

Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo

di Michele Massa

Sommario. I. Premessa. II. I limiti della giurisdizione costituzionale. III. Strategie di aggiramento: giudizi costituzionali indiretti sui regolamenti. III.1. La delegificazione ultra vires. III.2. La legificazione. III.3. Il diritto vivente regolamentare. IV. Il giudizio amministrativo su regolamenti e i suoi problemi. IV.1. L'accesso al giudice amministrativo. IV.2. La decadenza dal potere di impugnazione. IV.3. Giudicato e contraddittorio. IV.4. La disapplicazione. V. Ripensare il giudizio sui regolamenti. Appendice

I. Premessa

In questo intervento riassumo e anticipo i risultati di una ricerca che vado conducendo da tempo e sono – spero – in procinto di concludere. Rinvio al futuro resoconto per riferimenti, anche bibliografici, e considerazioni più analitiche. Tenendo conto della particolare, preziosa occasione che mi é oggi offerta, mi concentrerò sui passaggi essenziali del ragionamento e su alcuni dei problemi di effettività della tutela contro i regolamenti illegittimi che nascono dallo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza.

La tesi che sosterrò si articola nei seguenti passaggi. Ragioni di carattere formale escludono il regolamento dal novero dei provvedimenti sindacabili dalla Corte costituzionale (mi riferisco all'unico giudizio accessibile a tutti i cittadini: quello in via incidentale; sez. II). In casi eccezionali, la natura normativa del regolamento fa premio su queste ragioni formali e lo attrae nell'ambito della giurisdizione costituzionale (sez. III). Al di là di queste eccezioni, la giurisdizione sui regolamenti spetta ai giudici comuni e si attua secondo le regole generali dei diversi tipi di giudizio. Tuttavia, nel momento in cui oggetto del giudizio sono regolamenti, le particolarità di questi atti come fonti del diritto tornano ad acquisire rilievo e possono mettere in crisi la tenuta di alcune delle regole proprie dei vari modelli processuali. Ciò accade, in particolare, per l'azione di annullamento esperibile davanti al giudice amministrativo (sez. IV). Alcuni punti di crisi possono essere risolti in via interpretativa; per altri sarebbe preferibile un intervento del legislatore, sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti. Tuttavia, per impostare correttamente la questione, in tutti i suoi molteplici profili, occorre, ad avviso di chi scrive, un cambiamento di paradigma che può apparire radicale, e che tende a differenziare il giudizio sui regolamenti da quello sui provvedimenti, per avvicinarlo al giudizio sulle leggi (sez. V).

II. I limiti della giurisdizione costituzionale

Non è necessario diffondersi qui in spiegazioni sul primo punto del ragionamento. Se mai, vale la pena ricordare che i Costituenti si posero espressamente il problema del tipo di atti da affidare al sindacato della Corte costituzionale e decisero di risolverlo nel modo ben noto. Giovanni Leone aveva proposto di lasciare che fosse la Corte a giudicare, su ricorso delle persone interessate, circa eventuali contrasti tra atti e norme del potere esecutivo, da un lato, e norme costituzionali, dall'altro, con particolare riguardo alle situazioni in cui fossero violati i diritti di libertà dei cittadini garantiti dalla Costituzione. Ma la proposta fu respinta nel corso del dibattito presso la II Sottocommissione, dove, tra l'altro, si enunciò un argomento che sarebbe riecheggiato più volte

nelle discussioni degli anni successivi: quello secondo cui non ha senso mettere i singoli atti amministrativi in relazione diretta con la Costituzione, perché ognuno di questi atti ha la sua base nella legge, sicché o è coerente con essa, e allora eventuali incostituzionalità appartengono alla legge, oppure è incoerente, ed allora è semplicemente illegittimo e deve essere annullato dal Consiglio di Stato o dagli organi di giustizia amministrativa. Nei lavori dell'Assemblea plenaria, poi, il testo del vigente art. 134 Cost. fu scritto con la specifica e dichiarata intenzione di limitare la giurisdizione della Corte alle sole leggi (del Parlamento o dei consigli regionali) e ai decreti-legge e decreti legislativi. È lo stesso Costantino Mortati, illustrando l'emendamento suo e di Egidio Tosato che sarebbe poi divenuto parte dell'art. 134, a puntualizzare che si erano volute distinguere "le manifestazioni del potere di legislazione primaria (...), dalle altre di carattere regolamentare". L'affermazione si riferisce, nel suo tenore letterale, alle sole fonti regionali del diritto, ma ha un'evidente portata generale.

È risaputo che il modello di giustizia costituzionale recepito nella Carta del '48 era per molti aspetti ancora incompleto, abbozzato e bisognoso di integrazioni da parte della legislazione e della giurisprudenza. Ma sul punto appena esaminato la volontà dei Costituenti era chiarissima. Nessuno dei primi commentatori ebbe il minimo dubbio. Non ne ebbe nemmeno Piero Calamandrei: egli, che ben conosceva la diversa scelta formulata nella Costituzione austriaca, rilevò che la Carta italiana si era allontanata da quel modello e aveva escluso dalla giurisdizione costituzionale il sindacato sulla legittimità dei regolamenti. Lo stesso Mortati lo riconobbe più volte, sino al 1964.

Neanche la giurisprudenza costituzionale ha manifestato particolari incertezze: pur con qualche oscillazione nelle formule dei dispositivi, furono sempre respinte le questioni sollevate sui regolamenti; quanto allo stabilire in che modo (in base a quali criteri) gli atti con forza di legge dovessero essere identificati, prevalse l'attenzione agli indici di carattere formale (provenienza, procedimento di adozione, forma in senso stretto dell'atto); quelli di carattere sostanziale furono considerati, di regola, come argomenti complementari e comunque mai sono valsi a scalzare le qualificazioni operate in base agli indici formali. Oggi, alla luce della legge n. 400 del 1988 e in particolare di quanto essa dispone circa la denominazione dei decreti legislativi e dei regolamenti, si deve considerare ormai definitivamente assestata l'assoluta prevalenza dei criteri formali nell'identificazione degli atti sindacabili dalla Corte.

Accade però che, nel 1964, Costantino Mortati, già da alcuni anni giudice costituzionale, muti il proprio avviso e sviluppi la sua tesi circa i regolamenti quali fonti del diritto sostanzialmente primarie, come tali attratti nella giurisdizione costituzionale.

È difficile, o almeno a chi scrive non è riuscito, collegare questo ripensamento a qualche singola vicenda o decisione costituzionale. A giudicare dall'andamento dell'argomentazione nella nota monografia del 1964, Mortati fu colpito soprattutto dalla generale dilatazione dei poteri normativi dell'esecutivo nell'ordinamento repubblicano, sino al punto da chiedersi quale razionalità potesse mai conservare la regola iscritta nell'art. 134 Cost., dal momento che la distinzione tra legge e regolamento era ormai affidata – così egli riteneva – a scelte ampiamente discrezionali della maggioranza politica diretta dal governo. Certamente l'esame della dinamica concreta delle fonti del diritto ebbe un peso decisivo nel persuadere l'autore a rivedere le proprie posizioni.

È utile, a questo proposito, una breve digressione. Nell'età moderna, la graduale affermazione e in generale tutta la storia del potere regolamentare si sono sviluppate più sotto il segno di esigenze pratiche, di carattere politico-istituzionale, che non in conformità a un disegno costituzionale prestabilito e concettualmente nitido. È significativo quanto afferma Michel Verpeaux nella sua monografia storica del 1991: nella Francia rivoluzionaria, anche nei momenti in cui in modo più radicale si proclamava il monopolio dell'assemblea legislativa sul potere normativo, alcuni frammenti di questo continuarono sempre ad essere esercitati da organi diversi;

non va sopravvalutato il fatto che solo nel 1799 l'esistenza della potestà regolamentare sia stata formalmente riconosciuta nella costituzione napoleonica. Un altro esempio: l'ordinamento britannico è stato il primo a conoscere la distinzione tra i poteri normativi legislativi ed esecutivi ed è stato spesso additato (ad esempio, da Silvio Spaventa) come esempio di sistema incentrato sulla legge, nel quale l'attività del Parlamento era talmente capillare da acquisire sovente carattere provvedimentale. Eppure in questo stesso ordinamento il potere regolamentare ha iniziato la sua rimonta sulla legge, in età contemporanea: Alpheus Todd testimonia che questo processo era già iniziato nel periodo vittoriano; ma il suo apice fu raggiunto nei primi decenni del '900, con quell'espansione dei poteri del governo, dovuta anche alle esigenze belliche, che diede poi vita alla nota polemica tra autori di diversa ispirazione, quali Harold J. Laski e Carleton K. Allen. Il potere regolamentare non è, insomma, istituto che si presti a definizioni e classificazioni geometriche; la complessità e la fluidità del suo regime giuridico derivano dalla posizione centrale che esso occupa nel sistema delle fonti del diritto e nella forma di governo, ambiti a loro volta movimentati, perché continuamente attraversati dalle pulsioni politiche che vengono dalle esigenze di governo di ciascun paese.

Tornando alla riflessione di Mortati, occorre allora sottolineare che anch'essa si inserisce in questo solco: si fonda, cioè, sull'analisi del ruolo che il potere regolamentare aveva effettivamente assunto nell'ordinamento repubblicano. Una volta di più, la dinamica reale dell'istituto metteva in questione il posto del regolamento nel sistema delle fonti e, in generale, il suo regime giuridico, al di là della persistenza delle definizioni e degli schemi logici tradizionali. Le conclusioni dell'autore scaturivano da un'analisi di questo tipo, condotta con il rigore, la ricchezza di riferimenti e l'acume propri di uno dei classici del diritto costituzionale italiano.

Questa considerazione aiuta a capire perché, pur non essendo mai state le conclusioni di Mortati condivise dalla dottrina (con l'eccezione di Giuliano Amato, ma limitatamente ad alcuni regolamenti di età statutaria) e dalla giurisprudenza, gli argomenti utilizzati per raggiungere quelle conclusioni e, soprattutto, gli interrogativi di ordine generale sollevati dall'autore siano tuttora presenti nella riflessione scientifica. Il diritto positivo che lo stesso Mortati aveva contribuito a scrivere ostava all'accoglimento delle sue conclusioni. Ma questo nulla toglieva alla validità delle analisi sviluppate, degli argomenti spesi e degli interrogativi sollevati. Lo testimonia la riflessione scientifica successiva. La teoria di Enzo Cheli sul fondamento istituzionale del potere regolamentare; la distinzione, operata da Aldo Sandulli, tra forza di legge, trattamento giuridico spettante alla legge e primarietà di taluni atti normativi, ivi compresi alcuni previsti dalla legge stessa; la stessa critica di Franco Modugno al concetto di forza di legge e alla centralità del principio gerarchico: tutte queste dottrine hanno ampiamente attinto alla riflessione di Mortati, pur convergendo anch'esse, con varietà di argomenti, nel rifiuto delle conclusioni raggiunte dall'autore.

Soprattutto, risuona ancora la domanda di Mortati: i regolamenti occupano, o possono in alcuni casi occupare, nel sistema delle fonti, una posizione sostanzialmente equivalente a quella di atti di rango primario; perché mai, allora, il loro sindacato dovrebbe avvenire con modalità diverse e meno efficaci di quelle tipiche del sindacato sulle leggi, e ad opera di giudici non sempre sensibili ai problemi costituzionali come lo sono quelli che siedono a Palazzo della Consulta? È superfluo elencare qui le innumerevoli volte in cui l'interrogativo è stato rilanciato dagli studiosi, anche in occasione di casi di eccezionale attualità e delicatezza, come quello sull'esposizione obbligatoria nelle aule scolastiche, per disposizione amministrativa, del crocifisso.

III. Strategie di aggiramento: giudizi costituzionali indiretti sui regolamenti

Il caso appena ricordato è il più noto e recente esempio di come sia possibile teorizzare strategie per superare in modo “indiretto o obliquo” (Gustavo Zagrebelsky) i limiti alla giurisdizione della Corte costituzionale segnati dall'art. 134. Sono almeno tre le tecniche che si possono usare, e che sono state effettivamente usate, a questo scopo. Tutte, in vario modo e misura, fanno perno sulla natura di fonte del diritto che è propria dei regolamenti.

III.1. La delegificazione *ultra vires*

Una prima tecnica si applica in situazioni molto particolari. Affinché essa sia praticabile, devono essere soddisfatti tre requisiti: a) deve essere stato emanato un regolamento di delegificazione; b) il regolamento deve essere viziato per eccesso di delegificazione, vale a dire per avere disciplinato materie diverse da quelle contemplate nella legge di autorizzazione; c) le norme legislative che, prima del regolamento, disciplinavano queste materie devono essere, a loro volta, incostituzionali. Quando ricorrono tutte e tre le condizioni, il giudice *a quo* può sollevare q.l.c. sulle norme legislative, nel presupposto che esse non siano state (legittimamente) abrogate all'entrata in vigore del regolamento viziato. Per giudicare il merito della questione, la Corte dovrà necessariamente avallare la tesi che le norme legislative siano rilevanti nel giudizio *a quo* e quindi implicitamente confermare che il regolamento è illegittimo e che l'abrogazione non si è verificata. È il percorso seguito dal filone di giurisprudenza costituzionale inaugurato dalla sentenza n. 354 del 1998 e poi più volte ribadito, anche nella sentenza n. 401 del 2006 e, *a contrario*, nell'ordinanza n. 48 del 2008 (ove si rimprovera al rimettente di non avere spiegato perché, con riferimento alle norme considerate rilevanti, sarebbe escluso l'effetto di delegificazione).

Non si può dire che tutto sia chiaro, in questa giurisprudenza. Non è chiaro, ad es., se l'effetto abrogativo sia neutralizzato solo quando il regolamento è affetto dal vizio di eccesso di delegificazione o anche in presenza di altri vizi. Nemmeno è chiara la fisionomia dell'operazione che i giudici e la Corte compiono con riguardo al regolamento viziato: non applicazione di una norma irrilevante? Disapplicazione di una norma annullabile? Accertamento incidentale dell'assoluta inefficacia di una norma nulla? O forse è superfluo porsi il problema e basta considerare che la legge non abilitava il regolamento ad abrogare una certa norma primaria? Ma, anche a voler seguire quest'ultima tesi, il regolamento che si sovrapponga a una legge preesistente non dovrebbe essere considerato comunque efficace, sebbene illegittimo?

Quale che sia la risposta da dare a queste domande, due punti sono fermi. Perché la Corte costituzionale possa pronunciarsi sulla legittimità del regolamento di delegificazione devono ricorrere le tre condizioni di cui s'è detto e, in particolare, l'incostituzionalità delle norme legislative anteriori. Inoltre, la Corte non giudica direttamente della legittimità del regolamento, ma si limita a verificare che non sia scorretta la valutazione del giudice *a quo*, il quale ha ritenuto irrilevante il regolamento e rilevante le norme di legge anteriori. Quanto in avanti possa spingersi tale verifica, dipende dalla discussa profondità del sindacato della Corte costituzionale sulla rilevanza delle q.l.c. sottoposte al suo esame.

Pertanto, sia nei presupposti sia negli effetti, questa tecnica di sindacato indiretto è soggetta a limiti di non poco conto.

III.2. La legificazione

La seconda tecnica si basa sull'effetto di 'legificazione': talora una legge richiama un regolamento per recepirne il contenuto; questo contenuto acquista, così, la forza di legge e diventa sindacabile ai sensi dell'art. 134 Cost. Tale eventualità è stata considerata già nella sentenza n. 86 del 1965 e poi nella sentenza n. 507 del 1988. Alcune decisioni del 1993 hanno consentito alla Corte di precisare che tale effetto presuppone un rinvio dalla legge a norme determinate ed esattamente individuate: quindi una tecnica simile a quella del rinvio fisso (materiale, recettizio).

Beninteso: questa sorta di promozione sul campo può essere assegnata anche ad atti diversi dai regolamenti. La legge è libera di scegliere il contenuto e la portata da dare ai propri precetti e le modalità per esprimerli. La legificazione potrebbe dunque riguardare anche semplici provvedimenti amministrativi: questo avrebbe fatto, ad es., il legislatore del Lazio, secondo un'ordinanza del Consiglio di Stato recentemente pubblicata (sez. V, 4 agosto 2009, iscritta al R.O. al n. 147 e pubblicata nella G.U. n. 21 del 2010), nella quale si considera una legge che faceva salvi gli effetti degli atti di inquadramento nella qualifica dirigenziale di taluni dipendenti regionali. Ma la legificazione di regolamenti amministrativi (o atti generali) è, al contempo, più 'conveniente' per il legislatore e più difficile da contestare. Più 'conveniente': la pura e semplice latitudine della sfera di efficacia di questi atti fa sì che vi possa essere un interesse politico più forte alla loro difesa dalle impugnazioni. Più difficile da contestare, perché alcuni degli argomenti solitamente adottati contro la legificazione di atti amministrativi hanno minor presa, quando ciò che viene ammantato del rango primario è un regolamento. Si pensi ad alcuni dei rilievi critici formulati nella cit. ordinanza. Tra l'altro, si denuncia la legge in questione come legge-provvedimento e si lamenta la violazione dei principi tipici del procedimento e del provvedimento amministrativo: "principi della motivazione, della trasparenza, della completezza dell'istruttoria, della partecipazione" e inoltre "principio di proporzionalità". Si criticano in particolare l'insufficienza (genericità, contraddittorietà etc.) della motivazione enunciata nella legge; la mancata ponderazione degli interessi e dell'affidamento dei controinteressati; l'assenza di criteri comprensibili per la decisione assunta; l'omessa considerazione del fatto che gli interessi che si è scelto di favorire avrebbero potuto essere soddisfatti con minore sacrificio per le aspettative dei controinteressati. È ovvio, però, che le regole sulla motivazione, sull'istruttoria, sulla partecipazione non valgono comunque per i regolamenti, a prescindere dall'eventualità che essi siano legificati.

Nondimeno, operazioni di questo genere restano sospette. La legificazione si pone intrinsecamente, per definizione, in contrasto con il principio di eguaglianza: un singolo atto, espressione concreta di un potere normativo regolamentare, viene rivestito della forza della legge e consegnato ad un regime di giustiziabilità diverso da quello degli altri regolamenti. Sarà anche vero, come spesso si afferma, che la giustiziabilità non è negata, ma solo trasferita dal giudice amministrativo a quello costituzionale; ma il puro e semplice fatto che ciò avvenga spezza l'uniformità del trattamento. Inoltre, spesso la legificazione interviene su atti che sono già stati impugnati, con tempi e modi che non lasciano dubbi circa l'intenzione del legislatore di bloccare o almeno intralciare i giudizi in corso. Quando ciò accade, alle perplessità già segnalate si aggiungono quelle che derivano dall'interferenza con l'esercizio del diritto di difesa e con la funzione giurisdizionale. Ciò a tacere del fatto che la legificazione priva gli interessati della possibilità di far valere tutti i vizi formali ed anche quelli sostanziali diversi dall'irragionevolezza o dalla violazione di specifiche norme costituzionali.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, un effetto di legificazione dovrebbe essere identificato solo quando la legge é inequivocabilmente orientata a produrlo. Tutte le volte che cosí non è, il richiamo ai regolamenti dovrebbe essere interpretato restrittivamente, quanto agli effetti che esso produce: come puro e semplice riferimento di una fonte all'altra; come richiamo di una fattispecie delineata dal regolamento quale presupposto per una norma stabilita dalla legge; al limite, anche come sanatoria (ma non come legificazione), ad es. quando si può supporre che il legislatore abbia voluto dare copertura legislativa a un atto di dubbia coerenza con la riserva di legge o il principio di legalità. Un effetto di quest'ultimo tipo fu ravvisato dal Consiglio di Stato nel richiamo operato dalla legge n. 289 del 2002 al d.P.C.m. 29 novembre 2001, sui livelli essenziali dell'assistenza sanitaria, decreto inizialmente sospettato di illegittimità dal giudice di appello appunto per la sua natura amministrativa.

Esemplare delle difficoltà che l'interpretazione di interventi di questo tipo può porre è la vicenda del piano ospedaliero pugliese adottato con delibere di giunta del 2002 e successivamente richiamato da due leggi regionali del 2002 e del 2004, la seconda delle quali dichiarava espressamente di approvare le delibere. Si è registrata, al riguardo, una consapevole spaccatura della giurisprudenza amministrativa e dello stesso Consiglio di Stato: alcune decisioni hanno ravvisato una legificazione, escludendo poi i dubbi di costituzionalità sulla base di un sindacato di ragionevolezza non particolarmente severo; altre hanno invece interpretato l'intervento in modo riduttivo, come richiamo meramente "riepilogativo" alle delibere della giunta, e ciò proprio allo scopo di evitare i potenziali contrasti con l'art. 24 Cost.

Naturalmente, quanto più si restringe la portata della legificazione, tanto più stretta e accidentata diventa la via che, passando attraverso questo istituto, consente di portare i regolamenti a Corte, valicando la frontiera segnata dall'art. 134 Cost. Anche questa tecnica di sindacato indiretto si rivela, quindi, limitata.

III.3. Il diritto vivente regolamentare

La terza tecnica di aggiramento vanta le ascendenze teoriche più nobili, ma è anche la più discussa. È inoltre quella che meglio di tutte chiarisce in che senso la natura normativa del regolamento può bastare, di per sé sola, a portarlo oltre il confine naturale della giurisdizione.

Si tratta della dottrina del 'diritto vivente regolamentare', ossia dei casi in cui tra fonte primaria e secondaria si instaura quello che la Corte ha chiamato un "*continuum* normativo" in virtù del contenuto proprio dei due atti e a prescindere dalle differenze di forma e grado gerarchico tra gli stessi. L'istituto fu inizialmente teorizzato in un noto saggio di Carlo Esposito ed è stato poi ripreso, in più occasioni, da Lorenza Carlassare e Andrea Pugiotto. La stessa Corte costituzionale lo ha recepito in alcune occasioni, principalmente con le sentenze n. 1104 del 1988 e n. 456 del 1994, ma non in molti altri casi, in cui, almeno in linea teorica, la figura del diritto vivente avrebbe potuto trovare applicazione. Come si è già detto, questa figura è tornata alla ribalta soprattutto in occasione del giudizio concluso con l'ordinanza n. 389 del 2004.

Per non ripetere cose risapute, ci si limita ad accennare all'opinione di chi scrive circa le forme che il nesso contenutistico tra legge e regolamento può assumere e circa la possibilità di ravvisare, nelle varie ipotesi, un *continuum* tale da consentire alla Corte costituzionale di pronunciarsi nel merito.

Può accadere che venga in rilievo un caso di combinato disposto tra due norme di rango diverso. Ad esempio, una norma primaria vieta il riscatto previdenziale del tempo impiegato per frequentare certi corsi di formazione; tuttavia, una norma secondaria rende la frequenza di quei corsi condizione indispensabile per l'ammissione al servizio in un certo ruolo dell'amministrazione. Ciascuna delle due norme ha una propria autonomia precettiva; nessuna è, di per sé sola, illegittima (l'incostituzionalità della prima, in sé e per sé, era stata espressamente esclusa: sentenza n. 104 del 1990). Il loro effetto congiunto, tuttavia, crea risultati arbitrari sotto il profilo della discriminazione rispetto alla riscattabilità di altri corsi con analoga funzione abilitante (sentenza n. 257 del 1991). Ci si trova dinanzi a un tipico caso di norma cui non corrisponde univocamente una disposizione: la norma incostituzionale ha la sua fonte in due disposizioni di rango diverso. In casi simili, è effettivamente difficile negare che la Corte costituzionale possa entrare nel merito della questione.

Può invece succedere che la norma primaria si limiti ad alcune indicazioni di principio, assegnando a quella secondaria un ruolo di attuazione e integrazione. È quanto accadeva nel caso deciso dalla sentenza n. 1044 del 1988: la fonte primaria escludeva la responsabilità dell'amministrazione postale e dei suoi concessionari, per i servizi da essi esercitati, "fuori dei casi e dei limiti espressamente stabiliti dalla legge"; la fonte secondaria configurava in termini irragionevolmente restrittivi la responsabilità del concessionario per interruzione del servizio di comunicazione urbana. In questi casi, non sembra del tutto corretto parlare di diritto vivente regolamentare: la norma illegittima proviene dalla fonte secondaria; quella primaria contiene solo un'indicazione di massima, suscettibile in astratto di un ampio ventaglio di integrazioni regolamentari alternative; se l'autorità amministrativa sceglie una modalità di integrazione illegittima, non c'è motivo di far risalire le conseguenze di questo errore fino alla legge.

Può anche accadere, va da sé, che l'incostituzionalità sia già propria dei principi o comunque dei contenuti normativi propri della legge ed è logico che, in questi casi, a pronunciarsi possa e debba essere (anche) la Corte. Si pensi, ad es., alla questione decisa dalla sentenza n. 432 del 2005. La norma discriminatoria in danno degli invalidi stranieri era contenuta nella legge regionale ed era ripetuta nel regolamento amministrativo: l'impugnazione di quest'ultimo aveva dato occasione al giudizio *a quo*; ma data l'identità tra le due norme, il giudice amministrativo ritenne di sollevare la q.l.c. sulla legge; la questione fu ritenuta fondata dalla Corte, che annullò la legge e pose così le premesse per l'accoglimento del ricorso.

In questo caso, il significato della norma di legge era già chiaro e il regolamento si limitava a ribadirlo pedissequamente. Quando invece il significato e la correlativa incostituzionalità della legge siano incerti, è logico che per sciogliere i dubbi si possa anche prendere in considerazione l'interpretazione data alla legge dall'amministrazione mediante l'adozione di regolamenti esecutivi o attuativi. Ma – e qui sta il punto – non c'è motivo per attribuire all'interpretazione amministrativa quello status privilegiato che spetta alla sola interpretazione giurisprudenziale e che è alla base della dottrina del diritto vivente comunemente applicata dalla Corte costituzionale.

Le operazioni logiche che i giudici compiono non sono diverse da quelle che compie chiunque altro, nel momento in cui si interroga sul significato di una certa legge; ciò che cambia è la funzione nell'ambito della quale l'operazione interpretativa si inserisce. L'interpretazione della legge che proviene dai giudici è trasfusa nelle loro decisioni, che sono destinate ad acquisire la forza del giudicato e a prevalere su ogni interpretazione contraria; l'interpretazione offerta dalle corti di ultima istanza, poi, ha caratteristiche ancora più specifiche, soprattutto se essa si esprime in sentenze di annullamento con rinvio che pongono un vero e proprio vincolo rispetto all'applicazione della legge nei successivi gradi di giudizio.

L'interpretazione amministrativa non gode di simili privilegi: e non importa, da questo punto di vista, se essa sia recata da regolamenti, provvedimenti, circolari etc. Empiricamente, le si

può riconoscere senz'altro un rilievo particolare, soprattutto per la sua speciale capacità di incidere concretamente sulla vita della comunità, orientando l'attività degli apparati burocratici. Ma queste sono, appunto, considerazioni empiriche. Per quanto la si voglia considerare autorevole, informata, ponderata, tempestiva, importante etc., l'interpretazione amministrativa del diritto è suscettibile di contestazione alla pari di quella scientifica o privata; e come questa può essere ribaltata, smentita e soppiantata da una diversa interpretazione giudiziaria.

Perché mai allora la Corte costituzionale dovrebbe avere nei confronti dell'interpretazione amministrativa lo stesso atteggiamento che ha per gli indirizzi consolidati dei giudici di ultima istanza? Rilievi simili furono formulati da Vezio Crisafulli già nel 1956 e sono stati ripresi dalla dottrina successiva, compresa quella di Luigi Mengoni. Il più puntuale studioso del diritto vivente, anche regolamentare, ha risposto senza contestare radicalmente l'esattezza di tali considerazioni, ma osservando che esse comunque non bastano a escludere qualsiasi rilievo dell'interpretazione-applicazione amministrativa ai fini della formazione del diritto vivente. Non sembra una replica risolutiva: è sicuro, si ripete, che anche dell'interpretazione ufficiale è opportuno tenere conto; molto più discutibile è se per questa interpretazione valgano le stesse ragioni di cautela che hanno indotto la Corte costituzionale ad astenersi dal suggerire esegesi alternative della legge quando presso le corti si è consolidato un certo orientamento.

Del resto, c'è un doppio pericolo in agguato per chi, intendendo in senso ampio il *continuum* tra fonte primaria e secondaria, cerca di allargare la portata della dottrina del diritto vivente regolamentare e di patrocinare la tesi che esso vincoli la Corte, come il diritto vivente giurisprudenziale. L'art. 134 regola, per quanto qui interessa, i confini tra giurisdizione costituzionale e amministrativa; il diritto vivente regolamentare porta a sfumare larghi tratti di questi confini. Ma quanto più questi confini sono sfumati, tanto maggiore è il rischio che accada una delle due cose: che uno dei due giudici si avvalga dell'incertezza e dell'elasticità dei termini della propria giurisdizione per liberarsi dei casi difficili e scaricarli sulle spalle dell'altro giudice; oppure che entrambi si pronuncino, con il rischio di contrasti.

Ci si è già avvicinati a un caso di sovrapposizione, fortunatamente risolto dalla sostanziale concordia dei due giudici. La cit. sent. n. 1104 del 1988 aveva, in ultima analisi, annullato l'integrazione della legge costituita dal regolamento del 1941 sulla responsabilità del concessionario del servizio telefonico. Qualche tempo dopo, il Consiglio di Stato si è pronunciato sul nuovo regime di responsabilità stabilito da un regolamento del 1988, facendo applicazione, come parametro di giudizio, degli stessi criteri generali indicati dalla Corte. Non è detto che un simile coordinamento riesca sempre; ed eventuali divergenze di opinione tra i due giudici potrebbero finire per assomigliare a veri e propri contrasti di giudicato.

Non si devono, tuttavia, sottovalutare le ragioni di politica del diritto che animano i fautori del diritto vivente regolamentare: la preoccupazione che, affidati al controllo dei giudici comuni, i regolamenti riescano a sfuggire più facilmente delle leggi al vaglio di costituzionalità. Alla base di questa preoccupazione si intravedono vari ordini di perplessità, che investono due oggetti: la sensibilità costituzionale del giudice amministrativo, nella quale evidentemente non si ha piena fiducia; la capacità del processo amministrativo di prestarsi come strumento di tutela accessibile, maneggevole ed efficace.

Quanto al primo ordine di perplessità, non si può certo avviare qui una campagna di misurazione del tasso di cultura costituzionale dei giudici dei Tar e del Consiglio di Stato. Certamente ci sono molti indirizzi e innumerevoli decisioni meritevoli di critica, come pure continuano a suscitare perplessità talune particolarità dello status dei magistrati amministrativi (e dei consiglieri di Stato in particolare). Ma chi, per ora, ha provato a fare una prima valutazione della

sensibilità costituzionale dei giudici amministrativi non ne ha tratto conclusioni del tutto critiche (Pignatelli).

Soprattutto, però, si fatica ad accettare l'idea che, quand'anche tale sensibilità fosse davvero insufficiente, il rimedio andrebbe ricercato nel tentativo di esportare clandestinamente nell'area della giurisdizione costituzionale una parte delle questioni che è compito del giudice amministrativo esaminare. Se ciò che sta a cuore è aumentare, estendere e qualificare la capacità della Costituzione di informare di sé l'ordinamento, attraverso l'attività di tutti gli interpreti e applicatori del diritto, la strategia che qui si critica può apparire incoerente o forse addirittura controproducente. Essa incorpora il rischio di indurre i giudici nella tentazione di sfuggire alla decisione di casi difficili, quasi che il diritto costituzionale valesse fino in fondo solo tra le mura della Consulta. Il che sarebbe oltretutto antistorico, in un momento in cui il sistema di tutela contro gli atti normativi ha acquisito caratteri di diffusione tanto marcati, da destare se mai qualche preoccupazione negli studiosi circa la centralità del giudice costituzionale, forse compromessa. È realistico che la Corte, dopo avere fatto forse anche troppo per condividere con i giudici comuni la responsabilità della giustizia costituzionale, faccia marcia indietro proprio su questo specifico terreno, dissolvendo uno dei confini della propria giurisdizione chiaramente tracciato dai Costituenti e difeso da decenni di giurisprudenza?

Il secondo ordine di perplessità riguarda non i giudici, ma il processo amministrativo. Su questo versante è necessario formulare alcuni rilievi più analitici.

IV. Il giudizio amministrativo su regolamenti e i suoi problemi

In effetti, c'è un problema di fondo che deriva dall'assunzione nel processo amministrativo, come possibile oggetto di giudizio, dei regolamenti. Questo processo è divenuto gradualmente, grazie agli sforzi degli interpreti, un giudizio su interessi sostanziali e concreti: in esso si discute di utilità soggette al potere dell'amministrazione, degli interessi che fanno capo ad esse e delle regole giuridiche, più o meno stringenti, che disciplinano l'aggiudicazione delle utilità, e quindi la soddisfazione degli interessi, nelle circostanze date. I poteri delle parti; l'estensione del contraddittorio; l'oggetto del giudizio e gli effetti del giudicato: sono tutte questioni che il modello processuale affronta avendo in mente un conflitto su utilità concrete che si svolge tra soggetti determinati o almeno determinabili. È logico, allora, che qualcosa strida nel meccanismo processuale, quando in esso si immette un oggetto, qual è l'atto normativo o la singola norma giuridica, che fisiologicamente trascende ogni singola vicenda ed ogni interesse concreto.

Si può dire, in breve, che si verifica qui una situazione opposta a quella rilevata nel paragrafo precedente: lì, il contenuto normativo del regolamento faceva premio sulla sua natura non-legislativa, attirandolo, seppur in circostanze particolari, nel campo della giurisdizione costituzionale; qui il contenuto normativo del regolamento fa premio sulla sua natura amministrativa, mettendo in crisi alcune delle regole tipiche del giudizio amministrativo (ci si riferisce, si ripete, alle sole azioni di annullamento). I punti di crisi sono diversi. Alcuni sono già stati risolti, anche se non del tutto: ci si riferisce alla disapplicazione. Di altri la prassi non ha forse ancora preso cognizione, anestetizzata com'è da taluni tradizionali indirizzi giurisprudenziali. Uno studioso ha denunciato, al riguardo, la "disattenzione (ma si potrebbe anche parlare di narcosi pacificatrice) che ha finora consentito di non affrontare, se non anche di non vedere, i punti difficili del tema dell'impugnazione di atti generali e normativi" (Corletto). Ma il rischio che, prima o poi, si verifichi un brusco risveglio esiste. Meglio essere preparati, per allora.

Nei paragrafi che seguono, si terrà conto, oltre che delle norme vigenti e della giurisprudenza che su di esse si è assestata, anche dell'ultima bozza del c.d. codice della giustizia

amministrativa, vale a dire dello schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, nella versione di cui al documento A.S. n. 212, trasmesso al Senato il 30 aprile 2010.

IV.1. L'accesso al giudice amministrativo

Tutti i regolamenti sono impugnabili. Però, secondo una giurisprudenza che risale agli ultimi anni dell'800, alcuni sono impugnabili immediatamente, altri invece solo al momento in cui vengono applicati al singolo interessato mediante un apposito provvedimento, che deve essere oggetto di ricorso assieme al regolamento presupposto.

Il fatto che contro alcuni regolamenti sia ammesso il ricorso diretto è un dato apprezzabile, in termini di effettività della tutela, ma non privo di risvolti problematici.

È apprezzabile che l'interessato possa aggredire immediatamente la norma, non appena questa produce i suoi effetti qualificatori. Altrimenti, l'interessato dovrebbe prima violare il regolamento, per poi difendersi nel giudizio sulla sua responsabilità o sulle eventuali misure repressive adottate nei suoi confronti. Questo punto è talmente importante, che, rispetto ai regolamenti dell'Unione europea, è stato addirittura iscritto nel Trattato sul funzionamento dell'Ue. Prima del Trattato di Lisbona (ma l'innovazione era già prevista nel Trattato di Roma del 2004), l'impugnazione diretta dei regolamenti era consentita alla duplice condizione che essi riguardassero direttamente e individualmente il ricorrente (art. 230 TCE). L'elemento dell'interesse individuale era interpretato dalla giurisprudenza in termini piuttosto restrittivi. Solo in casi eccezionali si era ammesso che, rispetto a un atto generale e astratto, sussistessero elementi giuridicamente rilevanti di differenziazione della posizione dei singoli, tali da distinguere costoro dalla generalità dei consociati e da legittimarli, appunto, all'impugnazione diretta del regolamento. Normalmente, ci si aspettava che i privati provocassero la questione pregiudiziale di validità del regolamento nell'ambito del giudizio avente ad oggetto la loro responsabilità per la violazione del regolamento o la legittimità dei provvedimenti repressivi. Il requisito dell'interesse individuale è stato però abolito nel vigente art. 263 TFUE con riguardo agli "atti regolamentari" che (riguardano direttamente il ricorrente e che) "non comportano alcuna misura d'esecuzione". Gli estensori del Trattato hanno voluto riferirsi proprio ai regolamenti che pongono una norma di comportamento completa e dettagliata, senza che le autorità esecutive abbiano alcuna discrezionalità al riguardo, e la cui violazione esporrebbe l'interessato a responsabilità o sanzioni.

Tuttavia, la possibilità del ricorso diretto pone anche alcuni problemi processuali e di effettività della tutela. Può essere complicato stabilire a partire da quale momento l'interessato è esposto alla *vis* conformativa di norme di questo tipo. Si tratta, per così dire, di misurare la prossimità della fattispecie concreta alla fattispecie astratta; ed è difficile immaginare un metro di giudizio preciso per una simile valutazione, se non si vuole attendere che la norma sia stata violata e che siano integrati tutti gli elementi dell'illecito. Un esempio: un regolamento limita la facoltà dei medici convenzionati di assistere più di un certo numero di pazienti e di assumere altri impieghi; secondo il Consiglio di Stato, la prima norma è di per sé direttamente lesiva, perché limita la capacità dei medici di acquisire nuove iscrizioni di pazienti; non è invece immediatamente impugnabile la seconda, se il singolo medico non prova che il divieto di nuovi impieghi incide in modo concreto sulla sua sfera personale. Le due valutazioni sono condivisibili e, soprattutto, coerenti tra loro? Un secondo esempio: un regolamento detta nuove norme sugli arbitrati nel campo dei lavori pubblici. Quali sono i requisiti di legittimazione perché un professionista o un'impresa siano legittimati all'impugnazione? Ad es., basta dimostrare di essere stati, in passato, attivi nel settore delle opere pubbliche e degli arbitrati, oppure occorre qualcosa di più specifico, come (per l'impresa) l'essere attualmente parte di un contratto pubblico che contiene una clausola

compromissoria? L'impressione di chi scrive è che la risposta a simili interrogativi non possa condurre a formule perfettamente geometriche e sconti invece, inevitabilmente, un certo grado di empirismo. Lo conferma il diritto comparato: nell'ordinamento francese, la valutazione se il regolamento impugnato sia *acte faisant grief* è condotta con molta liberalità dal giudice; nel diritto tedesco, l'impugnazione diretta del regolamento (quando può avere luogo, in virtù del tipo di atto impugnato) è consentita dalla legge stessa non soltanto a chi abbia già subito un pregiudizio a causa del regolamento (o della sua applicazione), ma anche a chi alleghi di essere in procinto di subire un tale pregiudizio "*in absehbarer Zeit*" ("in un momento prevedibile": § 47, co. 2, VwGO; v. appendice).

Tutto sommato, i margini di incertezza connessi a questo inevitabile empirismo non avrebbero conseguenze esiziali sul diritto di difesa, se il problema fosse solo quello di prevenire impugnazioni premature, ossia di stabilire il momento prima del quale l'impugnazione non è ancora possibile. Eventuali errori di valutazione da parte del ricorrente causerebbero soltanto lo spostamento in avanti del momento in cui la giustizia diventa accessibile, ma non determinerebbero alcuna preclusione definitiva.

IV.2. La decadenza dal potere di impugnazione

Tuttavia, nel momento in cui il regolamento diventa impugnabile, inizia anche a decorrere il termine di decadenza previsto per il ricorso. È proprio la prospettiva della decadenza ciò che desta le maggiori perplessità con riguardo alla possibilità di impugnazione diretta ed al suo ancoraggio ad un momento incerto, non sempre formalmente identificabile.

Non si pone nessun problema, beninteso, per i regolamenti non immediatamente impugnabili: il termine per ricorrere contro di essi equivale a quello per impugnare i provvedimenti applicativi; e – si deve ritenere – ogni nuovo provvedimento genera un nuovo termine per ricorrere (anche) contro l'atto normativo presupposto. A ben vedere, la questione del termine per impugnare questi regolamenti non ha alcuna autonomia ed è interamente assorbita in quella che riguarda i singoli provvedimenti. Se mai, si pone il problema del caso in cui il ricorso contro questi ultimi non censuri espressamente il regolamento e non ne chieda l'annullamento; ma si tratta di questione differente, risolvibile o in via interpretativa (il giudice potrebbe ritenere l'impugnazione del regolamento implicita in quella del provvedimento, nei limiti in cui l'interpretazione del ricorso lo consente) o mediante la dottrina della disapplicazione (v. di seguito).

Problemi ben più gravi sorgono per i regolamenti non immediatamente impugnabili. A quanto detto sopra circa l'incertezza del *dies a quo* dell'impugnabilità si deve aggiungere che spesso il verificarsi di questo momento dipende da circostanze di puro fatto, difficili da tenere sotto controllo specie per le persone i cui interessi sorgano a notevole distanza di tempo dalla pubblicazione del regolamento. La questione è descritta efficacemente da Alberto Romano nel suo noto saggio del 1955. "Si pensi, per esempio", scriveva l'autore, "ad un regolamento comunale, il quale fissi un certo orario di chiusura per gli esercizi di un dato tipo, poniamo per i bar". Una tale norma sarebbe, secondo Romano, immediatamente lesiva: sarebbe una volizione-azione, secondo la formula che l'autore riprende da Santi Romano per applicarla alla materia ora in esame. Si ipotizzi che nessuno degli esercenti impugni questa norma. "Successivamente un privato intraprende l'esercizio di un bar, e, per questo solo fatto, si trova vincolato all'osservanza di quell'orario di chiusura che sente contrario al proprio interesse; non sembra che possa negarsi la possibilità di un'impugnativa da parte sua, impugnativa da proporsi nel momento in cui egli si senta leso nei propri interessi, e cioè, in pratica, da quando ha aperto il negozio". Per stabilire se questo ricorso è ammissibile, è necessaria "una indagine di fatto, volta ad accertare se, appunto, in fatto, il ricorrente, al momento dell'emanazione del regolamento, era in una situazione tale che il suo

interesse sia stato leso, o non piuttosto tale lesione si sia verificata in un momento posteriore". Dall'esito di questa indagine dipende il destino dell'impugnazione: "dal momento in cui si verifica in concreto la lesione di interesse deriva infatti la doppia conseguenza della proponibilità del ricorso, e della decorrenza del termine entro il quale il ricorso deve essere presentato". Quindi, chiunque dovrebbe avere ben presente in ogni istante quali norme regolamentari gli sono divenute applicabili, in relazione alle circostanze oggettive e soggettive nelle quali egli versi in ciascun momento storico. In ogni istante, occorrerebbe verificare quali norme sono divenute applicabili, nelle nuove contingenze di fatto, e quali tra esse possono, e devono, essere impugnate. La bizzarra conseguenza di ciò è illustrata da Antonio Amorth: "se si ammette che, laddove una posizione giuridica viene direttamente colpita da una disposizione regolamentare illegittima, questa illegittimità deve immediatamente essere fatta valere, si impone una specie di onere di verifica della legittimità delle disposizioni regolamentari in chi entra in un rapporto con una pubblica Amministrazione, di cui non si saprebbe indicare il fondamento e di cui è evidente la gravezza".

Gli effetti di questa decadenza sono gravi, se si considera che l'atto, il potere di impugnare il quale si è consumato, è suscettibile di applicazioni ripetute anche nei confronti del singolo interessato. Si torni all'esempio del regolamento sui limiti al numero di persone che ciascun medico convenzionato può assistere. Il Consiglio di Stato ha ammesso, come si è detto, che la norma sia immediatamente lesiva ed impugnabile. Dovrebbe derivarne, come logica conseguenza, che: 1) tutti i medici convenzionati che erano già attivi nel momento in cui la norma è stata emanata perdono la possibilità di contestarla decorsi i fatidici 60 giorni; 2) tutti i medici convenzionati che iniziano la loro attività in un momento successivo devono contestare la norma non appena essa diventa loro applicabile, pena la medesima decadenza.

Il paradosso non è sfuggito alla dottrina costituzionalistica, che a buon diritto ha visto in questo un profilo di maggior resistenza del regolamento illegittimo rispetto alla legge incostituzionale: la seconda è sempre suscettibile di contestazione; il primo no, scaduto il termine. Ma il punto era già stato toccato, all'inizio del '900, da Federico Cammeo, in diversi scritti. Un autore, studiando di recente i problemi dell'impugnazione dei regolamenti (Cintioli), ha richiamato l'attenzione su alcune pagine di Cammeo. È un richiamo senz'altro pertinente; ma sono in realtà numerosi i passi della monografia del 1898, del *Commentario*, del *Corso* di altri scritti minori che pongono tuttora all'interprete quesiti di difficile soluzione. Sembrava assurdo a Cammeo che dovesse essere respinta l'impugnazione di un atto sol perché, a suo tempo, non era stato impugnato il regolamento presupposto: in tal modo, si rilevava criticamente, il giudice era costretto a giudicare contro la legge (ad applicare le norme secondarie illegittime) per una "accidentalità procedurale", ossia per la mancata impugnazione del regolamento, o più precisamente per la divergenza tra l'opinione sua e quella del ricorrente circa l'efficacia direttamente lesiva del regolamento. Illogico sembrava anche che il maturare delle decadenze, unitamente al continuo sopraggiungere di nuove persone nella sfera di applicazione del regolamento, desse vita al discrimine tra due serie di interessati: quelli per i quali la facoltà di impugnazione era ormai spirata, e che avrebbero visto la loro situazione regolata dal regolamento, contro la legge; e quelli ancora in termini per impugnare, che avrebbero potuto rivendicare un trattamento conforme alla legge. Per Cammeo, in sintesi, l'impugnazione diretta del regolamento, quand'anche possibile, sarebbe stata sempre facoltativa e non avrebbe dovuto escludere la possibilità di sollevare le contestazioni in un secondo momento. Indugiare sul pensiero di questo autore è dunque particolarmente stimolante. Forse meglio, e certamente prima di chiunque altro, egli aveva compreso i particolari problemi sistematici posti dall'impugnazione dei regolamenti amministrativi; e aveva tentato di affrontarli da una prospettiva generale favorevole all'interpretazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa, ossia con un'impostazione che rendeva molto difficile sciogliere i nodi, ma che almeno consentiva di acquisirne una precisa consapevolezza.

In realtà, l'onere di ricorrere entro il termine di legge non è soltanto gravoso. È anche inutile, o comunque almeno parzialmente inidoneo a conseguire lo scopo cui normalmente mira l'istituto della decadenza, vale a dire stabilizzare i rapporti che fanno capo all'atto impugnabile.

Anzitutto, nel momento in cui un nuovo interessato – e se ne aggiungono continuamente, nell'arco di tempo indeterminato in cui la norma è destinata a vigere – ricorresse vittoriosamente contro il regolamento, quest'ultimo verrebbe meno *erga omnes*, anche per chi non l'ha impugnato (con successo). Tutti i rapporti sorti sulla base del regolamento annullato sarebbero rimessi in discussione; resisterebbero ferme solo le prescrizioni e le decadenze, ed in generale le varie forme di esaurimento dei rapporti, maturate in relazione alle *singole* vicende applicative. L'amministrazione (e i terzi) possono quindi fare affidamento sull'esaurimento dei singoli rapporti; non sul regolamento in sé, che anche quando non è più impugnabile per un soggetto, lo è per qualcun altro degli appartenenti alla schiera degli interessati, che si allunga all'infinito.

Se questo non bastasse, si dovrebbe poi considerare il cortocircuito che si crea tra la decadenza dall'impugnazione del regolamento e la possibilità permanente di chiederne la disapplicazione in via incidentale. Nell'esempio di prima, lo sfortunato barista, non essendosi accorto dell'esistenza della norma inerente al suo nuovo mestiere, avrà perso l'occasione di impugnare il regolamento; per contro, egli potrà legittimamente difendersi contro ciascuna delle sanzioni, o ciascuno dei provvedimenti amministrativi repressivi e, nel giudizio così promosso, provocare l'accertamento incidentale dell'illegittimità del regolamento e la disapplicazione dello stesso. Potrà quindi comunque chiedere giustizia ed ottenere che la legge prevalga sul regolamento; ma, invece di farlo una volta per tutte, dovrà farlo in relazione a ciascuna contestazione. L'appesantimento dell'esercizio del diritto di difesa è palese; assai meno evidente è quale sia il guadagno in termini di certezza del diritto o dei rapporti amministrativi.

De jure condendo, il problema potrebbe essere risolto, ad es., ispirandosi al modello spagnolo del ricorso indiretto. Qui, il ricorso è rivolto sia contro il provvedimento, che contro il regolamento presupposto (ma non si ritiene necessaria un'esplicita impugnazione di questo) ed è presentato al giudice competente ad annullare il primo atto. Il giudice, se è titolare anche del potere di annullare il regolamento, lo farà; altrimenti, rinvierà la questione al giudice competente, dopo avere esaminato incidentalmente la legittimità del regolamento ed essersi pronunciato sul provvedimento. La decisione del giudice competente sul regolamento varrà *erga omnes* e lascerà in ogni caso intatta la pronuncia sul provvedimento (anche se le conclusioni dei due giudici sulla legittimità del regolamento sono divergenti: artt. 27 e 126 LJCA; v. appendice). Si viene così a creare un giudizio incidentale sul regolamento, il cui esito non incide sul giudizio principale ma estende i suoi effetti a tutto il resto dell'ordinamento.

De jure condito, il problema può forse essere risolto mediante l'operazione che alcuni chiamano riduzione teleologica (Mengoni), altri dissociazione (Guastini). È il contrario dell'analogia: preso atto della *ratio* di una norma, e del fatto che tuttavia la *ratio* non collima con gli effetti che la norma produce in fattispecie alle quali essa dovrebbe *prima facie* applicarsi, se ne deduce che l'ordinamento sottintende una deroga alla norma con riguardo alle fattispecie in questione. Può sembrare un procedimento arbitrario, perché esso recide una parte del campo di applicazione che il legislatore ha deciso di assegnare alla norma. Ma l'importante è che il metodo con cui si porta alla luce la deroga implicita sia rigorosamente giuridico: vale a dire, che si compia una seria analisi dello scopo della norma e degli effetti dell'applicazione di questa alle situazioni in esame.

Per quanto qui interessa, si tratterebbe di sottrarre alla regola della decadenza l'impugnazione dei regolamenti direttamente lesivi. In altre parole, si ipotizza che un soggetto resti sempre legittimato a impugnare una norma regolamentare illegittima, senza incontrare termini

decadenziali, fin tanto che egli è esposto agli effetti della norma, ossia è parte di rapporti, non ancora esauriti, fondati su di essa. Ovviamente, l'accoglimento del ricorso non intaccherebbe i rapporti già completamente conclusi; anzi, il fatto che alcuno non sia parte di rapporti pendenti influenzati dal regolamento escluderebbe la sussistenza, in capo a costui, dell'interesse a ricorrere. Si sostituirebbe così, nello statuto processuale del regolamento, una regola tipica delle leggi ad una tipica dei provvedimenti: si lascerebbero i regolamenti, finché essi sono applicabili, sempre esposti alle contestazioni giudiziarie degli interessati, come lo sono le leggi. Non sarebbe la prima volta che una permutazione di questo tipo accade, e in via puramente interpretativa (si v. quanto si dirà di seguito sulla disapplicazione).

Se l'idea di una facoltà permanente di ricorso contro i regolamenti sembra singolare, e se nemmeno il paragone con la possibilità di provocare il giudizio sulle leggi tranquillizza, si consideri che fino al 1996, nell'ordinamento tedesco, l'impugnazione dei regolamenti, quando era consentita ai sensi del cit. § 47 VwGO, lo era al di fuori di qualsiasi termine temporale. Un limite di due anni fu aggiunto con una norma *ad hoc* e fu poi successivamente dimezzato. La dottrina ha criticato l'apposizione di questo termine, perché esso limita l'accessibilità di un mezzo di tutela che, in alcuni casi, è l'unico idoneo a soddisfare le domande di giustizia dei cittadini. Comunque, l'esempio tedesco dimostra che l'assenza di un termine decadenziale per l'impugnazione dei regolamenti non è un'assurdità, almeno sul piano logico.

IV.3. Giudicato e contraddittorio

Struttura soggettiva del processo, oggetto del giudizio ed effetti del giudicato sono nozioni cruciali in ogni modello processuale, strettamente connesse l'una all'altra. Ciò è vero anche nel campo della giustizia amministrativa, dove gli interpreti si sono lungamente esercitati su questi concetti, con elaborazioni e risultati che non è possibile nemmeno riassumere in questa sede. Anzi, è qui opportuno concentrare l'attenzione su un singolo profilo: gli effetti caducatori della sentenza di annullamento, considerati anzitutto anche nella loro portata soggettiva, giacché da essa dipende l'identificazione di coloro i quali devono, o possono, prendere parte al giudizio.

Ha capitale importanza, al riguardo, il concetto dell'indivisibilità del regolamento. Quanto agli effetti che produce sulla sfera dei singoli destinatari, il regolamento non si distingue in modo radicale dal provvedimento: un obbligo, una libertà, una pretesa possono scaturire indifferentemente da un atto generale e astratto o da uno singolare e concreto. Ma l'atto generale e astratto resta intrinsecamente unitario, come unitario è il potere di cui è espressione e l'esercizio di tale potere che l'atto rappresenta, benché i suoi effetti si producano nei confronti di una cerchia di soggetti che si chiude solo *a posteriori*, quando cessa la vigenza dell'atto. Perciò, il regolamento esiste, o non esiste, per tutti. I suoi effetti, se cessano, cessano per tutti. Ne consegue ciò che la giurisprudenza ha affermato innumerevoli volte, senza tentennamenti: l'annullamento del regolamento comporta il suo obiettivo venir meno e quindi si ripercuote in una sfera ampia quanto la sfera di efficacia del regolamento, vale a dire *erga omnes*.

Si discute se ciò valga anche per gli effetti del giudicato di carattere non caducatorio, ma ordinatorio o conformativo. La risposta dovrebbe essere negativa, per chi ritiene che anche nel processo amministrativo valga l'art. 2909 cod. civ.. È positiva per chi preferisce sottolineare che il vincolo cui tali effetti danno origine investe un potere che per sua natura è destinato a incidere anche sulla sfera di soggetti estranei al giudizio: questa tesi è accennata, tra l'altro, in un noto saggio di Mario Nigro ed è stata ripresa in alcune rare pronunce giudiziali. La soluzione della questione probabilmente condiziona, oggi, anche la possibilità che la nullità dell'eventuale regolamento adottato in violazione (o elusione) del giudicato sia fatta valere da soggetti diversi dalle parti del giudizio, in virtù dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990. Tuttavia non c'è

dubbio che l'annullamento, in sé considerato, abbia effetti generali. Questa conclusione non è messa in dubbio nemmeno da chi si richiama all'art. 2909 cod. civ.: semplicemente costoro risolvono il dilemma distinguendo, sulla scia di Liebman, tra gli effetti della sentenza come atto, da un lato, e, dall'altro, l'autorità del giudicato, quest'ultima limitata alle parti del giudizio; l'annullamento sarebbe un effetto obiettivo della sentenza, che, dopo il passaggio in giudicato, diventerebbe bensì incontrovertibile, ma solo per le parti del giudizio.

L'efficacia *erga omnes* dell'annullamento del regolamento può dunque essere considerata un punto fermo. Anch'essa pone, però, numerosi problemi.

Qui ci si concentrerà soltanto su quelli che riguardano il contraddittorio, ma ve ne sono anche altri. Si pensi ad es. all'eventualità che, in un unico arco di tempo, lo stesso regolamento sia impugnato dinanzi a diversi giudici amministrativi e che uno di questi emani un'ordinanza di sospensione o una sentenza di annullamento non definitiva (non coperta dal giudicato formale). Anche la sospensione è efficace *erga omnes*? E la sentenza di annullamento può determinare l'improcedibilità degli altri giudizi, per venir meno del loro oggetto, anche prima di passare in giudicato? Una parte di questi problemi dovrebbe essere risolta dalle regole sulla competenza territoriale e dalla possibilità della sospensione delle sentenze di primo grado; ma molto dipende dalla capacità della difesa dell'amministrazione di avvalersi diligentemente di questi strumenti (l'art. 14, commi 5 e ss., del codice introduce ora un sindacato d'ufficio sulla competenza territoriale nei giudizi in cui sia proposta una domanda cautelare). Ci si può poi domandare se l'annullamento definitivo di un regolamento non dovrebbe essere oggetto di pubblicità, come il regolamento stesso. Gli ordinamenti stranieri rispondono affermativamente, ma allo stesso risultato si potrebbe forse arrivare anche nel diritto italiano, estendendo analogicamente l'art. 14, comma 3, del d.P.R. n. 1199 del 1971; è del resto già accaduto che, appellandosi alla disposizione citata, il Consiglio di Stato ordinasse la pubblicazione dell'annullamento di un regolamento. Purtroppo, questa decisione è rimasta *rara avis*, né aiuta il fatto che l'art. 90 del codice contempli la pubblicità della sentenza solo come strumento di riparazione del danno causato, sembra di capire, dalla parte soccombente a quella vittoriosa. Non pare che, almeno sul piano letterale, la formula dell'art. 90 calzi anche ai problemi di conoscibilità che l'annullamento del regolamento può porre ai terzi e al pubblico in generale.

Venendo però ora al tema del contraddittorio, viene da pensare che, se l'annullamento può incidere sulla sfera di tutte le persone soggette all'efficacia del regolamento, alle stesse persone dovrebbe essere data anche una concreta possibilità di partecipare al giudizio. La situazione individuale di costoro non è diversa, nella sua essenza, da quella del ricorrente. Diversa è la direzione del loro interesse, orientato alla conservazione invece che alla demolizione di un certo regolamento. Ma la direzione dell'interesse non è considerata normalmente un legittimo fattore di differenziazione delle *chance* di difesa, purché l'interesse sia giuridicamente rilevante.

Se così è, ecco che si scopre un dato interessante. Forse il giudizio sui regolamenti ha un problema in comune con quello (incidentale) sulle leggi: in quale modo evitare che il processo, una volta che la sua accessibilità sia stata calibrata sugli effetti della sentenza, si trasformi in una sorta di giudizio universale, aperto al novero indeterminato di tutti gli interessati. È noto come la giurisprudenza costituzionale ha affrontato questo problema. Per un lungo periodo, ha fatto leva sul carattere incidentale del giudizio di costituzionalità per escludere la partecipazione al processo di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* (e dal Presidente del Consiglio dei ministri, o della Giunta regionale). La successiva apertura del contraddittorio anche ad altri soggetti è avvenuta in modo non del tutto lineare, suscitando un ampio dibattito e non poche perplessità nella dottrina. È inutile ricapitolare qui le oscillazioni della giurisprudenza e le diverse tesi enunciate nella letteratura. Basterà ricordare che, nei tempi più recenti, sembra essere prevalso nuovamente un atteggiamento di chiusura della Corte. L'indirizzo che pare si vada affermando lega strettamente la

legittimazione all'intervento all'inerenza dell'interesse del terzo al rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo*, escludendo che rilevi "l'eventuale partecipazione ad altri giudizi di identico o analogo oggetto". Non è ben chiaro, peraltro, perché mai non sarebbe legittimo attendersi che il titolare di un interesse siffatto lo coltivi intervenendo nel giudizio *a quo* né perché, se ciò non è accaduto, si dovrebbe concedere a costui un recupero tardivo del diritto di difesa dinanzi alla Corte. Benché il punto possa essere qui solo asserito, e non argomentato, pare a chi scrive che, quando decide di allontanarsi dalla logica processuale dell'incidentalità e di portare la propria attenzione sugli effetti sostanziali della legge e del suo annullamento, la Corte si trovi dinanzi al problema che si è messo in luce sopra: come delimitare il novero dei contraddittori, rispetto ad un atto i cui effetti, e l'effetti dell'annullamento del quale, sono per definizione indeterminati e indeterminabili.

La giurisprudenza amministrativa risolve il problema con un *escamotage* debole sia dal punto di vista teorico sia da quello pratico. È opinione corrente dei giudici che la partecipazione al processo amministrativo debba essere garantita solo al controinteressato la cui posizione sia connotata da un elemento sostanziale e da uno formale: la titolarità di un interesse analogo a quello del ricorrente, ma orientato alla conservazione dell'atto impugnato; l'identificabilità dell'interesse, e quella personale del suo titolare, in base al contenuto dell'atto stesso. Il principio è oggi recepito all'art. 41, comma 2, del codice, che impone la notifica ad "almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto". Vero che l'art 49 prevede poi l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati in genere, senza che sia ripetuta al riguardo, almeno sul piano letterale, la limitazione a quelli fra i controinteressati che siano individuati nell'atto. Ma la relazione allo schema di decreto legislativo non lascia intendere che si sia voluto innovare rispetto allo stato della giurisprudenza precedente. Sarebbe stata un'operazione rischiosa, del resto, in relazione ai limiti della delega.

Rispetto al regolamento, l'elemento formale non sussiste praticamente mai. Il controinteressato è, quindi, tale solo in senso sostanziale (si parla di controinteressato 'occulto'). In passato, la giurisprudenza ha riconosciuto a chi si trova in questa posizione la facoltà di intervenire nel giudizio e di fare appello, se è informato del giudizio o della sentenza; ma non lo ha considerato un contraddittore necessario, al quale garantire la chiamata in giudizio, nemmeno nella forma della notifica del ricorso per pubblici proclami.

A tale riguardo, conviene ricordare brevemente che la notifica per pubblici proclami è prevista agli artt. 14 ss. del regolamento di procedura del 1907 "quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia sommamente difficile". Benché il punto non fosse pacifico, talora si era affermato che questa modalità di notifica non presupponeva necessariamente l'identificazione e la menzione nominativa dei destinatari, il che la avvicinava a un sistema di pubblicità, più che di notifica. Oggi, l'art. 41, comma 4, del codice ammette la notifica per pubblici proclami solo "[q]uando la notificazione del ricorso sia particolarmente difficile *per il numero* delle persone da chiamare in giudizio" (corsivo aggiunto). Sembra quindi escluso che questo strumento possa essere utilizzato quando il problema scaturisce non dal numero di costoro, ma dalla difficoltà di identificarli individualmente, come accade appunto per le persone che, pur estranee al giudizio (e alla fattispecie concreta che l'ha occasionato), possano essere toccati nei propri interessi giuridicamente rilevanti dall'eventuale annullamento del regolamento.

Non esiste dunque alcuna garanzia che costoro siano informati del giudizio. Se per avventura lo sono, possono intervenire o appellare, sempre che siano in tempo; altrimenti, subiranno gli effetti di una sentenza di annullamento alla formazione della quale non hanno potuto partecipare.

Se le cose stessero effettivamente così, bisognerebbe concludere che il diritto alla difesa dei terzi è limitato, ma almeno la speditezza del giudizio e la stabilità del giudicato sono garantite. Il problema, però, è che ai controinteressati occulti dovrebbe riconoscersi la facoltà di fare

opposizione al giudicato di annullamento in virtù della celebre Corte cost. n. 177 del 1995, il cui *decisum* è ora integrato nell'art. 108 del codice (l'art. 108 va interpretato alla luce della sent. n. 177, per evitare che si ripropongano gli stessi problemi di adeguatezza degli strumenti di tutela che, nel 1995, hanno determinato l'annullamento parziale della legge sui TAR).

La possibilità che i terzi, rimasti estranei al giudizio, si oppongano alla sentenza di annullamento passata in giudicato pone, ad avviso di chi scrive, problemi estremamente gravi per la tenuta del modello processuale.

Occorre fare al riguardo una precisazione. Un autore già citato, che all'opposizione di terzo ha dedicato vari studi, anche comparatistici (Corletto), ha ricordato che tale istituto ha un'importanza più sistematica che pratica. A prescindere dai limiti giuridici all'esperibilità di questa impugnazione, chiunque avrebbe ovvie e comprensibili remore nell'adire un giudice, che si è già pronunciato sulla legittimità di un certo atto, per cercare di convincerlo che la prima decisione assunta è errata. In Francia, l'opposizione di terzo è stata inizialmente ammessa dalla giurisprudenza proprio in relazione all'annullamento di un regolamento, con il noto *arrêt Boussuge* del 1912 (v. appendice); ma, nei pur molti anni trascorsi, ciò non ha avuto esiti sconvolgenti per il sistema nel suo insieme e per la stabilità del giudicato. Si potrebbe quindi essere indotti a pensare che non valga la pena preoccuparsi troppo dell'opposizione di terzo, che potrebbe avere in futuro la stessa importanza pratica che ha avuto sinora: un'importanza alquanto limitata.

Eppure, chi scrive non si sente del tutto rassicurato. L'importanza dei regolamenti, la delicatezza di molte delle questioni che essi affrontano ed anche la crescente tendenza degli interessi sociali organizzati a cercare soddisfazione presso le corti non permettono di relegare nel limbo delle mere possibilità astratte quella dell'opposizione di terzi contro la caducazione giudiziale di un regolamento. Vale dunque la pena chiedersi quali sono gli effetti sul modello processuale della possibilità che i terzi reagiscano al giudicato di annullamento dei regolamenti.

Mentre l'annullamento della legge gode della stabilità garantita dall'art. 137, ultimo comma, Cost., l'annullamento del regolamento, come si è detto, dovrebbe, stando ai principi del processo amministrativo, restare esposto al rischio dell'opposizione di terzo. Anzi, delle opposizioni dei terzi, al plurale: di un novero di terzi tanto ampio, quanto ampi sono – si perdoni la ripetizione – gli effetti della norma e del suo annullamento. La giurisprudenza non sembra avere avvertito il problema, sinora. La dottrina, invece, lo ha fatto, con reazioni che confermano la serietà delle preoccupazioni. Se già l'integrazione del contraddittorio all'interno del giudizio pone il pericolo di “un processo appesantito e reso quasi ingovernabile da un numero indeterminato di partecipanti”, la possibilità di un recupero del contraddittorio *a posteriori* suscita perplessità anche maggiori, giacché essa apre la via ad “un numero indeterminato di processi (di opposizione), uno per ognuno dei terzi controinteressati alla sentenza, e comunque [ad] una incertezza aperta, intollerabilmente, per un tempo indefinito” (Corletto). A questa prospettiva destabilizzante gli amministrativisti hanno reagito in vario modo. Qualcuno ha rifiutato seccamente di prendere in esame il problema, affermando che l'impugnazione di atti con efficacia indeterminatamente plurisoggettiva è materia a sé stante (Troise Mangoni); il che è appunto quanto si sostiene in questa sede, dove però questa considerazione non consente di saltare il problema a piè pari, ma anzi impone di affrontarlo sino in fondo. Qualcun altro, di fronte alla difficoltà di “ammettere una serie di opposizioni rispetto alla sentenza che determina una costante incertezza su quale norma sia vigente”, ha negato che, per gli atti normativi, possa individuarsi una classe di destinatari in senso proprio. Secondo questa tesi, gli atti amministrativi normativi possono mutare la sfera giuridica dei consociati, ma tale mutamento non è identico a quello prodotto in seguito da atti non normativi (Lolli). Tuttavia questa tesi, se la si seguisse con rigore, porterebbe a negare la stessa impugnabilità dei regolamenti, dato che se il controinteressato non è destinatario in senso proprio di questi atti, nemmeno il ricorrente dovrebbe esserlo.

Forse il problema è anche più intricato e va al di là del campo dell'opposizione in senso stretto. Si pensi al caso che sia stato accertato un vizio in un regolamento e che una delle sue previsioni sia stata parzialmente annullata, con effetto manipolativo (succede anche questo), oppure sostituita da una nuova norma adottata in ottemperanza al giudicato. Si immagini che, tempo dopo, qualcuno voglia mettere in discussione la correttezza del giudicato, ad es. per sostenere che quella annullata era, in realtà, l'unica soluzione legittima. Poco importa se l'iniziativa difensiva di costui prenderà le vesti dell'opposizione al giudicato o quelle della 'semplice' impugnazione della nuova norma risultante dal giudizio (direttamente dalla sentenza o dall'attività di ottemperanza). L'iniziativa avrà comunque come bersaglio la nuova norma e ne metterà in discussione la legittimità e l'efficacia, *erga omnes*; l'eventuale successo colpirà anche la posizione giuridica di chi aveva promosso il primo ricorso e l'aveva visto accogliere. Guardato da questa angolatura, il traguardo della stabilità del giudicato sembra ancora più difficile da raggiungere. Nessuno può contare sulla stabilità del regolamento, continuamente esposto alle aggressioni di una serie potenzialmente infinita di interessati; ma nessuno può nemmeno contare sulla stabilità del giudicato sul regolamento, che si trova anch'esso in una condizione analoga.

Si abbozzerà più avanti un'ipotesi di soluzione al problema, o perlomeno lo spunto per un'interpretazione alternativa dalla quale potrebbe arrivare una soluzione. Preme rilevare che, questa volta, nemmeno l'intervento del legislatore potrebbe risolvere la questione, senza un adeguato inquadramento teorico. Finché, infatti, si resta fedeli ai principi del processo amministrativo sul provvedimento, l'ammissibilità dell'opposizione di terzo riposa sulla solidissima base offerta dalla sent. n. 177 del 1995. Il primo passo verso la soluzione consiste, quindi, nel trovare un modo di uscire da tale orbita teorica, senza per questo dare al giudizio sui regolamenti una fisionomia arbitraria o abnorme.

IV.4. La disapplicazione

Può destare perplessità l'idea che, in via interpretativa, pur rimanendo all'interno della cornice del giudizio amministrativo, si selezionino alcuni elementi di questo modello processuale (es.: il termine decadenziale; la facoltà di opposizione del terzo) per escluderne l'applicabilità o addirittura sostituirli con elementi proprio del regime processuale tipico di altri atti. Ma una conferma della praticabilità di queste operazioni viene dalla parabola della disapplicazione dei regolamenti illegittimi nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Si sorvola sulle considerazioni storiche non indispensabili in questa sede e su alcuni pur interessanti problemi collaterali, come quelli che riguardano la possibilità, o il dovere, dell'amministrazione stessa di disapplicare i regolamenti illegittimi cui essa si trovi a dare esecuzione.

Basta ricordare che, dopo aver mantenuto per decenni un'ostinata chiusura, duramente criticata dalla dottrina e affatto singolare sul piano comparatistico, a partire dal 1992 il Consiglio di Stato si è aperto a un indirizzo, poi stabilizzatosi, che ammette la disapplicazione incidentale del regolamento, anche d'ufficio, in tutti i casi in cui esso sia illegittimo e rilevante ai fini della decisione. Pur con qualche oscillazione, questa possibilità è ormai riconosciuta nell'intero campo della giurisdizione amministrativa e non solo in quella esclusiva, quando essa riguardi diritti; in tale secondo ambito, del resto, non solo i regolamenti, ma tutti gli atti amministrativi possono essere disapplicati, giacché il giudice amministrativo opera con i poteri tipici di quello civile.

Alla base del nuovo indirizzo sta il principio *iura novit curia*, lo stesso che anima il sindacato officioso sulle leggi. Come osservato da Carlo Esposito, a differenza degli atti privati e

dei provvedimenti amministrativi e giudiziali ingiusti, “il diritto obiettivo sorto fuori o contro le regole, quando sia vivo e vitale, entra a far parte integrante dell'ordinamento: vige ed ha efficacia giuridica, per quanto per definizione sia in contrasto sostanziale o formale con quelle regole”. E per questo, come osservato da Gaetano Azzariti, l'identificazione delle norme applicabili, e delle questioni di legittimità che le riguardano, non è materia disponibile alle parti. È coerente con questa impostazione che le scelte processuali delle parti non gettino irrimediabilmente nell'irrelevanza l'illegittimità delle norme che dovrebbero essere applicate; ciò che è in gioco, infatti, non è l'interesse delle parti, ma il valore obiettivo della coerenza dell'ordinamento.

Non è nemmeno necessario che questa possibilità sia espressamente prevista dal diritto positivo: essa consegue naturalmente al carattere oggettivo del diritto e alla struttura complessa dell'ordinamento, che insieme creano la possibilità che le antinomie insorgano e la necessità che esse siano risolte. Il principio è saldamente affermato nella storia e nella teoria della giustizia costituzionale, sin dalla seminale sentenza *Marbury vs. Madison*. Il diritto positivo serve, se mai, a porre limiti ed eccezioni a questo principio: esso può, ad es., condizionare l'esame della questione di legittimità ad un'iniziativa di parte o al rispetto di un limite temporale. In quest'ultima prospettiva si pone il codice urbanistico francese, che limita a sei mesi dall'entrata in vigore di taluni atti di pianificazione territoriale il tempo entro il quale i vizi di legittimità, salvo alcune eccezioni, possono essere fatti valere in via incidentale (v. appendice).

Anche l'affermazione nella giurisprudenza della disapplicazione, tuttavia, ha posto alcuni problemi di coordinamento con il sistema del processo amministrativo. Ci si è chiesti, tra l'altro, in che modo la disapplicazione si coordini con il principio dispositivo; quali effetti essa produca sull'identificazione delle parti necessarie (se tra queste vi debba essere anche l'amministrazione autrice del regolamento, quando è diversa dall'autrice del provvedimento impugnato); se la disapplicazione sia sempre un mezzo di tutela adeguato e se essa non comporti costi eccessivi per la certezza del diritto. Conviene limitarsi qui a osservare che nessuno di questi problemi rappresenta un ostacolo insormontabile alla disapplicazione nella giurisdizione generale, nei casi in cui l'annullamento non sia stato ritualmente richiesto. Ci si può, se mai, domandare se la sentenza che disapplica il regolamento, dopo il suo passaggio in giudicato, non determini l'obbligo per l'amministrazione di esercitare i suoi poteri di autotutela per rimuovere l'atto di cui è stata accertata, seppur incidentalmente, l'illegittimità. Andrebbe riveditata, da questo punto di vista, la tesi di Sandulli sull'autotutela doverosa.

C'è un punto che merita di essere sfiorato meno fuggacemente, perché è al centro di questa e di altre importanti questioni di diritto pubblico generale. Da più parti si sostiene, e talora la tesi si affaccia anche nella giurisprudenza, che la disapplicazione sarebbe possibile nei soli casi in cui il regolamento sia in contrasto con una regola (norma giuridica completa, di dettaglio) legislativa sostanziale; non nei casi in cui esso sia affetto da vizi formali o da eccesso di potere.

La tesi non sembra logicamente conciliabile con le premesse della disapplicazione. Il principio *iura novit curia* vale per tutte le norme presenti nell'ordinamento, a prescindere dalla fonte da cui scaturiscono, dal loro grado gerarchico e a maggior ragione dal loro contenuto. Esso vale, quindi, anche per le norme che disciplinano la titolarità, le procedure e le formalità per l'esercizio del potere normativo.

Lo stesso discorso dovrebbe valere a proposito dell'eccesso di potere. Anzi, a questo riguardo vi sono due ordini di riflessioni scientifiche che vanno tenute presenti e che dimostrano, ciascuno dal suo punto di vista, come non sia corretto predicare profonde differenze ontologiche tra eccesso di potere e violazione di legge, con riguardo agli atti normativi e probabilmente non soltanto ad essi.

Un celebre saggio di Massimo Severo Giannini affermava che il distacco, che si verifica nell'atto normativo, tra la volontà dell'autore e l'incorporazione delle norme nel sistema obiettivo del diritto si riflette anche nella struttura delle patologie che possono affliggere l'atto stesso. A parte i vizi del procedimento di formazione dell'atto, queste patologie assumono sempre la figura concettualmente semplice di un conflitto tra l'oggetto (il contenuto regolativo) di una fonte e quello di un'altra, analoga per la natura normativa ma collocata in posizione superiore nella gerarchia. Non esisterebbe quindi, nell'atto normativo, un vizio del fine distinto dal vizio dell'oggetto e concettualmente assimilabile all'eccesso di potere dell'atto amministrativo: il fine della norma non sta al di fuori della norma, ma "è nella norma, anzi è la norma nel suo contenuto precettivo". In tutti i casi, dunque, il vizio del regolamento consisterebbe in un'antinomia tra il suo contenuto e quello di una fonte sovraordinata.

Ma il problema è forse più ampio. Esiste nella letteratura una linea di tendenza, non certo nuova ma alimentata anche da studi ampi e recenti (es.: Cudia), che va nella direzione di relativizzare le particolarità dell'eccesso di potere e di stemperare le differenze tra esso e la violazione di legge. In estrema sintesi, si propende a considerare l'eccesso di potere come violazione di norme giuridiche caratterizzate dal loro contenuto di principio, e non di regola: una differenza, quindi, che si concentra tutta nel contenuto, o nella struttura (qualcuno direbbe: nella struttura nomologica), del parametro. Se dunque è pur sempre della violazione di norme che si discorre, e se si conviene sul rilievo già fatto, per cui lo statuto giuridico delle norme è identico quale che sia il loro contenuto, non si comprende perché il principio *iura novit curia* non dovrebbe valere per i principi la cui violazione si denomina usualmente eccesso di potere.

Del resto, se questa asimmetria non venisse corretta, ci si troverebbe nuovamente dinanzi ad una delle situazioni a lungo deprecate dagli studiosi delle fonti del diritto: a parità di vizio (ad es. assimilazione o distinzione arbitraria di talune categorie di consociati) il regolamento illegittimo godrebbe di un trattamento processuale diverso dalla legge incostituzionale e risulterebbe, in conclusione, più refrattario al sindacato.

È probabile che i sostenitori della tesi qui criticata – l'impossibilità di disapplicare il regolamento affetto da vizi formali o eccesso di potere – fossero animati, in realtà, da una preoccupazione degna della massima attenzione. Quando il contrasto intercorre tra una norma regolamentare e una legislativa che disciplinano sostanzialmente la stessa fattispecie, la disapplicazione dell'una lascia semplicemente il campo all'applicazione dell'altra. Se invece la disapplicazione ha luogo per un vizio formale del regolamento, o per il contrasto tra una delle sue previsioni e una norma di principio, è più difficile stabilire quale norma vada applicata in luogo di quella disapplicata. Negando la disapplicazione dei regolamenti affetti da vizi formali o da eccesso di potere si vuole, forse, evitare che il giudice finisca per imbattersi in questo problema.

Il problema può essere, effettivamente, di ardua soluzione, come del resto avviene tutte le volte che un regolamento, che dovrebbe essere presente come complemento di una legge, manca: perché non è stato ancora emanato o perché, emanato e annullato, non è stato sostituito. Ma appunto: si tratta di un problema generale, che non è legato in modo essenziale alla disapplicazione. Non sembra, quindi, che la preoccupazione di evitarlo basti a circoscrivere il campo entro cui la disapplicazione può avere luogo. Piuttosto, occorre chiedersi in che modo le lacune regolamentari possono essere colmate, in tutti i casi in cui esse si presentano. Un esame della giurisprudenza indica alcuni strumenti utilizzabili per riempire le lacune, principalmente basati sull'estensione analogica di regolamenti dettati per fattispecie simili o sulla valorizzazione, quasi fossero norme *self-executing*, dei principi legislativi rimasti privi del complemento regolamentare. Si può anche supporre che questi mezzi non siano sempre adeguati; del resto, quella delle omissioni normative è una questione che travalica la materia ora in esame. Ma, si ripete, non c'è un motivo particolare per

far leva su tale questione, e sulla sua difficoltà, al fine di limitare i casi in cui la disapplicazione può aver luogo.

Come che sia, ciò su cui si voleva richiamare l'attenzione era la connessione tra la disapplicazione e il principio *iura novit curia*. Certamente, la circostanza che i regolamenti possano essere disapplicati rappresenta un parziale allontanamento dalle regole tipiche del giudizio amministrativo sui provvedimenti. Ma questo, come si voleva dimostrare, dipende dal fatto che il trattamento processuale dei regolamenti, sotto il profilo ora in esame, ha finito per essere condizionato dal regime giuridico della legge e dell'atto normativo, più che da quello del provvedimento. È la natura del regolamento, o meglio una delle sue due anime, quella normativa, ciò che ha inoculato un elemento di oggettività nel processo amministrativo, facendo affermare l'interpretazione delle regole processuali della quale si è dato conto.

V. Ripensare il giudizio sui regolamenti

Un processo non può essere indifferente al suo oggetto. Le regole che danno forma a un modello processuale, e che ne delimitano il campo di applicazione, devono essere interpretate alla luce delle caratteristiche di ciò che del processo forma, o può formare, oggetto. E se al centro del giudizio possono stare entità giuridiche diverse tra loro, di tali differenze, e delle peculiarità di ciascuno dei possibili oggetti, si deve ugualmente tenere conto. Talora, di questo si preoccupa il legislatore, introducendo regole speciali oppure delineando modelli processuali *ad hoc*, parzialmente differenti da quello generale. Quando ciò non accade, spetta all'interprete farsi carico di questi problemi, per evitare che il meccanismo processuale si inceppi o giri a vuoto.

Il potere regolamentare, dal canto suo, è solo in parte disciplinato da norme, costituzionali o legislative, concepite ed enunciate appositamente per questo istituto. Molte delle norme che compongono lo statuto giuridico del regolamento sono state desunte da quello della legge o da quello del provvedimento amministrativo; e quali aspetti, nell'ambito dello statuto giuridico del regolamento, siano dominati dagli elementi dell'una o dell'altra provenienza, non è mai stato del tutto chiaro. Si pensi alla nota definizione del regolamento come atto sostanzialmente legislativo e formalmente amministrativo. Questa antica definizione è così fortunata, da essere ancora ripetuta in recenti manuali che pure criticano, in linea generale, la distinzione tra forma e sostanza dei poteri pubblici. Ebbene, la definizione lascia molto a desiderare: non tutti gli aspetti formali del regolamento sono identici a quelli del provvedimento (si pensi, ad es., alle regole sul procedimento di formazione e sull'esternazione della motivazione); non tutti gli aspetti sostanziali sono identici a quelli della legge (si pensi alla dogmatica dei vizi e della patologia in generale).

La dottrina, soprattutto costituzionale, ha trascurato tali questioni, negli anni più recenti, per il giusto motivo che altri sembravano i problemi più urgenti, come la dilatazione della delegificazione o dei poteri normativi delle autorità indipendenti, che a molti sembrano sostanzialmente autonomi o primari (in senso mortatiano).

Eppure, la tensione dialettica tra le due anime del regolamento ha segnato profondamente la storia di questo istituto e ha importanti corollari applicativi. Soffermarsi sui profili storici sarebbe interessante e suggestivo, ma non è qui possibile; quanto ai problemi applicativi, si pensi, tra l'altro, al dilemma, mai risolto e forse oggi considerato come un punto stabile di crisi, sul fondamento del potere regolamentare. Limitandosi alle tesi di due tra gli studiosi di riferimento, si ricordi come Enzo Cheli, sulle orme di Mortati, accentui la natura normativa del regolamento e ne sottolinei l'omogeneità con altri strumenti di indirizzo politico del governo, per giustificarne il fondamento istituzionale (nella posizione istituzionale del governo). In Cheli, la definizione del regolamento come atto normativo a struttura amministrativa serve appunto a circoscrivere quanto di

amministrativo vi è, nel regime giuridico dell'istituto. Non si nega la subordinazione del regolamento alla legge; tuttavia, si rimarca che tale subordinazione dipende dalla posizione secondaria del regolamento nel sistema delle fonti, non dalla sua natura; tale natura è infatti essenzialmente normativa, non amministrativa, e perciò non si può assimilare a quella dei provvedimenti. Da questi ultimi, peraltro, si concede che il potere regolamentare mutui una parte del proprio regime giuridico: il tratto di affinità principale è costituito dalla struttura discrezionale del potere (regolamentare e amministrativo), la quale a sua volta si ricollega alla circostanza per cui sono le fonti primarie a determinare almeno gli indirizzi fondamentali di ciascuna materia. Sul fronte opposto, per Lorenza Carlassare il regolamento assolve a una funzione servente rispetto alla legge e quindi ha natura essenzialmente amministrativa. Per questo, ad esso, come ad ogni potere dell'amministrazione, non dovrebbe essere lasciato alcuno spazio di piena discrezionalità. Alla radice del classico problema del fondamento, quindi, sta ancora la doppia natura del regolamento. Il fatto che la rilevanza pratica di questo problema sia limitata (dal numero delle riserve di legge e dal fitto tessuto di leggi da cui è costituito l'ordinamento italiano) non vuol dire che esso non esista o sia stato risolto.

La stessa tensione dialettica si sviluppa in materia processuale, allorché il regolamento, con il suo volto bifronte, fa capolino in modelli processuali concepiti per esaminare la validità delle leggi, da un lato, o le regole che presiedono al governo amministrativo di utilità concrete, dall'altro. Nel campo del giudizio costituzionale, come si è detto, le connessioni che si possono instaurare tra fonti di grado diverso per la loro comune normativa sono, talora, in grado di superare il confine segnato dall'art. 134 Cost. Nel campo del giudizio amministrativo, un primo indice di questa tensione, come detto, è la dottrina della disapplicazione, ammessa proprio in omaggio alla natura normativa del regolamento e al principio *iura novit curia*; ma nello stesso senso può essere letto il dato che, nel 1970, sollecitava l'attenzione critica di Giannini e Piras, e cioè l'apparente sproporzione tra un'impugnazione promossa da un singolo, per la tutela di un proprio interesse individuale, e la misura dell'annullamento che è adottata per rispondere a tale impugnazione, ma trascende la sfera personale del ricorrente.

Qui sta allora la chiave di alcuni dei problemi interpretativi brevemente passati in rassegna. Il fatto che oggetto del giudizio amministrativo di annullamento sia una fonte del diritto attribuisce a quel giudizio una caratterizzazione oggettiva che esso normalmente (quando riguarda atti di altro tipo) non ha. È indispensabile ricordare, a questo punto, la teoria di Ferruccio Tommaseo sui processi a contenuto obiettivo, che pure non è stata concepita per abbracciare i giudizi sulla legge o su altre fonti del diritto. Secondo Tommaseo, i processi a contenuto obiettivo sono organizzati dal legislatore per dar corpo all'attuazione d'interessi generali, di situazioni non soggettivabili, vale a dire per realizzare gli scopi fissati da scelte di politica legislativa. La caratteristica saliente di questi giudizi è che in essi cambia la *ratio* del contraddittorio, perché la natura dell'oggetto condiziona il ruolo delle parti. Secondo l'autore citato, il diritto di difesa non è solo figura simmetrica al potere di azione, ma anche espressione d'un principio elementare di giustizia: dell'esigenza di assicurare, attraverso il contraddittorio, l'imparzialità del giudice, evitando che la decisione finale sia frutto di un'opera autarchica dello stesso. Nei processi a contenuto obiettivo viene meno solo la prima *ratio* del contraddittorio, ma non la seconda: anche quando oggetto del giudizio non è una situazione giuridica riconducibile individualmente ad uno specifico soggetto, resta costituzionalmente opportuno e forse addirittura necessario che la dialettica processuale sia animata da persone diverse dal giudice, contrapposte tra loro. A queste non spetta il titolo di parti in senso proprio, dato che le loro opposte posizioni sono messe su artificialmente dal legislatore: si tratterà dunque di parti in senso formale, in quanto soggetti apparenti del processo, non di parti in senso sostanziale, in quanto titolari di interessi contrapposti (queste sono espressioni di Cicu e Calamandrei, riprese da Tommaseo). Si tratta di una teoria ben nota ai costituzionalisti, perché essa è stata usata ripetutamente per spiegare il significato del contraddittorio nel giudizio in via incidentale da autori

quali Marilisa D'Amico e Francesco Dal Canto. Come pure è noto che quello del processo a contenuto oggettivo è, comunque, un modello astratto, che l'ordinamento non è obbligato recepire in modo puro e integrale, allorché elabora un certo sistema di giudizio.

Ecco dunque la proposta conclusiva: il giudizio amministrativo sui regolamenti va concepito come giudizio a contenuto principalmente obiettivo, avente come oggetto l'obiettiva legittimità del regolamento. Gli interessi individuali – il fatto che il regolamento incida sulle situazioni soggettive del ricorrente, dei controinteressati etc. – non sono irrilevanti, ma nemmeno sono l'oggetto in senso proprio del giudizio; piuttosto, sono i presupposti della legittimazione ad avviare il giudizio, o a prendervi parte. Se la si considera da questo punto di vista, la posizione di chi sia toccato da un regolamento illegittimo può essere paragonata alla figura dell'interesse di mera legittimazione di cui parlava il più volte nominato Massimo Severo Giannini. Non a caso, con riguardo al giudizio sui regolamenti, in tempi non troppo lontani si è suggerito (ancora Corletto) che avrebbe potuto trovare applicazione la dogmatica oggettivistica elaborata da Enrico Guicciardi.

Alla luce di queste considerazioni, sembra possibile un'interpretazione del giudizio sui regolamenti che lo avvicina al *Normenkontrollverfahren* di cui al § 47 VwGO (v. appendice). Presupposto per avviare il giudizio resterebbe l'incisione di un regolamento su una situazione soggettiva, ma oggetto del giudizio diverrebbe la legittimità del regolamento in sé e per sé. L'azione, per i motivi indicati, potrebbe essere esperita per tutto il tempo in cui alcuno è parte di un rapporto fondato sul regolamento e non ancora esaurito. In questo modello processuale, si dovrebbe inevitabilmente riconoscere al giudice una certa discrezionalità nel decidere come regolare l'accesso al giudizio di soggetti diversi dal ricorrente e dall'amministrazione. Infatti, la funzione di queste decisioni non sarebbe quella di chiamare le parti del rapporto controverso, dato che oggetto della controversia non è un rapporto, ma invece quella di assicurare una dialettica processuale sufficientemente plurale e animata, come ausilio a una decisione ben ponderata. La natura del giudizio, insieme a quella del suo oggetto, offrirebbe poi un argomento in più per spiegare perché le decisioni di accoglimento del ricorso non solo operano *erga omnes*, ma dovrebbero anche essere vincolanti per tutti i consociati, senza possibilità di impugnazioni; l'efficacia limitata delle sentenze di rigetto, invece, potrebbe essere spiegata anche con la loro dimensione marcatamente processuale, ossia con il fatto che esse riguardano solo l'obbligo del giudice di provvedere nel senso indicato dalla legge. Su questi punti si rinvia, di nuovo, alla complessa argomentazione di Tommaseo. Nei casi in cui non sia stato impugnato il regolamento, ma solo un provvedimento applicativo, mancherebbe il presupposto legale per l'annullamento ad opera del giudice, il quale comunque potrebbe e dovrebbe disapplicare le norme illegittime.

Concepito in questi termini, il giudizio sui regolamenti finisce per assomigliare al giudizio sulle leggi, come si diceva in esordio. In un certo senso, siamo dinanzi ad una sorta di vendetta postuma di Mortati: nell'impossibilità di portare i regolamenti all'interno del giudizio sulle leggi, si avvicina a quest'ultimo il giudizio amministrativo sui regolamenti, rimarcandone i caratteri di oggettività. La somiglianza dovrebbe assicurare circa la razionalità del modello e la sua compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento. Ma, anche se non si condivide la proposta qui avanzata, veramente importante è prendere consapevolezza del fatto che non è possibile calare un oggetto come il regolamento in un meccanismo come il processo amministrativo, e pretendere che esso funzioni nel modo consueto. Occorre meditare seriamente su questo problema, se si vuole assicurare efficienza ai mezzi di tutela predisposti nei confronti di una fonte del diritto la cui importanza è cresciuta costantemente, e non sempre lentamente, negli anni e nei decenni.

Appendice

Verwaltungsgerichtsordnung

in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. August 2009 (BGBl. I S. 2870) geändert worden ist

§ 47

(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit

1. von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen auf Grund des § 246 Abs. 2 des Baugesetzbuchs
2. von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

(2) Den Antrag kann jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen. Er ist gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Das Oberverwaltungsgericht kann dem Land und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Zuständigkeit durch die Rechtsvorschrift berührt wird, Gelegenheit zur Äußerung binnen einer zu bestimmenden Frist geben. § 65 Abs. 1 und 4 und § 66 sind entsprechend anzuwenden.

(2a) Der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen

Bebauungsplan oder eine Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 oder § 35 Abs. 6 des Baugesetzbuchs zum Gegenstand hat, ist unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 Abs. 2 des Baugesetzbuchs) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 und § 13a Abs. 2 Nr. 1 des Baugesetzbuchs) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

(3) Das Oberverwaltungsgericht prüft die Vereinbarkeit der Rechtsvorschrift mit Landesrecht nicht, soweit gesetzlich vorgesehen ist, daß die Rechtsvorschrift ausschließlich durch das Verfassungsgericht eines Landes nachprüfbar ist.

(4) Ist ein Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsvorschrift bei einem Verfassungsgericht anhängig, so kann das Oberverwaltungsgericht anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des Verfahrens vor dem Verfassungsgericht auszusetzen sei.

(5) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet durch Urteil oder, wenn es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält, durch Beschluß. Kommt das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung, daß die Rechtsvorschrift ungültig ist, so erklärt es sie für unwirksam; in diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich und die Entscheidungsformel vom Antragsgegner ebenso zu veröffentlichen wie die Rechtsvorschrift bekanntzumachen wäre. Für die Wirkung der Entscheidung gilt § 183 entsprechend.

(6) Das Gericht kann auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

§ 65

(1) Das Gericht kann, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder in höherer Instanz anhängig ist, von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen. (...)

(4) Der Beiladungsbeschluß ist allen Beteiligten zuzustellen. Dabei sollen der Stand der Sache und der Grund der Beiladung angegeben werden. Die Beiladung ist unanfechtbar.

§ 183

Hat das Verfassungsgericht eines Landes die Nichtigkeit von Landesrecht festgestellt oder Vorschriften des Landesrechts für nichtig erklärt, so bleiben vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung durch das Land die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die auf der für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. § 767 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend.

Traduzione

§ 47

(1) Il Tribunale amministrativo d'appello, nell'ambito della sua competenza, decide su istanza circa la validità

1. degli statuti che sono stati emanati a norma del Codice urbanistico nonché dei regolamenti di cui al § 246, co. 2 del Codice urbanistico;

2. nei casi in cui l'ordinamento di uno Stato lo prevede, degli altri regolamenti gerarchicamente inferiori alla legge dello Stato,

(2) Ogni persona naturale o giuridica, che alleghi di avere subito o di stare per subire in un momento prevedibile un pregiudizio ai propri diritti a causa di un regolamento o della sua applicazione, ed ogni autorità pubblica possono presentare l'istanza entro un anno dalla pubblicazione del regolamento. L'istanza deve essere diretta nei confronti dell'ente, dell'istituzione o della fondazione che ha emanato il regolamento. Il Tribunale amministrativo d'appello può autorizzare lo Stato o altre persone giuridiche di diritto pubblico la cui competenza è influenzata dal regolamento, a presentare osservazioni entro un termine stabilito. Si applicano di conseguenza il § 65, co. 1 e 4, e il § 66.

(2a) L'istanza di una persona fisica o giuridica che abbia ad oggetto un progetto urbanistico o uno statuto ai sensi del § 34, co. 1, primo periodo, nn. 2 e 3 o del § 35, co. 6, del Codice urbanistico è inammissibile, se la persona che presenta l'istanza allega soltanto censure che avrebbe potuto, ma non ha fatto valere, o non ha fatto valere tempestivamente, nel contesto della consultazione pubblica (§ 3, co. 2 del Codice urbanistico) o della partecipazione del pubblico interessato (§ 13, co. 2, n. 2 e § 13° co. 2, n. 1 del Codice urbanistico), e se nel contesto della partecipazione è stata informata di queste conseguenze.

(3) Il Tribunale amministrativo d'appello non verifica la compatibilità del regolamento con l'ordinamento dello Stato, quando la legge prevede che il regolamento possa essere sindacato solo dal Tribunale costituzionale di uno Stato.

(4) Se un procedimento per la verifica della validità del regolamento è pendente presso un Tribunale costituzionale, il Tribunale amministrativo d'appello può ordinare che la trattazione sia sospesa fino alla conclusione del procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale.

(5) Il Tribunale amministrativo d'appello decide con sentenza o, quando non si ritiene necessaria una trattazione orale, con decreto. Se il Tribunale amministrativo d'appello conclude che il regolamento è invalido, ne accerta l'inefficacia; in questo caso la decisione è generalmente vincolante e il dispositivo deve essere pubblicato nello stesso modo in cui è stato pubblicato il regolamento. Per gli effetti della sentenza vale di conseguenza il § 183.

(6) Il Tribunale, su istanza, può emanare un'ordinanza provvisoria, quando ciò è necessario e urgente per il pericolo di un grave pregiudizio o per altri seri motivi.

§ 65

(1) Finché il procedimento non è ancora concluso con giudicato o pendente in un grado superiore, il Tribunale, d'ufficio o su istanza, può chiamare altri, i cui interessi giuridici sono influenzati dalla decisione. (...)

(4) Il decreto di chiamata deve essere notificato a tutte le parti. Vi devono essere indicati lo stato dell'affare e il fondamento della chiamata. La chiamata non è impugnabile.

§ 183

Se il Tribunale costituzionale di uno Stato ha dichiarato la nullità della legislazione dello Stato o ha accertato che un regolamento dello Stato è nullo, restano salve, in mancanza di speciali

previsioni legislative dello Stato, le sentenze non più impugnabili dei tribunali della giurisdizione amministrativa che richiamano la norma di cui si è accertata la nullità. L'esecuzione di queste decisioni è inammissibile. Si applica di conseguenza il § 767 del Codice di procedura civile.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Artículo 25

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. (...)

Artículo 26

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 27

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

Artículo 71

(...) 2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Artículo 72

1. La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes.

2. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido

la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. (...)

Artículo 73

Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzará efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Artículo 123

1. El Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda. Contra el auto de planteamiento no se dará recurso alguno.

2. En este auto se acordará emplazar a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión. Transcurrido este plazo, no se admitirá la personación.

Artículo 124

1. Planteada la cuestión, el Secretario judicial remitirá urgentemente, junto con la certificación del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.

2. Acordará igualmente la publicación del auto de planteamiento de la cuestión en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.

Artículo 125

1. Con el escrito de personación y alegaciones podrá acompañarse la documentación que se estime oportuna para enjuiciar la legalidad de la disposición cuestionada.

2. Terminado el plazo de personación y alegaciones, el Secretario judicial declarará concluso el procedimiento. La sentencia se dictará en los diez días siguientes a dicha declaración. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales.

3. El plazo para dictar sentencia quedará interrumpido si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio. En estos casos el Secretario judicial acordará oír a las partes por plazo común de cinco días sobre el expediente o el resultado de la prueba.

Artículo 126

1. La sentencia estimará o desestimará parcial o totalmente la cuestión, salvo que faltare algún requisito procesal insubsanable, caso en que la declarará inadmisibile.

2. Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73.

Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión.

3. Firme la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad, por el Secretario

judicial se comunicará al Juez o Tribunal que la planteó.

4. Cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, será objeto de tramitación y resolución preferente.

5. La sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla.

Arrêt Boussuge

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 45893

Publié au recueil Lebon

M. Marguerie, président

M. Fuzier, rapporteur

M. Blum, commissaire du
gouvernement

lecture du vendredi 29 novembre 1912

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire en tierce-opposition et le mémoire ampliatif présentés pour les sieurs Gilbert X..., demeurant ... ; - Eugène D..., demeurant ... ; - Jules E..., demeurant ... ; - Eugène F..., demeurant ..., approvisionneurs aux halles centrales de Paris, agissant tant en leur nom personnel que, le premier comme président, le second comme vice-président, le troisième comme secrétaire et le quatrième comme trésorier de la chambre syndicale des approvisionneurs aux halles centrales, dont le siège social est ... dont les statuts ont été déposés à la préfecture de la Seine le 11 mai 1910 ; - et Joseph Z... à

Roscoff Finistère ; - Hamon G..., à Roscoff ; - Kervélec, ... ; - Daniélou, ... ; - Kerbiriou, Jean-Marie, à Roscoff ; - Ambroise A..., à Saint-Pol de Léon Finistère ; - Auguste I..., ... ; - Louis Y..., ... ; François H..., ... ; Paul C..., ... ; Fierminieux, ..., tous approvisionneurs aux Halles centrales de Paris, agissant dans un intérêt commun, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 27 juillet 1911 et 2 janvier 1912 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler sa précédente décision du 7 juillet 1911 qui, sur le recours des sieurs B... et autres, a annulé, pour excès de pouvoir, l'article 61 du règlement d'administration publique en date du 8 octobre 1907, en tant qu'il admet sur le carreau forain des Halles de Paris, concurremment avec les viticulteurs qui y amènent leurs produits, les "approvisionneurs vendant des denrées dont ils sont propriétaires" ;

Vu la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux, en date du 7 juillet 1911, qui prononce l'annulation partielle de l'article 61 du règlement d'administration publique du 8 octobre 1907, pris pour l'exécution de la loi du 11 juin 1896 ; Vu l'article 474 du code de procédure civile ; Vu l'article 37 du décret du 22 juillet 1806 ;

Considérant que si, en vertu de l'article 37 du décret du 22 juillet 1806, toute personne qui n'a été ni appelée ni représentée dans l'instance peut former tierce-opposition à une décision du Conseil d'Etat rendue en matière contentieuse, cette voie de recours n'est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'article 474 du code de procédure civile, qu'à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié ;

Considérant que l'article 61 du règlement d'administration publique du 8 octobre 1907, tel qu'il avait été promulgué, portait que le carreau forain des halles est réservé aux cultivateurs qui y amènent leurs produits pour les vendre eux-mêmes et aux approvisionneurs vendant des denrées dont ils sont propriétaires ;

Considérant que, par la décision ci-dessus visée, en date du 7 juillet 1911, le Conseil d'Etat a annulé ledit article 61, en tant qu'il admet sur le carreau forain des halles de Paris, concurremment avec les cultivateurs qui y amènent leurs produits, les "approvisionneurs vendant des denrées dont ils sont propriétaires";

Considérant que les requérants soutiennent qu'en leur qualité d'approvisionneurs, ils ont été personnellement privés, par la décision précitée, d'un droit qu'ils tenaient de la loi du 11 juin 1896 sur les halles centrales de Paris et du décret du 8 octobre 1907 ; que dès lors, leur requête en tierce-opposition est recevable ;

DECIDE : Article 1er : La requête en tierce-opposition des sieurs X... et autres est déclarée recevable. Article 2 : Il sera ultérieurement statué au fond sur les conclusions de la requête susvisée. Article 3 : Expédition Intérieur.

Code de l'urbanisme

Article L600-1

Loi n° 94-112 du 9 février 1994 art. 3 –
Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 art. 202

L'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un schéma de cohérence territoriale, d'un

plan d'occupation des sols, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté.

Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne :

- soit l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs dans les conditions prévues à l'article L. 122-1-2 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains ;

- soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales ;

- soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques.