensi dell'art. 11, Cost., pur escludendosene la diretta applicabilità. Ne deriva, così, che il singolo giudice na-

zionale *non* può *disapplicare* la norma interna in contrasto con il diritto comunitario, dovendo, piuttosto, sollevare *questione di legittimità costituzionale* dinanzi alla Consulta (sent. n. 183/1973);

– III fase: il giudice interno può *disapplicare* direttamente la norma interna in contrasto con una norma comunitaria, pur continuando ad essere i due sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati e comunicanti. Inoltre, la Consulta si riserva un potere di controllo sulle norme sovranazionali, laddove siano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e lesive dei diritti inviolabili del singolo individuo (sent. n. 170/1984);

– IV fase: la Corte Costituzionale ammette la possibilità di risolvere il contrasto fra una norma comunitaria ed una norma interna impugnata in giudizio in via principale, mediante declaratoria di illegittimità costituzionale (sent. n. 384/1994). Rientra nella competenza della Consulta anche il contrasto fra una legge interna e una norma comunitaria non immediatamente applicabile.

Tra le **fonti comunitarie**, l'art. 249 del **Trattato CE** indica quali atti normativi comunitari:

- Regolamenti** a) i **regolamenti** dotati dei caratteri della generalità ed astrattezza, che attribuiscono diritti e impongono obblighi ai singoli Stati, ai loro organi e ai privati, essendo obbligatori nel loro intero contenuto e direttamente applicabili in ciascun Stato membro, senza necessità di alcun atto di recepimento;
- Direttive** b) le **direttive**, al contrario, non sono direttamente applicabili e vincolano il singolo Paese solo relativamente al *risultato* da raggiungere, lasciandolo libero circa le modalità di perseguimento, cioè circa le forme ed i mezzi di adeguamento entro il periodo di tempo fissato nelle stesse. Molto spesso, nella pratica, le direttive assumono un carattere tanto particolareggiato da limitare anche fortemente la discrezionalità dello Stato destinatario; si tratta delle c.d. **direttive dettagliate** o autoesecutive, le quali trovano diretta applicazione nell'ordinamento interno, senza necessità di un atto di recepimento, qualora siano dotate di un contenuto sufficientemente chiaro e preciso e contengano obblighi incondizionati, cioè tali da non richiedere l'emanazione di ulteriori atti. Proprio a causa del loro contenuto puntuale e completo, la Corte di Giustizia ha ricollegato loro la suddetta *efficacia diretta* in caso di mancato recepimento nel termine stabilito. Tale efficacia si esplica *in senso verticale*, cioè nei rapporti tra i singoli e l'ordinamento nel suo complesso, perchè, nei rapporti cd. *orizzontali*, quindi, di equiordinazione tra privati, tale efficacia della direttiva autoesecutiva inattuata *non* è riconosciuta, potendo il privato far valere soltanto la *responsabilità dello Stato legislatore per inadempimento*.
- Nello specifico, il diritto del privato al risarcimento per mancata attuazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario sussiste quando lo Stato-legislatore non ha dato attuazione agli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie. Inoltre, il mancato rispetto degli obblighi comu-

nitari fa nascere una responsabilità dello Stato non adempiente anche nei confronti dell'unione Europea, con conseguente avvio di una *procedura di infrazione* a suo carico.

La Corte di Giustizia Europea (sentenza *Francovich*) ha individuato i presupposti in presenza dei quali è configurabile la responsabilità dello Stato inadempiente:

- il risultato prescritto dalla direttiva deve attribuire **diritti a favore dei singoli**;
- il **contenuto** dei suddetti diritti deve poter essere **individuato** sulla base delle **disposizioni** della **direttiva**;
- deve sussistere un **nesso di causalità** tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi.

In ordine alla **natura giuridica** di tale responsabilità sono state prospettate diverse tesi:

- **responsabilità aquiliana** ai sensi dell'art. 2043 c.c., in quanto l'inadempimento dello Stato in violazione del diritto comunitario dà luogo ad un **danno da attività illecita**.

- diversamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (**sentenza 17 aprile 2009, n. 9147**) hanno sostenuto che si configura un **inadempimento** di un'**obbligazione ex lege** di tipo **indennitario**.

Sulla questione è, peraltro, intervenuto l'**art. 4, comma 43, L. 12 novembre 2011, n. 183** (*Legge di stabilità 2012*), il quale stabilisce che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento interno di direttive o altri provvedimenti comunitari obbligatori sottostà alla disciplina di cui all'**art. 2947 c.c.**: ne deriva, quindi, che si potrebbe ricondurre la responsabilità dello Stato nell'ambito della **responsabilità aquiliana**.

Tuttavia, in relazione ai fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore dell'art. 4, comma 43, L. 12 novembre 2011, n. 183 (il quale trova applicazione solo per i fatti venuti in essere dopo la sua entrata in vigore), la Corte di Cassazione continua ad affermare che la responsabilità dello Stato deve essere ricondotta al modello della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario sussiste anche nel caso in cui sia il **giudice nazionale** a non aver rispettato il diritto dell'Unione per come interpretato dalla Corte di Giustizia Europea. In particolare, tale responsabilità ricorre nei casi di:

- *mancata disapplicazione* della norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario;
- *mancato rinvio pregiudiziale* da parte dei giudici di ultima istanza;
- *mancata interpretazione conforme* del diritto nazionale alle norme comunitarie ed ai principi espressi dalla giurisprudenza UE.

Violazione
del diritto
comunitario

In tema di responsabilità del giudice nazionale, è intervenuta la **L. 27 febbraio 2015, n. 18**, che ha modificato la L. n. 117 del 1988, estendendo la responsabilità dei giudici alle *ipotesi di violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione Europea* ed, inoltre, alle *ipotesi di travisamento del fatto e delle prove*. Nello specifico, il menzionato intervento normativo è andato nel senso di compiere un bilanciamento fra il principio di responsabilità e la garanzia di indipendenza della magistratura, facendo rientrare nella categoria della colpa grave “il travisamento del fatto e delle prove” e sostituendo alla formula “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” la più ampia formula “violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione Europea”. Inoltre, la L. 18/15 ha specificato che per “violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea” si intende la “*mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*” ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, e il “*contrasto...con l'interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia...*”;

- Decisioni** c) **le decisioni** che sono atti aventi portata concreta e si indirizzano a destinatari determinati, soggetti singoli – persone fisiche o giuridiche – oppure Stati membri. Essi sono gli atti tipici attraverso i quali le istituzioni comunitarie disciplinano i casi individuali;
- Raccomandazioni e pareri** d) **le raccomandazioni e i pareri** privi di efficacia precettiva: le prime sono esortazioni o moniti, indicazioni, rivolte ai singoli Paesi membri, affinché assumano un dato atteggiamento oppure uniformino la propria legislazione alle regole comunitarie; i secondi sono opinioni su una data questione. La **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*”) disciplina le procedure di partecipazione dei soggetti istituzionali sia nella *fase preparatoria* sia nella *fase attuativa* della legislazione europea, adeguando, così, il nostro ordinamento alle modifiche introdotte al sistema europeo dal Trattato di Lisbona. In passato, per adeguarsi agli atti giuridici dell'unione Europea, l'ordinamento giuridico nazionale faceva ricorso principalmente alla legge comunitaria annuale (art. 9, L. n. 11 del 2005), nella quale erano raccolti tutti gli atti europei che dovevano essere recepiti. Ai sensi dell'art. 9, L. n. 234/2012, tale legge è stata sostituita da due diversi provvedimenti, e cioè:
- Legge di delegazione europea** – la **legge di delegazione europea**, la quale contiene le deleghe necessarie a garantire il recepimento di direttive e decisioni-quadro dell'Unione Europea, nonché l'attuazione di regolamenti e atti delegati;
- Legge europea** – la **legge europea** riguarda le disposizioni modificative o abrogative di norme interne oggetto di procedure di infrazione o di sentenze della Corte di Giustizia; le disposizioni funzionali a dare attuazione agli atti dell'Unione Europea ed ai Trattati internazionali conclusi dall'Unione stessa e le disposizioni emanate nell'esercizio del potere sostitutivo.

L'obiettivo perseguito è quello di permettere al Governo di predisporre in tempi certi e non lunghi delle deleghe legislative necessarie a recepire gli atti comunitari.

1.2.3. Le norme CEDU

La **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** va assumendo un ruolo centrale all'interno del nostro sistema giuridico: nello specifico, gli Stati contraenti sono vincolati non solo al rispetto delle norme della Convenzione, ma anche all'interpretazione che di essa dà la Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Convenzione
europea
dei diritti
dell'uomo

È emerso un dibattito in ordine al rango da assegnare alla Convenzione nell'ordinamento nazionale. Al riguardo, sono emersi due orientamenti: – secondo l'impostazione maggioritaria, avallata anche dalla Corte Costituzionale, il giudice nazionale **non** ha il **potere di disapplicare** le norme legislative ordinarie che violano la CEDU, essendo, piuttosto, tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. In ogni caso, prima di procedere in tal senso, il giudice rimettente deve esperire un tentativo di **interpretazione conforme** della normativa nazionale a quella sovranazionale, che verrebbe, così, ad assumere il ruolo di **parametro di costituzionalità interposto**;

– altro orientamento afferma, invece, che la tesi sopra prospettata vada rivista alla luce dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, disciplinata dal Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1° dicembre 2009), il quale ha modificato l'art. 6 TUE. Nello specifico, alcuni giudici amministrativi hanno affermato che il riconoscimento dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione comporterebbe un'immediata operatività delle norme convenzionali negli ordinamenti interni degli Stati membri dell'Unione Europea. Ne deriverebbe, così, che, in caso di conflitto fra la norma interna e le norme CEDU, la prima dovrebbe essere **disapplicata**, a fronte dell'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione europea. Tuttavia, tale impostazione non ha trovato il consenso della Consulta, la quale ha affermato che la formale adesione dell'Unione europea alla CEDU deve ancora avvenire secondo le procedure previste dal Trattato (sentenza **Corte Cost.**, **11 marzo 2011**, n. 80; **Corte di Giustizia**, **Grande Sezione**, **24 aprile 2012**, C-571/10).

1.2.4. Costituzione

La **Carta Costituzionale** contiene numerosissime disposizioni in materia di diritto amministrativo, disposizioni che, in particolare, riguardano l'organizzazione, il funzionamento ed i compiti dello Stato. In questa sede occorre soffermare l'attenzione sui **principi** in essa previsti che rilevano nel diritto amministrativo e che possono così elencarsi:

Carta
Costituzionale

- *principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e principio della riserva di legge in tema di organizzazione dei pubblici uffici* (art. 97);
 - *principio del decentramento amministrativo e di tutela delle autonomie locali* (art. 5);
 - *principio della riserva di legge per l'imposizione di prestazioni coattive* (art. 23);
 - *principio del libero accesso dei cittadini ai pubblici impieghi per concorso* (art. 51 e 97 ultimo comma);
 - *principio dell'obbligo di tutti a concorrere alle spese pubbliche* (art. 53);
 - *principio della espropriabilità della proprietà privata per fini di pubblica utilità e dietro indennizzo* (art. 42);
 - *principio del pareggio di bilancio* (artt. 81, 97, 117 e 119): introdotto **ex L. cost. 20 aprile 2012, n. 1**;
 - *principi in tema di giustizia amministrativa* (art. 24, 100, 103 e 113).
- In particolare dalla lettura combinata degli artt. 24 e 113 Cost. emerge chiaramente come le due disposizioni siano strettamente connesse, ponendosi l'una a completamento della tutela generale prevista dall'altra. E invero, l'art. 24 Cost. garantisce la possibilità di agire e di difendersi in giudizio per tutti coloro che subiscano una lesione delle proprie posizioni di diritto (soggettivo) e di interesse (legittimo), caratterizzandosi per la *generalità e completezza* della tutela giurisdizionale. L'art. 113 Cost., invece, garantisce la stessa tutela "contro gli atti della pubblica amministrazione" sia con riguardo a posizioni di diritto soggettivo che a quelle di interesse legittimo, costituendo, così, ulteriore specificazione del principio più generale espresso dall'art. 24 Cost.

1.2.5. Legge

Legge ordinaria La Costituzione stabilisce che determinate materie debbano essere disciplinate, in modo tendenzialmente esaustivo oppure negli aspetti fondamentali, dalla **legge ordinaria**, in tal modo limitando l'intervento di atti normativi di rango secondario (**riserva di legge**, rispettivamente, **assoluta o relativa**). Per quel che concerne l'ambito del diritto amministrativo, l'art. 97 comma 1 prevede, ad es., una riserva di legge *relativa* in materia di organizzazione dei pubblici uffici; mentre l'art. 95, ultimo comma, ne prevede una di tipo *assoluto* – secondo la prevalente interpretazione – in tema di determinazione del numero, competenze ed attribuzioni dei Ministeri.

1.2.6. Fonti secondarie

Nozione Le **fonti secondarie** sono *propriamente* gli atti espressione della *potestà normativa della P.A. statale o di altri enti pubblici, territoriali e non* e rivestono un ruolo fondamentale nell'ambito del diritto amministrativo. Nella gerarchia delle fonti del diritto esse si collocano al di sotto della Costituzione e della legge, ordinaria e regionale, e degli atti ad essa equiparati, non potendo pertanto derogare né porsi in contrasto con

tali fonti sovraordinate. La categoria ha subito una profonda evoluzione a seguito della ricordata riforma del Titolo V della Costituzione, che ha ampliato la potestà normativa degli enti pubblici territoriali, ridisegnandone i rapporti con lo Stato e riconoscendo per la prima volta l'autonomia statutaria degli enti locali (art. 117 e 114 comma 2).

Tra le fonti secondarie si annoverano i **regolamenti**, le **ordinanze** e gli **statuti**.

I **regolamenti** sono gli atti emanati dagli organi del potere esecutivo in grado di innovare l'ordinamento giuridico, essendo dotati dei caratteri della generalità e dell'astrattezza. Essi soddisfano l'esigenza di porre *regole di dettaglio*, spesso a carattere tecnico, destinate a dare esecuzione o a puntualizzare le regole generali di rango legislativo.

Regolamenti

Si distinguono, pertanto, dagli **atti amministrativi generali**, che – caratterizzati anch'essi dalla generalità dei destinatari ma dalla determinabilità a posteriori degli stessi (ad es., bando di gara o di concorso) – sono volti, in quanto aventi natura di provvedimento amministrativo e non di fonte del diritto, alla cura concreta degli interessi pubblici coinvolti. La questione della loro differenziazione sul piano concreto assume un aspetto particolarmente importante dal momento che, dalla qualificazione in termini di atto generale o di regolamento, discendono differenze notevoli in punto di disciplina (così in tema di principi applicabili; di ammissibilità della loro disapplicazione o annullamento da parte del giudice amministrativo; di applicabilità delle garanzie previste dalla L. n. 241 del 1990; di *class action* pubblica ex art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 198 del 2009, applicabile solo in caso di mancata adozione di “atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo”; e ancora, dal punto di vista penalistico, con riferimento alla possibilità di integrazione del reato di abuso d'ufficio, che, ai sensi dell'art. 323 c.p., richiede la violazione “di leggi e di regolamenti”).

Atti amministrativi generali

Vi sono, comunque elementi disciplinari comuni ai regolamenti e agli atti amministrativi generali: invero, la L. 241/1990 **esclude** espressamente per entrambi l'*obbligo di motivazione* (art. 3, comma 2); l'applicabilità delle norme sulla *partecipazione al procedimento amministrativo* (art. 13, comma 1), nonché l'applicabilità della disciplina in tema di *accesso ai documenti amministrativi* in relazione all'attività diretta all'emanazione degli uni e degli altri (art. 24, comma 1, lett. c). Inoltre, sia i regolamenti che gli atti amministrativi generali non sono sottoponibili al sindacato di costituzionalità di cui all'art. 134 Cost.

Il fondamento della potestà regolamentare è da rinvenire nella *legge* (nello specifico, l'art. 17 della L. n. 400 del 1988, la legge sulla Presidenza del Consiglio), occorrendo un'espressa attribuzione legislativa, ad un determinato organo amministrativo, della competenza ad adottare regolamenti. I regolamenti si distinguono in:

- Regolamenti di esecuzione a) **regolamenti di esecuzione** di leggi, decreti legislativi e regolamenti comunitari, volti alla puntualizzazione di una normativa preesistente attraverso norme di dettaglio (ad es., regolamento di esecuzione del Codice della strada);
- ... attuativi e integrativi b) **regolamenti attuativi e integrativi**, a completamento di leggi e decreti legislativi che prevedono disposizioni di principio;
- ... di organizzazione c) **regolamenti di organizzazione** che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle P.A. sulla base di norme di legge (art. 97 Cost.: la legge si limita a stabilire gli aspetti essenziali dell'organizzazione dei pubblici uffici, che verranno, poi, nel dettaglio, disciplinati da regolamenti governativi);
- ... indipendenti d) **regolamenti indipendenti**, che intervengono in materie non disciplinate dalla legge e non oggetto di riserva di legge; essi pongono problemi di compatibilità col principio di legalità, dovendosi, comunque, tenere presente che tali problemi di compatibilità non hanno un rilievo concreto, data la difficoltà di rinvenire materie che non siano coperte da riserva di legge e, quindi, non disciplinate in alcun modo da fonti di rango primario;
- ... di delegificazione e) **regolamenti di delegificazione**, previsti dal comma 2 dell'art. 17, L. n. 400 del 1988: tale disposizione contempla la facoltà, in capo al legislatore ordinario, di autorizzare il Governo ad emanare regolamenti volti alla disciplina di materie non coperte da riserva assoluta di legge. In questo caso alla legge spetta dettare "le norme generali regolatrici della materia" e disporre l'abrogazione delle norme vigenti al momento dell'entrata in vigore dei regolamenti stessi. Attraverso di essi viene, quindi, operata la *delegificazione* della materia, da quel momento in poi sottratta alla competenza del legislatore ed attribuita a quella del Governo. È quel che si è verificato, da parte delle *c.d. leggi annuali di semplificazione ex art. 20, L. 59/1997 (c.d. legge Bassanini)*, con riferimento alla materia dei procedimenti amministrativi: la disciplina di alcuni di essi, a fini di semplificazione, è stata attribuita a regolamenti che sostituiscono così le norme di legge in precedenza in vigore. Vi è da dire, tuttavia, che il fenomeno della delegificazione ha subito una notevole battuta di arresto a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione che assegna allo Stato la potestà regolamentare nelle sole materie di sua esclusiva competenza, escludendo, quindi, dall'area della delegificazione le materie di competenza concorrente ed esclusiva delle regioni. Si tratta di una categoria di regolamenti *c.d. delegati o liberi*, di creazione dottrinale, la cui definizione è controversa: hanno natura eccezionale, perchè esorbitano dagli ordinari limiti della potestà regolamentare, disciplinando materie in precedenza oggetto di regolamentazione legislativa. Lo strumento del regolamento può essere utilizzato anche per il recepimento di direttive comunitarie ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 234.

Con riferimento alla *titolarità della potestà regolamentare*, possono aversi regolamenti:

- **governativi**, emanati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri e parere obbligatorio ma non vincolante del Consiglio di Stato (si tratta di regolamenti di esecuzione); Regolamenti governativi
 - **ministeriali ed interministeriali**, adottati con decreto ministeriale. Regolamenti ministeriali
- Allo stesso livello si pongono i regolamenti del Presidente del Consiglio;
- **di altre autorità statali**, quali, ad esempio, il Prefetto;
 - **non statali**: di competenza delle Regioni, Province e Comuni nelle materie di loro spettanza secondo la Costituzione;
 - **di altri enti pubblici**, sulla base di espressa attribuzione di potestà regolamentare (ad es. regolamenti dell'Università). ... di altri enti pubblici

I regolamenti, al pari delle altre fonti secondarie, **non possono contrastare o derogare**:

- con la Costituzione e con i principi ivi contenuti (si veda in tal senso il nuovo art 117 comma 1 Cost.);
- con le fonti comunitarie;
- con le leggi ordinarie, salva l'autorizzazione a delegificare la materia.

I regolamenti emanati da autorità gerarchicamente inferiori non possono, invece, contrastare con quelli emanati da autorità superiori.

Il novellato art. 117 Cost. comma 6, così come attuato dalla L. n. 131 del 2003 (c.d. *legge La Loggia*), ha comportato il riassetto della competenza regolamentare statale a favore di quella regionale: e, infatti, il potere regolamentare viene attribuito ora allo Stato nelle materie di sua competenza esclusiva, mentre nelle materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni è assegnato solo a queste ultime. In tal modo, il potere regolamentare statale risulta limitato al fine di un reale adeguamento delle tecniche di legislazione alle esigenze di autonomia e decentramento richieste dall'art. 5 Cost. (sul punto, v. **Corte cost. n. 303 del 2003**).

In materia di **forme di tutela giurisdizionale** da assicurare a chi intenda impugnare i regolamenti (atti formalmente amministrativi e sostanzialmente normativi), nel tempo, si sono succedute due diverse impostazioni:

1) inizialmente, si è affermata una **tesi favorevole** all'ammissibilità dell'**impugnazione** dei regolamenti, in quanto atti soggettivamente amministrativi. La natura normativa dei regolamenti, tuttavia, ha fatto sì che l'immediata impugnabilità vada ad operare solo laddove l'atto in questione assuma, già prima dell'adozione dei provvedimenti attuativi, una **portata effettivamente lesiva**, andandosi a distinguere fra:

a) i c.d. **regolamenti volizione-preliminare**, le cui previsioni generali non sono in grado di incidere direttamente sulla sfera soggettiva dei destinatari: quindi, solo l'adozione dei provvedimenti attuativi dà luogo

alla lesione delle singole situazioni soggettive ed all'insorgere dell'interesse a ricorrere. Ne deriva, così, che il termine decadenziale di impugnazione decorre dal momento dell'adozione dell'atto applicativo. Se ad essere denunciato è un vizio proprio del provvedimento attuativo, andrà impugnato solo l'atto applicativo; viceversa, se si deduce un vizio che il provvedimento attuativo ha tratto dal regolamento, l'interessato deve impugnarlo congiuntamente all'atto applicativo (*cd. doppia impugnativa*); b) i c.d. **regolamenti volizione-azione**, le cui previsioni incidono direttamente sulla sfera soggettiva dei destinatari, i quali sono immediatamente interessati a ricorrere, senza necessità di impugnare i provvedimenti attuativi. Di conseguenza, l'impugnazione del regolamento volizione-azione sottostà all'ordinario termine decadenziale, decorrente dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale o sugli altri fogli di annunci legali;

2) successivamente, si è andata ad affermare una **tesi favorevole alla disapplicazione**, in base alla quale il regolamento, se pur non ritualmente impugnato, può essere disapplicato dal G.A. A sostegno di tale impostazione si è fatto leva sulla sussumibilità dei regolamenti fra le fonti del diritto e sulla non compromissione dell'esigenza di certezza.

In senso opposto a tale tesi, invece, sono stati richiamati l'assenza di una espressa previsione di legge ed il rischio di elusione del termine decadenziale.

Nessun problema si pone, viceversa, in materia di ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice ordinario, il quale può sempre conoscere del regolamento in via incidentale ai sensi dell'art. 5 L.A.C.

Testi unici L'ordinamento italiano ha avviato un processo di **semplificazione amministrativa** da attuarsi attraverso l'emanazione di regolamenti di delegificazione (art. 20 della c.d. Legge Bassanini). A tale scopo sono state adottate *leggi di semplificazione*, la prima delle quali, la L. n. 50 del 1999, all'art. 7, ha previsto il ricorso allo strumento del c.d. **testo unico** al fine di razionalizzare e riordinare la produzione normativa stratificatasi nel tempo in diversi settori giuridici.

Con riferimento a tale tecnica di normazione è sorta la questione della sua *natura giuridica*, dal momento che il testo unico racchiude in un unico documento sia le norme regolamentari che quelle legislative con riguardo ad una data materia. Tali questioni sono peraltro destinate ad esaurirsi, dal momento che la legge di semplificazione n. 229 del 2003, all'art. 23 comma 3, ha disposto l'abrogazione della norma che ha dato il via al modello del testo unico in esame.

Codici La legge suddetta ha, in sostituzione del testo unico, introdotto il nuovo schema della legge di semplificazione che conferisce deleghe per l'emanazione di **decreti legislativi-codici** (esemplificando, si vedano i Codici – nella materia civile – delle assicurazioni private e del consumo;

in materia amministrativa, il Codice degli appalti, dell'amministrazione digitale, in materia di processo amministrativo, di ordinamento militare, della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ecc.), così uniformandosi alle previsioni del riformato art. 117 comma 6, Cost. in tema di riparto della potestà regolamentare tra Stato e Regioni.

Il **comma 2 dell'art. 5, L. 69/2009**, aggiunge l'articolo 17-*bis* alla L. 400/1988, che autorizza il Governo all'adozione di **testi unici compilativi**, nella forma di decreti del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, attenendosi ai criteri indicati dal comma 1 del nuovo articolo 17-*bis*. Tale norma stabilisce che il Governo possa demandare la redazione degli schemi dei testi unici al Consiglio di Stato – che in questa ipotesi non si pronuncia sugli schemi stessi – consentendo a quest'ultimo di avvalersi di esperti; **è previsto che a ciò il Consiglio di Stato provveda nell'ambito dei propri ordinari stanziamenti di bilancio e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.**

Testi unici
compilativi

Inoltre, l'**art. 30, comma 2, lett. h), L. n. 234 del 2012** ha stabilito che la legge di delegazione europea contenga disposizioni che autorizzino il Governo ad emanare testi unici per il riordino e l'armonizzazione delle discipline di settore nel rispetto delle competenze di Regioni e Province autonome.

Nel passato si registrano quattro testi unici meramente compilativi cosiddetti "spontanei", emanati cioè dal Governo in assenza di delega o autorizzazione da parte del Parlamento; si tratta dei D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (elezioni della Camera dei deputati); 15 giugno 1959, n. 393 (circolazione stradale); 16 maggio 1960, n. 570 (composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali); 20 marzo 1967, n. 223 (elettorato attivo e liste elettorali).

Si segnala, in proposito, come la Corte Costituzionale abbia mutato il proprio orientamento in materia, passando dall'iniziale orientamento che negava forza di legge al testo unico che il Parlamento non avesse espressamente delegato al Governo fino a riconoscere forza di legge anche a tale categoria di testi unici, operando, però, in sede di dispositivo, un espresso richiamo alla norma-base, cioè alla legge da cui era tratta la norma confluita nel testo unico (sentenza n. 46/1969). L'anno successivo (con la sentenza n. 43/1970) la Corte ha, dapprima, operato il richiamo alla disposizione originaria soltanto nella motivazione per poi ometterlo completamente nella sentenza n. 47.

In ambito dottrinario, la categoria dei testi unici compilativi è stata al centro di un ampio dibattito, con specifico riguardo alla sua rilevanza giuridica, da più parti negata: il testo unico compilativo viene assimilato da alcuni a mere raccolte private ovvero, da altri, ad atto interno proprio dell'autorità amministrativa.

Invero attesi i risultati poco soddisfacenti raggiunti il legislatore ha optato per soluzioni drastiche, allontanandosi dall'idea del riordino e scegliendo la strada della cancellazione dal nostro ordinamento di un vasto numero di fonti primarie. L'operazione è stata avviata con legge n. 246 del 2005 (c.d. **taglia-leggi**) e incrementata dal D.L. n. 112 del 2008, che ne ha anticipato gli effetti.

Statuto Lo **statuto** è una norma che regola *l'organizzazione e l'attività di un ente* ed è espressione della *autonoma potestà normativa* dell'ente cui si riferiscono, essendo rari i casi di statuti posti dall'esterno (c.d. *etero-statuti*, ad es. gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale, adottati con legge costituzionale). Essi sono, quindi, di regola, deliberati dall'ente stesso e, poi, approvati da un'autorità superiore.

Si distinguono:

a) gli **statuti delle Regioni ordinarie** (art. 123 Cost.), statuti autonomi perchè deliberati dal Consiglio regionale attraverso una legge regionale. Oggi, a seguito delle riforme costituzionali del 1999 e 2001, non è più necessaria la loro approvazione con legge del Parlamento e la legge regionale di adozione non richiede più il visto del Commissario del governo. In linea con il carattere tipico dello statuto, esso deve contenere le indicazioni circa la forma di governo della regione e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento;

b) gli **statuti delle Regioni ad autonomia speciale**, che sono etero-statuti essendo adottati con legge costituzionale e, quindi, deliberati dal Parlamento e poi "imposti" alle Regioni;

c) gli **statuti comunali e provinciali**, previsti a livello di legge ordinaria dall'art. 3 comma 4 del Testo unico degli enti locali (D.Lgs. n. 267 del 2000) e dall'art. 114 comma 1 Cost., che qualifica, appunto, Comuni e Province come "enti autonomi con propri statuti". Il procedimento per la loro adozione ricorda quello per la deliberazione e modificazione delle leggi costituzionali;

d) gli **statuti degli enti pubblici non territoriali**, come ad esempio, quelli delle Università o delle Camere di Commercio. A volte tale potere statutario è ridotto perchè è la legge stessa a dettare le linee di fondo dell'organizzazione dell'ente oppure perchè lo statuto deve seguire lo schema di uno statuto-tipo adottato dall'esterno. Gli statuti degli enti pubblici e le loro modificazioni devono di regola essere approvati da autorità o organi superiori, come ad esempio i Ministri.

La loro posizione nella gerarchia delle fonti è controversa in dottrina: secondo la tesi prevalente, si collocano tra le *fonti secondarie*, pur se dotate di un grado maggiore di autonomia rispetto alle altre, dato il fondamento costituzionale del relativo potere; secondo altri, si tratterebbe di *fonte sub-primaria*, dando luogo ad un rapporto, tra essi e la legge, non già di gerarchia, bensì di competenza. Secondo altra opinione ancora, gli statuti andrebbero considerati, sulla base del loro fondamento co-

stituzionale, *fonti primarie*, seppur atipiche, non essendo stato per essi previsto il controllo di costituzionalità ai sensi dell'art. 134 Cost.

Le **ordinanze** sono atti che impongono obblighi o divieti, quindi *ordini* in generale. Tra di esse rivestono un rilievo particolare le c.d. **ordinanze contingibili ed urgenti**, espressione del potere d'urgenza attribuito dalla legge a determinati organi dello Stato – in occasione del verificarsi di eventi imprevedibili ed eccezionali (calamità naturali, situazioni di pericolo per l'ordine pubblico o la sanità e l'igiene pubblica) – potere *extra ordinem* che consente di derogare alle disposizioni di legge ordinaria, salvo il rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento. Sono adottate laddove non si possa far fronte alla situazione straordinaria con i normali strumenti posti a disposizione dal legislatore.

Le ordinanze di necessità e urgenza si caratterizzano per il fatto di non avere un contenuto predeterminato ma *atipico*, pur essendo invece previamente tipizzati *ex lege* i presupposti e lo scopo della loro adozione, sulla scorta del principio di legalità che deve ispirare *in toto* l'azione amministrativa. In ciò si differenziano rispetto ai provvedimenti amministrativi d'urgenza, i quali sono atti tipici anche nel contenuto. È evidente, quindi, come il ricorso ad esse costituisca una *extrema ratio*, comportando una **deroga al principio di necessaria tipicità degli atti amministrativi**.

La tesi prevalente circa la natura giuridica delle ordinanze assegna loro una *natura mista*, in parte normativa e in parte amministrativa. Più precisamente, esse hanno, di regola, un carattere amministrativo e provvedimentoale, essendo dirette a risolvere un problema ben individuato e circoscritto nel tempo; eccezionalmente, presentano rango normativo, qualora dettino prescrizioni che, seppur temporanee, siano dotate del carattere dell'innovatività tipico delle fonti del diritto.

Le ordinanze *de quibus*, pur potendo derogare alle disposizioni di legge, possono incontrare alcuni **limiti**, e cioè:

- **limiti sostanziali**: devono essere adottate nel rispetto delle norme costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento. Inoltre, devono fronteggiare le situazioni di pericolo utilizzando misure che vadano a salvaguardare il pubblico interesse con il minor sacrificio possibile di quello privato e sono illegittime se non rispettano il principio di proporzionalità;
- **limite temporale**: secondo l'orientamento tradizionale, il potere di adottare ordinanze deve avere un limite temporale. Viceversa, secondo altro indirizzo, solo dopo un esame del caso concreto si può valutare se l'intervento deve assumere o meno carattere temporaneo;
- **limiti procedurali**: consistono nell'obbligo di motivazione e nell'obbligo di condurre un'adeguata istruttoria.

Inoltre, le ordinanze *extra ordinem* possono essere adottate solo in presenza di alcuni **presupposti**, e cioè di un **pericolo di danno grave** e dell'**indifferibilità dell'intervento urgente**.

In ordine al rapporto fra il momento in cui viene in essere il pericolo ed il presupposto dell'urgenza, sono stati elaborati due orientamenti:

- a) secondo una prima impostazione, la finalità e il presupposto per l'emanazione di ordinanze di necessità ed urgenza sono quelli di provvedere con urgenza ad un **evento nuovo, imprevisto ed imprevedibile**;
- b) per diverso orientamento, a rilevare è l'**effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente** al momento dell'adozione dell'ordinanza, risultando ininfluenza la prevedibilità dell'evento dannoso, nonché il momento di insorgenza della situazione di emergenza.

La mancanza degli anzidetti presupposti determina, secondo una prima impostazione, una situazione di *carezza di potere*, comportante la *nullità* del provvedimento (giurisdizione G.O.); viceversa, per altra tesi, dà luogo ad un'ipotesi di *cattivo uso di potere o sviamento dalla causa tipica*, risultando, così, l'*atto annullabile* (giurisdizione G.A.).

La **Corte Costituzionale (sentenza 4 aprile 2011, n. 115)** ha dichiarato l'art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 *costituzionalmente illegittimo* nella parte in cui prima delle parole "contingibili ed urgenti" pone la locuzione "anche".

Nello specifico, la Consulta ha ravvisato una **violazione del principio di legalità sostanziale**, in forza del quale l'attività della P.A., quando investe direttamente lo spazio di libertà dei consociati, deve essere **determinata dalla legge nei mezzi e nei contenuti, oltre che nei fini**.

Il principio enunciato trova, innanzitutto, fondamento nella riserva di legge di cui all'**art. 23 Cost.**, secondo cui nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Ne deriva, quindi, che anche gli obblighi di non fare costituiscono una *prestazione personale*, cosicché i divieti possono essere imposto solo *in base alla legge*: il che non significa che la legge deve dettare puntualmente la regola di comportamento, ma piuttosto che i consociati *sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare e di dare previsti in via generale dalla legge*, e cioè ad un provvedimento assunto in base alla rappresentanza politica e democratica, *ancorché non dettagliato*. Se la discrezionalità amministrativa attiene alla sfera di libertà dei consociati, deve trovare nella legge puntuali criteri di delimitazione.

La Corte ha rilevato che, nel caso *de quo*, nessuna delimitazione era posta dalla legge. Inoltre, il Giudice delle Leggi ha ravvisato anche la violazione della riserva di legge di cui all'**art. 97 Cost.**, ove tale riserva vale a garantire che gli uffici siano organizzati in guisa da assicurare, tra l'altro, l'**imparzialità dell'amministrazione**. Nel caso di specie, *«l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge»*.

Infine, la Corte Costituzionale ha ravvisato la violazione dell'**art. 3 della Cost.**, in quanto la disparità di trattamento introdotta su ristretta base territoriale non può essere misurata nella sua ragionevolezza in base ad alcun parametro legislativo.