



Università degli Studi di
Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COSTITUZIONALE"

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. ANDREA PUGIOTTO

CARATTERE PROVVEDIMENTALE DELLA DECRETAZIONE
D'URGENZA
L'AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott. GUGLIELMO BERNABEI

Tutore

Prof. PAOLO GIANGASPERO

Anni 2010/2012

INDICE

“CARATTERE PROVVEDIMENTALE DELLA DECRETAZIONE D’URGENZA”

L’AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE

INTRODUZIONE

L’ATTIVITA’ AMMINISTRATIVA CON FORZA DI LEGGE

1. Il problema amministrativo.
2. Il ruolo dell’Amministrazione nella Costituzione.
3. Funzione ed Attività amministrativa. La nozione di “Provvedere”.
4. Questioni, atti, attività di Alta amministrazione e decretazione d’urgenza.
5. La decretazione d’urgenza come un nuovo e particolare aspetto della nozione di Alta amministrazione.
6. Il nesso tra l’Alta amministrazione del decreto-legge e responsabilità politica.
7. Riserva di amministrazione e decretazione d’urgenza.

CAPITOLO PRIMO

CRISI DELLA LEGGE E SISTEMA DELLE FONTI

1. La crisi della Legge.
2. La legge generale ed astratta
3. Legis latio, legis executio ed amministrazione diretta.
4. La distinzione delle funzione legislativa ed amministrativa nella Costituzione.
5. Indirizzo politico e decretazione d'urgenza.
6. Incidenza del ruolo del Decreto-Legge sulla forma di governo e riflessi sulla forma di Stato.

CAPITOLO SECONDO

PRESUPPOSTI DI NECESSITA' ED URGENZA ED AMBITO DI APPREZZAMENTO GOVERNATIVO

1. I casi straordinari di necessità ed urgenza come clausola generale.
2. La valenza assunta dal sintagma nella prassi.
3. Analisi del "fatto emergenziale" ed inadeguatezza del diritto vigente.
4. Il fatto emergenziale come sopravvenuto, provvisorio, non previsto, antiggiuridico.
5. Accertamento dell'emergenza e straordinarietà dell'intervento.
6. Il diritto d'emergenza come sottosistema dell'ordinamento giuridico
7. Tentativo di tipizzazione dei presupposti.

8. Necessità ed urgenza come sintesi dell'apprezzamento governativo.
9. Il senso della provvisorietà del Decreto-Legge e forme di elusione.
10. Figure sintomatiche di abuso del Decreto-Legge.
11. Il controllo della Corte costituzionale sulla sussistenza dei presupposti.

CAPITOLO TERZO

DECRETO-LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE

1. Teoria della novazione e peculiarità della Legge di conversione.
2. Decreto-legge e Legge di Conversione come fasi di un unico procedimento.
3. La carenza dei presupposti giustificativi del Decreto-Legge come vizio *in procedendo* della legge di conversione.
4. Emendamenti in sede di Conversione e presupposti giustificativi.
5. Decretazione d'urgenza e ruolo del Presidente della Repubblica

CAPITOLO QUARTO

DECRETAZIONE D'URGENZA E POTERE NECESSITATO D'ORDINANZA

1. Il potere necessitato d'ordinanza.
2. Legge n. 225/1992.
3. I limiti delle ordinanze necessarie e la "riserva" di decretazione d'urgenza.
4. Potere necessitato d'ordinanza conforme a Costituzione.

CAPITOLO QUINTO

LEGGI PROVVEDIMENTO

1. Dallo Stato legislativo allo Stato amministrativo.
2. La formula “leggi-provvedimento” e i suoi significati.
3. La legge personale e i suoi caratteri.
4. Leggi-provvedimento innovative e leggi-provvedimento esecutive o in luogo di provvedimento.
5. Problematica dell’ammissibilità delle leggi-provvedimento nell’ordinamento giuridico italiano.

CAPITOLO SESTO

L’AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE E TIPOLOGIA DI “DECRETO-LEGGE PROVVEDIMENTALE”.

1. Elementi di incremento dell’amministrazione con forza di legge: richiamo alla crisi della legge e all’affermazione della democrazia maggioritaria.
2. Il Decreto-Legge come atto recante provvedimenti.
3. Lo schema norma-fatto e modalità di produzione giuridica.
4. Individuazione di diverse “tipologie” di Decreti-Legge all’interno della categoria “Decreto-Legge provvedimentale”. Decreti-legge provvedimentali autoapplicativi, di approvazione, di valutazione discrezionale amministrativa, di natura ablatoria.
5. Effetti giuridici ed elementi dei Decreti-Legge provvedimentali.

6. Inquadramento della legge di conversione nella tipologia della legge provvedimento.

CAPITOLO SETTIMO

I LIMITI ALL'AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE

1. Legge 400/88 e forma di governo.
2. L'art. 15 della legge 400/88.
3. La motivazione del Decreto-Legge provvedimento.
4. Principio di uguaglianza e scrutinio di ragionevolezza.
5. Applicabilità dei vizi degli atti amministrativi agli atti con forza di legge. L'eccesso di potere.

CONCLUSIONI

- Verso quale modello di Decreto-Legge provvedimento...

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA CON FORZA DI LEGGE

1-IL PROBLEMA AMMINISTRATIVO

Il dato fattuale da cui prende avvio il presente lavoro di ricerca riguarda il grande utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza, con modalità e quantità che generano preoccupazione per la tenuta della stessa forma di governo parlamentare. I possibili rimedi a questa degenerazione, nel corso del tempo affacciatisi in dottrina e in giurisprudenza, pongono troppo l'attenzione sul mero carattere numerico, l'elevata emanazione di decreti-legge e non considerano, o non a sufficienza, che per ricondurre questo istituto ad un utilizzo costituzionalmente corretto è necessaria una profonda rivisitazione della natura, dello scopo e della struttura dell'istituto stesso, ponendo come base di partenza il sistema di diritto amministrativo italiano.

Il tentativo di questa ricerca, quindi, è quello di inquadrare la decretazione d'urgenza nell'ambito dell'attività amministrativa con forza di legge compiuta dal Governo, organo apicale della P.A., in casi e situazioni di assoluta straordinarietà; si vuole proporre una configurazione di questo atto dalla forza legislativa ma dal ruolo amministrativo, ossia dotato del carattere della concretezza dei destinatari e della situazione regolata. Infatti, liberandosi della stretta connotazione che vede l'attività amministrativa come attività di mera esecuzione della legge si vuole proporre una qualificazione giuridica che pone attenzione all'individuazione, valutazione e cura in concreto di determinati interessi e circostanze, tutte operazioni che rappresentano il nucleo della

qualifica sostanziale dell'attività amministrativa¹. Si tratta, pertanto, di una particolare azione detenuta dal Governo, la quale, già da queste primissime considerazioni, va vista come un qualcosa che si distacca nettamente da quel principio di certezza del diritto inteso nel suo duplice significato di prevedibilità come ragione per la quale l'atto normativo con forza di legge dovrebbe occuparsi esclusivamente di cose future e generali e come motivo di disciplina dei processi di produzione giuridica². Questa impostazione, però, sfugge al principio di tipicità degli atti amministrativi ed è flessibile ed adattabile al caso concreto; una ricostruzione della decretazione d'urgenza in tal senso vuole assumere la connotazione di una categoria aperta dai lineamenti però il più possibile definiti e precisati. I temi trattati, quindi, andranno ad interessare la stessa *ratio* della corrispondenza tra esercizio di determinati poteri e uso di determinate forme degli atti giuridici, precisando meglio la sottile linea di divisione tra legislazione ed amministrazione³, in modo da evidenziare i limiti dell'amministrazione con forza di legge anche in relazione agli strumenti di tutela che l'ordinamento giuridico è capace di apprestare. Si vuole porre una concezione di amministrazione che sia correttamente individuata come risultato del processo di evoluzione giuridica, confrontando la compatibilità degli effetti prodotti da siffatta amministrazione con forza di legge con il sistema a diritto amministrativo.

Se, dunque, l'istituto della decretazione d'urgenza è visto come espressione di un potere amministrativo con forza di legge si pone un nuovo e complesso "problema amministrativo", all'interno del quale sarà necessario studiare gli elementi che caratterizzano una funzione amministrativa di tal genere, individualizzandola e distinguendola dalle altre funzioni; ecco quindi che si appalesa una difficile relazione tra funzione amministrativa e funzione legislativa, indagando con attenzione come la prima, in determinate situazioni

¹ Cfr M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*. Milano, 1939, pag. 14.

² Cfr RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della formazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 7 luglio 2005.

³ Cfr MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del diritto*, Torino, 2005, pag. 24.

ex art. 77 Cost., si ponga sullo stesso livello gerarchico della seconda. Oltre al decreto-legge va considerata la stessa legge di conversione la quale, in tal modo, andrà ad avere un contenuto lontano dai caratteri della generalità e della astrattezza⁴, divenendo legge-provvedimento.

In questo senso, va verificato come la produzione di effetti giuridici di trasformazione di situazioni giuridiche soggettive operata da un decreto-legge provvedimentale sia del tutto peculiare, implicando la ricostruzione di una ipotizzabile nuova individualità dell'azione amministrativa; il "problema amministrativo"⁵ nell'ordinamento giuridico può così trovare soluzioni diverse in relazione al sistema delle fonti, alla forma di governo e agli strumenti di risoluzione delle criticità più gravi assunti dall'Amministrazione, secondo le finalità perseguite da questa come compito e scopo di pubblico interesse⁶. Occorre, quindi, intendersi sul fatto che la "differenza tra l'esercizio del potere legislativo e l'esercizio del potere amministrativo non è insita nella natura astrattamente considerata dei due poteri che anzi in questo senso non esiste alcuna certezza; essa discende, invece, dall'ordinamento, ove l'utilizzo di questa parola è comprensivo dei molteplici fattori che compongono il sistema giuridico"⁷. Attraverso l'amministrazione con forza di legge il potere politico si svincola dalle regole procedurali proprie del sistema a diritto amministrativo in modo che la veste legislativa comprenda una decisione amministrativa, attribuendole forza gerarchica maggiore laddove

⁴ Cfr CERVATI, *Art. 70-72, in Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1985, pag.8, dove si afferma che "l'art. 70 non si pone soltanto come la sola attribuzione alle Camere di una potestà legislativa di carattere generale [...] e neppure soltanto come base costituzionale per una concezione esclusivamente formale della funzione legislativa", ma essa deve "essere valutata in tutto il contesto istituzionale ed in particolare: a) in relazione all'orientamento costituzionale nel senso di una riserva della legislazione di principio a favore delle assemblee parlamentari (che non è incompatibile con la possibilità che in alcuni casi la legge parlamentare detti anche una disciplina dettagliata di alcune fattispecie, né con quella del ricorso, in presenza di alcune circostanze da valutare caso per caso, alla cosiddetta "legge provvedimento"); b) in relazione alla disciplina costituzionale del procedimento legislativo parlamentare".

⁵ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, pag. 231.

⁶ Cfr PASTORI, *Amministrazione pubblica* (voce del *Dizionario di politica*, 1976), in *Amm.*, 2005, pag. 205

⁷ SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 280.

sussistano le straordinarie esigenze ex art. 77 Cost.; questi concetti, che saranno sviluppati nel corso della ricerca, già ora ci consentono di intuire una diversa peculiarità del sistema amministrativo che si va a realizzare attraverso specifiche modalità di disciplina di particolari fattispecie concrete.

In questo contesto, è la stessa Costituzione che definisce, nell'affrontare l'imprevedibile, un interesse pubblico talmente rilevante e distinto che necessità di un intervento con forza di legge e quindi spetta al Governo di porre in essere un procedimento di attuazione di norme costituzionali, grazie al quale determinate regole sono tradotte in decisioni specifiche, per casi singoli. In tal modo, la definizione dell'attività amministrativa come "esecutiva" va intesa come indicativa di un'attività presupposta dall'art. 77 Cost., perché da esso trae origine, legittimazione, ragione⁸. Così, l'amministrazione con forza di legge diventa espressione di un particolare potere di *provvedere* alla cura concreta dell'interesse pubblico fissato dal Costituente e risulta inquadrata all'interno del sistema amministrativo laddove si caratterizza per il fatto che "il perseguimento dell'interesse primario non può essere astrattamente isolato dal contesto reale, dalla concreta situazione di fatto nella quale va ad incidere; è episodio di vita, e, come tale, si intesse di articolazioni complesse"⁹. Perciò è la Costituzione stessa a demandare ad un soggetto diverso dal legislatore e da questo controllato, ossia l'Esecutivo, il compito della cura degli interessi della collettività attraverso un potere, che, se esercitato correttamente, garantisce, in presenza di circostanze straordinarie, l'adozione di atti equiparati alla legge formale che siano il frutto di un confronto tra l'interesse costituzionale ex art. 77 e le specificità mostrate dal caso concreto. Pertanto, all'interno di questo "problema amministrativo", la stessa funzionalità istituzionale dell'Amministrazione viene modellata a

⁸ Cfr GASPARRI, *I concetti di legislazione, amministrazione e politica nella terminologia della Costituzione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1959, pag. 28, dove si afferma che "nel concetto di eseguire (da *ex* e *sequor*) è compresa non solo l'idea del "venir dopo" nello spazio o nel tempo; ma anche, contrassegnata appunto dall'"*ex*", l'idea del "trarre origine" oppure, sul piano logico, "ragione" (esecuzione di un progetto) o ancora, sul piano giuridico, che qui ci interessa, "legittimazione" (esecuzione di un comando)".

⁹ Cfr CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, pag. 368.

fronte della particolare connotazione costituzionale dell'interesse pubblico, il quale, come si vedrà meglio nel prosieguo del lavoro, è chiamato ad essere attuato dall'Amministrazione nel processo di contemperamento con altri interessi pubblici a rilevanza costituzionale che debbono essere integrati nella valutazione governativa, la quale non può essere svolta come "una entità suscettibile di mera rilevazione e descrizione, ma come il risultato di un'attività che è conoscitiva e creativa al tempo stesso, in quanto ha inizio con l'esame di una situazione ancora indefinita e tende innanzitutto a discernere i "dati" da impegnare nella risoluzione del problema"¹⁰. La singolarità del procedimento scaturente ex art. 77 Cost. di messa in esecuzione della clausola generale ivi contenuta consiste proprio nella modalità attraverso la quale il Governo esercita il potere assegnatogli di provvedere in concreto, e il rispetto di questa modalità costituisce il presupposto necessario per il corretto impiego dell'istituto della decretazione d'urgenza. In questa impostazione, il rapporto tra normazione ed amministrazione sottolinea una progressiva specificazione della norma generale ex art. 77 Cost. nella situazione concreta mediante la ponderazione che l'Esecutivo doverosamente deve compiere tra gli interessi indicati dalla disposizione costituzionale e gli interessi che insistono su una determinata realtà. L'amministrazione con forza di legge, però, vanifica il principio di giustizia nell'amministrazione, infatti i portatori degli specifici interessi coinvolti dalla singola fattispecie non possono avvalersi degli strumenti giuridici ad essi riconosciuti in sede procedimentale e processuale dalla vigente legislazione amministrativa. Questo aspetto, che va ben inteso e analizzato, tuttavia non significa che la legalità di questo particolare intervento con forza di legge sia compromessa, anzi, rappresenta proprio il punto di maggiore rilevanza che il presente lavoro mira ad affermare. Infatti l'osservanza delle norme giuridiche che regolano l'azione governativa in termini di competenza, forma e contenuto mirano a rafforzare l'adeguamento,

¹⁰ LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, pag. 959.

e quindi la proporzione, dell'azione stessa alle esigenze dell'interesse pubblico che l'Amministrazione-Governo deve soddisfare, salvaguardando la tutela dei diritti che l'ordinamento giuridico riconosce all'individuo¹¹.

Il “problema amministrativo”, dunque, si complica e si articola fino ad interessare i criteri della separazione dei poteri e la corretta configurazione della forma di governo; infatti, si evidenzierà come l'amministrazione con forza di legge si scontra con più di un profilo della tradizionale impostazione dell'azione amministrativa “quale garanzia della doverosità e dello svolgimento secondo determinate modalità che la Costituzione impone ai poteri pubblici nel rispetto dei diritti e degli interessi dei componenti della collettività”¹².

Il convincimento appena espresso costituisce una delle chiavi di lettura delle considerazioni che seguiranno, sia perché buona parte di queste sarà dedicata alla sua verifica e precisazione, sia soprattutto perché offre la possibilità di giustificare la metodologia di indagine prescelta. Si affronteranno i connotati strutturali dell'azione amministrativa nell'ambito che interessa per favorire una connessione, il più possibile puntuale ed argomentata, con i provvedimenti di decretazione d'urgenza. Va fin da ora precisato che non si ritiene necessario richiamare ancora una volta i tratti salienti delle strutture costituzionali prese in considerazione e questo, sia per non cadere nella facile tentazione di una esposizione meramente compilatoria, sia soprattutto per dare maggior spazio ai ragionamenti e alle ricostruzioni che progressivamente andranno a formarsi ai fini della maturazione di una ricerca pienamente consapevole della complessità dei temi svolti, i quali, in ultima analisi, riguardano il ruolo e l'efficacia stessa del sistema delle fonti del nostro ordinamento giuridico. Nello svolgere la prospettiva enunciata si comincerà col richiamare l'attenzione sopra alcune questioni evidenziate dalla dottrina e

¹¹ Cfr RANELLETTI, *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, 1948, ora in *Scritti giuridici scelti, II. La giustizia amministrativa*, a cura di Ferrari e Sordi, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, 1992, pag.345.

¹² SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 293.

dalla giurisprudenza, le quali solo a prima vista appaiono non pertinenti con la problematica della decretazione d'urgenza ma che sono con questa strettamente collegate nell'ottica prescelta dalla presente ricerca. Dalla congiunta considerazione di esse sortiranno i primi risultati sul tema in discussione.

2-IL RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE NELLA COSTITUZIONE

La Costituzione repubblicana¹³ dedica solo due disposizioni esplicite al tema dell'amministrazione, gli artt. 97 e 98; tale impostazione così ristretta viene superata dal tentativo¹⁴ di ricercare i caratteri del disegno amministrativo nell'intera Carta costituzionale, abbandonando così la prospettiva di indagine limitata allo studio dei soli articoli citati.

Seguendo, quindi, questa impostazione, l'analisi dell'Amministrazione nella Costituzione pone questioni riguardanti la sua corretta collocazione istituzionale, in una dialettica ancora non risolta tra la sua configurazione di apparato servente del Governo, e la sua attitudine ad affermarsi come un potere dotato di una propria forza di autolegittimazione¹⁵ e di un proprio statuto giuridico di indipendenza¹⁶. Risulta complesso individuare una definizione univoca di amministrazione, la quale, oggi, sempre più tende ad espandersi ed articolarsi per interessi curati, ed è difficile ricavare una identità comune; a livello teorico, i principi del nostro ordinamento "postulano una

¹³ Cfr ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, pag. 1-18 e 43-69.

¹⁴ Cfr ESPOSITO, *Riforma della amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, pag. 245.

¹⁵ Cfr SPUNTARELLI, , *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 234.

¹⁶ Cfr CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, pag. 59, il quale rileva che nell'ambito delle disposizioni costituzionali emergono due nature dell'amministrazione, da un lato come apparato servente del Governo e dall'altra quale apparato indipendente dal Governo stesso e dalla politica, e, nelle sue conseguenze ulteriori, come apparato servente della collettività, "guidato, attraverso la legge, dal Parlamento, organo rappresentativo della sovranità popolare".

dato modo di essere dell'amministrazione"¹⁷, ma, a livello pratico, emerge la compresenza di forme diverse di amministrazione con distinte peculiarità operative.

Ai fini della presenta ricerca, interessa verificare la particolare configurazione e i relativi risvolti pratico-operativi dell'amministrazione con forza di legge; ciò implica che il compito assunto da questa particolare forma di amministrazione sia la delicata tutela di complesse situazioni emergenziali dove è forte il pericolo di un pregiudizio ai diritti dei cittadini, di soggetti individuali e collettivi in modo che si configuri una amministrazione come salvaguardia dei diritti e principale struttura organizzativa della solidarietà che regge l'ordinamento politico-sociale. In contesti d'emergenza, quindi, si sottolinea il senso profondo dell'amministrazione come forma della solidarietà su cui si regge la Costituzione repubblicana, attuata concretamente nella sua finalizzazione a compiti sociali, alla promozione dei diritti individuali e collettivi. A questa concezione, per certi versi, "drammatica", dell'amministrazione, chiamata ad intervenire ricorrendo alla forma della forza di legge come unica ed *extrema ratio* di gestione di situazioni di straordinaria necessità, si rafforza la riflessione sui compiti dello Stato, in quanto è proprio in tale accezione che essa rappresenta il modo attraverso il quale lo Stato stesso realizza i compiti di promozione del benessere sociale e dell'eguaglianza espressi negli artt. 2 e 3 della Costituzione¹⁸. Ne discende, in tal modo, una sequenza unitaria, dai diritti dei cittadini derivano i compiti dello Stato e la missione dell'amministrazione¹⁹.

Se questi sono i caratteri di una amministrazione chiamata a fronteggiare l'imprevedibile si ritrova anche un'unità dello Stato, e questa unità è rafforzata dall'intervento dell'organo apicale dell'amministrazione, ossia del

¹⁷ PASTORI, *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di Marongiu e De Martin, Milano, 1992, pag. 97.

¹⁸ Cfr ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., pag. 11, dove si afferma che " i compiti che qualificano lo Stato e ai quali l'amministrazione partecipa consistono nel riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei diritti dell'uomo, della dignità e dello sviluppo della persona, considerata singolarmente e nei gruppi in cui si organizza"

¹⁹ Cfr ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., pag. 12.

Governo, il quale per espresso compito costituzionale deve garantire una gestione unitaria e coerente. L'attività concreta di amministrazione che ne scaturisce, quindi, non appare come un agire libero, ma è rivolta all'individuazione ed alla cura dell'interesse primario, che in questa ricostruzione scaturisce ex art. 77 Cost., nella direzione indicata dalla norma costituzionale, comparando e scegliendo tra i vari interessi da soddisfare o da restringere per perseguire il fine preordinato. Di conseguenza, se il Governo è in grado di svolgere questo ruolo delicato di essere strettamente aderente alla società, conformemente alle sue istanze, riconoscerà proprio nella sua azione amministrativa i limiti al suo operato, senza sconfinamenti nell'ambito della produzione legislativa.

Si compone quindi il tema della pluralità dell'amministrazione, delle diversità mediante le quali essa opera e interagisce con le sfere giuridiche dei cittadini; il testo costituzionale, non optando con chiarezza verso un determinato modello di amministrazione, consente più soluzioni, compresa l'amministrazione con forza di legge.

Tuttavia, alcuni elementi appaiono assodati e, restando sullo sfondo, complicano le relative argomentazioni sul tema. Da una parte, infatti, è probabilmente vero che i costituenti complessivamente non colsero, nelle sue possibili articolazioni, il problema amministrativo, limitandosi a raccogliere le concezioni base formulate dalla tradizione giuspubblicistica e giustapponendole senza preoccuparsi a fondo di giungere ad un vero e proprio disegno unitario²⁰; dall'altra, emerge la contraddizione tra un'amministrazione tecnica e una politica, ed uno dei compiti principali della Costituzione è proprio quello di tenere in equilibrio questi due aspetti, all'apparenza inconciliabili²¹. I variegati modi di operare dell'amministrazione dimostrano che essa vive in uno stato di permanente tensione tra momento tecnico e momento politico, non potendo mai essere

²⁰ Cfr FIORAVANTI, *Amministrazione e Costituzione: profili storici*, in *Democrazia e amministrazione*, cit., pag. 82-87.

²¹ Cfr NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1843.

definitivamente e in modo esclusivo l'uno o l'altro, e, come si cercherà di argomentare, tale dialettica è ancora più forte e vivace laddove l'ordinamento costituzionale consente di porre in essere atti con forza di legge da parte dall'Esecutivo. Questa contraddizione, che non necessariamente deve essere superata o risolta, è già ora un ulteriore indizio per cogliere la misura esatta della profondità e dell'ampiezza delle questioni che l'amministrazione con forza di legge ci pone di fronte.

Fin da ora compare un elemento che nel corso della ricerca avrà una certa importanza e contribuisce a caratterizzare il ruolo dell'operato governativo qui proposto: si tratta del dovere giuridico di intervenire che deriva dall'interesse pubblico²²; infatti “quando la legge”, e in questo caso la Costituzione stessa, “assegna all'Amministrazione la tutela di determinati interessi pubblici, il perseguimento di questi interessi non è per l'Amministrazione una semplice facoltà, ma un dovere”²³. Emerge quindi il dato che se questi interessi sono perseguiti “mediante provvedimenti”, come recita testualmente l'art. 77, essi sono oggetto di una attività prettamente amministrativa, sono esplicazione di potere, dall'esercizio non libero: se sussiste una determinata situazione, i presupposti dell'art. 77 Cost., l'autorità, nel nostro caso il Governo, non può soltanto ma deve e, come si tenterà di argomentare in seguito, la discrezionalità del potere è vincolata al pubblico interesse. Questo si articola in modo che ci si trova dinanzi a un vero e proprio “provvedere”, che non è situazione isolata bensì combinazione di “dovere-interesse”, risolvendosi nella necessità di soddisfare una imprevista ed imprevedibile straordinarietà. Si delinea quindi un diverso, e più complesso, ruolo dell'Amministrazione che emerge dalla Carta costituzionale e che vede affermarsi l'esistenza di un interesse sostanziale e la richiesta di provvedere, elementi, questi, atti ad indicare che il dovere di provvedere si combina con un interesse sostanziale.

²² Cfr CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, pag. 80.

²³ GUICCIARDI, *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, in *Giur. It.*, 1957, III, pag. 21.

Questi temi, ora solo accennati, saranno ripresi diffusamente nel corso di questa *Introduzione*, tuttavia sono già indicativi del fatto che, oltre alla necessità di ricorrere a schemi ed istituti propri della dottrina amministrativistica, la statuizione dell'art. 77 Cost. pone in sé limiti dai molteplici contenuti.

3- FUNZIONE ED ATTIVITA' AMMINISTRATIVA. LA NOZIONE DI "PROVVEDERE"

Occorre ora analizzare il senso e la portata di istituti come funzione ed attività amministrativa in relazione al tema dell'amministrazione con forza di legge. Come punto di partenza è utile rifarsi ai contenuti che la dottrina giuspubblicistica più risalente ha posto nella funzione amministrativa, definita una "attività pratica che lo Stato dispiega per curare, in modo immediato, gli interessi pubblici che sono naturalmente nei suoi fini, o che egli volontariamente assume come tali"²⁴. In questo senso l'attività di amministrare equivale a dispiegare compiti che lo Stato, inteso soggettivamente, assume come propri o ha nei suoi fini; si pone un collegamento imprescindibile tra attività amministrativa ed interessi perseguiti, se gli interessi perseguiti hanno una natura oggettiva, il potere di questa categoria prende il nome di "funzione"²⁵, e sono questi stessi interessi, intesi come situazioni di rilevanza pubblica che richiedono un intervento del potere pubblico, a costituire un vincolo per la funzione, quello di dover provvedere a questi interessi, che del potere sono a fondamento. Prende, quindi, forma l'idea che funzione sia "qualche cosa che, mentre si concreta,

²⁴ ZANOBINI, *Amministrazione pubblica: b) nozione e caratteri generali*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, pag. 235, dove vengono definite funzioni tutte le attività dello Stato considerate in ordine ai fini cui sono dirette, in modo che si hanno funzioni che provvedono a tali fini immediatamente e direttamente, come l'attività amministrativa, e funzioni che perseguono fini pubblici indirettamente, come la legislazione.

²⁵ Cfr SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà, (1945-46)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pag. 179.

non è più potere ma non è ancora atto”²⁶, donde la necessità di considerarla come “elemento autonomo”, in modo che la nozione stessa di funzione amministrativa sia destinata ad allargarsi e a perdere, in parte, la propria originaria identità, dovuta al fatto che la realtà sociale impone, accanto alla funzione tradizionale di conservazione dell’ordine pubblico, un nuovo e distinto strumento di intervento, espressione di una funzione di promozione e salvaguardia del benessere sociale in particolari e straordinarie situazioni di emergenza, cosicché questa funzione si deve esercitare se, quando e come lo richiedano gli interessi per cui è stata costituita, nel nostro caso i presupposti ex art. 77 della Carta costituzionale. Pertanto, la nozione di funzione amministrativa si dirama in una molteplicità di attività amministrative che a fatica trovano elementi comuni nella impostazione di potestà pubblica come delineata tradizionalmente; la “cura concreta di interessi pubblici” si articola in modo diverso e più complesso, dotandosi di strumenti particolarmente rafforzati, come la decretazione d’urgenza. Il dovere giuridico che va affermandosi prende origine da situazioni che all’inizio non si presentano subito come interessi pubblici definiti e già delineati ma come “fatti”, come “condizioni di esistenza da cui dipende la legittimità del provvedimento con forza di legge, si tratta della faticosa e difficile opera di definizione della clausola generale ex art. 77 Cost., l’Esecutivo-Amministrazione si trova dinanzi a condizioni che sono problematiche in quanto decisive per la determinazione concreta del grado di intensità dell’intervento. Tutto questo vuole mostrare il progressivo evidenziarsi di una sfera di attività con forza di legge che l’ordinamento costituzionale stesso richiede debba essere sottoposta a regole di tipo amministrativo. Si tratta dei principi costituzionali in tema di separazione dei poteri il cui rispetto è imposto indipendentemente dal fatto che l’attività sia posta in essere con la forma della forza di legge. La questione dell’amministrazione con forza di legge esprime una particolare funzionalizzazione dell’attività amministrativa all’interno della quale prende

²⁶ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952, pag. 118.

rilevanza il momento di concretizzazione della clausola generale dell'art. 77 Cost., inteso come individuazione di interessi pubblici ritenuti meritevoli di tutela; l'ordinamento costituzionale ha affidato ad un preciso soggetto, l'Esecutivo, la valutazione e la cura di questo interesse, considerabile come fine generale dell'ordinamento perché riconosciuto come tale secondo il sistema positivo. Sotto questo punto di vista, l'interesse a fronteggiare casi straordinari di necessità ed urgenza trova posto nel sistema in quanto il suo riconoscimento avviene sia attraverso la potestà governativa di produzione di norme in grado di riflettere quell'interesse sia attraverso il suo essere ricondotto a quella categoria di interesse pubblico che assume natura generale e comune secondo le acquisizioni della dottrina più recente. L'interesse è quindi configurabile come fine generale, e dunque anche come fattore giuridico delle posizioni del singolo, qualora trovi espressione nell'ordinamento giuridico, e in questo caso nell'assetto costituzionale, che se ne serve per esprimere un principio generale. Ed è quel che accade con l'interesse a fronteggiare situazioni emergenziali di straordinaria intensità; nello specifico le norme costituzionali ex art. 77 Cost. stabiliscono un nesso tra l'interesse e le posizioni, dei singoli e dell'amministrazione. La nozione di interesse pubblico si articola ulteriormente fino ad individuare una particolare tipologia, tutelata dall'art. 77 Cost., che non appartiene soltanto all'amministrazione intesa come persona giuridica che ne possiede la disponibilità esclusiva; l'interesse pubblico diviene anche interesse "del pubblico", è cosa comune, dell'amministrazione pubblica e del cittadino, e ne dipende nel senso che anche a quel termine individuale è preordinata la soddisfazione del pubblico interesse²⁷. In questo senso, questa tipologia di interesse pubblico si trova ad essere messa in relazione necessaria con l'interesse concreto, preciso e determinabile dell'individuo di ottenere dall'Amministrazione-Governo un intervento specifico e tempestivo nello

²⁷ Cfr LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, *Enc. Del dir.*, Aggiornamento, VI, pag. 357; GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della Pubblica Amministrazione*, *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, pag. 290; SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003.

straordinario fatto emergenziale sopraggiunto, ma il carattere della forza di legge di questo intervento esclude che in capo al soggetto sia configurabile un interesse legittimo.

La funzione amministrativa che emerge da questa analisi specifica dell'art. 77 Cost. vede nella valutazione politica del Governo, che se ne assume la responsabilità, un momento necessario della sua realizzazione²⁸; infatti le norme che attribuiscono funzioni amministrative non sono in grado di funzionare autonomamente, a differenza di quanto avviene nel campo del diritto penale o civile²⁹, ma per ottenere il risultato di soddisfare l'interesse pubblico è necessario lo svolgimento delle proprie funzioni da parte dell'amministrazione³⁰. La funzione amministrativa deve trovare il proprio fondamento in norme che richiedono all'amministrazione di svolgere la relativa attività³¹, la quale diviene così strumentale per la traduzione della valutazione politica in realtà effettiva. In tal modo, l'art. 77 Cost. allo stesso tempo sia delinea la natura particolare di questa funzione amministrativa, cioè il suo essere attività volta al perseguimento di un preciso interesse pubblico, sia predispone e disciplina lo strumento per soddisfare tale interesse; il tentativo proposto è quindi di cogliere questo contenuto essenziale dell'azione

²⁸ Tale interesse pubblico tipizzato mediante il conferimento al Governo della competenza a porre in essere atti aventi forza di legge comporta che l'esercizio concreto di tale competenza richieda una indagine diretta alla rilevazione delle esigenze peculiari e straordinarie di una data situazione fattuale, in riferimento alla quale il contenuto dell'interesse pubblico della clausola generale ex art. 77 Cost. è necessariamente impreciso e generico. Ne consegue che il Governo, in sede di predisposizione e di adozione del decreto-legge provvedimentale, è chiamato a formulare una scelta che per certi aspetti si presenta come politica, per la molteplicità di implicazioni che in concreto possono essere valutati al fine di dare un contenuto all'interesse pubblico tipizzato dalla disposizione costituzionale, il quale rappresenta, sotto un profilo giuridico, il solo criterio informatore della scelta stessa.

²⁹ Cfr MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo, Parte generale*, tomo I, a cura di Cassese, Milano, 2003, pag. 700

³⁰ Cfr CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, II, Padova, 1974, pag. 129.

³¹ Cfr MATTARELLA, *L'attività*, cit., pag. 706, il quale afferma che "in queste norme, quindi, le funzioni amministrative trovano la loro base, o la loro giustificazione. Questa circostanza è alla base del principio della regola di diritto e fa sì che i parametri, rispetto ai quali viene svolto il controllo sull'attività amministrativa, siano sempre norme giuridiche. E' dunque in base alle norme che vanno individuate le funzioni amministrative e i loro elementi: la materia, le attribuzioni, i fini e i destinatari".

amministrativa con forza di legge: la realizzazione effettiva delle finalità e degli interessi fissati dalla disposizione costituzionale. Si è dinanzi ad una attività amministrativa, per usare espressioni del passato³², “teleologicamente ordinata”, “continua”, “organizzante”, e “doverosa”, avendo una precisa peculiarità “nel suo aderire ai fatti come si presentano nel caso concreto e nell’attribuire ad essi il valore giuridico che è implicito nel sistema di interessi”³³ fissato, nel nostro caso, direttamente dal testo costituzionale³⁴.

Il complesso intreccio tra la doverosità dell’attività e lo spazio di valutazione politica, necessariamente presente, evidenzia un elemento cruciale dell’amministrazione con forza di legge.

A questo punto, sviluppando l’argomentazione fin qui prodotta, è possibile ricostruire la nozione di provvedere, elemento che contraddistingue l’operato governativo in sede di decretazione d’urgenza. Prima di addentrarci nel suo contenuto, è utile evidenziare un aspetto relazionale; il provvedere, che già nel paragrafo precedente si è evidenziato come dovere di provvedere, è legato al pubblico interesse, e, più precisamente, il dovere è connesso al potere per curare e garantire un pubblico interesse. E’ presente dunque un nesso stabile col potere a causa del pubblico interesse in modo che sia quest’ultimo a connettere potere e dovere; il provvedere figura così come oggetto di dovere giuridico, come espressione della cura dell’interesse pubblico. Il dovere di provvedere prende a figurare accanto al potere del governo ex art. 77 Cost. e di questo costituisce il vincolo e il limite. La coesistenza di dovere e potere conduce a importanti determinazioni: infatti, curare e soddisfare il pubblico interesse da un lato è oggetto del dovere di provvedere dell’Esecutivo e dall’altro è oggetto di attribuzione del potere governativo di produrre atti con forza di legge.

³² Cfr NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1587.

³³ MARONGIU, *Funzione amministrativa*, cit., pag. 318.

³⁴ Va sottolineato come un interesse primario in concreto non esiste mai da solo ma si pone in relazione con altri interessi pubblici e privati che o ne impediscono, o ne diminuiscono, o ne condizionano la realizzazione. Risulta implicito che tali interessi secondari, caratterizzati dal fatto che si prospettano nel concreto delle singole situazioni, non possano considerarsi ricompresi nella previsione normativa che si limita ad individuare l’interesse primario.

Ora, al fine di studiare il contenuto del provvedere occorre rifarsi al nesso esistente tra questo, meglio precisato come dovere, e il dovere di agire per il pubblico interesse, considerazioni già note in varie dottrine amministrativistiche³⁵. E' acquisito il fatto che, per sua stessa natura, la funzione pubblica conferisce, a chi ne è investito, attribuzioni il cui esercizio non è facoltativo, ma obbligatorio, e questo proprio perché la funzione è organizzata per curare un fine di interesse pubblico³⁶. Questa continua tensione verso il pubblico interesse, questo vincolo permanente, investe l'attività propria del Governo, organo apicale dell'amministrazione, e genera una conseguenza rilevante sulla sua funzione amministrativa come qui ricostruita: l'obbligo di esercitarla ogni qualvolta l'interesse ex art. 77 Cost. lo richieda. Sono quindi posti insieme il pubblico interesse e l'obbligo di esercitare la funzione, dove il primo costituisce per l'Esecutivo un dovere di agire e se ne precisano così le caratteristiche del dovere di provvedere: è infatti dovere del Governo, è dovere giuridico, è dovere generale e permanente, avente ad oggetto l'esercizio della funzione. Grazie a questa impostazione si può considerare che il dovere di provvedere attiene direttamente alla necessità di porre in essere l'attività amministrativa e in tal senso è ritenuto dovere generale. Al fine della presente trattazione, la scelta tra provvedere e non provvedere mediante decretazione d'urgenza non è affatto neutra, ma è un fatto rilevante per il diritto, in quanto alla base della scelta tra agire e non agire è presente l'esecuzione di un dovere giuridico che ha valore non di "eccezione" ma di "regola" per l'attività amministrativa. E' importante, oltre a riconoscere la connessione del dovere al potere, anche

³⁵ Cfr TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915; cfr LEVI, *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa, Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, II, pag. 81; cfr MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; per una migliore esposizione delle principali posizioni dottrinali cfr CIOFFI, *Dovere di provvedere*, cit., pag. 36.

³⁶ Cfr TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 456, dove si afferma che l'obbligo giuridico si rappresenta come "qualcosa di immanente e perpetuo, come il prodotto di multiformi energie ininterrottamente svolgentisi e rinnovantesi in correlazione con gli scopi molteplici che costituiscono la ragion d'essere degli enti pubblici."

rilevare la sequenza, ovvero il fatto che prima si parte dal dovere di provvedere per arrivare alla cura dell'interesse pubblico e quindi all'esercizio del potere di decretazione d'urgenza.

Il Governo nel momento stesso in cui si trova dinanzi alla determinazione di agire o non agire in casi di straordinaria emergenza compie una scelta amministrativa, ma la presenza del pubblico interesse la subordina ad un limite positivo, figurato come dovere giuridico, è, pertanto, esecuzione di un dovere e possiede carattere prettamente giuridico. Inoltre investe l'attività amministrativa governativa e ne diviene il contenuto proprio perché questo contenuto dell'attività amministrativa con forza di legge coincide con l'interesse pubblico e l'interesse pubblico, come sostiene autorevole dottrina³⁷, è "presupposto del diritto" in modo che il contenuto dell'attività amministrativa è, per intero, presupposto del diritto oggettivo. In questo senso, la statuizione ex art. 77 Cost., come espressione del dovere di agire per il pubblico interesse ivi esplicitato, è norma che imprime giuridicità all'intera attività amministrativa con forza di legge che ne discende e costituisce oggetto di un dovere giuridico.

Il dovere di soddisfare il pubblico interesse è dovere giuridico e ha valore generale, nel senso che trova espressione tutte le volte che sussistono i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, convive e coesiste col potere normativo dell'Esecutivo, nell'ottica del "potere-dovere".

A questo punto, per completare l'argomentazione, va considerato che da un lato sussiste un punto fermo rappresentato dal fatto che il dovere di provvedere, nel nostro caso, è prefissato in apposita norma costituzionale, dall'altro, invece, si ha una scoperta consistente nella situazione che si manifesta un interesse ad una determinata tipologia di provvedimento con forza di legge. Risulta pertanto evidente che la composizione della questione del dovere di provvedere posta dall'art. 77 Cost. deriva dalla combinazione di questo punto fermo e di questa scoperta; dipende, quindi, dalla situazione

³⁷ Cfr MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, pag. 98.

giuridica del governo-amministrazione e dall'interesse a quel dato provvedimento, dal loro incontro nel sistema costituzionale delle fonti del diritto. Per tentare di comporre questa articolazione bisogna distinguere tra il dovere di provvedere come situazione giuridica ed il dovere di provvedere come effetto giuridico. Infatti, il dovere di provvedere, prima di tutto, si presenta come espressione della posizione giuridica dell'amministrazione e poi come effetto giuridico, nel senso che la situazione giuridica dell'amministrazione già determina un vincolo giuridico che va a connettersi con la contingente circostanza che richiede il provvedimento. In questo modo, si determina il dovere di provvedere in concreto quale effetto giuridico, come vincolo che impone al governo-amministrazione di predisporre un intervento necessario. Viene pertanto di nuovo risaltato il dovere di provvedere come conseguenza della funzionalità dell'amministrazione agli interessi prescelti, nel nostro caso, dalla disposizione costituzionale. Si accentua così il concetto che questo dovere di provvedere rispecchi la data posizione qui esposta dell'amministrazione e perciò si delinea uno specifico dovere del governo-amministrazione conseguenza del fatto che l'ordinamento gli conferisce la legittimazione ad agire e la competenza a provvedere, quasi una "competenza-dovere"³⁸. Il Governo è dunque competente ad intervenire in situazioni di grave emergenza con lo strumento principe del decreto-legge e questa competenza è assegnata direttamente dalla Costituzione che ritiene che solo l'Esecutivo sia adeguato, adatto, capace a fronteggiare situazioni che nascono nella realtà concreta, si manifestano improvvisamente e in quanto tali necessitano di un intervento agile, diretto ma nello stesso tempo organizzato, tutte caratteristiche che sono proprie dell'azione amministrativa.

Ora l'attenzione si pone su quella che in precedenza era stata definita come una "scoperta" e si concretizza nell'interesse al provvedimento con forza di

³⁸ Per una analisi più generale del tema si veda CROSETTI, *Incompetenza, Dig. Disc. Pubbl.*, VII, pag. 204, LASCHENA, *Competenza amministrativa, Enc. Giur.*, VII, *ad vocem*, PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, pag. 106.

legge che proviene dalla situazione di straordinaria necessità ed urgenza. L'interesse che da qui nasce poi può definirsi meglio come la messa in pericolo di un bene della vita di natura sostanziale, che può manifestarsi nella lesione di un diritto o nel timore che ciò possa accadere con conseguenze altamente negative per gli individui intesi sia singolarmente sia come insieme, come categoria determinata o determinabile di soggetti che si trova in situazioni specifiche e particolari a subire un pregiudizio. Il bene sostanziale, inteso in tali termini, costituisce il fatto di legittimazione dell'interesse al provvedimento; il provvedimento sarà legittimo costituzionalmente sia se risulterà espressione del dovere di provvedere sia se trova la sua giustificazione in questo interesse. La pluralità di situazioni e di interessi che si connettono al dovere di provvedere conferma che questo ha rilevanza giuridica generale e soprattutto evidenzia che il dovere concreto dell'amministrazione non finisce per coincidere con una specifica pretesa sostanziale dei soggetti coinvolti nella straordinaria emergenza ma rivela che ciò che il governo-amministrazione deve prestare non è ciò che questi vogliono ma solo ciò che l'amministrazione deve valutare. In questo modo si definisce il dovere di provvedere in senso formale e il dovere di provvedere in senso sostanziale, dove il primo ha carattere generale, nel senso qui evidenziato, e concorre a designare la posizione dell'amministrazione nell'ordinamento, mentre il secondo esprime la necessità giuridica dell'amministrazione di valutare la situazione giuridica sorta dall'improvviso sopraggiungere di una grave fatto emergenziale. Questa necessità giuridica corrisponde alla data e precisa posizione e capacità di provvedere del governo-amministrazione, così come voluta ex art. 77 Cost., e concorre al modo di adozione e di produzione di efficacia giuridica del provvedimento con forza di legge. In questo aspetto meglio si nota la specifica posizione e competenza al provvedimento, alla valutabilità della sua adozione come risposta, in via sostanziale, all'interesse dei soggetti colpiti dallo stato di straordinaria emergenza, traduzione pratica e concreta del dovere di risoluzione della situazione critica prescritto dalla disposizione costituzionale.

4- QUESTIONI, ATTI, ATTIVITA' DI ALTA AMMINISTRAZIONE E DECRETAZIONE D'URGENZA

A questo punto dell'indagine si pone la necessità di indagare il tema dell'alta amministrazione in relazione all'istituto della decretazione d'urgenza, al fine di argomentare che il decreto-legge rappresenta una articolazione specifica all'interno della nozione di alta amministrazione, la quale già di per sé ha avuto una certa difficoltà ad imporsi con attenzione, nonostante i contributi dottrinali³⁹ e giurisprudenziali⁴⁰.

L'intento, dunque, non è quello di ricostruire e indagare nel dettaglio l'ampio istituto dell'alta amministrazione ma di individuare in esso un aspetto particolare che, nella logica di questo studio, è costituito dalla decretazione d'urgenza. Tuttavia, è necessario esporre brevemente le principali posizioni emerse sul tema dell'alta amministrazione complessivamente inteso, per poi disarticolare e ricomporre una distinzione all'interno della nozione di alta amministrazione al fine di verificare la possibilità di elaborare un aspetto

³⁹ Cfr GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pag. 117, dove si afferma che "l'attività di alta amministrazione sia l'attività amministrativa strettamente collegata a quella costituzionale e che attua immediatamente l'indirizzo politico, tanto per lo Stato che per gli enti pubblici minori; cfr BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, pag. 96, secondo il quale l'attività di alta amministrazione consiste nella "trasfusione dell'indirizzo generale politico in più concrete direttive amministrative", con la conseguenza che "l'attività di alta amministrazione tende a sfuggire ai sistemi di garanzie, controlli e responsabilità, proprie dell'attività amministrativa in senso stretto, per rifluire nel sistema delle garanzie e responsabilità politiche"; cfr SANDULLI, *Governo e amministrazione*, ora in *Scritti giuridici, I. Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, pag. 261, per il quale "la sola affermazione di un qualche rilievo che è dato cogliere nella letteratura è che l'alta amministrazione inerebbe alla funzione amministrativa e segnerebbe il punto di raccordo fra politica e amministrazione".

⁴⁰ Cfr Cons. di Stato, Ad plen., 6 dicembre 1968 n. 30, in *Foro amm.*, 1968, I, 2, pag. 1629, dove vi è stata la qualificazione di atto di alta amministrazione riguardante l'annullamento governativo posto in essere ai sensi dell'art. 6 R.D. 3 marzo 1934, n. 383, T.U. della legge comunale e provinciale, specificando che il concetto di alta amministrazione "comprende le questioni che superano la sfera di azione di ogni singolo ministro e toccano tutta l'amministrazione dello Stato o addirittura lo stesso indirizzo e programma politico del Governo".

diverso, che sia però lo sviluppo giuridico delle considerazioni poste e rilevante ai fini della presente ricerca. Infatti non è ragionevole pensare che siano destinate all'oblio le riflessioni di quella parte autorevole della dottrina⁴¹ che si è sforzata di interrogarsi nel tentativo di attribuire un significato ed una collocazione sistematica all'alta amministrazione; sicuramente la legge 400 del 1988 ha segnato un passo importante nella decisione di non menzionare più l'alta amministrazione, creando un vuoto che a questo punto solo la riflessione dottrina può essere in grado, almeno in parte, di riempire, nonostante il fatto che dalla fine degli anni settanta del Novecento il concetto di alta amministrazione non è più stato oggetto di indagine autonoma. Si constata pertanto una certa povertà di elementi iniziali dinanzi alla quale, per lo studioso che non voglia già in partenza accodarsi all'opinione secondo cui una categoria di atti di alta amministrazione tecnicamente non è mai esistita, è necessario ampliare l'argomentazione, esaminando una serie di problematiche distinte da quelle tradizionali e comunque legate con esse al fine di comprendere come la decretazione d'urgenza sia un aspetto della nozione di alta amministrazione.

Si propongono, pertanto, alcuni elementi ritenuti funzionali ad un'indagine sull'istituto del decreto-legge; il primo concerne la multiformità dell'alta amministrazione, in quanto essa si estrinseca attraverso una variegata tipologia di atti, normativi, generali, puntuali, sostanzialmente irriducibili ad un modello unitario⁴², priva di soluzioni dogmatiche certe e condivise. Storicamente il riferimento normativo che va necessariamente ripreso è il R.D. 21 dicembre 1850 n. 1122, contenente norme sulle attribuzioni del Consiglio dei ministri, testo di notevole significato storico-giuridico, capace di fotografare il passaggio verso una forma di governo tendenzialmente parlamentare, il cui rilievo sostanziale "non è quello di demandare al collegio

⁴¹ Cfr GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit.; SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit.; CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

⁴² Cfr GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, pag. XV.

ministeriale un certo numero di materie che trascendono la competenza dei singoli ministri, bensì quello, assai più profondo, di trasferire al Consiglio una gamma di attribuzioni in precedenza ritenute di esclusiva spettanza del sovrano”⁴³.

In questo contesto per la prima volta ha collocazione la locuzione “alta amministrazione”, infatti l’art. 11 n. 1 del R.D. n. 1122 del 1850 statuisce che debbono essere oggetto di deliberazione del Consiglio dei ministri le questioni riguardanti l’ordine pubblico e l’alta amministrazione, nulla stabilendo però in relazione alla veste formale che deve essere assunta dai relativi provvedimenti, sia perché la disposizione citata non riserva al Consiglio dei ministri il compito di emanare gli atti di alta amministrazione sia perché le questioni esaminate dal Consiglio stesso appaiono troppo eterogenee per l’identificazione di una gamma di effetti comuni per le dovute deliberazioni. Tuttavia, tale riferimento normativo riveste, dal punto di vista interpretativo, un punto fermo funzionale alla tematica di questa ricerca: il termine “alta amministrazione” è utilizzato con un significato che prescinde dalla struttura del potere⁴⁴ e ha, invece, un carattere contenutistico, confermato dal fatto che tutte le altre questioni che tale normativa riserva al Consiglio dei ministri sono descritte sotto l’aspetto del loro contenuto⁴⁵. Questo induce a ritenere che il R.D. 1122 del 1850 considera l’alta amministrazione a prescindere dalla natura della funzione⁴⁶, l’accento è posto sul contenuto, e quindi sarà il contenuto a determinare la tipologia e l’effetto di un atto di alta amministrazione. Questo elemento, da acquisire fin da ora, sarà utile nei paragrafi successivi e nel contesto generale del presente studio.

Successivamente all’emanazione della legge n. 400 del 1988, probabilmente a causa della scomparsa del riferimento normativo esplicito all’alta

⁴³ CUGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, cit., pag. 115.

⁴⁴ Cfr CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pag. 437.

⁴⁵ Cfr CUGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, cit., pag. 117, dove si sostiene che la posizione esposta si coerenza con la teoria formale-sostanziale, “la quale distingue le funzioni dello Stato sulla base del contenuto dei rispettivi provvedimenti e che ammette tuttavia che atti di contenuto amministrativo possano venire posti in essere persino con la veste della legge”.

⁴⁶ Cfr BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, pag. 95.

amministrazione, la dottrina non è stata in grado di svolgere un adeguato approfondimento del tema⁴⁷.

Per ovviare a questa mancanza si ritiene importante che alla delineazione di uno specifico e particolare concetto di alta amministrazione in relazione al decreto-legge vada affiancata la natura dei relativi atti in relazione al livello strutturale del potere giuridico del quale i medesimi costituiscono esplicazione, in quanto una cosa è la deliberazione del Consiglio dei ministri riguardante le questioni di alta amministrazione, altra cosa è la conformazione degli atti mediante i quali dette questioni vengono in concreto affrontate e risolte. Questi due momenti, tuttavia, risultano fra loro strettamente connessi, per cui una volta che si sia raggiunta una delineazione del primo si sarà posto un punto importante nella definizione del secondo, oltre che, più in generale, nell'esposizione di quella che, con una espressione che li racchiude entrambi, sarà definita come attività di alta amministrazione. Per evitare di perdersi in un concetto così esteso, l'economia della ricerca impone di specificare meglio il concetto di questioni di alta amministrazione, una volta posto che esse si segnalano per il loro particolare contenuto piuttosto che per le caratteristiche dei provvedimenti che ne scaturiscono. In tal senso la decretazione d'urgenza pone questioni di alta amministrazione in quanto indica situazioni che, sorte in contesti eccezionali, hanno ad oggetto un interesse determinato e che richiedono, per la cura di questo, l'emanazione di un atto di contenuto concreto; con questa definizione si vuole poi sottolineare l'esistenza di due circostanze: la prima sottolinea la natura amministrativa della questione, che non deriva dalla veste formale del relativo atto, bensì dall'oggetto della deliberazione che precede la venuta in essere del provvedimento, la seconda, invece, consiste nel fatto che questa stessa natura amministrativa della

⁴⁷ Cfr TUBERTINI, voce *Atti politici e di alta amministrazione*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, pag. 516; DELLA CANANEA, *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1998, pag. 45; GARRONE, voce *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, I, pag. 538. L'espressione "alta amministrazione" è comunque molto spesso evocata ma non spiegata, quasi che il senso di essa possa essere inteso autonomamente, per effetto del solo aggettivo "alta", da parte del lettore stesso.

questione non pone alcun vincolo sull'aspetto formale del conseguente atto da adottare, potendo questo assumere il carattere del provvedimento con forza di legge. In un simile contesto si pone il tema del rilievo politico delle questioni affrontate, se esse siano *in toto* cariche di politicità ed in qualche modo espressione di indirizzo politico, a causa del modo in cui le vicende si svolgono sul piano effettuale, derivandone che la dottrina⁴⁸ ritiene politiche quelle questioni considerate di rilevanza tale da investire l'intera collettività, anche se il relativo provvedimento è finalizzato a dispiegare i suoi effetti soltanto entro un ambito limitato e circoscritto. Sussiste pertanto sul piano effettuale una distinzione fra l'importanza sostanziale della questione e il connotato formale del relativo atto al fine di ottenere una corrispondenza tra il soggetto cui spetta di deliberare sopra tale questione e quello cui compete il potere giuridico di porre in essere il provvedimento. In questa prospettiva va inquadrato il convincimento secondo cui l'autorità alla quale spetta di pronunciarsi sopra la questione politica debba essere l'organo collegiale ritenuto istituzionalmente esaustivo di tutti i settori dell'azione pubblica⁴⁹.

Per verificare la fondatezza di tale convincimento occorre analizzare il tema dell'indirizzo politico e di quello amministrativo e la loro problematicità in relazione alla decretazione d'urgenza.

In via generale, secondo il pensiero⁵⁰ più autorevole, l'indirizzo politico è considerato quale funzione o attività⁵¹ centrale dell'ordinamento, volta a

⁴⁸ Cfr CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pag. 30; BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Ius*, 1959, pag. 159; BUCCISANO, *Premesse per uno studio sul presidente del Consiglio dei ministri*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1972, pag. 31.

⁴⁹ E' evidente che l'impostazione secondo la quale il Consiglio dei ministri esaurisce tutti gli interessi pubblici riposa sul presupposto teorico che sia possibile individuare una gamma di interessi pubblici diversi e contrapposti rispetto agli interessi privati. Sull'illusorietà di tale presupposto cfr AMATO, *Le L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. del dir.*, 1970, pag. 448.

⁵⁰ Cfr MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931; CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939; nella dottrina successiva cfr AINIS, RUGGERI, SILVESTRI, VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano 1998; DOGLIANI, voce *Indirizzo politico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, pag. 244; MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, pag. 134.

determinare i fini complessivi e ultimi dell'azione statale; a monte della nozione di indirizzo politico si colloca quella di attività di governo con la quale la prima è, talora, identificata o rispetto alla quale è considerata momento preminente. In questo contesto l'attività di governo è ricondotta nell'ambito della funzione esecutiva accanto all'attività amministrativa, quest'ultima però vincolata all'osservanza e all'attuazione delle direttive impartite mediante atti di governo⁵². Ne consegue che l'attività di governo rappresenta l'espressione più rilevante del potere esecutivo, in grado di imprimere impulso e direzione suprema a tutta l'azione dello Stato; l'attività amministrativa invece viene intesa come complemento della prima, quale azione concreta di cura degli interessi dello Stato medesimo, finalizzata a dare ordine ed esecuzione alle leggi e agli atti del Governo⁵³. Nell'ampia categoria dell'attività di governo viene teorizzata l'esistenza dell'indirizzo politico⁵⁴, in

⁵¹ La contrapposizione fra il concetto di indirizzo politico come funzione e quello di indirizzo politico come attività fu alimentata dalle tesi di Mortati e Crisafulli; in particolare Mortati sviluppò la teoria dell'indirizzo politico come funzione di governo ulteriore rispetto alle tre tradizionali funzioni dello Stato, Crisafulli, invece, fu contrario alla ricostruzione dell'indirizzo politico in termini di funzione, poiché riteneva che la funzione fosse indubbiamente espressione del principio di divisione dell'attività statale, mentre l'indirizzo politico fosse, all'opposto, diretta espressione del principio di unità. In relazione alla contrapposizione tra questi due autori, si ricorda lo studio di Dogliani per il quale la ricostruzione dell'indirizzo politico all'interno del concetto di funzione risponde all'intento di affermarne l'omogeneità rispetto alle tre classiche funzioni dello Stato, ribadendo che la sua natura di funzione non solo trova nella Costituzione la sua disciplina ma che esiste solo attraverso attività giuridicamente regolate di organi costituzionali. Per contro il rifiuto di qualificare l'indirizzo politico come funzione sottolinea "la differenza qualitativa tra l'attività giuridica in cui consiste l'esercizio delle tre funzioni statali tradizionali e quella politica, solo giuridicamente regolata, e in questo senso definibile anch'essa come giuridica, ma non produttiva di diritto, che si esprime nell'indirizzo politico".

⁵² Cfr GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 69.

⁵³ Cfr RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, vol. I, pag. 323; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, pag. 5, dove si ribadisce che l'amministrazione rientra nella funzione esecutiva, senza esaurirla, poiché quest'ultima comprende anche la c.d. attività politica o di governo: "Amministrare...significa un'attività di grado inferiore a quella di governo. Dio governa il mondo, ma non amministra; governa, ma non amministra il Re nella sua qualità sovrana di Capo dello Stato; amministrano invece i funzionari da lui dipendenti".

⁵⁴ Cfr CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pag. 28, dove l'autore riconosce alla dottrina della quarta funzione, alla quale egli non aderisce, il "grande" merito di aver fatto emergere il concetto di indirizzo politico quale attività di predeterminazione dei fini generali ai quali deve tendere di volta in volta l'azione statale. Infatti, la correzione da

quanto “il presupposto logico di un’attività di direzione e coordinamento dell’azione dello Stato nella sua unità risiede nell’esistenza di un momento di determinazione dei fini generali, ultimi ed anche contingenti dello Stato”⁵⁵. L’indirizzo politico risulta pertanto essere “il nucleo essenziale ed originario, il momento primo e logicamente anteriore ad ogni altro”⁵⁶; esso, unitamente all’attività di governo, si pone come elemento imprescindibile ed ineliminabile per la sussistenza di ogni forma di governo ed è concetto svincolato dalla contingente realtà istituzionale. Infatti, la molteplicità di fattori che compongono la complessa organizzazione statale necessita, per poter funzionare armonicamente, di una preliminare predisposizione dei fini generali cui ciascuno di essi deve tendere quale coordinamento complessivo al perseguimento dei fini stessi. In quanto tale, l’indirizzo politico è elemento unificante ed antecedente ad ogni azione, ha nella ordinarietà delle situazioni il suo contesto specifico di azione, e, perciò, non è automaticamente operativo in circostanze straordinarie, come si vedrà meglio in seguito. Ciò che ora maggiormente conta rilevare è la sua libertà nel fine intesa quale possibilità di posizione di scopi che meglio rende il valore creativo dell’indirizzo politico; l’essenzialità dell’indirizzo politico infatti risiede nell’essere, o nel poter essere, e soprattutto, nel voler essere, attività di posizione e di invenzione di fini⁵⁷.

Riprese le caratteristiche della nozione di indirizzo politico ora si pone il tema della definizione dei suoi rapporti con l’altrettanto complessa nozione di indirizzo amministrativo⁵⁸. Lo studio del concetto di indirizzo amministrativo

essa apportata alla teoria della tripartizione dei poteri non è puramente formale o nominale, poiché l’attività di governo, stabilendo le direttive di fondo dell’azione statale, non è solo attività di impulso e coordinamento, ma anzitutto di indirizzo e come tale prevalente e precedente rispetto alle altre.

⁵⁵ GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 71

⁵⁶ CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, cit., pag. 5.

⁵⁷ Cfr NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1587.

⁵⁸ Cfr GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 81, dove si afferma che “nell’ordinamento repubblicano l’interesse speculativo per il concetto di indirizzo politico e per quello di indirizzo amministrativo è

deve avere origine dal testo costituzionale e subito va rilevata la problematicità del rapporto con l'indirizzo politico, evidenziando due orientamenti principali. Da un lato, secondo una impostazione "monistica", l'indirizzo amministrativo è ricondotto all'indirizzo politico, non essendovi riscontrabile una differenza strutturale, poiché la sfera della politica caratterizza l'azione di indirizzo in ogni suo aspetto, tanto quello politico che quello amministrativo⁵⁹; dall'altro, secondo una visione "dualistica", l'indirizzo amministrativo è ricostruito come subordinato ed immediatamente attuativo di quello politico e caratterizzato dal fatto di svilupparsi mediante l'esercizio di potere discrezionale, non auto creativo dei propri fini ma vincolato a quelli posti in sede politica, e, nel nostro caso, a quelli posti dalla Costituzione e dalle leggi⁶⁰. Da queste distinte impostazioni derivano due conseguenze precise: per la prima, non vi è attribuzione di autonoma rilevanza concettuale all'indirizzo amministrativo, e, quindi, si nega che l'alta amministrazione possa essere intesa come attività di indirizzo⁶¹. Infatti se non si ritiene esistere altra funzione al di fuori dell'indirizzo politico è evidente che l'alta amministrazione non può che essere intesa come espressione di una

ravvivato dal tenore dell'art. 95 Cost., il cui 1° comma assegna al Presidente del Consiglio, in sostanziale linea di continuità con la legislazione di stampo ottocentesco, il compito di mantenere "l'unità di indirizzo politico ed amministrativo" del Governo".

⁵⁹ Cfr NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, cit., il quale, escludendo che l'alta amministrazione sia attività di indirizzo, riconduce ogni tipologia di indirizzo promanante dagli organi politici all'indirizzo politico o politico-amministrativo; cfr ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, 1965, pag. 32, secondo il quale "l'indirizzo amministrativo non è alcunché di diverso dall'indirizzo politico, ma è espressione rivolta a qualificare tale tipo di indirizzo in quanto si rivolga ad informare, ispirare e dirigere l'attività dei funzionari".

⁶⁰ Cfr CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., pag. 97; cfr CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, pag. 160; cfr CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pag. 41; cfr GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pag. 70.

⁶¹ Cfr NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, cit., dove è interessante rilevare che "l'alta amministrazione è attività di indirizzo, come spesso si dice? Lo è e non lo è. Certo, ci sono direttive amministrative alle quali si può applicare questa etichetta ma almeno nel suo nucleo centrale l'attività di alta amministrazione non impartisce indirizzi, ma li rivela in quanto li attua. Essa è precipuamente attuazione di indirizzi politico-amministrativi, attività di inveroimento di un disegno politico che sta a monte di essa".

funzione attuativa, applicativa di indirizzi politici⁶². In questo modo, però, diventa difficile differenziare il decreto-legge come momento di alta amministrazione dalla restante attività amministrativa discrezionale. L'aspetto pratico più significativo di questa posizione consiste nell'ampliamento del novero degli atti politici; infatti, le manifestazioni di attività di indirizzo politico-amministrativo, non costituendo atti di alta amministrazione ed appartenendo alla sfera dell'attività politica, non possono che venire etichettate come politiche⁶³.

La seconda conseguenza, prima accennata, si caratterizza per una distinzione fra indirizzo politico e indirizzo amministrativo all'interno della più ampia contrapposizione fra attività politica, libera nel fine, e attività discrezionale, vincolata nel fine. In questo senso, si vuole collegare l'alta amministrazione del decreto-legge alla funzione di indirizzo amministrativo⁶⁴, e tale impostazione si rafforza laddove si consideri la decretazione d'urgenza come l'emanazione di atti aventi forza di legge a carattere puntuale e concreto. L'orientamento che attribuisce autonoma rilevanza concettuale alla funzione di indirizzo amministrativo appare condivisibile, sia perché risulta maggiormente ancorato al significato letterale dei riferimenti normativi alla funzione di indirizzo amministrativo, come l'art. 95, comma 1, Cost. e l'art. 2, legge 400 del 1988, sia perché valorizza il ruolo di detta funzione fra la formulazione dell'indirizzo politico e la sua attuazione attraverso l'attività

⁶² Cfr GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 84.

⁶³ Cfr GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 85, dove si sostiene, in relazione alla posizione espressa, che "così intesa, però, tale teoria è destinata a scontrarsi con la propensione, da parte della giurisprudenza, a ridurre viepiù il novero di atti politici del Governo, in quanto tali non sindacabili".

⁶⁴ Il legame esistente tra la funzione di indirizzo amministrativo e l'attività di alta amministrazione è variamente percepito dalla dottrina che accoglie la tesi dualista. Per alcuni autori le nozioni di indirizzo amministrativo e di alta amministrazione si identificano l'una nell'altra. In tal senso cfr CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., pag. 160; cfr BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, pag. 68. Per altri, invece, l'attività di alta amministrazione è una delle espressioni dell'indirizzo amministrativo, ma non lo esaurisce. In tal senso cfr CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., pag. 105; cfr GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1959, pag. 990.

amministrativa. Occorre, ora, evidenziare bene le distinzioni tra la funzione di indirizzo amministrativo e quella di indirizzo politico.

La funzione di indirizzo amministrativo appartiene al livello del potere discrezionale; essa, quindi, non è autocreata dei propri fini, presenta il connotato della non autosufficienza. Tuttavia, si può affermare che la funzione di indirizzo amministrativo, pur essendo collocata al livello del potere vincolato nel fine, non necessariamente trova espressione soltanto in atti amministrativi, potendo consistere anche in atti con forza di legge, e, con particolare riguardo a questo aspetto, essa ha un più limitato spettro di autorità titolari, spettando solo all'organo apicale dell'amministrazione statale. Tale organo deve essere politicamente legittimato e responsabile, poiché la titolarità della funzione di indirizzo amministrativo è legata, ex art. 95 Cost., all'assunzione di responsabilità politica⁶⁵, e, ai fini della presente ricerca, nell'ottica di un'alta amministrazione espressione di indirizzo amministrativo e con forza di legge, la titolarità spetta unicamente al Consiglio dei Ministri.

Un limite a questa ricostruzione risiede nella multiformità degli atti che sono espressione di indirizzo amministrativo, avendo qui incluso anche la decretazione d'urgenza, e ciò provoca una difficile individuazione di tratti omogenei di disciplina attorno ai quali aggregare il concetto di indirizzo amministrativo. Anche sul significato di funzione possono sorgere difficoltà, ma, richiamando quanto già detto sull'argomento, se per funzione si intende un'attività ordinata ad un fine di interesse pubblico secondo un criterio teleologico, appare che atti, formalmente e sostanzialmente eterogenei, vadano considerati espressione di una stessa funzione se ordinati al perseguimento di un interesse pubblico fondamentale. Infatti, se la connotazione principale del potere politico è la libertà nel fine, nel rispetto di un quadro costituzionalmente rilevante di valori, si dovrà ravvisare un atto di indirizzo politico tutte le volte che la funzione pubblica esplicita sia caratterizzata dalla libertà nel fine; al contrario, se la caratteristica più

⁶⁵ Cfr CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., pag. 271.

rilevante del potere amministrativo è la vincolatezza nel fine, si potrà ritenere il carattere della non autosufficienza della funzione di indirizzo amministrativo, in quanto funzione eterolimitata e distinta dall'indirizzo politico.

Poste queste indicazioni, che saranno utili nel prosieguo dell'indagine, occorre ben delineare alcuni punti fermi: il primo consiste nel convincimento che l'alta amministrazione del decreto-legge sia espressione di un concetto idoneo a qualificare una particolare categoria di provvedimenti legata all'esistenza di questioni di contenuto amministrativo ritenute talmente rilevanti da richiedere per la loro soluzione l'intervento di una deliberazione del Consiglio dei Ministri mediante il ricorso ad un atto avente forza di legge; il secondo indica il legame tra la questione di alta amministrazione del decreto-legge e il valore dell'interesse generale, rafforzato dal ruolo del Consiglio dei Ministri stesso, in quanto organo considerato esponentiale dell'intera gamma degli interessi pubblici. In tal senso è bene soffermarsi sul tema della derivazione funzionale di atti di decretazione d'urgenza attraverso i quali si statuisce sopra questioni di alta amministrazione particolarmente rilevanti, proprio perché scaturite da straordinarie situazioni di necessità ed urgenza. E' utile ricordare, pertanto, che il sistema della teoria formale-sostanziale non è per principio contrario alla possibilità che questioni di contenuto amministrativo siano risolte mediante l'adozione di atti con forza di legge; il tema, però, non è quello di acclarare una possibilità teorica, quanto di verificare sul piano effettuale se le questioni rientranti nell'ambito dell'alta amministrazione siano concretamente risolte grazie a provvedimenti che stanno sullo stesso piano gerarchico della legge formale.

5-LA DECRETAZIONE D'URGENZA COME UN NUOVO E PARTICOLARE ASPETTO DELLA NOZIONE DI ALTA AMMINISTRAZIONE

Nel tentativo di tirare le fila delle argomentazioni esposte vanno ora riassunte e riordinate le considerazioni proposte in modo che risulti sufficientemente chiarito verso quale aspetto della nozione di alta amministrazione la presente ricerca intende muoversi. Elemento rilevante consiste nel collegamento posto tra la questione di alta amministrazione data dai presupposti dell'art. 77 Cost. e il riferimento all'interesse pubblico, quest'ultimo reso operativo nel contesto istituzionale del Consiglio dei ministri.

Da tutto questo, è possibile sostenere che il concetto di “atto di alta amministrazione avente forza di legge” corrisponde ad una categoria specifica di atti e, quindi, ciò che rileva concerne sia il profilo dell'atto sia quello della questione e, più in generale, dell'intera attività che si realizza grazie alla deliberazione consiliare e al provvedimento che rende questa produttiva di effetti. Nella prospettiva indicata sussiste una gamma di questioni di natura amministrativa risolvibili mediante l'adozione di atti del potere esecutivo, ma che, per la presenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili, sono suscettibili di assumere una importanza tale che risulta irrinunciabile il ricorso a provvedimenti con forza di legge. In questi frangenti, questo aspetto dell'alta amministrazione esprime al massimo grado il potere discrezionale della pubblica amministrazione, chiamata ad intervenire al suo massimo livello, ossia mediante l'azione del Governo, momento imprescindibile di indirizzo dell'attività amministrativa puntuale al fine di garantire le finalità di interesse pubblico espresse, nel caso della decretazione d'urgenza, dall'art. 77 della Costituzione. L'alta amministrazione del decreto-legge è, dunque, espressione di una funzione di indirizzo amministrativo che costituisce “il gradino più elevato dell'azione posta in essere dai pubblici poteri per il conseguimento delle finalità già predeterminate mediante atti liberi nel

fine”⁶⁶. In questo senso, se lo strumento del decreto-legge presenta caratteristiche, operative e strutturali, idonee a costituire una particolare realizzazione di attività di alta amministrazione, l’indirizzo politico non potrà ordinariamente servirsi di questo strumento per attuare se stesso, ma, soltanto al sorgere della circostanza straordinaria, e in via residuale, potrà operare per porre le soluzioni che ritiene più opportune nel fronteggiare l’imprevedibile. In sede di decretazione d’urgenza, quindi, il rapporto tra indirizzo politico ed amministrativo si articola e si specifica maggiormente, con una delimitazione più netta dei rispettivi ruoli ed ambiti di azione, ma con una predominanza netta del ruolo dell’indirizzo amministrativo. Il decreto-legge viene così ad assumere il rilievo di “provvedimento di alta amministrazione” proprio perché esso è chiamato a risolvere una questione di alta amministrazione, ed è posto in essere a seguito di un’azione di mediazione di interessi coinvolti sulla quale non si esercita il controllo da parte degli organi giurisdizionali, sussistendo soltanto il sindacato di legittimità costituzionale.

Questo distinto aspetto dell’alta amministrazione, costituito dalla decretazione d’urgenza, si lega quindi al contenuto provvedimentale, vuole essere un modo diretto, specifico, ritagliato al caso particolare, di intervento, il quale, a causa della gravità della situazione, assume la veste della forza di legge. In questa impostazione, quindi, gli strumenti amministrativi che il Governo, organo apicale della P.A., ha a disposizione si allargano e si rafforzano ma hanno come elemento comune ed imprescindibile la concretezza e la specificità del caso. Con questa tipologia di alta amministrazione si esplica compiutamente il *continuum* politica-amministrazione posto dall’art. 95 Cost. che vede l’indirizzo amministrativo accanto all’indirizzo politico, senza però risolvere il primo nel secondo⁶⁷. Inoltre, dato che l’alta amministrazione del decreto-legge implica, al massimo livello, l’esercizio del potere discrezionale, la

⁶⁶ Cfr CUGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, cit., pag. 273.

⁶⁷ Cfr GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 143, dove si afferma che “pare, pertanto, di poter ricondurre la distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di indirizzo amministrativo alla contrapposizione tra funzione di indirizzo sulla amministrazione, da un canto, e funzione di indirizzo della amministrazione, dall’altro”.

titolarità del relativo potere deve essere posto in capo a soggetti politicamente responsabili⁶⁸. Del resto, questo è il modello delineato dall'art. 95 Cost. che attribuisce il potere di esprimere l'indirizzo amministrativo ad organi, quali, nel nostro caso, il Consiglio dei ministri, responsabili dinanzi alle Camere; tale disposizione costituzionale svolge un ruolo centrale sia per affermare l'esistenza di un'autonoma funzione di indirizzo amministrativo sia per individuare a quale autorità essa possa spettare.

6- IL NESSO TRA L'ALTA AMMINISTRAZIONE DEL DECRETO-LEGGE E RESPONSABILITÀ POLITICA

Il principio di correlazione tra la titolarità del potere di indirizzo⁶⁹, sia amministrativo che politico, e la responsabilità politica⁷⁰ consente di discernere i soggetti dell'amministrazione pubblica che possono compiere attività di alta amministrazione. Va dunque ribadito che una attività di tal genere pone come elemento imprescindibile il requisito soggettivo della provenienza da un organo politico di vertice dell'amministrazione, in modo da sottolineare uno stacco netto dall'ordinaria amministrazione e dai suoi tradizionali strumenti operativi.

Posto questo, il nesso tra l'alta amministrazione del decreto-legge e responsabilità politica si caratterizza per un altro aspetto che ora va anticipato

⁶⁸ Cfr CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, pag. 35.

⁶⁹ Cfr GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 146.

⁷⁰ Cfr RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, al quale si deve la distinzione tra responsabilità politica istituzionale e responsabilità politica diffusa; la prima è caratterizzata dalla presenza di strumenti istituzionali per la rimozione dal potere di coloro che esercitano poteri politici da parte di altro soggetto politico nel caso in cui ai primi si attribuiscono fatti negativi rilevanti in campo politico; la seconda è caratterizzata dalla facoltà di critica da parte di coloro che sono soggetti al potere politico, senza strumenti istituzionali di rimozione. L'autore evidenzia un concetto di responsabilità politica come istituto di genere diverso dalla responsabilità giuridica.

e, nel seguito della ricerca, rappresenterà un requisito alquanto significativo all'interno di una visione provvedimentale della decretazione d'urgenza.

Gli atti di alta amministrazione costituiti dai decreti-legge risultano peculiari sul piano della motivazione, visto l'elevato grado di discrezionalità che li qualifica, il quale, proprio per tale connotazione, incide sull'intensità dell'obbligo motivazionale stesso, condizionando, per conseguenza, anche l'incisività del sindacato del giudice delle leggi. Va, in primo luogo, confutata quella posizione, accreditata in dottrina, secondo la quale "poiché l'attività di alta amministrazione si estrinseca altresì, anche se non esclusivamente, attraverso atti generali, ivi compresi gli atti normativi, potrebbe concludersi che, superato l'ostacolo teorico caratterizzato dall'ampia discrezionalità che connota l'alta amministrazione, l'obbligatorietà della motivazione dovrebbe ritenersi comunque esclusa, per una parte significativa di tale attività, dallo stesso diritto positivo"⁷¹. Questo posizione si riferisce a quanto statuito nella legge sul procedimento amministrativo, in base ad una visione dell'alta amministrazione che non arriva a prevedere atti dotati della forza di legge⁷², e se fosse accreditata anche qui, senza anticipare quanto si dirà poi, si correrebbe il rischio di dispensare il Governo dall'operare in modo logico, coerente e razionale, privando inoltre il sindacato di legittimità costituzionale di giudicare dell'arbitrarietà dell'atto tramite il rilievo della incongruità tra presupposti enunciati e realtà fattuale.

Al fine della nostra argomentazione, dunque, occorre staccarsi dall'ambito prettamente amministrativo e riconsiderare l'alta amministrazione della decretazione d'urgenza alla luce dell'impianto costituzionale. In tal senso, la motivazione consente allo stesso organo apicale della P.A., l'Esecutivo, di misurare la coerenza delle proprie decisioni, permette, poi, una più agevole interpretazione dell'atto e la possibilità di sottoporlo a verifica costituzionale anche sotto l'aspetto del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione

⁷¹ GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 168.

⁷² Cfr VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1973, pag. 1614.

amministrativa, è un incentivo a muoversi nella direzione della non-arbitrarietà dell'azione amministrativa con forza di legge sia nei confronti della collettività sia del singolo nella cui sfera giuridica l'atto viene ad incidere. In termini complessivi, dunque, la motivazione di un atto di alta amministrazione avente forza di legge assume un ruolo rilevante per evidenziare le ragioni che sorreggono l'intervento del Governo nella concreta realtà fattuale dinanzi alla quale si è provveduto, per verificare la fondatezza dell'interpretazione compiuta dell'art. 77 Cost. e della legge 400/1988 che attribuiscono e disciplinano il potere nell'esercizio del quale è scaturito il provvedimento d'urgenza, per analizzare l'apprezzamento, la valutazione e la comparazione degli interessi pubblici di cui si è regolato l'assetto e del sacrificio intercorso di alcuni di essi in relazione all'interesse pubblico preminente di fronteggiare l'emergenza. Di tutto ciò, il Governo, in sede di decretazione d'urgenza, è tenuto a rendere conto e in questo viene riconosciuto alla motivazione di assolvere anche una funzione democratica di spiegazione dell'atto nei confronti della collettività, elemento ineliminabile in uno Stato di diritto come quello delineato dalla Costituzione repubblicana che vede l'adozione di atti con forza di legge dell'Esecutivo come *extrema ratio* per la soluzione di una situazione straordinaria.

Infine, occorre precisare che aver sottolineato l'aspetto esplicativo della motivazione significa anche valorizzare la prospettiva della tutela mediante il giudizio di legittimità costituzionale, nell'obiettivo di riconoscere una eventuale lesione di interessi costituzionalmente protetti e, quindi, di agevolare il riscontro dell'illegittimità dell'atto impugnato. In questo modo si rileva come la motivazione sia in grado di assolvere ad una pluralità di funzioni e conferma che l'attività di alta amministrazione, nel senso qui ricostruito, non costituisce espressione di indirizzo politico e come tale opera in un ambito dove esistono posizioni di interesse giuridicamente protette.

7- RISERVA DI AMMINISTRAZIONE E DECRETAZIONE D'URGENZA

Il quadro finora emerso consente già di evidenziare che l'amministrazione con forza di legge indica una sovrapposizione tra potere di decretazione d'urgenza e potere esecutivo-amministrativo, rafforzato dal fatto che l'amministrare ha una propria individualità costituzionale e uno statuto non travolgibili dall'esercizio degli altri poteri dello Stato. In tale contesto, quindi, si inserisce il tentativo di delineare una "riserva di amministrazione", intesa come "ripartizione delle attribuzioni in ordine all'esercizio del potere statale fondata su un principio di competenza relativo ad attività oggettivamente delimitate, avente valore tale da potersi affermare anche nei confronti della legge statale"⁷³. Questa definizione tende a restringere l'ambito dei molteplici significati che la riflessione giuridica ha tentato di assegnare al termine, indirizzando verso la nozione di riserva di competenza amministrativa⁷⁴, nonostante le difficoltà nella delineazione di tale concetto. In ogni caso, l'istituto riportato vuole concretizzarsi come riserva di concreto provvedimento amministrativo e, ai fini della presente ricerca, come riserva di competenza ad un atto che ha forza di legge e carattere amministrativo, nell'attività di produzione di effetti giuridici rivolti alla costituzione, modificazione od estinzione di rapporti giuridici determinati, qualora questi effetti debbano essere imposti al fine di perseguire l'interesse pubblico di fronteggiare situazioni straordinarie. Lo schema del secondo comma dell'art. 77 Cost., in questo senso, distingue due momenti all'interno di una fattispecie idonea a produrre effetti nella sfera giuridica soggettiva dei destinatari: un previo momento di previsione, in sede costituzionale, con le caratteristiche

⁷³ VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, pag. 4, dove anche rileva che l'espressione in esame associa due termini a prima vista contraddittori; essa, infatti, richiama la nozione di riserva di competenza, nel rapporto tra atti di derivazione pubblica, e viene posto in relazione all'amministrazione in senso soggettivo laddove, viceversa, storicamente la riserva di competenza nasce proprio nei confronti dell'"esecutivo-amministrazione", nel processo di sottrazione al Monarca delle sue prerogative.

⁷⁴ Cfr ORSONI, *Competenza ed amministrazione*, Padova, 1990, pag. 19.

dell'astrattezza e della generalità, e un successivo momento, nell'atto del decreto-legge, di adozione della misura concreta; in tal modo viene garantita la raffrontabilità del provvedimento governativo con forza di legge alla Costituzione. In questa ricostruzione, si riporta l'impostazione prettamente amministrativa all'interno dell'istituto ex art. 77 Cost. al fine di evidenziare bene la differenziabilità di contenuto astratto e generale della previsione costituzionale e di contenuto concreto ed individualizzante proprio del provvedimento con forza di legge. L'eventuale lesione delle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari del decreto-legge a carattere provvedimentale non è tutelabile innanzi alle giurisdizioni amministrativa od ordinaria ex art. 113 Cost., ma si deve attenere ad un eventuale giudizio incidentale di costituzionalità ex art. 134 Cost., non disponibile dalle parti. In questo dunque consiste il rimedio nei confronti della possibile violazione di situazioni giuridiche soggettive, e trova concreta attuazione il principio di legalità, assunto nel suo significato più pregnante e garantista⁷⁵. La soggezione dell'amministrazione con forza di legge al principio di legalità costituisce un presupposto di legittimità dell'adozione di provvedimenti con forza di legge che possono essere anche sfavorevoli per gli interessi particolari degli amministrati, risultando così affermato, nel vigente ordinamento costituzionale, un principio di distinzione tra previo disporre in astratto e concreto provvedere mediante atti soggetti costituzionalmente al controllo della legalità dei loro contenuti in sede di giudizio ex art. 134 della Costituzione.

L'impostazione esposta, quindi, vede operare questa riserva di competenza laddove emergono profili di straordinaria necessità di intervento dell'Amministrazione, mediante una valutazione caso per caso dell'interesse pubblico, ex art. 77 Cost., sussistente nelle specifiche situazioni di fatto. Il contesto di emergenza determina inoltre l'esigenza di contenere il legislatore all'interno del suo ruolo naturale, inibendone la capacità di sostituirsi con

⁷⁵ Cfr CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, pag. 130 e ss.

propri atti a quelli governativi e posticipando così il suo intervento all'ambito dell'*iter* di conversione del decreto-legge. Si vuole quindi affermare la sussistenza di una riserva di amministrazione in tema di decretazione d'urgenza e limitatamente a questo istituto, senza estendere l'indagine su tale riserva ad altri ambiti, intento che non rientra nei limiti di questo studio.

La questione posta richiama ancora una volta alla distinzione tra funzione legislativa e funzione amministrativa, al rapporto tra legislazione ed amministrazione⁷⁶, ora con elementi nuovi per circoscriverne l'ambito e specificarne il significato. L'individuazione di una riserva di competenza amministrativa nella lettura dell'art. 77 Cost. riafferma concetti che già nel corso di questa *Introduzione* si erano presentati. Infatti, ora si è verificato sussistere la persistenza dell'idea che tra il disporre, ossia il dare un regola all'azione, ed il provvedere, ossia il fissare discipline rivolte a dare assetto agli interessi caso per caso ed in concreto, sussiste una distinzione meglio precisata: il comando astratto richiede altri comandi individuali che lo portino ad esecuzione⁷⁷; questo consente la possibilità di controllare la conformità con la norma, nel nostro caso, costituzionale.

In queste tematiche, vanno ora anticipati alcuni aspetti legati al ruolo svolto dalla legge n. 400 del 1988, con particolare attenzione per quanto riguarda

⁷⁶ Cfr SANTI ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, negli *Scritti minori*, Milano, II, 1950, pag. 373, dove afferma che con la legge si "predispone, si permette, si vieta, si prescrive, si regola una qualche attività" poi concretamente produttiva di effetti, rispetto ai quali la norma deve costituire logicamente e temporalmente un *prius*. Cfr ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1952, pag. 9 e ss, il quale rileva che "senza entrare nella questione, possiamo dire che la legge è un atto di sovranità preventivo ed astratto. Come atto di sovranità, la legge costituisce un imperativo, un atto di volontà che obbliga in modo assoluto coloro cui si rivolge. La preventività e l'astrattezza distinguono la legge da ogni altro atto di sovranità: la legge ordina, vieta, permette riguardo a fatti e casi non ancora verificatisi e per l'ipotesi che si verifichino; inoltre essa stabilisce tali disposizioni non con riguardo a fatti determinati, ma in modo generale, con effetto per tutti quei fatti che si verificheranno durante il tempo in essa resterà in vigore il carattere concreto dell'attività amministrativa si contrappone invece al carattere generale ed astratto della funzione legislativa. L'amministrazione deve provvedere ai casi singoli e determinati, adattandosi alle diverse esigenze delle varie fattispecie".

⁷⁷ Cfr CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, III, 1907, pag. 18.

l'adozione della decretazione d'urgenza, come ad esempio le prescrizioni previste dall'art. 15. L'impostazione qui accolta di una riserva di competenza amministrativa esce rafforzata dall'introduzione della legge 400/88; l'art. 15 è espressione, da parte del legislatore, di disciplina delle attività del potere esecutivo, e oltre ai requisiti previsti per i decreti-legge, argomento che in seguito sarà ampiamente trattato, viene posto in rilievo anche l'*iter* procedimentale per l'emanazione del provvedimento provvisorio con forza di legge. Nell'ottica qui accolta, di una amministrazione che svolge la propria funzione amministrativa anche con atti dotati della forza di legge, tali prescrizioni possono adeguatamente essere fatte discendere dai principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97, comma 1, Cost., dai quali si ricavano la necessità e la doverosità di una azione amministrativa proceduralizzata, quale carattere imprescindibile per il compimento di una corretta valutazione di tutti gli interessi coinvolti nella situazione d'emergenza emersa. Sempre in questo contesto, può essere inserita anche l'ulteriore accezione⁷⁸ che interpreta l'art. 97, comma 1, Cost., come riserva di funzione d'organizzazione, e, quindi, come precetto fondamentale del sistema costituzionale di attribuzione e distribuzione della funzione di organizzazione stessa. In particolare dinanzi a circostanze di emergenza, il criterio di efficienza può risolversi in un principio di elasticità o di puntualità dell'azione amministrativa⁷⁹, e leggendo l'art. 97, comma 1, in combinato disposto con l'art. 77, comma 2, Cost., viene sottolineato il riconoscimento giuridico del principio dell'aderenza e dell'adeguatezza allo scopo, canoni tradizionali dell'azione amministrativa. Questa ricostruzione, quindi, da un lato, e in seguito lo si approfondirà, nega la possibilità al Parlamento di sostituirsi all'attività amministrativa dell'Esecutivo, dall'altro può valere come la fissazione di una zona di intervento minuto e particolareggiato, conferendo

⁷⁸ Cfr NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pag. 67.

⁷⁹ Cfr NIGRO, *op.ult. cit.*, pag. 88, dove si riporta che il principio di elasticità opera sia in riferimento al farsi dell'attività amministrativa, dando vita al potere di auto-organizzazione, sia in relazione al contenuto dell'attività amministrativa, dando vita alla discrezionalità.

alla riserva di amministrazione non solo la legittimità della sua esistenza ma anche il ruolo specifico di fronteggiare l'imprevedibile mediante la forza di legge.

Va tenuto presente che fondare il principio di riserva di amministrazione in norme di diritto positivo⁸⁰ trova una resistenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁸¹, dove generalmente si ammette l'esercizio della funzione amministrativa da parte delle Camere, utilizzando l'espressione "sostituzione della legislazione all'amministrazione"⁸². L'impianto adottato in questa ricerca solleva però il quesito di ritenere inammissibili simili leggi in virtù del principio della riserva di amministrazione oppure si richiede di sottoporre il procedimento di formazione di queste leggi al rispetto dei principi che presiedono alla formazione della decisione amministrativa⁸³. L'individuazione, come qui sostenuto, di una riserva di amministrazione nell'istituto disciplinato dall'art. 77 Cost. intende implicare il fatto che non sia consentito alla legge formale di disciplinare materie in modo concreto o di regolamentarle in prima battuta, posticipando il suo intervento in sede di conversione del decreto-legge. Il tema di tale riserva di amministrazione, quindi, va posto con riferimento alla diversità dell'"intrinseca essenza" delle funzioni legislativa ed amministrativa, di natura politica l'una e di natura

⁸⁰ Cfr NICCOLAI, *Riserva di legge e organizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. Cost.*, 1988, pag. 3304 e ss.

⁸¹ Corte cost., 7 luglio 1986 n. 174, in *Giur. Cost.*, 1986, pag. 1359 e ss; Id., ord. 14 gennaio 1986 n. 10, ibidem, pag. 67 ss.; Id., 16 febbraio 1993 n. 62, ivi, 1993, pag. 445 e ss.; Id., 24 giugno 1994 n. 263, ivi, 1994, pag. 2112 e ss. In particolare si ricordi Corte cost., 16 febbraio 1993 n. 62, cit., dove si afferma che "in assenza nell'ordinamento attuale di una "riserva di amministrazione" opponibile al legislatore, non può ritenersi preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidate all'azione amministrativa". E, ancora, Corte cost., 13 giugno 1995 n. 248, in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 1822 e ss, dove si rileva che "l'insussistenza di limiti costituzionali in grado di impedire l'adozione, nel rispetto del principio di ragionevolezza, di leggi a contenuto sostanzialmente amministrativo, ovvero collegate all'esercizio di una discrezionalità di natura tecnica".

⁸² Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pag. 99, il quale rileva che "appare chiaro che una sostituzione frequente e massiccia del legislatore nello svolgimento dei naturali compiti della pubblica amministrazione, conferendo veste di legge ai provvedimenti esecutivi, all'infuori di ogni apprezzabile esigenza di opportunità politica, renderebbe abusivo l'esercizio di un potere, che in tanto rimane nell'ambito della costituzionalità in quanto sia contenuto in margini ristretti".

⁸³ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 277.

funzionale l'altra⁸⁴, in modo che ne sia evidenziata la contrapposizione “fra diverse modalità oggettive da seguire per addivenire alla produzione degli effetti giuridici strumentali alla cura dell’interesse pubblico”⁸⁵; in tal senso, il ricorso all’amministrazione con forza di legge, sul piano della produzione degli effetti giuridici, è espressione dell’intrinseco carattere funzionale di questa attività autoritativa del Governo.

Una impostazione di questo tipo meglio definisce i rapporti tra legge ed amministrazione, integrando la vecchia concezione secondo la quale l’amministrazione è l’esecuzione della legge. Questa proposizione, infatti, trascura il fatto che la relazione tra legislazione ed amministrazione si completa tanto più quando riesce a mantenersi nell’ambito di un effettivo equilibrio⁸⁶, in modo che, proprio in termini di effettività, la legge formale rappresenti il punto di mediazione, nell’interesse generale, tra le contrapposte istanze dei diversi soggetti o gruppi sociali presenti nell’ordinamento, evidenziando così la sua caratteristica neutralità nel conflitto degli interessi particolari.

⁸⁴ Cfr VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit., pag. 25.

⁸⁵ Cfr VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit., pag. 148

⁸⁶ Cfr ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pag 152, il quale sostiene che è dal diverso atteggiarsi, nelle varie epoche storiche, di questo immancabile rapporto che dipende “l’individuazione della natura stessa dell’amministrazione”.

CAPITOLO PRIMO

CRISI DELLA LEGGE E SISTEMA DELLE FONTI

1-LA CRISI DELLA LEGGE

A questo punto la presente ricerca non può non interessarsi del fenomeno della crisi della legge, e l'argomento verrà trattato in relazione al tema della decretazione d'urgenza.

Il sistema delle fonti si caratterizza per una complessità tale da rendere problematico l'uso stesso del termine "sistema"⁸⁷. La struttura dell'ordinamento giuridico⁸⁸, illuministicamente progettata attorno al ruolo essenziale della legge, tende oggi a regredire verso forme poco armoniche, perdendo la sua originaria razionalizzazione; da alcuni anni, infatti, si assiste, con una crescita preoccupante, ad una trasformazione della funzione legislativa, dove la produzione normativa governativa tende ad assumere un ruolo sempre più rilevante, sia per numero di provvedimenti adottati sia per la consistenza degli interventi realizzati. A questo si aggiunge un processo di cambiamento del sistema giuridico caratterizzato dalla moltiplicazione e dalla frammentazione delle fonti del diritto, dove diviene evanescente la coerente prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione umana; in tale contesto si evidenzia il fatto che la legge formale non riesce adeguatamente a svolgere

⁸⁷ Cfr SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.* 1987, pag. 149, il quale afferma che "sembra seriamente scosso quel principio di tassatività e tipicità delle fonti che è stato considerato tradizionalmente una garanzia propria dello stato di diritto, riflettentesi nella elencazione "tabellare" degli atti e dei fatti riconosciuti come validi portatori di regole giuridiche dotate di diversa "forza" in termini relativi".

⁸⁸ Cfr PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l'autonomia locale?*, in *Le Regioni*, 2008, pag. 3, il quale afferma che "è difficilmente contestabile come coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico siano i risultati dell'attività dell'interprete e che quindi lo stesso atteggiarsi delle fonti del diritto a "sistema" sia il "prodotto" e non già il dato di partenza dell'attività interpretativa".

un compito di effettiva regolazione della complessa fenomenologia delle fonti del diritto⁸⁹.

Il continuo ricorso alla decretazione d'urgenza, dunque, sta divenendo sempre più indice di una crisi profonda dell'autorità politica nel nostro ordinamento costituzionale; le forme moderne di indebolimento della centralità della legge statale possono essere identificate anche nella maggiore incisività delle fonti locali e nella prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale⁹⁰. Così, più aumentano i soggetti dotati di potestà legislativa⁹¹, più aumenta il numero delle norme prodotte e più difficile risulta conservare un certo grado di armonia nel sistema normativo; a questo si aggiunge, poi, la proliferazione delle leggi, la loro rapidità di mutamento⁹², la frammentazione e la stratificazione delle norme, l'ambiguità di linguaggio, l'eccessivo ricorso

⁸⁹ Cfr BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, pag. 283, il quale sostiene che "se esiste un *diritto obiettivo*, un materiale giuridico avente una natura specifica (propria), può porsi, infatti, innanzitutto il problema della sua definizione, della individuazione delle caratteristiche *essenziali* di tale realtà, delle qualità materiali di questo fenomeno per isolare uno specifico oggetto di studio della scienza giuridica (e giuspubblicistica in particolare)."

⁹⁰ Cfr MODUGNO-NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, pag. 424, i quali parlano di "accerchiamento della legge da ogni lato". Cfr MANCINI, *I regolamenti degli enti locali tra riserva di competenza e "preferenza" in un multilevel system of government*, in *Le Regioni*, 2008, pag. 120, il quale afferma che "la principale sfida che attende nel prossimo futuro il sistema delle fonti è pertanto quella dell'armonizzazione dei rapporti tra una pluralità di atti normativi prodotti dai diversi ordinamenti che compongono il più vasto "ordinamento repubblicano", all'interno di ciascuno dei quali è destinato a svilupparsi un "microsistema" di fonti del diritto. Armonizzazione che dovrà muovere non più dall'ottica gerarchico-piramidale, bensì da quella "integrativa" implicata dal modello *multilevel*".

⁹¹ Cfr MODUGNO, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pag. 873, il quale afferma che "la crisi della legge, intesa questa come la fonte suprema e per antonomasia dell'ordinamento giuridico, proprio nel momento in cui l'estensione del suffragio all'intero popolo avrebbe dovuto realizzarsi il suo massimo trionfo. Ma il moltiplicarsi degli interventi legislativi, e la correlativa necessità di trasferire una parte di essi al governo e persino ad altri soggetti, ha determinato invece quella pluralità di fonti e persino di "leggi" che caratterizza sempre di più gli ordinamenti giuridici a partire dal primo dopoguerra".

⁹² Cfr CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. Pubbl.*, 1930, pag. 429, dove si rileva che "la legge è fatta non solo per comandare, ma per durare. Non può essere, naturalmente, eterna; ma deve essere longeva. Ogni mutamento della legge rappresenta un turbamento di equilibri, uno sconvolgimento di previsioni, un rallentamento di iniziative. Peggio ogni mutamento, il quale non segua nei limiti normali della mutabilità, fa perdere la fiducia nella stabilità della legge, che è lo stato d'animo indispensabile per la prosperità sociale".

all'abrogazione implicita⁹³. L'effetto di questi fattori produce un ordinamento poco governato e riconoscibile, influenzando negativamente sulla certezza del diritto, sull'equilibrio dei poteri costituzionali, sull'efficienza della giustizia e sul rapporto tra governati e governanti, contribuendo alla disaffezione alla legge ed alla sua inosservanza. In un contesto simile cresce la pressione dei gruppi organizzati e degli enti esponenziali degli interessi di categoria, i quali, grazie al loro peso politico, riescono ad essere rappresentati all'interno del percorso della legislazione⁹⁴. La compresenza, nella determinazione degli obiettivi di politica legislativa, di interessi sempre più ampi ed articolati provoca il fenomeno che vede la legge come "anima del contratto"⁹⁵, lontana dall'essere misura tendenzialmente astratta dell'operare altrui, fino a divenire misura reale, che insegue i fatti nei quali si realizza un conflitto, anziché prevederli e previamente regolarli.

Spetta infatti all'Amministrazione, e non al legislatore parlamentare, l'intervento dinanzi al fatto materiale integrante un concreto conflitto di interessi e in questo fatto vi è il presupposto della sua legittimazione. Occorre, quindi, un lavoro scientifico in grado di operare una ridefinizione delle competenze del potere legislativo e di quello esecutivo-amministrativo, in modo da recuperare, sul piano del diritto positivo, il valore pratico e il senso giuridico della distinzione dei livelli di mediazione degli interessi coinvolti. Il legislatore ha rimesso pressoché completamente all'amministrazione il compito della regolazione delle molteplici esigenze contrapposte, fino a diventare la sede reale del confronto e della sintesi degli interessi, ponendo inevitabilmente la questione dell'equilibrio tra i poteri dello Stato⁹⁶.

⁹³ Cfr PAGANO, *Introduzione alla legimatica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, pag. 10.

⁹⁴ Cfr VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, pag. 273.

⁹⁵ NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Quaderni dell'associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminari 1989-1990, Milano, 1991, pag. 79.

⁹⁶ Si ricordi che già nel 1979 il Ministro per la Funzione Pubblica, Massimo Saverio Giannini, trasmetteva al Parlamento il "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato", noto oggi come "Rapporto Giannini", indicando tra le principali disfunzioni della Pubblica Amministrazione la cattiva qualità delle leggi che regolano l'organizzazione e l'attività amministrativa. La Commissione Barettoni Arleri, istituita in seguito alla

Un tentativo concreto di analisi della crisi del sistema, che ha portato a considerare il decreto-legge un mezzo ordinario di produzione normativa, può consistere nella constatazione della mancanza di effettività come causa della situazione attuale⁹⁷ e questo ha provocato un rapido processo di delegittimazione della norma giuridica, contribuendo, in questo modo, alla destrutturazione ed allo svuotamento della efficacia regolativa dell'ordinamento giuridico globalmente inteso⁹⁸. Questa situazione è causata principalmente dalla crisi di legittimazione del sistema politico-istituzionale che ha contagiato il suo tipico prodotto normativo, ossia la legge. La perdita di valore del carattere formale, tipico degli atti normativi, in fase di produzione del diritto, ha come conseguenza l'attenuazione della certezza e della stabilità in fase di applicazione. Infatti, la procedura negoziata dei contenuti normativi prosegue anche in sede applicativo-interpretativa⁹⁹, ridimensionando l'effetto di stabilizzazione delle regole giuridiche, le quali, invece, andrebbero incentivate anche mediante un costante e credibile intervento di sistemazione giurisprudenziale. Ma se questa opera di sistemazione si incrina e non risulta più possibile trovare in essa un dato oggettivo di riferimento, un prodotto regolativo affrancato dal caso concreto,

presentazione del "Rapporto Giannini", si occupò soprattutto della fattibilità legislativa. Nella relazione finale vengono tre cause che provocano una difficile attuazione delle leggi e della carente copertura finanziaria delle stesse: la copertura amministrativa della legge intesa quale idoneità degli apparati amministrativi all'applicabilità specifica di quanto dispone la norma; la progettazione legislativa, ossia la tecnica di redazione degli atti normativi-drafting; la fattibilità quale valutazione preventiva degli impatti della norma sui destinatari della stessa e del contesto normativo di riferimento.

⁹⁷ Cfr CATANIA, *Riconoscimento e potere: studi di filosofia del diritto*, Napoli, 1996, pag. 50, il quale afferma che "l'ordinamento è giuridico nella misura in cui è effettivo, e può riconoscersi l'effettività solo quando la maggior parte delle norme dell'ordinamento sono efficaci, cioè quando la condotta umana disciplinata dalle norme coincide in una certa misura con il comportamento reale degli uomini".

⁹⁸ Cfr BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit. pag. 301, dove si sostiene che "non è un caso, infatti, che a crollare sotto il fatto della disapplicazione/inefficacia non siano state soltanto le norme precettive verso i consociati, ma anche le norme relative ai rapporti con le istituzioni politiche e gli organi pubblici".

⁹⁹ Cfr AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, pag. 198, il quale afferma che "l'asse della lotta politica si sposta fatalmente dall'approvazione all'applicazione della legge".

viene meno un'altra forma di tutela dell'ordinamento. La casistica sostituisce il sistema, ma non diviene sistema anch'essa.

Le norme giuridiche, quindi, risultano efficaci non solo perché ritenute valide in quanto poste con procedimento legislativo formalmente corretto, ma anche in quanto effettivamente vigenti nell'ordinamento; in questo senso, “la validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche alla sua efficacia”¹⁰⁰.

Altro aspetto che ha contribuito al proliferare del decreto-legge concerne il carente ordinamento dei rapporti tra i tipi di atti normativi e, più in generale, tra le fonti¹⁰¹; infatti, accanto all'inflazione normativa si manifesta la moltiplicazione delle tipologie di atto normativo. E' la legge parlamentare che, come tipologia, ha perso la sua inconfondibile e originaria unitarietà, fino a parlare ormai di una “categorizzazione” della stessa legge formale¹⁰². In questo senso, a titolo di esemplificazione, si sono individuate le seguenti tipologie: leggi-provvedimento, leggi meramente formali, leggi di interpretazione autentica, leggi di sanatoria, leggi rinforzate, leggi atipiche, leggi contratto, leggi incentivo, leggi di programmazione, leggi di finanza, leggi speciali, leggi di principio o leggi quadro, leggi procedimentali, leggi periodiche specializzate¹⁰³. Questo elenco conferma che siamo dinanzi non solo ad una crisi della legge come fonte principale del diritto, ma ad un cedimento del sistema delle fonti che non è più in grado di individuare nella legge lo strumento più idoneo a porre le regole di formazione e di trasformazione dell'ordinamento. Si tratta, dunque, di una crisi politica della legge, di un cedimento dello Stato rappresentativo quale fondamento politico

¹⁰⁰ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956, pag. 77.

¹⁰¹ Cfr MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno, Milano, 2001, pag. 30.

¹⁰² Cfr ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, pag. 156.

¹⁰³ Cfr MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla “crisi” della legge*, cit., pag. 32.

della legge stessa. Tale aspetto è amplificato dall'indebolimento del tradizionale schema gerarchico, ormai incapace di funzionare nell'ordinamento giuridico italiano nel quale la legge non è più una fonte nettamente differenziata e non costituisce più il perno del sistema; inoltre anche l'introduzione della costituzione rigida rappresenta un elemento di perturbazione del sistema¹⁰⁴ stesso. Il principio gerarchico è, quindi, fortemente integrato dal criterio della competenza proprio perché la legge non è più categoria unitaria, né è più atto normativo primario per eccellenza, vi sono altri atti, nel nostro caso i decreti-legge, che dovrebbero occupare uno spazio differenziato e distinto per modalità di intervento, preciso e circoscritto, e contenuto, provvedimentale, da quello propriamente conosciuto come appartenente alla legge.

Pertanto, al fine di comprendere il significato autentico del termine "crisi" è utile riferirsi all'originale greco, dove l'espressione prevede anche la traduzione come "scelta"¹⁰⁵. Crisi della legge diviene dunque una problema di scelta della legge, di quale atto normativo primario sia meglio in grado, proprio per le sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, di fronteggiare in modo più appropriato la disciplina di una certa situazione, verificandosi il trasferimento dalla sede parlamentare ad altra sede del potere di produzione normativa. In questo senso il criterio di competenza diviene principio di organizzazione degli atti giuridici e, in particolare, degli atti costitutivi dell'ordinamento, trovando nella Costituzione il suo esclusivo ed esaustivo fondamento; gli atti posti gerarchicamente sullo stesso piano della legge formale, a maggior ragione dopo la riforma del Titolo V, non devono interferire reciprocamente, essendo rivolti a disciplinare materie o ambiti,

¹⁰⁴ Cfr MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., pag. 59, il quale afferma che la costituzione rigida "introduce un elemento di complicazione aggiungendo un nuovo gradino allo schema gerarchico classico legge-regolamento-usi e pregiudica il carattere di fonte suprema che prima spettava alla legge. E poi, soprattutto, perché la costituzione si distingue dalla legge non solo per la *forma*, distinta e superiore, ma anche per il suo *contenuto*, proprio in quanto *legge fondamentale*, scaturigine ultima dell'*ordo ordinans*, principio ordinatore dell'ordinamento".

¹⁰⁵ Cfr MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., pag. 61.

come il caso dei fatti emergenziali, separati tra loro dalle rispettive competenze. Secondo questa impostazione, dunque, la legge formale non può, pena la illegittimità costituzionale, intervenire in materie o incidere su situazioni, la disciplina o la cura dei quali è costituzionalmente riservata ad altre tipologie di atti.

Il dato che emerge è quello di un sistema policratico in ricerca di un proprio equilibrio; i rapporti tra diritto e politica, il passaggio dal mondo del potere reale, dal pregiuridico, al mondo della realtà giuridica ha bisogno di un nuovo inquadramento. Un assetto equilibrato del sistema delle fonti passa, necessariamente, per una ricomposizione dei rapporti tra i poteri dello Stato, con particolare riferimento ai soggetti dotati di potestà normativa, ordinati secondo criteri di competenza rigorosamente determinati secondo il canone *chi e come fa che cosa*. Questa “razionalizzazione dei poteri” può essere in grado di produrre soluzioni normative capaci di riacquistare la loro qualità più importante: la stabilità. E’ dunque necessario ritornare, come già in passato si era prospettato¹⁰⁶, ad un sistema nel quale la norma riassuma come suo contenuto il “fatto” dedotto dalla realtà sociale attraverso la mediazione delle forze politiche, in modo che questo “fatto”, qualificato giuridicamente, sia obbiettivizzato, immobilizzato dentro la sua “forma”.

Viceversa, la capillare negoziazione nel particolare dei contenuti degli atti normativi, favorita dalla dislocazione diffusa delle sedi della loro approvazione, finisce per rendere addirittura disponibile l’interpretazione e l’applicazione da parte degli stessi soggetti che ne sono gli autori. In questo modo, il diritto inteso come materiale giuridico perde progressivamente il proprio carattere impersonale ed obiettivo per assumere una connotazione convenzionale e, come tale, pienamente disponibile dai propri autori¹⁰⁷. Perde valore la certezza del diritto in termini di prevedibilità e di obbiettività delle

¹⁰⁶ MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, pag. 308.

¹⁰⁷ Cfr BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit. pag. 357, dove si precisa che “la stessa applicazione del diritto diviene, così, politicamente oggetto di negoziazione”.

situazioni da disciplinare¹⁰⁸. La regolazione giuridica degli interessi generali, un tempo affidata al diritto obiettivo in linea con i valori sviluppatasi dal principio di legalità, è oggi affidato a soluzioni normative nella disponibilità degli stessi interessi particolari regolati, e di conseguenza, risulta facile e politicamente conveniente ricorrere a strumenti rapidi come i decreti-legge.

La soluzione alla crisi della legge, quindi, non può consistere nella progressiva affermazione della capacità legiferante dell'Esecutivo, fenomeno che tende oggi ad assumere i connotati tipici di un inedito ed autonomo centro di produzione normativa, con conseguente drastica compressione della sfera di intervento costituzionalmente attribuita alle Camere¹⁰⁹. Il processo di alterazione delle dinamiche costituzionali si sta pericolosamente avvicinando ad un punto di non ritorno, sottoponendo a continue “prove di resistenza”¹¹⁰ la forma di governo delineata dalla Costituzione.

La legge formale necessita di ritrovare la propria identità nella relazione specifica con un determinato contenuto prescrittivo, che costituisce, secondo i canoni di un ordinamento giuridico che davvero voglia essere positivo, la norma giuridica *stricto sensu*, differenziata dai contenuti propri di altri atti normativi, in grado di prescrivere regolarità di comportamenti e di predisporre astrattamente lo schema di essi.

¹⁰⁸ Cfr PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l'autonomia locale?*, cit., pag. 9, il quale afferma che “se il pluralismo delle fonti, la crisi dei tradizionali criteri di soluzione delle antinomie, la complessità dell'ordinamento e la difficoltà di mantenere il valore della certezza del diritto sono dati ineliminabili, sembra pure attendibile chiedersi se oltre un certo livello di complessità e di articolazione del sistema delle fonti non sia più possibile porre argini efficaci all'alluvione normativa. Con la conseguenza di determinare un grado talmente elevato di incertezza sul diritto vigente da porre in pericolo la stessa tutela dei diritti, che hanno trovato sempre la prima garanzia nella distinzione tra la posizione preventiva della norma giuridica e la sua concreta applicazione, in sede giudiziaria o amministrativa”.

¹⁰⁹ Cfr DE FLORES, *Trasformazioni della funzione legislativa*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno, Milano, 2001, pag. 176.

¹¹⁰ Cfr PALADIN, *Forma italiana di governo ed appartenenza dell'Italia all'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 1994, pag. 403.

2-LA LEGGE GENERALE ED ASTRATTA

Occorre quindi ricostruire brevemente i caratteri delle legge per poterla distinguere¹¹¹ dagli altri atti che stanno sul suo medesimo piano gerarchico. L'alterazione del sistema e la mancanza di razionalizzazione tra le varie fonti del diritto hanno fatto perdere le caratteristiche che deve connotare la legge prodotta mediante il procedimento parlamentare, restituendole anche la sua dimensione storica. Già i principi ispiratori della Rivoluzione francese consentivano la limitazione dei diritti individuali unicamente mediante la legge come "espressione della volontà generale", secondo il disposto dell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, oppure mediante la decisione individualizzante del giudice¹¹². Se la legge è davvero espressione della volontà generale, allora dovrà avere anche un carattere generale, e, in questo senso, la legge è tale a condizione che sia rivolta alla generalità e rechi un contenuto astratto. In un contesto caratterizzato dalla generalità ed astrattezza della legge, al potere esecutivo spettano solo atti particolari che non rientrano nella competenza della legge, con una netta separazione degli ambiti di intervento. Si sottolinea dunque il concetto che la legge generale ed astratta è l'espressione della sovranità della nazione, antitetica al particolarismo¹¹³.

¹¹¹ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, pag. 73, dove si ricorda che "nell'area continentale europea la tradizione del volontarismo esalta la volontà dell'autorità quale fonte degli atti giuridici e contribuisce all'affermazione nello Stato assoluto del concetto di legge quale *voluntas* del sovrano; quest'ultima è norma e giurisdizione. Inoltre, il potere del sovrano viene giustificato in virtù della finzione della volontaria scelta da parte dei consociati di affidare al potere politico, di natura artificiale, la propria sicurezza, non per *consenso* – come nel pensiero di Locke- ma sulla base di un *patto o contratto*".

¹¹² Cfr ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2001, Libro II, cap. 74, il quale afferma che "la volontà è generale o non esiste: essa è quella del corpo del popolo o non esiste: essa è quella del corpo del popolo o solamente una parte. Nel primo caso questa volontà dichiarata è un vero e proprio atto di sovranità e fa legge, nel secondo è soltanto una volontà particolare o un atto della magistratura; tutt'al più può essere un decreto".

¹¹³ Cfr AMORTH, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale*, (1948), ora in *Scritti giuridici, 1940-1948*, vol. II, Milano, 1999, pag. 1010, il quale rileva che il principio della sovranità nazionale costituisce il contributo sostanziale dato dalla Rivoluzione francese

Dall'affermazione di questa prospettiva emerge che l'azione concreta dello Stato deve essere preceduta da prescrizioni di ordine generale ed astratto, alle quali è tenuta a conformarsi. Uno dei pilastri dello Stato di diritto consiste proprio nel fatto che non può esserci una pena, un tributo o un altro onere qualsiasi fissato individualmente secondo il capriccio del momento di colui che detiene il potere. Sono infatti le norme generali che pongono in astratto i casi in cui ognuno è sottoposto a determinati obblighi, in modo che ciascuno abbia la garanzia che soltanto se si trova in quelle condizioni gli sarà richiesto l'adempimento di quell'obbligo, e che il medesimo adempimento sarà dovuto da parte di tutti coloro che verranno a trovarsi nella stessa situazione¹¹⁴. Si respinge, nell'ottica del presente lavoro, la teoria della legge in senso solo formale, la quale qualifica l'atto legislativo sulla base di criteri formali, come la deliberazione da parte dell'organo titolare della funzione legislativa di un atto predisposto attraverso il procedimento legislativo e avente forma di legge, anche se a contenuto sostanzialmente particolare; si vuole pertanto riaffermare il principio per cui solo un atto con forma di legge, o l'atto dell'Esecutivo a seguito di delega, può recare una norma giuridica dotata di generalità, astrattezza, innovatività al preesistente ordinamento, all'interno di un contesto di equiparazione tra normazione e legislazione¹¹⁵. Non può essere ritenuto

all'ordinamento dello Stato costituzionale. Esso "segna il passaggio dall'appartenenza del potere politico dalla Dinastia alla Nazione e, per essa, in concreto, alla sua rappresentanza" e "va messo in relazione con quella enunciazione della dichiarazione dei diritti che definisce la legge come "espressione della volontà generale" (articolo sesto)".

¹¹⁴ Cfr BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, pag. 816.

¹¹⁵ Cfr CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., pag. 239, il quale rileva che "nel quadro della tradizionale concezione statualistica del diritto, e identificandosi la norma giuridica con la norma posta, direttamente o indirettamente dallo Stato, la figura dell'atto normativo" trova "dapprima origine nella elaborazione dottrinale della figura della legge: di quell'atto dello Stato, cioè, che fuori di ogni dubbio ed a prima vista, si presenta, modernamente, come diretto a costituirne l'ordinamento, a dettare il sistema regolatore della condotta dei consociati, a definire e garantire le libertà individuali, e quindi come fonte del diritto, quasi per antonomasia". Cfr MODUGNO, *Legge (Diritto costituzionale)*, cit., pag. 890, il quale afferma che "la funzione legislativa era sinonimo di funzione normativa, ossia della identificazione di legislazione e normazione, contrapposta all'esecuzione o amministrazione, propria e riservata al cosiddetto potere esecutivo, la legge sostanziale comprendeva qualsiasi atto di contenuto normativo, accomunando, sotto il profilo sostanziale, leggi e regolamenti. Essa [...] rappresentava cioè la più evidente delle deroghe ad una rigorosa

requisito della legge un comando emanato dagli organi legislativi ma non riferito ad una classe di comportamenti, non configurante, quindi, una tipicità astratta di essi. La generalità, nel momento stesso in cui è considerata condizione della certezza del diritto, è giudicata fondamento delle garanzie di tutela dei diritti che dalla legge si attendono. Come fonte principale del diritto oggettivo, la legge deve distinguersi dalle altre fonti come pronuncia solenne di una proposizione giuridica compiuta da organi a ciò destinati e in forme predeterminate. In tal modo, essa si mostra come il più elaborato prodotto della riflessione giuridica e manifesta, al massimo livello, i caratteri del diritto¹¹⁶, evidenziandone l'astrattezza, che da un lato conferisce alla legge rigidità e una complessa applicazione alla realtà storica, e dall'altro le attribuisce certezza¹¹⁷.

Questa impostazione con l'avvento dello Stato sociale e l'espansione dell'intervento pubblico nell'economia ha perso consistenza, producendo profonde alterazioni tanto nei rapporti tra Stato e società quanto nei meccanismi di produzione e regolazione normativa. La legge ha assunto un ruolo sempre più legato ad una funzione attributiva e regolativa di risorse economiche, compito incompatibile con la generalità ed astrattezza, fino a confondersi con l'amministrazione concreta delle esigenze dei consociati¹¹⁸.

separazione delle funzioni". Cfr JELLINEK, *Legge e decreto*, a cura di Forte, Milano, 1997, pag. 206, dove si sottolinea che "leggi nel senso dell'ordinamento costituzionale sono quegli atti di volontà di uno Stato che il Governo, a seconda della forma di Stato, o non può affatto porre in essere ovvero lo può non senza la partecipazione di organi diretti costituzionalmente determinati. Nella repubblica costituzionale di oggi il Governo, con l'eccezione del diritto di iniziativa, non ha affatto una partecipazione positiva alla legislazione, che poggia piuttosto, a seconda del diritto e del suo esercizio, sulle Camere o sugli altri organi diretti dello Stato".

¹¹⁶ Cfr BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit. pag. 324, il quale afferma che "tra i criteri sostanziali di identificazione degli atti normativi, infatti, la generalità ed astrattezza finiranno con l'occupare un posto di primo piano, proprio in virtù della loro valenza politica, per il fatto cioè di disporre in modo eguale per tutti e di garantire il rispetto di criteri oggettivi di razionalità e giustizia. La centralità della legge nel sistema politico, pertanto, ha condizionato –già prima dell'ingresso sulla scena politica delle costituzioni rigide- la sua sovranità in materia di produzione normativa".

¹¹⁷ Cfr FASSO', *Legge*, cit., pag. 793.

¹¹⁸ Cfr FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno, Milano, 2001, pag. 126.

Settori della società civile penetrano nello Stato, rivendicando riconoscimenti economici e normativi perseguiti mediante procedimenti negoziali di decisione legislativa; in questo modo è proprio tale tendenza corporativa a favorire la frammentazione e la personalizzazione della legge, provocando la sua sostanziale riduzione a provvedimento¹¹⁹. La funzione originaria e tradizionale della legge parlamentare come garanzia delle libertà individuali ha ceduto il passo a favore di una legislazione settoriale¹²⁰, dalla prospettiva limitata, unicamente predisposta ad occuparsi della situazione contingente, ma priva di un disegno generale e di ampio respiro¹²¹. Il fenomeno della negoziazione legislativa, pertanto, oltre a provocare la perdita della generalità, dell'astrattezza e della sovranità della legge, ridimensiona il ruolo delle Camere, le quali, rinunciando a disciplinare determinati rapporti sociali, finiscono per accettare la forte attenuazione del carattere imperativo delle proprie determinazioni legislative a vantaggio di nuovi modelli di decisione di tipo consensuali, procedurali e riflessivi.

Per ovviare a queste situazioni degenerative va nuovamente posta l'attenzione sulla struttura della norma che si evidenzia nello studio dei caratteri della prescrizione giuridica. Si ricordi quanto la dottrina classica ha sostenuto sul concetto di norma intesa come giudizio di dovere, dove "il senso in cui la proposizione giuridica unisce una fattispecie come condizione con l'altra come conseguenza giuridica" è il dovere¹²². Il comando generale non

¹¹⁹ Cfr CAPOTOSTI, *Concertazione e riforma dello stato sociale*, in *Quad. cost.*, 1999, pag. 485.

¹²⁰ Cfr LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 4/1987, pag. 312, dove si sostiene che "nel momento in cui lo stato sociale, superando l'originaria tendenza compensativa verso le categorie più emarginate e sfruttate, si è venuto trasformando in Stato erogatore universale di garanzie economiche e di sicurezze esistenziali, il meccanismo ha inevitabilmente incentivato la spinta rivendicativa dei gruppi forti o meglio organizzati, anche in funzione della loro rilevanza politica, ed ha comunque indotto un effetto di moltiplicatore nei modi di produzione delle regole assunte come formale strumento di garanzia delle nuove conquiste".

¹²¹ Cfr BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, pag. 108.

¹²² Cfr KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di Carrino, Napoli, 1991, pag. 12, il quale afferma che "la norma, come giudizio di dovere si contrappone alla legge naturale" e, ivi pag. 15, l'imputazione è "la legalità specifica del diritto [...] il legame esistente tra gli elementi racchiusi all'interno della proposizione

concerne una pluralità di persone o di azioni, determinato o determinabile, ma riguarda un ambito di persone o azioni indeterminato o indeterminabile¹²³. L'elemento essenziale della legge consiste, dunque, nella novità del precetto, nell'effetto innovativo che questo produce, determinando una modificazione delle condizioni giuridiche esistenti, in quanto regola i rapporti in esse contemplati; siamo dinanzi ad un atto creativo di nuovo diritto nei confronti di una universalità di soggetti e di situazioni, in grado di far sorgere diritti ed obblighi che in precedenza non sussistevano, costituendo l'ordinamento giuridico dello Stato. Il criterio della novità¹²⁴ della legge va compreso se si considera la relazione intercorrente tra l'effetto e il contenuto precettivo della legge, nell'ottica di una considerazione dinamica del sistema giuridico; si richiede, infatti, che l'effetto precettivo che ne deriva trovi nella legge la sua preventiva determinazione, in modo che sia dalla legge stessa costituito, previsto e disposto. In tal senso, la novità, intesa come costitutività della fattispecie, e la generalità, compresa come ripetibilità, insieme concorrono ad integrare la nozione di disporre, in contrapposizione al provvedere. Nel campo del diritto, la generalità della norma risponde ad esigenze di certezza e di giustizia sostanziale¹²⁵. Secondo questa impostazione, la generalità va posta in relazione con l'efficacia costitutiva dell'ordinamento dello Stato, attribuita specificamente alla legge parlamentare così da rappresentare un riflesso

giuridica [...] quel legame che viene posto grammaticalmente dal "deve". In tal senso, ivi, pag. 12, "nella proposizione giuridica ad una determinata condizione viene ricollegata una determinata conseguenza".

¹²³ Cfr DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.* 1910, pag. 299.

¹²⁴ Cfr CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., pag. 243.

¹²⁵ Cfr RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno, Milano, 2001, pag. 80, il quale afferma che "la certezza dei rapporti giuridici, dunque, ancor prima che la certezza (o la chiarezza, ad essa strumentale) delle norme, costituisce esigenza primaria della vita sociale. E tuttavia, il ruolo di stabilizzazione delle aspettative di comportamento cui il diritto in via di *medium* intersistemico deve assolvere non potrebbe ritenersi realizzato allorchè fosse, per ipotesi, conseguita una totale prevedibilità delle decisioni assunte, e, con questa, la completa assimilazione tra legge giuridica e legge di casualità."

dell'oggettività dell'ordinamento stesso, il quale, nel suo insieme ed in ogni sua parte, si impone indistintamente a tutti i soggetti che vi sono compresi.

Per quanto concerne l'astrattezza, essa va intesa nel senso di essere "astraente da tutto ciò che costituisce l'individualità, irriducibile a tipo, di ogni manifestazione di attività"¹²⁶, è sempre distaccata dall'azione che concretamente la realizza; si configura, dunque, come un precetto posto in ipotesi, in ordine a un caso possibile, anziché in ordine a un caso esistente. Questa impostazione, secondo autorevole dottrina¹²⁷, ha il pregio di rivelare la risoluzione dell'astrattezza nella generalità che rappresenta il punto centrale della questione: l'astrattezza come riferibilità della norma ad una classe di azioni conformi ad un tipo.

Viceversa, disposizioni temporanee ed eccezionali, come quelle che dovrebbero contraddistinguere la natura provvedimentale della decretazione d'urgenza, rivolte a fronteggiare esigenze contingenti, prive di generalità, pur concorrendo a costituire il sistema del diritto statale, mantengono, all'interno di questo, una propria specifica individualità originaria e restano, pertanto, legate ai presupposti di fatto che ne determinano l'emanazione.

¹²⁶ CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, Catania, 1936, pag. 36.

¹²⁷ Cfr CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pag. 42, il quale sostiene che "poiché il precetto concreto non si pone se non per quel caso, che esiste ed esistendo ne provoca la posizione, si dice anche "specifico" o "speciale"; poiché, d'altra parte, il precetto astratto si pone per ogni caso, il quale sia conforme all'ipotesi (...), si dice anche precetto "generico" o "generale".

3-LEGIS LATIO, LEGIS EXECUTIO ED AMMINISTRAZIONE DIRETTA

E' la Costituzione stessa ad assegnare alla legge parlamentare il carattere di primarietà che le vale come elemento distintivo proprio¹²⁸; questa impostazione va ripresa per sottolineare la capacità rappresentativa del Parlamento, la sua struttura, il suo ruolo nel sistema politico-istituzionale, così come era stato pensato e voluto dai Costituenti. Occorre rifarsi alla effettiva idoneità delle Camere a divenire il centro di determinazione dell'indirizzo politico nell'attività di predisposizione degli strumenti di innovazione dell'ordinamento, evidenziando la reale capacità del Parlamento di assumere su di sé il difficile compito di elaborare la sintesi degli interessi politici rilevanti nelle relazioni politico-sociali. Spetta al Parlamento controllare il Governo e chiederne il dovuto rendiconto del suo operato, secondo l'impostazione autentica del parlamentarismo, e non viceversa, come troppo spesso accade in un sistema politico che ormai ha smarrito il senso della giusta collocazione del proprio ruolo. L'atto tipico parlamentare, la legge, è tenuto a produrre gli equilibri di valore che costituiscono il fondamento della convivenza civile, la *ratio* della funzione legislativa. L'elemento centrale è, dunque, quello della rappresentanza, come carattere proprio e non fungibile del Parlamento; la giurisprudenza costituzionale¹²⁹ ha fortemente insistito sul significato unico del rapporto di rappresentanza politico-parlamentare, sottolineando la relazione tra popolo ed unità politica della nazione. Quindi, è

¹²⁸ Cfr BILANCIA, *Il paradigma della legge statale: i riflessi del nuovo art. 117, comma 2, sull'art. 70 Cost.*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, III.1, *Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del titolo V della II parte della Costituzione*, a cura di Modugno, Milano, 2003, pag.26 e 32, dove si sottolinea che "legge e Parlamento hanno sempre assunto il medesimo ruolo e subito le stesse sorti nell'evoluzione degli ordinamenti e delle forme di Stato, procedendo di pari passo nell'alternarsi del primato e declino della rappresentanza, in una con le degenerazioni dei sistemi politici, i fenomeni di integrazioni inter- e sovrastatale e, ora, con l'affermazione in Italia dei più accentuati caratteri del sistema delle autonomie politiche".

¹²⁹ Cfr Corte cost., sent. n. 496/2000, in *Giur. cost.*, 2000, pag. 3798.

proprio questa “funzione di rappresentanza nazionale”¹³⁰, indicativa della originalità del nome proprio “Parlamento” che pone il concetto di “legge della Repubblica”, affinché in capo ad essa sia mantenuta e salvaguardata la titolarità della funzione di selezione e di filtro degli interessi propri della collettività nazionale, tradotti nelle procedure legali idonee a concretizzare le soluzioni individuate in strumenti ed atti tipici dell’istituzione parlamentare, qualificati dai requisiti formali e, secondo l’impostazione accolta in questo lavoro, sostanziali che ad essi assegna l’ordinamento costituzionale. E’, quindi, la legge in senso forte, l’atto politico dell’istituzione più rappresentativa¹³¹, ad assumere il compito di governare il conflitto politico-sociale che deve, poi, trovare una sua composizione nell’ordinamento giuridico generale. Questa legge, per volontà della stessa Carta costituzionale, vede giustapporre a sé altri atti normativi posti sul suo stesso livello gerarchico; da qui deriva un potenziale conflitto di funzioni, qualitativamente disomogenee, le quali possono trovare un ordine secondo i criteri della competenza. Il valore della rappresentanza¹³², pertanto, svolge un ruolo importante nel segnare la distinzione tra l’istituzione che compete il disporre, le Camere, e l’istituzione che compete il provvedere, l’Esecutivo. In questa distinzione risiede l’articolazione tra produzione ed applicazione del diritto, dove già autorevole dottrina aveva rafforzato la concezione dell’amministrazione come esecuzione, intuendo inoltre le potenzialità dell’amministrazione diretta¹³³. Questa impostazione è funzionale alla

¹³⁰ Cfr Corte cost., sent. n. 106/2002, in *Giur. cost.*, 2002, pag. 873.

¹³¹ Cfr BILANCIA, *Il paradigma della legge statale: i riflessi del nuovo art. 117, comma 2, sull’art. 70 Cost.*, cit., pag. 36.

¹³² Cfr BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d’analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, *Vincoli alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, pag. 212, il quale precisa che “la legge deve il suo ruolo tuttora, formalmente, centrale nel sistema, al fatto di essere l’atto politicamente più rappresentativo della volontà dei cittadini, in una con la sua attitudine a prodursi secondo un procedimento quanto mai trasparente e partecipato dai più diffusi e variegati interessi”.

¹³³ Cfr KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del parlamento*, a cura di Geraci, Milano, 1972, pag. 84, dove si rileva che “l’idea guida che sola può costituire la spina dorsale della teoria delle funzioni” dello Stato consiste nella distinzione fra *legis latio* e *legis executio*; inoltre, “la dottrina dei tre poteri dello Stato è, giuridicamente, la dottrina dei diversi stadi della creazione e applicazione dell’ordinamento giuridico statale”.

comprensione della concezione dell'ordinamento giuridico inteso come un sistema *genetico* di norme che “ha fatto scendere in campo con forza [...] questa *teoria dei gradi del diritto* come *teoria della dinamica del diritto*, *relativizzando* il contrasto, irrigidito quale contrasto assoluto, tra legge ed esecuzione, produzione del diritto e applicazione del diritto”¹³⁴.

In tal senso, il presunto contrasto tra *legis latio* e *legis executio* non ha ragione di sussistere, trasformandosi in una relazione ordinata tra due momenti distinti ma non distanti; questa relazione, quindi, evidenzia quanto il carattere provvedimentale dell'Amministrazione conduca ad un concretizzarsi della norma generale rispetto alla fattispecie condizionante, viene posta una norma individuale che concerne uno specifico e particolare accadimento o situazione, necessitante di un intervento regolativo. Siamo dinanzi al manifestarsi dell'amministrazione *diretta*, la quale pone direttamente i fini di cura civile e sociale che la norma generale ha individuato come ambiti ampi ed indeterminati. L'affermazione dello Stato amministrativo esalta il ruolo di una “amministrazione statale diretta che guadagna importanza nella stessa misura in cui lo Stato diventa cosciente dei propri compiti sociali e interviene nella vita sociale con le sue funzioni assistenziali ed economiche”¹³⁵.

Ricordando quanto in precedenza affermato in tema di norma generale e norma individuale, è possibile ora affermare che alle Camere spetta una funzione legislativa “più generale”, che sia, cioè, espressione dei valori incardinati nella nozione costituzionale di Repubblica. Questa impostazione intende anche prevenire il rischio che il ruolo della legge appaia sempre più spesso come strumentale alla realizzazione di finalità elaborate altrove e ad essa imposti in virtù dei vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico italiano nel contesto dei processi di integrazione sovranazionali. Da questo si rafforza la posizione qui avanzata di comprendere e di impostare alla luce del criterio

¹³⁴ Cfr Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di Carrino, Napoli, 1991, pag. 21.

¹³⁵ Cfr Kelsen, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento*, cit., pag. 156, dove l'Autore teme l'amministrazione al di fuori del diritto quanto S. Romano teme una legislazione che intervenga illimitatamente sull'amministrazione, avvertendo entrambi la tensione tra legislativo ed esecutivo.

della competenza il sistema delle fonti del diritto, in modo particolare nel rapporto tra atti posti a livello di fonti primarie. L'argomentazione, dunque, anche alla luce della riforma del Titolo V, assume una ampiezza rilevante e constata che il modello italiano delle fonti primarie ha ormai assunto il connotato della separazione delle competenze, protetto dal sistema di garanzie giurisdizionali di legittimità costituzionale. La legge parlamentare, dunque, in termini concreti e non in un ottica meramente formale o simbolica, è chiamata sempre più a facilitare il processo di integrazione politica al fine di coordinare il maggior numero di interessi particolari.

In questa direzione dovrà procedere la riflessione circa il ruolo della legge e del decreto-legge nell'attuale sistema delle fonti, secondo problematiche che implicino l'analisi dei ruoli e degli strumenti per la risoluzione di una complessa questione giuridica: la delimitazione e il contenuto delle sfere di intervento delle diverse fonti ritenute di volta in volta competenti.

4-LA DISTINZIONE DELLA FUNZIONE LEGISLATIVA ED AMMINISTRATIVA NELLA COSTITUZIONE

Si è finora evidenziato quanto sia concreto il rischio di una rottura, poi difficilmente ricomponibile, dell'unità del sistema delle fonti; si nota, infatti, che ormai si va smarrendo la stessa natura di atto normativo in quanto tale, non più collocabile nello spettro delle categorie del *disporre* e del *provvedere*¹³⁶. Occorre, quindi, ripartire dalla Costituzione per rimarcare la distinzione tra la funzione legislativa e quella amministrativa, quale principio affermatosi nella cultura giuridica in chiave garantista, la quale pone come ineliminabile la considerazione che amministrazione e legislazione sono tenute distinte sulla base del concetto fondamentale per cui "l'azione dello Stato debba essere preceduta da statuizioni di ordine astratto e generale, e

¹³⁶ Cfr BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, cit., pag. 215.

debba a queste conformarsi”¹³⁷. Il testo costituzionale sottolinea la distinzione organica tra potere legislativo ed esecutivo-amministrativo, e questo è testimoniato dall’articolazione prevista dagli artt. 70 e seguenti, da un lato, e dagli artt. 92 e 97, dall’altro. Emerge quindi una competenza generale del potere legislativo a disciplinare le modalità e gli spazi di intervento del potere amministrativo, ma senza entrare nel dettaglio di una attività che è riservata all’organo esecutivo; in questo modo, il potere legislativo non è tenuto a prendere provvedimenti in qualunque campo a tal punto da consentirgli di esercitare anche la funzione amministrativa. Nel corso della prassi repubblicana, si è invece assistito ad un rovesciamento della prospettiva, fino a svilupparsi una progressiva confusione di ruoli tra il Parlamento che intende allargare il proprio intervento sull’amministrazione, in modo diretto tramite il fenomeno delle leggi-provvedimento, e il Governo che aumenta il ricorso alla decretazione d’urgenza¹³⁸. Il problema dell’estensione di queste due diverse funzioni risulta centrale non solo per il corretto articolarsi del sistema delle fonti ma anche per il mantenimento di un adeguato equilibrio della forma di governo. Risulta, dunque, necessario rifarsi a quella parte del pensiero giuridico¹³⁹ che vede nel rapporto tra legislativo ed esecutivo una subordinazione dell’amministrazione alla legge in modo che sia l’attività amministrativa stessa a trovare nella legge il proprio fondamento e limite. Una corretta relazione tra legislazione ed amministrazione ha bisogno di ritornare a porre al centro tematiche classiche, quali il principio di legalità¹⁴⁰,

¹³⁷ Cfr BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, pag. 815, il quale prosegue affermando che “uno dei pilastri del moderno Stato di diritto è senza dubbio questo: che non vi sia una pena, un tributo, un onere qualsiasi fissato individualmente per me o per altro cittadino secondo il capriccio del momento di colui che ha il compito di imporlo”.

¹³⁸ Cfr RUFFILLI, *Il governo parlamentare nell’Italia repubblicana dopo quarant’anni*, in *Dir. e Soc.*, 1987, pag. 239.

¹³⁹ Cfr GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, pag. 87; cfr RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pag. 269; cfr SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, pag. 101; cfr BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pag. 105.

¹⁴⁰ Cfr SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, 2007, pag. 105, dove si sottolinea che “in particolare, dalla regola per cui la validità dell’esercizio del potere si misura sulla

la divisione dei poteri, la riserva di legge e la generalità ed astrattezza della legge parlamentare. Secondo questa impostazione, tra ciò che si prevede in via generale e ciò che si cura in concreto si instaura un rapporto che ha il suo punto di equilibrio nella garanzia che la costituzione, modificazione ed estinzione di situazioni giuridiche soggettive avvenga nello specifico grazie all'opera di un organo di esecuzione che proceda alla verifica della ricorrenza dei presupposti di applicazione della previsione legislativa alla situazione data, in modo da ottenere la raffrontabilità del provvedimento concreto rispetto alla previsione astratta che ne regola le modalità di adozione ed esercizio. Questa definizione è utile e va considerata nella presente ricerca, perché proprio su questa si basa il tentativo di evidenziare e dimostrare il carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza.

L'impostazione qui affermata consente di ricollocare la legge formale nella sua dimensione consona, intendendola quale *ratio*, ordine, struttura razionale e coerente, alla quale il potere amministrativo deve ricondurre le proprie manifestazioni particolari¹⁴¹. Lo Stato ha mezzi specifici per intervenire in settori particolari della vita economica e sociale, e questi strumenti sono dati all'interno della sua attività amministrativa, idonei a regolare situazioni precise e circoscritte, riservando alla legge il compito di perseguire interessi unitari. Proprio sulla base di quanto riportato può affermarsi che è il sistema normativo, quale delineato dalla Carta costituzionale, a stabilire oggetto e confini tra legislazione ed amministrazione, e non la prassi, la realtà istituzionale o l'interpretazione giuridica. Le norme costituzionali sull'imparzialità e sulla responsabilità amministrativa assegnano all'amministrazione un ruolo tale da far sì che il legame instaurato tra attività amministrativa ed ordinamento generale permetta che la prima realizzi il

legge deriva il principio di *preferenza di legge* che progressivamente assoggetta le manifestazioni di volontà del potere pubblico al principio di legalità".

¹⁴¹ Cfr GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., pag. 85, il quale rileva che "generalmente parlando, "legalità" significa conformità alla legge. Si dice "principio di legalità" quel principio in virtù del quale "i pubblici poteri sono soggetti alla legge", di tal che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità. Detto altrimenti: è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia conforme alla legge".

secondo¹⁴². Inoltre, la Costituzione pone una attenzione evidente per la collettività, e in questo senso l'amministrare è uno degli strumenti della democrazia e dell'esercizio della sovranità popolare "nelle forme e nei limiti della Costituzione"¹⁴³; pertanto, nello stesso momento in cui la Carta costituzionale impone compiti da realizzare riempie l'esercizio delle funzioni pubbliche di contenuti che diventano la misura della legittimità e della responsabilità del loro esercizio¹⁴⁴. La disciplina di queste funzioni pubbliche è rimessa alla legge, che ordina l'attività amministrativa proprio grazie alla sua supremazia su qualsivoglia altro atto dell'ordinamento in quanto essa è riferibile alla volontà popolare mediante l'istituto della rappresentanza.

A questo va aggiunto il ruolo peculiare che il Governo assume nell'esperienza del cosiddetto "Stato sociale" dove è richiesto un ripensamento delle forme attraverso le quali si esercitano i poteri normativi e si svolge l'intera attività politica statale¹⁴⁵. Se si pone attenzione alle più rilevanti novità che contraddistinguono gli atti con forza di legge si può osservare che i cambiamenti importanti riguardano i contenuti e gli oggetti assunti dal

¹⁴² Cfr MARONGIU, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, (1992), ora in *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, tomo II, Bologna, 1994, pag. 461, il quale afferma che il legame diretto è istaurato "per il tramite di una situazione doverosa che rende l'intera attività amministrativa, in quanto tale, nel suo nucleo costitutivo, funzione dell'ordinamento generale"; inoltre l'Autore sostiene che "il punto dirimente rispetto alla spiegazione tradizionale è costituito dal fatto che l'amministrazione, prima di appartenere, di essere parte di un ordinamento parziale, appartiene, per così dire, all'ordinamento giuridico generale, proprio in quanto funzione, essenziale ai fini del pieno dispiegarsi e realizzarsi dell'ordinamento stesso". Quindi, il rapporto con la direzione politica "non è un rapporto di dipendenza privo di una sua qualificazione", ma si tratta di un rapporto che raccorda la funzione amministrativa alla funzione di governo che necessita di una "reciproca autonomia e di una specifica diversità funzionale".

¹⁴³ Cfr ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, pag. 205.

¹⁴⁴ Cfr ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, pag. 20, il quale rileva che "costituzionale vuol dire ciò che è essenziale all'essere di un certo ordinamento e della vita associata di cui esso è la espressione giuridica, e ciò che è essenziale non è dato solo dall'organizzazione di vertice, dalle istituzioni di governo, né inoltre solo dai diritti e dalla situazioni soggettive fondamentali, ma anche da tutto quell'insieme di istituzioni e di funzioni che interessano i problemi vitali dell'uomo, la soddisfazione quotidiana dei bisogni".

¹⁴⁵ Cfr BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Torino, 1994, pag. 207 secondo il quale "le modificazioni connesse all'intervento pubblico e all'attribuzione allo Stato di compiti di *regolazione del ciclo economico* hanno inciso profondamente sulla funzione dell'*attività legislativa*."

decreto-legge. Mediante questo strumento, e sfruttando la ormai cronica situazione di instabilità economica, si cercano di introdurre, almeno teoricamente, effetti più immediati e concreti nella redistribuzione del reddito e nell'attribuzione di risorse. Interventi di questo genere operati dall'Esecutivo evidenziano la problematica compatibilità tra Stato di diritto e Stato sociale¹⁴⁶, dove emerge la questione della socialità posta in termini di una "ripartizione regolata dallo Stato, il quale corregge il meccanismo di ripartizione dei rapporti sociali a favore di determinate persone o gruppi di persone"¹⁴⁷. In un tale contesto di delicato equilibrio di logica economica, la combinazione tra Stato di diritto e Stato sociale induce il Governo ad operare direttamente, mediante piani di ripartizione e di composizione degli interessi in contrasto adottati con il ricorso alla decretazione d'urgenza. Gli obiettivi che di volta in volta il Governo si pone se da un lato possono connotarsi per la loro natura concreta dall'altro pongono alcuni interrogativi non marginali: è infatti discutibile che misure di ampio respiro, atte ad incidere stabilmente nell'ordinamento, introducendo regole di comportamento sulla cui base i singoli poi saranno tenuti a modificare le proprie ricchezze, intenzioni e capacità, possano venire disciplinate dalla decretazione d'urgenza, ossia da uno strumento, per sua stessa definizione, provvisorio. Ancora una volta, e a maggior ragione in situazioni di emergenza economica, l'intervento governativo nell'ambito dello Stato sociale dovrebbe attenersi a limiti precisi, e l'eventuale disuguaglianza di fatto che ne dovesse derivare deve mantenere, come suo presupposto imprescindibile, l'intento di ristabilire, quanto più possibile, equilibri violati e pacificare conflitti sociali per sopperire, in un

¹⁴⁶ Cfr FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, ora in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di Amirante, Milano, 1973, pag. 40, dove l'autore rileva che "per rispondere a questo interrogativo occorre tener presente che –per dirla in modo elementare– un mezzo Stato di diritto ed un mezzo Stato sociale non fanno uno Stato sociale di diritto. Con ciò intendiamo dire: non esiste nessuna soluzione di compromesso che possa realizzarsi in modo da minimizzare gli ostacoli da una parte e dall'altra. Si tratta piuttosto di considerare lo Stato di diritto nel suo pieno rigore e di controllare, sulla base dei suoi concetti, forme ed istituti, se ed in che misura esso si accordi con le esigenze ed i contenuti dello Stato sociale e conseguentemente possa accoglierli".

¹⁴⁷ Cfr FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pag.554.

contesto circoscritto, ad incapacità o ritardi o assenze che la situazione di straordinaria necessità ha reso ineludibili. Si profila dunque l'idea che il ricorso all'emanazione di decreti-legge, pur lasciandosi definire come un effetto o una concretizzazione dello Stato sociale, non è soltanto una conseguenza di quest'ultimo, e ne è testimone il fatto che i decreti-legge continuano ad essere emanati anche nel contesto odierno di crisi dello Stato sociale¹⁴⁸.

Gli argomenti sopra esposti sottolineano il tema di fondo di questo studio: continuare a considerare la sistematicità delle fonti¹⁴⁹ un elemento essenziale della certezza del diritto in modo tale che ogni variazione delle fonti deve essere riconducibile al sistema mediante interpretazioni certe e stabili¹⁵⁰.

5-INDIRIZZO POLITICO E DECRETAZIONE D'URGENZA

Occorre ora porre alcune precisazioni sul ruolo dell'indirizzo politico all'interno della concezione di decretazione d'urgenza qui sostenuta, articolando meglio quanto già riportato nel corso dell'*Introduzione*. La questione in esame è particolarmente delicata e, innanzitutto, a livello generale sull'istituto va richiamata la teorica¹⁵¹ dell'indirizzo politico volta a

¹⁴⁸ Cfr FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. e soc.*, 1999, pag. 163

¹⁴⁹ Cfr DOGLIANI, *L'indirizzo politico*, Napoli, 1985, pag. 23, il quale afferma che "le risposte alla domanda su quali siano state le cause che hanno provocato la crisi della fiducia nella autonoma capacità prescrittiva della Costituzione, e cioè nella rilevanza e nella efficacia giuridico-politica dell'attività di interpretazione, intesa come individuazione/enunciazione, delle regole costituzionali e costituzionalmente derivate, potrebbero dunque essere ritrovate in questo duplice ordine di considerazioni: nelle modificazioni strutturali conseguenti alla "complessificazione" dell'ordinamento ad opera della legislazione delle emergenze, e, fondamentale, nel disgregarsi del delicato equilibrio su cui era fondata la cultura della "costituzione da attuare", sotto l'urto di impostazioni che ripropongono come esclusivo lo schema della integrazione sostanziale".

¹⁵⁰ Cfr CIARLO, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Dir. amm.*, 1998, pag. 384.

¹⁵¹ Cfr ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pag. 641 dove si afferma che la distinzione tra legislativo ed esecutivo deforma l'esatta visione della forma di governo, di modo che il criterio tradizionale "è troppo ambizioso e deve essere senz'altro

comprendere secondo quali modalità la politica possa essere ricondotta al fenomeno giuridico, posto che l'indirizzo politico stesso risulta difficilmente collocabile nelle tradizionali funzioni statali. L'aspetto che qui rileva sottolineare evidenzia che l'indirizzo politico "consiste in una decisione, in senso pregnante, sui contenuti della Costituzione"¹⁵², e questo va inteso nel senso che è proprio l'attuazione della stessa Carta costituzionale a richiedere una scelta di tipo politico sui suoi contenuti. Questo collegamento sottolinea che le varie manifestazioni dell'indirizzo e i profili dell'ordinamento sono, più o meno direttamente, riconducibili alla Costituzione e valutabili sulla base di questa¹⁵³. Tenute presenti queste considerazioni, va ricordata la peculiarità dell'indirizzo politico in sede di decretazione d'urgenza; in precedenza si è infatti sostenuto che se il decreto-legge è strumento di intervento in situazioni d'emergenza dalle caratteristiche operative e strutturali riconducibili all'attività di alta amministrazione, l'indirizzo politico non potrà ordinariamente servirsi di questo istituto per attuare se stesso, ma, soltanto al sorgere della circostanza straordinaria, e in via residuale, potrà indicare le soluzioni ritenute più opportune ed efficaci per fronteggiare l'imprevedibile.

Ora, questa affermazione va meglio articolata per comprendere il suo autentico significato.

In una situazione dominata dal carattere di risposta urgente e provvisoria e dal concetto di eccezione risulta difficile predisporre una disciplina avente forza di legge che presenti una visibile continuità e coerenza di significati in tutte le

ridimensionato", non messo da parte ma ritenuto parte di un "criterio distintivo più complesso". Cfr DOGLIANI, *L'indirizzo politico*, cit., pag. 55. Cfr BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, pag. 65.

¹⁵² Cfr DOGLIANI, *L'indirizzo politico*, cit., pag. 225.

¹⁵³ Cfr MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pag. 139, dove si afferma che "il fine costituzionalizzato abbisogna d'essere meglio individuato e reso concreto in relazione al momento in cui lo stesso viene assunto come proprio dall'azione di governo [...]. Quando, invece, la norma indica il fine ricorrendo a formule generiche od a concetti indeterminati, l'individuazione del fine, intesa come valutazione e specificazione della formula generica o del concetto indeterminato, acquista rilievo eminentemente politico, pur entro i limiti stabiliti dalla norma".

sue parti. Conseguentemente, disposizioni di rango primario spezzettate dall'emergenza, concepite come un insieme di misure che trovano il loro fondamento nell'indifferibilità della parziale soluzione adottata, rischiano di relegare in un angolo dimenticato la rilevanza e la portata dell'art. 77 Cost., tralasciando il principio generale in esso contenuto e le condizioni e i presupposti essenziali della competenza governativa. Da qui la disarticolazione del sistema delle fonti, dove vengono meno le regole costituzionali idonee nella valutazione dell'"essere" dell'ordinamento e nell'indicazione del suo "dover essere". Il cosiddetto "diritto delle emergenze" non solo va considerato in quanto determinato dalla necessità di predisporre discipline urgenti, viste come improcrastinabili nella loro particolarità, ma anche va studiato sotto il profilo dei suoi contenuti concreti in relazione alle attese specifiche. Le statuizioni introdotte mediante decreto-legge hanno dunque la caratteristica di appagare sostanzialmente delle domande impellenti e non sono adatte a stabilire condizioni certe di azione, definendo un quadro prevedibile e stabile di aspettative. In sintesi "diritto delle emergenze è il punto terminale, lo sbocco, della concezione del diritto come mezzo di integrazione sostanziale, realizzata immediatamente dal contenuto delle misure. E' lo strumento di "conservazione" del sistema fondato su questo tipo di integrazione; e dovendone fronteggiare la crisi, ne mette semplicemente in luce, in modo più accentuato e scoperto, i tratti"¹⁵⁴. In un ordinamento giuridico che l'emergenza stessa può rendere frammentato, eterogeneo, disorganico, confuso occorre porre uno strumento che abbia il compito di essere allo stesso tempo limite e rimedio a tutto questo, capace di tenere ben saldo un filo conduttore comune nell'immediatezza degli interventi. In questo senso, dopo l'insorgere della situazione straordinaria, si ricorre all'indirizzo politico affinché esso conferisca coerenza, unità, organicità e continuità alle misure predisposte ex art. 77 Cost., designando un legame unificante con la situazione necessitata. La tutela della continuità e coerenza della disciplina d'emergenza, garantita dall'indirizzo politico,

¹⁵⁴ Cfr DOGLIANI, *L'indirizzo politico*, cit., pag. 20.

diventa un aspetto che caratterizza l'assetto costituzionale della decretazione d'urgenza; l'indirizzo politico assicura il mantenimento di una coerenza dell'atto decreto-legge intesa come corrispondenza sia al parametro esterno rappresentato dalla situazione di straordinaria necessità ed urgenza sia all'orientamento politico generale dell'azione di governo. Come si vede si tratta di un concetto che si arricchisce di nuovi significati e di diversi profili, il tutto però riconducibile ad un agire politico che, sebbene operi solo dopo il sorgere dell'emergenza, svolge un ruolo unificante in modo da ricondurre ad unità l'intero percorso della decretazione d'urgenza, e quindi in sede di verifica della sussistenza dei presupposti, di predisposizione di interventi dal contenuto coerente, preciso e concreto per poi coinvolgere anche la fase di conversione.

Nell'istituto disciplinato dall'art. 77 Cost. si verifica, pertanto, una particolare applicazione, specificazione, concretizzazione di norme costituzionali da parte dell'indirizzo politico; nella decretazione d'urgenza il fine da perseguire è già indicato dalla Costituzione e l'indirizzo politico non è, in tale contesto, chiamato a svolgere una attività di libera determinazione delle finalità da raggiungere. La scelta politica che qui ricorre concerne le modalità attraverso le quali perseguire il fine posto dalla disposizione costituzionale, con le caratteristiche evidenziate. L'indirizzo politico entra nel delicato meccanismo delle fonti primarie adottate dal Governo dovendosi confrontare con regole costituzionali che, oltre ad assegnare una competenza specifica, risultano imprescindibili per la corretta determinazione delle condizioni di esistenza di uno Stato democratico. Si tratta, quindi, di regole che, proprio per questa loro funzione, presentano una consistenza autonoma, costituiscono una realtà giuridica non rinunciabile, conferiscono un contenuto positivo alla necessità, e non rappresentano affatto una "idealizzazione" lasciata alla libera scelta politica. Le proposizioni costituzionali dell'art. 77 sono norme peculiari perché sono chiamate a garantire, nel frangente precario dell'emergenza, un minimo di certezza di aspettative; pongono criteri ed obiettivi vincolanti per gli organi istituzionali e per tutti gli operatori politici, e non sono interpretabili

come mere descrizioni di regolarità eludibili a seconda delle situazioni. Il limite che da ciò deriva per l'indirizzo politico non va però visto come un impedimento ma come una risorsa, poiché si tratta di un ruolo specifico in situazioni del tutto particolari assegnato dalla stessa Costituzione. Si è quindi dinanzi all'opportunità, che lo strumento della decretazione d'urgenza offre, di rivitalizzare l'autonoma capacità prescrittiva della Carta costituzionale, nel senso della rilevanza e della efficacia giuridico-politica dell'attività di interpretazione. Il compito dell'indirizzo politico di predisporre interventi ordinati e guidati da un comune filo conduttore rappresenta un rimedio adeguato, oltre che per regolare la complessità della disciplina d'emergenza, anche per se stesso, frequentemente preda di volontà confuse, per ritrovare la propria corretta dimensione nell'architettura costituzionale.

6-INCIDENZA DEL RUOLO DEL DECRETO-LEGGE SULLA FORMA DI GOVERNO E RIFLESSI SULLA FORMA DI STATO

L'alterazione del sistema delle fonti causato dall'abuso del ricorso alla decretazione d'urgenza presenta una ricaduta negativa sulla forma di governo. La scelta del costituente per un sistema di governo parlamentare è intesa nel senso di considerare con particolare attenzione la delicata ripartizione dei poteri di adottare atti di rango primario, in modo che questi siano attribuiti in via permanente al Parlamento e solo in via eccezionale, dinanzi a situazioni non ordinarie o su delega, al Governo. Quest'ultimo, infatti, proprio per il suo carattere rappresentativo soltanto derivato, risulta, in via generale, assegnatario di poteri normativi di tipo secondario¹⁵⁵, in linea con la sua

¹⁵⁵ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. I profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, pag. 327, il quale rileva che "la forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione del 1948, nei fatti, è riuscita ad essere applicata solo per una

natura di organo amministrativo, seppur collocato nella posizione di vertice della Pubblica Amministrazione.

Di fronte alla difficoltà manifestata dalla funzione legislativa parlamentare a gestire il sistema costituzionale nel suo complesso¹⁵⁶ si è ricorso ad altri strumenti di produzione giuridica, adattando, e distorcendo, istituti originariamente volti ad altri fini; in tal modo si è arrivati a ritenere il decreto-legge una forma di iniziativa legislativa rinforzata¹⁵⁷, flessibile, di facile utilizzo e di grandissima efficacia¹⁵⁸. Questo fenomeno comporta un pericoloso capovolgimento di ruoli tra Governo e Parlamento e provoca una *doppia espropriazione sostanziale*¹⁵⁹ di prerogative proprie delle Camere, sia perché la sostituzione della disciplina governativa a quella parlamentare avviene in modo ordinario, ossia senza la sussistenza dei requisiti costituzionali della necessità e dell'urgenza, sia perché il fatto di dedicare una quota sempre più ampia del proprio tempo all'esame dei decreti-legge limita grandemente la possibilità del Parlamento di attendere alla legislazione

ventina d'anni, nei quali – non a caso – il decreto-legge è stato utilizzato in maniera conforme alla Carta costituzionale”.

¹⁵⁶ Cfr CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, pag. 513, dove si sottolinea, quale “causa tecnica” del più generale ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo, la lentezza dei procedimenti di formazione della legge e la scarsa attitudine della classe politica parlamentare ad affrontare la regolazione di materie di natura prevalentemente tecnica.

¹⁵⁷ Cfr PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in CAZZOLA-PREDIERI-PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. XX.

¹⁵⁸ Cfr CHIMENTI, *Addio prima Repubblica. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di undici legislature*, Torino, 1995, pag. 189, il quale evidenzia che il decreto-legge “ha completamente perso le sue connotazioni costituzionali di urgenza oggettiva, ed è diventato da un lato un manifesto dell'indirizzo politico che il Governo tenta di “imporre” al Parlamento (non solo all'opposizione ma anche ad una maggioranza sempre più riottosa), e dall'altro un “acceleratore” della sua azione amministrativa che pone alle Camere lo spiacevole dilemma fra ratificare o apparire come causa di vuoti normativi, e quindi di ingovernabilità”. Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della “necessità ed urgenza” dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, pag. 1434, dove lucidamente si osserva che “l'abuso della decretazione d'urgenza, venendo a mutare esclusivamente in via di fatto i rapporti tra gli organi costituzionali in ordine all'attività legislativa..., genera anche una serie di inconvenienti pratici, che certamente ... non risolvono le difficoltà che rendono attualmente poco funzionale e produttiva l'attività del Parlamento, anzi sembrano aggravarle”.

¹⁵⁹ Cfr RODOTA', *L'abuso dei decreti-legge-Fenomenologia dei decreti*, in *Pol. del diritto*, 1980, pag. 381.

corrente. Così, la competenza normativa tra Camere e Governo non viene più ripartita secondo il disegno costituzionale, in quanto entrambi ormai dispongono del potere di emanare atti di rango primario in base ai medesimi criteri di opportunità, utilizzando due procedimenti che, vista la prassi, finiscono per divergere unicamente per aspetti formali e procedurali, la maggiore o minore celerità, e non per quelli contenutistici, tanto da rendere ordinaria la fonte straordinaria e straordinaria quella ordinaria¹⁶⁰.

Questo insieme di elementi incide profondamente e negativamente sulla forma di governo e la conseguenza è quella di consentire all'Esecutivo di appropriarsi, di fatto e tacitamente¹⁶¹, della potestà legislativa parlamentare; la prassi vede sempre più spesso proporre una nuova tipologia di decretazione d'urgenza, riassunta nella formula "decreto-legge ordinario"¹⁶², il quale rappresenta "il punto di emersione più difettoso di una democrazia mediatrice e assembleare"¹⁶³, dove Governo, maggioranza ed opposizione, anche mediante un abbondante utilizzo di emendamenti, danno origine a vere e proprie "forme di colegislazioni governativo-parlamentari"¹⁶⁴. Questo quadro sottolinea quanto l'istituto regolato dall'art. 77 Cost. abbia subito una vera e propria mutazione genetica¹⁶⁵. Attraverso la considerazione, affermatasi nella quotidianità istituzionale, che la decretazione d'urgenza sia una fonte ordinaria, continua¹⁶⁶, normalizzata, abitudinaria, concorrenziale rispetto alla

¹⁶⁰ Cfr LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica, organi e poteri: commento alla Legge 400/88*, Rimini, 1997, pag. 162.

¹⁶¹ Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pag. 248, il quale sottolinea quanto questa modifica sia fondata sulla "pura effettività politica e sociale".

¹⁶² Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI edizione, Padova, 1993, pag. 106, dove si configura l'ipotesi della creazione di una nuova forma di fonte, un decreto-legge "ordinario", distinto e differenziato da quello dell'art. 77.

¹⁶³ Cfr DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, n. 111, pag. 5-26.

¹⁶⁴ Cfr PITRUZZELLA, *La lunga transizione: la forma di governo nell'XI e nell'XII legislatura*, in *Dir. pubbl.*, 1996, pag. 429.

¹⁶⁵ Cfr RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, pag. 251.

¹⁶⁶ Cfr BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, III edizione, Padova, 1994, pag. 175, dove l'autore afferma che "la pratica della decretazione normativa è tanto ripetuta da apparire continua", per cui "è ancora più evidente che la previsione dell'art. 77 è nient'altro

legge parlamentare, e l'unico elemento eccezionale risiede nel procedimento di emanazione e conversione¹⁶⁷.

Si tratta di una progressiva e costante degenerazione che ha condotto ad una radicale trasformazione della natura dell'istituto, che, in via di fatto si è venuto a sdoppiare in due figure¹⁶⁸; accanto al decreto-legge conforme all'art. 77 Cost., che vuole delineare un atto avente forza di legge, indifferibile ma provvisorio, si è affermata una seconda tipologia di decretazione d'urgenza, che col tempo ha soppiantato la prima, fondata su una interpretazione estensiva finalizzata a riscontrare nel decreto-legge un atto di mera anticipazione legislativa, destinato ad introdurre nell'ordinamento una disciplina immediata e tendenzialmente stabile. Si è dunque formata quasi una convenzione costituzionale¹⁶⁹, che ha riconosciuto come fonte, quantitativamente prevalente rispetto alla stessa legge formale, un nuovo tipo di decreto-legge, di natura ordinaria, che costituisce un diverso procedimento di formazione della legge¹⁷⁰.

Come risulta da questa ricostruzione, l'effetto di una degenerazione di tale portata è devastante sul sistema delle fonti e, di conseguenza, la forma di governo ne esce modificata profondamente, superando l'assetto delineato e

che la prefigurazione di un procedimento legislativo alternativo, in cui la iniziativa del governo non è diretta a rendere possibile o a promuovere il dibattito parlamentare su un disegno di legge, ma a preconstituire una legge, obbligando il parlamento a pronunciarsi su di essa, approvandola o disapprovandola o modificandola nel termine di 60 giorni dalla pubblicazione”.

¹⁶⁷ Cfr PALADIN, *Atti legislativi e rapporti fra i poteri*, in *Quad. Cost.*, 1996, pag. 14, il quale rileva che “di veramente straordinario ... non rimane null'altro che il procedimento seguito dal Governo, al di fuori delle vie normali della funzione legislativa”.

¹⁶⁸ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*. cit., pag. 310.

¹⁶⁹ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 154, dove si sostiene che il consenso sul ricorso alla decretazione d'urgenza è inteso come “una sorta di svigorimento della forma, per la quale il decreto-legge, da strumento derogatorio ed eccezionale di produzione normativa, è divenuto una ordinaria fonte di produzione del diritto”.

¹⁷⁰ Cfr RESCIGNO, *Le tecniche legislative oggi in Italia*, in VISINTINI, (a cura di), *Analisi di leggi campione. Problemi di tecnica legislativa*, Padova, 1995, pag. 739, il quale sottolinea come “oggi in Italia non si legifera più mediante leggi discusse e approvate in Parlamento, ma mediante decreti-legge del Governo, a cui segue talvolta e con molto ritardo, l'approvazione del Parlamento (il quale comunque delibera sopra decisioni già adottate e già applicate)”.

voluta dalla Costituzione formale¹⁷¹. Si è ampiamente perduta la centralità del Parlamento, il quale ha cooperato a codesta erosione del proprio ruolo di legislatore, “assecondando la conversione del decreti-legge e non reagendo innanzi alla loro reiterazione, delegando molto e a lungo, rinnovando le deleghe medesime, tollerando la prassi dei cosiddetti decreti correttivi”¹⁷². La sopravvenuta centralità del decreto-legge, adottato senza i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza e privo, in gran parte, di un contenuto prettamente provvedimentale, provoca pericolosi squilibri nella separazione dei poteri forieri di disordine istituzionale e normativo¹⁷³, con forti impatti su valori costituzionalmente tutelati¹⁷⁴.

Alcune considerazioni finali vanno poste anche per quanto riguarda i riflessi sulla forma di Stato, volendo sottolineare come tale degenerazione incide sulla relazione tra cittadino ed autorità pubblica. Il rischio concreto è quello di intaccare principi fondamentali dell’ordinamento, sanciti a livello costituzionale, come il principio di tutela delle minoranze e quello di legalità. Infatti, le minoranze possono partecipare all’*iter* della decretazione d’urgenza in maniera molto limitata, soltanto in sede di conversione, con una forte compressione dei loro spazi, dato anche il frequente ricorso alla questione di fiducia da parte dell’Esecutivo. Il principio di legalità è sostanzialmente svuotato¹⁷⁵, a fronte dell’assenza di qualsivoglia esigenza di urgenza e in

¹⁷¹ Cfr PIZZORUSSO “*Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell’esperienza recente*”, in *Pol. del diritto*, n. 3/1995, pag. 373, il quale ricorda che “la difficoltà di conciliare il riconoscimento all’esecutivo del potere di decretazione d’urgenza con i principi del governo parlamentare si era manifestato già nel periodo della monarchia liberale quando i decreti legge venivano giustificati con argomentazioni di vario tipo.”

¹⁷² Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, cit., pag. 208.

¹⁷³ Cfr SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. del diritto*, 1996, pag. 426.

¹⁷⁴ Cfr PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quad. cost.* 1996, pag. 7, dove si sottolinea che “la Costituzione formale non è stata affatto soppiantata da una incompatibile costituzione materiale; ma viene interpretata ed applicata, sul piano dell’effettività giuridica, nel senso di far salva – in larghissima misura – la decretazione legislativa d’urgenza, malgrado si tratti del fattore maggiormente anomalo e discutibile, se confrontato con qualsiasi altro tipo di atto o di fatto normativo”.

¹⁷⁵ Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, cit., pag. 345.

presenza di testi estremamente articolati ed eterogenei; questo determina effetti irreversibili, con grave nocimento alla certezza del diritto. Ritorna quindi il tema della sovranità popolare e quanto già affermato nel corso di questo capitolo: il principio di legalità per potersi realizzare compiutamente necessita che l'atto normativo prodotto provenga dall'organo più rappresentativo della volontà popolare¹⁷⁶. Il riequilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento non implica un aumento di poteri dell'Esecutivo; al contrario, nel caso dell'adozione di atti di rango primario è necessario un contenimento.

La mancata presa di coscienza di cosa effettivamente si intenda per "fatto emergenziale" ha finito per consentire al Governo di oltrepassare i limiti di elasticità che una Costituzione rigida può tollerare¹⁷⁷. In situazioni di emergenza il bisogno di rispondere in maniera rapida ed efficace alla "domanda di decisione" rischia di disarticolare il concetto stesso di diritto, inteso come "sistema razionale di statuizioni predeterminate"¹⁷⁸. Infatti, l'insorgere dell'emergenza pone la questione della modificabilità dell'ordinamento giuridico e dell'esistenza di limiti assoluti a tale modificazione. Il diritto, pertanto, si trova dinanzi alla sfida di predeterminare e disciplinare ciò che, per sua stessa natura, risulta essere frutto dell'imprevedibilità. E in questo senso il rapporto tra autorità chiamata ad intervenire e cittadini corre il pericolo di venire eccessivamente compromesso. I fatti emergenziali non possono avere il requisito della regolarità, eppure, più di altri accadimenti, richiedono un sistema di regole capace di guidare l'intervento dell'autorità secondo criteri e modalità costituzionalmente legittime. Il tema dunque è la tutela della forma di Stato in tempo d'emergenza, e già in sede costituente era stato appropriatamente

¹⁷⁶ Cfr PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, pag. 220.

¹⁷⁷ Cfr PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. del diritto*, 1995, pag. 398, dove si sottolinea che non può essere consentita una dichiarata elusione di una norma, tale da rovesciare il senso di una disposizione costituzionale, a meno che non si voglia trasformare la Costituzione repubblicana da rigida a flessibile.

¹⁷⁸ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, pag. 37.

osservato che lo strumento del decreto-legge aveva come scopo preciso quello di “adeguare l’ordinamento giuridico alle repentine evoluzioni della situazione sociale. Esso fu proposto, quindi, come un valido strumento tecnico al fine di garantire la certezza preventiva del diritto. I vantaggi propri della certezza preventiva del diritto vengono meno, infatti, ogni qual volta un ordinamento giuridico non possiede gli strumenti operativi necessari a far fronte a nuove ed urgenti situazioni sociali da regolamentare”¹⁷⁹. La misura emergenziale prevista dall’art. 77 Cost. necessita di una interpretazione che consideri insieme i principi sia della forma di governo sia della forma di Stato: si corre infatti il rischio che questi tipi di interventi, invece di garantire la tutela di determinati valori e di interessi primari anche in circostanze straordinarie, siano impiegati strumentalmente per introdurre nuovi valori o per negare quelli fino ad allora garantiti. I poteri d’emergenza, proprio per la loro caratteristica di derogare il sistema ordinario delle fonti del diritto, possono avanzare la pretesa di non sottostare a limitazioni di sorta, ritenendo lecito sacrificare tutto ciò che la necessità impone¹⁸⁰.

L’analisi della disciplina emergenziale consente all’interprete di studiare, da un punto di vista privilegiato, l’intero ordinamento giuridico.

¹⁷⁹ Cfr TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell’assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Milano, 1986, pag. 27.

¹⁸⁰ Cfr PACE, *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti tenuto a Torino il 25 e 26 ottobre 1996, ora in *Quad. cost.*, 1/1997, pag. 17, dove si riflette sulla distinzione tra potere costituente (potere di mero fatto) e funzioni sovrane (poteri giuridici) e sulla insostenibilità della tesi che una costituzione possa istituzionalmente attribuire a chiunque il potere costituente.

CAPITOLO SECONDO

PRESUPPOSTI DI NECESSITA' E URGENZA E AMBITO DI APPREZZAMENTO GOVERNATIVO

1-I CASI STRAORDINARI DI NECESSITA' E URGENZA COME CLAUSOLA GENERALE

Una delle difficoltà nella comprensione dell'istituto della decretazione d'urgenza concerne la complessità nel determinarne con chiarezza l'ambito di operatività. Assumendo come punto fermo che il decreto-legge vede la sua ragion d'essere nella finalità “di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che lo mettano in pericolo”¹⁸¹, non risulta semplice determinare a priori quando effettivamente emerga la necessità di provvedere in via straordinaria¹⁸². Non è dunque possibile giungere ad una definizione oggettiva e puntuale dei “casi straordinari di necessità ed urgenza” in quanto l'ordinamento non è in grado di indicare tassativamente le singole situazioni specifiche¹⁸³. In questo senso, ogni tentativo di enumerazione, oltre ad risultare velleitario, può avere un significato meramente descrittivo ma non prescrittivo. La naturale elasticità

¹⁸¹ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ediz., Padova, 1993, pag. 104.

¹⁸² Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. i profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, pag. 178.

¹⁸³ Cfr GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso ed abuso del decreto-legge*, in *Dir. e Società*, 1978, pag. 244, dove si sottolinea come “di massima il concetto stesso di inevitabilità, di eccezionalità e quindi in definitiva di necessità ed urgenza, siano di per sé poco conciliabili con una delimitazione materiale soddisfacente”.

della decretazione d'urgenza emerge anche dalle considerazioni poste già in sede costituente, laddove si sottolineava che “l'esperienza ha infatti dimostrato come qualsiasi tentativo di regolamentazione e di disciplina dell'emissione dei decreti-legge sia stata sempre esiziale. Essa ingenera da una parte la tentazione da parte del Governo di abusarne per la più rapida realizzazione dei fini della sua politica; dall'altra parte, eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza”¹⁸⁴. La raggiunta consapevolezza dell'impossibilità di elencare in maniera dettagliata le situazioni di straordinaria necessità ed urgenza ha reso inevitabile il ricorso ad una tecnica normativa che si realizza nello strumento della “clausola generale”, in modo da non definire aprioristicamente l'ambito di utilizzo del decreto-legge e, allo stesso tempo, da non far perdere all'istituto la sua funzione di atto emergenziale. Di conseguenza, in Assemblea Costituente si è posta la questione di circondare questo strumento di freni e limiti affinché questi risultassero i “più efficaci che si possano pensare”¹⁸⁵; infatti in uno Stato di diritto questo istituto può trovare legittimità soltanto se viene mantenuto ben saldo il rapporto che si istaura a livello e tra norme costituzionali¹⁸⁶, in quanto, nell'attribuire all'Esecutivo il potere di adottare atti aventi forza di legge, l'art. 77 Cost. si sostituisce, in via di eccezione, come canone di valutazione giuridica di una circostanza al principio generale sulla produzione legislativa. Dunque la norma costituzionale va complessivamente intesa col seguente significato normativo: “il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge, a meno che non vi siano casi straordinari di necessità ed urgenza”¹⁸⁷. La clausola generale espressa dal legislatore costituente, nella

¹⁸⁴ Cfr MORTATI, *Atti dell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di giovedì 18 settembre 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, cit., IV, pag. 2928.

¹⁸⁵ Cfr RUINI, *Atti dell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di giovedì 18 settembre 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, cit., IV, pag. 3337.

¹⁸⁶ Cfr FRESA, *Provvisorieta' con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 35.

¹⁸⁷ Cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, pag. 146.

sua indeterminazione, intende espressamente individuare l'ambito di intervento governativo mediante "rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume"¹⁸⁸; in pratica si tratta delle massime di comune esperienza. Secondo tale impostazione, quindi, qualsiasi circostanza, qualsiasi situazione storico-ambientale può legittimare il Governo ad assumere la potestà legislativa, purché sussistano, rispetto a questa, i presupposti dell'art. 77 della Costituzione¹⁸⁹. L'elemento che emerge e che caratterizza il contenuto specifico del potere d'emergenza è la sua "essenziale connessione e direzione teleologica"¹⁹⁰, intendendo con questa espressione una imprescindibile aderenza a fatti e a circostanze concrete, le quali sono troppo varie per essere oggetto di una astratta e generica previsione. La reale portata di concetti giuridici indeterminati può essere più facilmente intuita che definita; l'ambito di fattispecie, di interessi, di valori che tali concetti richiamano necessita di una particolare e complessa operazione logico-deduttiva, in quanto il Consiglio dei ministri è chiamato a trasformare il contenuto di una regola giuridica astratta in una decisione relativa ad una situazione concreta. Il concetto di urgente necessità non si esaurisce unicamente in un significato empirico che permetta di qualificare alcuni fatti ma implica un significato di valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Queste considerazioni, a livello dottrinario, già erano state poste, laddove si sosteneva che "ciò che caratterizza la necessità è la materiale e assoluta impossibilità di applicare in certe condizioni le norme che regolano la vita dello Stato e il

¹⁸⁸ Cfr LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, pag. 303, il quale applica questa definizione in generale a tutte le ipotesi di espressioni rientranti nella categoria di quella che definisce "vaghezza socialmente tipica".

¹⁸⁹ Cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 59.

¹⁹⁰ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, pag. 46, il quale sottolinea il fatto che "l'esistenza delle condizioni di necessità ed urgenza determina infatti l'ambito di rilevanza giuridica della situazione storico-ambientale, in quanto eventi che non attengono immediatamente alla situazione di fatto, come momenti direttamente concernenti l'oggetto, ma quali opposizioni che ne caratterizzano il contenuto. Le condizioni di necessità ed urgenza vengono così a costituire gli elementi di qualificazione principale della formula dell'art. 77 Cost."

bisogno non di applicare le esistenti, ma di emanarne di nuove”¹⁹¹. In un tale contesto vanno respinte quelle impostazioni che considerano separabile la necessità dall’urgenza¹⁹²; infatti, se ciò che qualifica questo potere governativo è il provvedere, la necessità del provvedere stesso sarà rilevante giuridicamente soltanto assieme all’urgenza, trattandosi, dunque, non tanto di una forma di endiadi ricavabile dal testo dell’art. 77 Cost. quanto di una necessità improrogabile¹⁹³. Questi rilievi vanno legati alla portata del concetto di “straordinarietà” e occorre prestare attenzione al rischio insito in quelle riflessioni che vedono tale concetto come rafforzativo dell’urgente necessità¹⁹⁴; onde evitare un eccessivo ridimensionamento della rilevanza della disciplina costituzionale il requisito della straordinarietà va meglio inteso in relazione alla tipologia di potere attribuito al Consiglio dei ministri, che individua una specifica competenza, talmente circoscritta da far rientrare nelle attribuzioni governative ciò che altrimenti non vi rientrerebbe. Ed è proprio grazie a questo significato che si coglie la rilevanza del primo comma dell’art. 77 Cost., il quale nel sancire il divieto per il Governo, senza delegazione del Parlamento, di adottare decreti aventi valore di legge

¹⁹¹ Cfr ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ed ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, il quale sottolinea come tipico del provvedimento di emergenza, proprio “tale sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di nuovo diritto obiettivo al diritto obiettivo esistente”.

¹⁹² Cfr PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pag. 554-557, dove ritenendo che la necessità indichi null’altro che la indispensabilità di una misura ai fini della realizzazione dell’indirizzo politico governativo, afferma che elemento centrale della formula costituzionale appare solo l’urgenza, da intendersi come circostanza nella quale le misure progettate dal Governo “non possano, per motivi tecnici, compiersi efficacemente ed immediatamente dalle Camere parlamentari”.

¹⁹³ Cfr MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, pag. 429, dove, parlando di una urgenza che “rende la necessità attuale”, considera l’urgenza stessa come atta a individuare un mezzo, il decreto-legge, che deve essere usato senza indugi, sotto la pena di danni irreparabili. Cfr RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Novissimo dig. It.*, Torino, pag. 100, il quale sottolinea l’erroneità di una distinzione concettuale tra urgenza e necessità, dal momento che l’urgenza è da considerare una *species* del *genus* necessità, e, in modo più preciso, una necessità qualificata rispetto al tempo: “vi può essere una necessità che non sia urgente, non vi può essere una urgenza (attuale) che non comporti un certo grado di necessità”.

¹⁹⁴ Cfr PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., pag. 556, il quale nega che la straordinarietà sia distinguibile dalla necessità ed urgenza, e possa quindi valere a circoscrivere ulteriormente ed autonomamente il potere governativo.

ordinaria, evidenzia il carattere particolare della norma attributiva del potere d'urgenza. Quindi, "le norme poste in essere con la forma e l'efficacia tipica del decreto-legge devono sempre rispondere, per il loro contenuto, ad una esigenza impellente"¹⁹⁵, e questo va a confermare la natura provvedimentale dell'istituto della decretazione d'urgenza. In base allo schema qui accolto, si ha da un lato una competenza specifica, dall'altro una situazione di urgente necessità individuata e qualificata come presupposto del decreto-legge; per comprendere la portata giuridica della nozione di "presupposto" occorre rifarsi alla dottrina amministrativa¹⁹⁶, la quale lo definisce un requisito che, pur non costituendo un elemento integrante dell'atto, si pone come condizione oggettiva, di carattere preliminare, la cui esistenza è richiesta affinché l'atto stesso, o meglio, il provvedimento, possa essere validamente adottato. In tal senso, si può definire il presupposto alla stregua di un concetto di "relazione", proprio perché mette in relazione certi accadimenti con la titolarità e l'esercizio del potere di decretazione d'urgenza, ed è questa "relazione" e il suo corretto equilibrio che consente l'attivazione, costituzionalmente legittima, della competenza governativa.

Quindi, al fine di fornire una analisi e una argomentazione più specifica del concetto di presupposto dell'art. 77 Cost. nel prosieguo della ricerca sarà posta particolare attenzione allo studio del fatto emergenziale, alle sue caratteristiche, ai suoi elementi costitutivi per dimostrare che esso è il reale contenuto della clausola generale posta dal testo costituzionale.

¹⁹⁵ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, cit., pag. 54.

¹⁹⁶ Cfr SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, pag. 45, il quale, riflettendo sulla nozione di presupposto nel diritto amministrativo, evidenzia che la funzione del presupposto stesso consiste nella determinazione di quella situazione rispetto alla quale un certo evento possa assumere nel mondo del diritto una determinata qualificazione giuridica. Cfr GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pag. 321-324, il quale definisce il presupposto come un fatto giuridico che, nel momento in cui si avvera, consente l'adozione del provvedimento, inserendolo, quindi, nella problematica dei fatti giuridici, ossia di quelle evenienze idonee, a secondo della qualificazione normativa, a produrre tanto effetti giuridici di titolarità di situazioni soggettive che effetti incidenti sull'esercizio di situazioni soggettive. Inoltre, Cfr GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, pag. 42.

2-LA VALENZA ASSUNTA DAL SINTAGMA NELLA PRASSI

Prima di addentrarsi nella trattazione del fatto emergenziale, è bene considerare, seppur per sommi capi, come la clausola generale dell'art. 77 Cost. sia stata snaturata da una impostazione che si è basata su una interpretazione a dir poco estensiva, la quale, oltre ad aver giustificato una prassi non consona al tenore costituzionale della disposizione, ha finito per condurre ad una disarticolazione concettuale dell'istituto della decretazione d'urgenza¹⁹⁷. In tal senso, si colloca la distinzione tra necessità relativa e necessità assoluta, affermando che i requisiti della necessità e dell'urgenza siano riferiti al provvedere e non al provvedimento¹⁹⁸, in modo da configurare

¹⁹⁷ Cfr PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1974, pag. 1520, dove si riflette sulle "indulgenti interpretazioni dottrinarie" strettamente legate alla prassi. Cfr GROTTARELLI DE'SANTI, *Usa ed abuso del decreto-legge*, in *Dir. e Società*, 1978, pag. 245, il quale, riguardo alla stretta connessione tra interpretazioni estensive della dottrina ed effettivo utilizzo del decreto-legge da parte dell'Esecutivo, sostiene che "tale "condiscendenza" ha innegabilmente influito nel senso della non prede terminabilità dei concetti di necessità ed urgenza, facendo sì che in sostanza esse si situassero (o si identificassero con essa) sul piano della opportunità politica" e che, pertanto, "non c'è dubbio che molte responsabilità della situazione attuale, buona o criticabile che sia, e dell'esercizio effettivo della decretazione devono essere fatte ricadere su di essa, sia pure a distanza rispetto a quelle che incombono sulla classe politica". Cfr QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977, pag. 95, il quale riflette sul fatto che si è affermata una convinzione, dominante in sede dottrinale e politica, secondo la quale la decretazione d'urgenza sia da intendere come potestà legislativa non eccezionale, frutto di una concezione "insinuatasi lentamente ma pericolosamente nella nostra coscienza giuridica, per vari motivi di ordine storico e politico". Infine cfr PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. del diritto*, 1995, pag. 396, secondo il quale "sembrerebbe che gli studiosi si siano ormai arresi di fronte all'evidenza che il Governo usa ed abusa della decretazione d'urgenza come se fosse un potere suo proprio".

¹⁹⁸ Cfr ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Roma, 1962, pag. 834-844, il quale rileva che "l'art. 77 non elenca le necessità particolari o i bisogni cui dovrebbero essere rivolti i previsti provvedimenti del Governo", sottolinea come "non vi è interesse dello Stato, cui il Governo ritenga opportuno sia data soddisfazione, e che per ragioni contingenti e straordinarie non possa essere soddisfatto nelle vie dell'ordinaria legislazione, che non possa dar luogo ai provvedimenti disciplinati dall'art. 77", per cui sono ipotizzabili "provvedimenti necessitati ed urgenti solo in relazione ai fini propostisi dal Governo", che, quindi, rispondono ad una necessità "relativa". Tale rappresentazione della necessità si nota maggiormente in contrapposizione alla necessità richiesta nelle ipotesi in cui i decreti-legge

una necessità soggettiva in contrapposizione ad una necessità oggettiva. Questa complessa ricostruzione ha finito per essere slegata dal suo contesto¹⁹⁹, ponendo così le basi per la legittimazione di una ampia discrezionalità politica del Governo, il quale valuta la portata della decretazione d'urgenza unicamente in relazione alla realizzazione del suo programma, approfittando della celerità del procedimento²⁰⁰. Questo atteggiamento è in gran parte dovuto alla debolezza del Governo²⁰¹, il quale,

contengano “provvedimenti che neanche le leggi ordinarie..potrebbero prendere”: in questa situazione, la necessità “non può essere relativa, ma assoluta ed attenere allo stesso fine cui è destinato il provvedimento”.

¹⁹⁹ Cfr ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., pag. 844, dove, muovendo dalla diffidenza dello stesso Costituente per l'istituto, viene ritenuto l'atto governativo geneticamente illegittimo, per incompetenza del Governo, in quanto l'art. 77 regolerebbe solo l'eventualità dell'adozione di un decreto-legge non riconoscendo in capo all'Esecutivo un potere vero e proprio, e pertanto non applicabile dai giudici fino alla successiva conversione in legge che lo legittima, perché dotato della sola “forza di legge” e non anche del “valore”.

²⁰⁰ Cfr DI CIOLLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, I, Milano, 1970, pag. 239, il quale legittima la prassi secondo una impostazione eccessivamente estensiva del dettato costituzionale, affermando che “la dizione usata dal Costituente è rigorosa, ma nel contempo è sufficientemente elastica, in quanto il concetto della necessità e dell'urgenza è uno di quei concetti che si determinano ed assumono un contenuto concreto solo storicamente, e pertanto sono soggetti a subire una evoluzione più o meno lenta (talvolta addirittura in contrasto con le intenzioni delle persone fisiche che vollero il dato normativo). L'art. 77 Cost. consente, a nostro avviso, l'intervento del decreto-legge nelle materie più varie: finanziarie, economiche, dei pubblici uffici, calamità naturali ed altre ancora, purché sussista una straordinaria necessità ed urgenza di provvedere. Quando, alcuni decenni fa, in base alla ideologia liberal-democratica, i compiti dello Stato erano limitati essenzialmente ad assicurare l'ordine pubblico all'interno e la sicurezza ai confini del Paese, la situazione di urgente necessità di intervenire con atti legislativi era evidentemente collegata soltanto ad eventi quali la guerra, le calamità naturali, gli impellenti bisogni finanziari, e simili circostanze. Ma allorché, sulla spinta di nuovi presupposti ideologici, i compiti dello Stato si sono accresciuti, e l'intervento pubblico nella vita economica e produttiva del Paese si è fatto ogni giorno più massiccio, la stessa necessità ed urgenza ha assunto, accanto a quelli tradizionali, nuovi possibili contenuti, così da suggerire e giustificare il ricorso alla decretazione legislativa d'urgenza, per disciplinare materie e rapporti che nei decenni addietro non conoscevano (proprio perché non ne abbisognavano) siffatte forme di regolamentazione. Si tratta di una realtà che lo studioso non può ignorare se vuole veramente comprendere gli eventi costituzionali, e non limitarsi alla esposizione di teorie (magari rigorosamente condotte), che partano da presupposti superati dalla realtà storica. La concezione della necessità ed urgenza che ebbero i costituenti risenti quasi certamente di una concezione liberal-democratica dello Stato, concezione che in altre parti della Costituzione e per altri istituti gli stessi costituenti intesero superare; ma quale che sia stata la volontà o l'intenzione dei Padri della costituzione, sembra evidente che l'istituto del decreto-legge, inserito nell'ambito del sistema, vada acquistando nuove prospettive funzionali accanto a quelle tradizionali e ormai ben sperimentate”.

²⁰¹ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 410.

in un contesto di ormai cronica instabilità e turbolenza politica, approfitta di questi percorsi interpretativi particolarmente estensivi per evitare il più possibile di relazionarsi con il Parlamento²⁰² e con le procedure ordinarie di produzione legislativa, ritenute troppo lente e macchinose, luoghi di perenne contrattazione tra i vari gruppi parlamentari. Ne viene pertanto compromesso lo stesso rapporto di fiducia che lega l'Esecutivo alle Camere, poiché la tentazione crescente è quella di mettere il Parlamento dinanzi al fatto compiuto, presentando, in sede di conversione, un provvedimento d'urgenza che se da un lato già esplica i suoi effetti dall'altro viene spesso blindato ricorrendo alla pratica dei maxiemendamenti accompagnati dalla questione di fiducia. Il ridimensionamento del ruolo del Parlamento è reso evidente dal modo con cui il Governo ignora il requisito dell'urgente necessità, intendendola semplicemente come “una situazione politica e sociale non determinata e indeterminabile”²⁰³ e, conseguentemente, come riferita, secondo una impostazione soggettiva, all'intero decreto e non alle singole disposizioni. Il criterio guida è dunque quello dell'urgenza politica²⁰⁴, di dare risposte rapide alle richieste dell'elettorato, minando, in questo modo, alla base i principi della rappresentanza parlamentare. Tutto questo è stato terreno fertile per l'affermazione di una distorta prassi che riserva all'Esecutivo il compito di decidere cosa rientra e cosa non rientra all'interno dei requisiti richiesti dall'art. 77 della Costituzione; è stata tralasciato ogni tipo di considerazione e di analisi sulle caratteristiche del fatto emergenziale e la

²⁰² Cfr ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, pag. 177, il quale afferma che “la necessità e l'urgenza “soggettive” nascondono una situazione di crisi politica latente tra il parlamento e il governo, [in cui] l'uso del decreto-legge è una strada scorretta e solo a breve termine produttiva, per evitare la chiarificazione politica conforme alle esigenze del rapporto di fiducia”.

²⁰³ Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, pag. 244.

²⁰⁴ Cfr PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in CAZZOLA, PREDIERI, PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. XVII, il quale evidenzia che l'urgenza politica indica che “in quel momento il governo ritiene necessario provvedere al più presto perché esiste una situazione che, per valutazioni politiche, consiglia o impone di farlo”. Ne deriva che “è agevole rilevare come il ricorso al decreto-legge sia diventato un modo frequente di accelerare il procedimento di formazione della legge imponendo, per iniziativa del governo, ad una qualsiasi domanda legislativa da esso prescelta, un termine rapido e inferiore, largamente a quello medio di approvazione di un disegno di legge”.

mera opportunità politica è divenuto il metro di giudizio per ricorrere al decreto-legge²⁰⁵.

Si evince, dunque, che in tema di decretazione d'urgenza si è formato un diritto costituzionale “vivente” del tutto differente rispetto al modello originario; occorre infatti porre l'attenzione sulle funzioni del decreto-legge per evitare che queste funzioni risultino incompatibili con il disegno costituzionale generale, rappresentandone una degenerazione.

La tendenza ad una interpretazione creativa dell'art. 77 Cost. si basa su quelle posizioni che, già a meta degli anni sessanta, ritenevano²⁰⁶ che la chiave per la comprensione di tutti i più importanti problemi concernenti l'attività legislativa doveva essere cercata non più sul piano logico ma su quello storico, facendo prevalere un'analisi che fosse in linea con l'evolversi della prassi costituzionale piuttosto che soffermarsi su considerazione di tipo dogmatico o sistematico. Solo questa particolare attenzione, si sosteneva, poteva consentire di cogliere l'essenza di una fonte del diritto, quale il decreto-legge, nello svolgersi della sua concreta funzione tecnica e storica. Questo istituto è, quindi, sempre più una *iniziativa legislativa rinforzata*²⁰⁷, dotata di un particolare *status* procedurale in grado di consentire l'anticipazione degli effetti normativi; il decreto-legge rappresenta, nella prassi, un “contenitore aperto”, molto simile ad un disegno di legge ordinario, avvantaggiato dalla sua immediata vigenza come fonte primaria. Quindi, se si volesse offrire una definizione di decreto-legge corrispondente non tanto al modello dell'art. 77 Cost. quanto alla funzione che effettivamente esplica nel sistema giuridico, si dovrebbe dire che è un tipo di iniziativa legislativa del Governo in cui l'efficacia è anticipata al momento della presentazione del testo alle Camere per la conversione; in questo modo, il Parlamento si trova a dover discutere un disegno di legge di conversione che non differisce dalle altre proposte del Governo se non per i tempi definiti di discussione e,

²⁰⁵ Cfr PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pag. 242.

²⁰⁶ Cfr CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pag. 460.

²⁰⁷ Cfr PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. XVIII.

soprattutto, per il fatto che l'obbligatorietà delle sue statuizioni è anticipata rispetto all'approvazione parlamentare²⁰⁸.

Questa constatazione riconferma l'interrogativo se la funzione pratica del decreto-legge, contrapposta a quella teorica prevista dalla Costituzione, sia compatibile o meno con l'intero sistema costituzionale. Su tale questione, svolge un ruolo fondamentale la formulazione stessa dell'art. 77 Cost.; come si è visto, la Costituzione non enumera i settori ammissibili di intervento e quelli vietati; l'unico vero limite posto è quello dell'indicazione generica di situazioni di necessità ed urgenza, inducendo così il Governo a valutazioni di tipo fattuale piuttosto che di tipo tecnico-giuridico riguardo la legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza. La valutazione della sussistenza dei presupposti si consolida come giudizio di opportunità grazie al fatto che nel procedimento di conversione legislativa è esclusa dalla verifica tecnica del Comitato per la legislazione e resta affidata alla discrezionalità eminentemente politica delle Commissioni affari costituzionali delle Camere. Le indicazioni che emergono dalla prassi, quindi, qualificano la funzione del decreto-legge come quella di immettere, nell'ordinamento, norme giuridiche primarie immediatamente operative, sfruttando il fatto che questo strumento ha la forza della legge ma non il suo procedimento, e il tutto avviene ormai senza considerare la presenza di particolari condizioni esterne.²⁰⁹

In questo senso, la decretazione d'urgenza si rivela una sorta di "alternativa funzionale" all'attività legislativa ordinaria, introdotta proprio per consentire che le modifiche di un preesistente assetto normativo possano avvenire in modo più rapido e semplificato. Si pensi, ad esempio, alle decisioni che coinvolgono l'indirizzo di politica economica, le quali vengono anticipate per decreto-legge²¹⁰, lasciando al disegno di legge finanziaria vero e proprio solo parti residuali o generali della manovra economica; con la stessa logica si

²⁰⁸ Cfr SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia*, in *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006, pag. 37.

²⁰⁹ Cfr SIMONCINI, *op. cit.* pag. 47.

²¹⁰ Si pensi al decreto-legge n. 223/2006 che ha anticipato numerose liberalizzazioni nel settore economico e commerciale.

anticipano per decreto-legge riforme o parti di riforme ad alto impatto sociale, che in molti casi richiedono una lunga fase di contrattazione preventiva²¹¹.

Questo ruolo preponderante della funzione del decreto-legge trascura e sovrasta il contenuto dei presupposti giustificativi, mettendo in secondo piano tutte le considerazioni svolte sul significato da attribuire a concetti come la necessità e l'urgenza.

3-ANALISI DEL “FATTO EMERGENZIALE” ED INADEGUATEZZA DEL DIRITTO VIGENTE

L'emergenza²¹² come “fatto”, proprio perché giustifica l'attivazione di un potere straordinario, evoca una situazione che mette a rischio il sistema costituzionale, sia in termini di assetto sia di tutela dei diritti, ed è stata definita come “il modo con cui la normalità cerca di difendersi”.²¹³ Il difficile punto di equilibrio in una situazione di tale natura consiste nel fatto che la

²¹¹Si ricordi il decreto-legge 22 novembre 2004, n. 279, recante “Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica; il decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici nella parte in cui fissa norme sulla spesa farmaceutica; il decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, recante “Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità nei pubblici uffici, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione”.

²¹² La questione dell'emergenza è sempre stato un tema cruciale della letteratura giuridica italiana. A tal proposito si segnalano ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950; TRAVERSA *Lo stato di necessità nel diritto pubblico*, Napoli, 1916; MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, pag. 13; MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936; MODUGNO-NOCILLA, *Stato di assedio*, in *Noviss. dig. It.*, XVIII, Torino, 1970; ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

²¹³ Cfr MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario 2005 dell'Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, 2006, pag. 5, dove si precisa che “l'evento, quanto più è estremo, è al tempo stesso, per un verso, tanto meno probabile (o così viene da pensare) e, per un altro, e comunque, è tanto più persuasivo: esprime la forza delle cose, neppure il diritto può resistervi”.

disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza, da un lato, utilizza criteri restrittivi in termini di procedure e di contenuto dispositivo, dall'altro, dilata il presupposto fino a giungere ad una confusa indeterminatezza, perché troppo largamente rimesso a valutazioni governative, cosicché l'ambito del fenomeno rischia di perdere ogni nettezza dei limiti. L'emergenza è nozione di relazione, ed è dimostrato dalle caratteristiche delle coppie che coinvolge, come ordinario-straordinario, normale-eccezionale, regola-eccezione, e ha come suo preciso scopo quello di determinare un nuovo assetto di interessi rispetto a quello normalmente preconstituito; di conseguenza aumentano i conflitti e si moltiplica la percezione di considerare ogni accadimento come emergenziale, tralasciando sempre di più la sua originaria natura eccezionale. A questo si aggiunge il fatto che l'emergenza è considerata come una previsione indicativa di un rischio, una dimensione del quotidiano che la colloca nel più ampio contesto di "amministrazione del rischio"²¹⁴. La riflessione costituzionale è, pertanto, chiamata a concentrarsi non solo sulla straordinarietà dell'evento ma anche sulla straordinarietà del potere, se esso vada inteso come "strappo" all'assetto ordinario dell'ordinamento; questa impostazione, infatti, consente di adottare un metro adatto a valutare quali fatti giustificano l'adozione di interventi straordinari, al fine di ridurre la loro sempre più evidente diffusività. L'emergenza, dunque, ridefinisce in concreto il valore dei diritti, la loro titolarità e la loro relazione a determinati contesti, rimescola gli ordinari criteri del bilanciamento degli interessi, in modo che diviene determinante il rapporto tra l'evento, dal quale nasce il bisogno da soddisfare, e la misura da adottare²¹⁵. Va posta attenzione sulla qualità

²¹⁴ Cfr LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, pag. 315.

²¹⁵ Cfr ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; Cfr ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni di San Martino. La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, pag. 11; Cfr RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pag. 91; BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pag. 105. Gli autori citati riflettono sul rapporto tra Stato di diritto e potere straordinario; senza addentrarsi troppo nella tematica, vanno comunque tenuti presenti due temi distinti: da un lato, quello che afferma che il potere non

dell'interesse da soddisfare nelle situazioni emergenziali; si tratta di un interesse della collettività che nella sua consistenza specifica preesiste all'emergenza e determina una situazione di fatto caratterizzata da attualità e concretezza, dove si manifesta un pericolo eccezionale ed imprevedibile che compromette l'integrità di situazioni giuridicamente tutelate, fino a rappresentare una effettiva minaccia accompagnata dal rischio oggettivo del verificarsi di un danno²¹⁶. L'eccezionalità può scaturire anche dall'inusualità dell'evento, rispetto alla quale l'ordinamento non dispone di meccanismi adeguati per farvi fronte, oppure dalla inusualità dell'estensione dell'evento, rispetto alla quale l'ordinamento non è in grado di affrontare, mediante mezzi ordinari, le ripercussioni derivanti dalla straordinaria estensione dell'evento stesso. L'interesse nuovo introdotto dall'emergenza consiste nella richiesta di modalità diverse per dare soddisfazione ad interessi ad essa preesistenti, in un contesto di gestione unitaria e proprio da questo bisogno di unitarietà, legato alla straordinarietà della situazione, deriva la competenza in capo al Governo di intervenire²¹⁷. Occorre dunque delineare un modello dell'emergenza giuridicamente caratterizzato, capace di rappresentare un itinerario logico di successione di eventi, di valutazioni e di atti i quali, avendo come punto di partenza il fatto straordinario, conducono alla predisposizione di una disciplina d'eccezione, funzionale al superamento della crisi²¹⁸. Fra gli estremi della sequenza emergenziale, che vede da un lato l'insorgere del fatto straordinario e dall'altro l'operatività di una disciplina di natura provvedimentale, si sviluppa una fase di grande rilevanza, consistente nella

esiste in natura, ma è costituito dal diritto, e dalla Costituzione in primo luogo, e, dall'altro, quello che pone il fondamento del potere nell'interesse pubblico come entità naturalistica.

²¹⁶ Cfr BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pag. 184.

²¹⁷ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, definizioni e modelli*, Milano, 2003, pag. 157, dove rileva che occorre "riconoscere al diritto il ruolo che gli spetta: conformare l'agire umano e in primo luogo quello dei pubblici poteri, senza avallare decisioni che potrebbero tutelare l'interesse della collettività, ma potrebbero anche trovare nell'emergenza, come spesso è accaduto, l'occasione per introdurre surrettiziamente modifiche dell'ordine costituzionale".

²¹⁸ Cfr FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto-legge*, in *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, pag. 82.

valutazione sulla necessità di modificare il diritto ordinariamente vigente, per fronteggiare la situazione d'emergenza prodottasi. Tale valutazione è l'analisi del fatto emergenziale, la ponderazione della sussistenza dei presupposti ex art. 77 Cost., e, infine, la motivazione, ex art. 15, L. 400/88, dell'atto finale di decretazione d'urgenza. E' dunque costituzionalmente dovuto conferire la giusta importanza a questo passaggio, in quanto "il giudizio di necessità rappresenta il momento effettivamente costitutivo dell'emergenza giuridica, perché è proprio in questa fase che un certo evento viene qualificato come "emergenza" e si assume la decisione di aprire una parentesi giuridica straordinaria"²¹⁹. Il rapporto tra il fatto emergenziale e il decreto-legge si pone in termini causali, ma il loro collegamento non è diretto perché richiede la mediazione del giudizio di necessità; quindi, mentre l'emergenza e il decreto-legge sono situazioni reali rilevabili, rispettivamente, nell'ambito sociale e nel sistema giuridico, la necessità è il nesso capace di rendere operativo l'istituto della decretazione d'urgenza in presenza di una situazione di particolare criticità. La sequenza complessa è logicamente e cronologicamente composta da un presupposto, da un giudizio e da un atto giuridico.

Nell'intenzione di indagare attentamente le caratteristiche del presupposto, di ciò che rappresenta la clausola generale ex art. 77 Cost., occorre scindere i suoi elementi costitutivi, come si farà nei paragrafi successivi del presente studio. Al momento, sulla base di quanto fin qui analizzato, è possibile ricostruire e fissare una definizione generale di fatto emergenziale riassumibile come quella particolare situazione di fatto che sopraggiunge in un tempo imprecisato ed imprecisabile, di durata provvisoria, non prevista dall'ordinamento normalmente vigente, e capace di ledere o mettere in pericolo interessi costituzionalmente garantiti. La manifestazione di una situazione di questo genere pone una questione che da un punto di vista strettamente giuridico non solo è rilevante ma soprattutto è ineludibile: il diritto vigente è inadeguato. Nell'economia di questo lavoro di ricerca è importante insistere sul carattere "fattuale" del fatto straordinario, poiché ciò

²¹⁹ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 161.

che viene inteso con esso incide direttamente sulla realtà effettuale e ne provoca una evidente e sensibile alterazione; si è dunque dinanzi ad una repentina e brusca modificazione dell'usuale stato delle cose²²⁰, uno stravolgimento del sistema di regole che il diritto, spesso a fatica, cerca di prescrivere per rendere il più possibile coerente e certa la vita giuridica dei consociati²²¹. La rilevanza del fatto emergenziale conferma di essere una prospettiva privilegiata non solo per rintracciare le caratteristiche peculiari di un determinato ordinamento giuridico ma anche per indagare il pensiero che ne è alla base²²².

4-IL FATTO EMERGENZIALE COME SOPRAVVENUTO, PROVVISORIO, NON PREVISTO, ANTIGIURIDICO.

Vanno ora analizzati gli elementi costitutivi del fatto emergenziale al fine di circoscriverne la portata e comprendere meglio a quale tipologia di realtà fattuale si fa riferimento per legittimare costituzionalmente l'adozione della decretazione d'urgenza a contenuto provvedimentale.

²²⁰ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 163, dove si nota che "l'aspetto che interessa direttamente il nostro ambito, ed in special modo il diritto costituzionale, sono gli effetti che questi eventi determinano nella vita associata e, quindi, nella garanzia degli interessi e dei valori ritenuti meritevoli di tutela giuridica". E ancora, "un disastro ecologico non sollecita il giurista a ragionare sugli ecosistemi e sui costi dell'evoluzione industriale, bensì sulla lesione del diritto ad un ambiente salubre; un terremoto non ci interessa per i movimenti della crosta terrestre, ma perché lede o mette in pericolo i diritti alla salute, all'abitazione, alla circolazione ed al lavoro delle popolazioni coinvolte".

²²¹ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, dove si riflette sulla questione della relatività dell'emergenza, e, secondo questa impostazione, possono sussistere eventi che per alcuni ordinamenti costituiscono un caso d'eccezione, mentre per altri sono derubricati e ricondotti alla disciplina legislativa normalmente in vigore. L'autore, pertanto, intende evidenziare che "lo stato d'eccezione è una condizione relativa", contrariamente a quanto si cerca di affermare nel presente studio, dove non si ritiene possibile accettare, a priori, un carattere assoluto o relativo dell'emergenza, ma questa deve presentare determinate caratteristiche e non solo produrre effetti nel sistema di regole giuridiche che ordinano la vita associata.

²²² Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, pag. 20.

Iniziando dal primo requisito, l'attenzione si pone sul carattere sopravvenuto del fatto emergenziale; ci si trova dinanzi ad un contesto che si contrappone alla normalità²²³, una straordinarietà che si esprime nella manifestazione di fatti che non presentano una regolarità prevedibile e, per questo, non riconducibile alla categoria degli accadimenti comuni. Il fatto emergenziale, dunque, è un evento che si appalesa per la prima volta, con un contenuto di novità tale che lo distingue, in modo netto, da quanto è accaduto in precedenza. L'alterazione del sistema sociale si ripercuote su quello giuridico, chiamato ad intervenire necessariamente in via eccezionale; al di fuori di queste condizioni, dunque, il ricorso governativo alla decretazione d'urgenza, oltre ad avventurarsi sui sentieri impervi dell'illegalità, conduce, inevitabilmente, alla crisi costituzionale²²⁴. E questo spiega un ulteriore carattere del fatto emergenziale: infatti, accanto alla novità, e intesa in senso complementare a questa, va posto il requisito dell'attualità; l'evento emergenziale è attuale se comporta l'adozione di misure straordinarie nelle immediate vicinanze temporali e se gli effetti prodotti si esplicano *pro futuro*²²⁵. Dalla circostanza che si tratti di un fatto emergenziale non si deve dedurre che non sia governabile, sia perché l'emergenza determinata dalla natura è tendenzialmente riconducibile a categorie tipologiche omogenee, sia perché la fase successiva dell'evento, rientrando sotto la gestione politico-amministrativa, può essere ricompresa in piani di intervento capaci di

²²³ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 154, dove si rileva che "il giudizio riguardo alla sussistenza della condizione di normalità o eccezionalità è tanto collegato con l'attribuzione e l'esercizio del potere d'eccezione da risolversi in quest'ultima, cioè l'apprezzamento dei presupposti e la determinazione del contenuto della potestà eccezionale sono il potere d'eccezione, ossia gli elementi che lo sostanziano e lo qualificano come caso non previsto dall'ordinamento normalmente in vigore".

²²⁴ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 165, dove si precisa che "ipotizzare una emergenza sempre esistita o che si ripete con costante frequenza – una emergenza ordinaria – sarebbe una contraddizione in termini, dal momento che ci troveremmo di fronte ad un fatto, ad un tempo normale ed eccezionale, previsto ed imprevedibile, preesistente e sopraggiunto".

²²⁵ Cfr AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 893, il quale afferma che "l'eccezione deve valere *pro futuro*, perché se essa fosse retroattiva verrebbe offeso un principio cardine dello Stato di diritto: il principio dell'affidamento".

orientare, quanto meno in linea generale, le azioni possibili²²⁶. Il carattere sopraggiunto del fatto emergenziale sottolinea la peculiarità e l'anomalia di questo determinato evento che spinge all'adozione di strumenti che tendono a porsi in tensione o addirittura in contraddizione con i principi e le regole classiche dello Stato di diritto. Il rapporto tra politica e diritto diventa particolarmente problematico e vede, da un lato, la tendenza della politica a prevalere sul diritto mediante l'impiego di misure smisurate rispetto alla situazione da fronteggiare, dall'altro, una accentuata responsabilità che la stessa politica assume nella gestione del fatto emergenziale.

Il secondo requisito dell'emergenza è costituito dalla sua provvisorietà, ossia di una durata delimitata nel tempo ma non conoscibile nella sua effettiva estensione nel momento in cui sorge; infatti anche se è raramente determinabile *ex ante* il momento esatto della cessazione della manifestazione emergenziale, e quindi è ignoto il *quando*, questa incertezza non riguarda l'*an* del venire meno degli effetti. Questa caratteristica del fatto emergenziale concorre a distinguerlo da altre situazioni assimilabili; in assenza del requisito della provvisorietà non si potrebbe parlare di un accadimento inquadrabile nella categoria dell'emergenza, in quanto ci si troverebbe dinanzi ad un mutamento o evoluzione della realtà, magari anche complesso ma non per questo tale da fuoriuscire dal rispetto delle norme ordinarie sulla competenza e sulla produzione normativa. In quest'ultima ipotesi, dunque, l'autorità pubblica, nel nostro caso il Governo, non è tenuta a ricorrere ad un regime eccezionale, poiché, seppur in presenza di un fatto nuovo e imprevisto, la mancanza del carattere della provvisorietà determina che si tratta di un episodio che appartiene alla normale dinamicità delle società contemporanee. E' quindi fondamentale l'estensione cronologica del perdurare delle fattispecie concrete sopravvenute; se il fatto è intrinsecamente temporaneo, e si accompagna agli altri requisiti qui esposti, può essere definito emergenziale, se, invece, è destinato a durare nel tempo non sarà invocabile

²²⁶ Cfr BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, 2010, pag. 333.

un contesto giuridico di natura emergenziale. Tuttavia, va precisato che i concetti stessi di provvisorietà e di stabilità sono relativi, e quando si fa riferimento al primo si intende una soglia quantitativa di permanenza nel tempo oltre la quale un determinato fatto non è più provvisorio ma tendenzialmente durevole²²⁷. Di conseguenza, nell'intento di unire il requisito della novità con quello della provvisorietà si vuole sottolineare il carattere critico del fatto emergenziale e lo si specifica meglio come un evento dinamico in rapido deterioramento verso una condizione oggettiva peggiore, per qualità e quantità, di quella precedente. Dalla normalità si passa ad una situazione di instabilità, la quale si pone come causa altamente probabile di effetti dannosi che richiede una qualificazione giuridica straordinaria. Spetta allo stato di eccezione la funzione di soddisfare questa esigenza.

Una ulteriore caratteristica del fatto emergenziale, proseguendo secondo l'impostazione data inizialmente, consiste nel suo essere "non previsto" dal diritto normalmente vigente e sottolinea la natura improvvisa degli effetti che si determinano nell'ordinamento giuridico di riferimento. Infatti, "in una situazione "normale" tutte le fattispecie concrete trovano nell'ordinamento giuridico una disciplina capace di comporre il complesso degli interessi in rilievo"²²⁸, a questa complessità, dunque, corrisponde una completezza del sistema²²⁹, si tratta di un equilibrio tecnico, che si premura, il più possibile, di non lasciare vuoti nel diritto oggettivo. In un contesto ordinario, le lacune normative e le antinomie non superano una certa soglia quantitativa, e

²²⁷ Cfr JEMOLO, *L'elemento quantitativo del diritto*, in AA.VV., *Conferenze dell'Istituto di applicazione forense*, Bologna, 1964, pag. 130, il quale afferma che "questo operare dei rapporti quantitativi, questo segnare anzi essi un limite al diritto opera però per forza di cose, talora attraverso l'interpretazione che il buon senso vuole sia data alle norme". Cfr D'AMICO, *Riflessione sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, pag. 39.

²²⁸ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 168.

²²⁹ Cfr MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*, Torino, 1989, pag. 128, il quale dimostra come l'esigenza di completezza deriva dalla vigenza nell'ordinamento della duplice norma, secondo la quale il giudice deve risolvere tutte le questioni a lui ritualmente sottoposte, in base ad una norma appartenente all'ordinamento e consistente nel divieto del *non liquet*. In questo modo, "l'esigenza diventa necessità" e l'ordinamento si auto qualifica come completo: poiché, però, la necessità deontologica non va confusa con la necessità esistenziale, la completezza "si rivela un dogma indimostrato", ossia da dimostrare e da raggiungere.

l'ordinamento, nella sua gran parte, è completo e coerente; questo significa che le fattispecie astratte sono capaci di qualificare i fatti che normalmente si verificano, ogni fattispecie astratta comprende nel suo ambito di efficacia più fattispecie concrete, in modo che ogni fatto rientra in una previsione normativa.

Viceversa, in una situazione d'emergenza, si ha un fatto o un insieme di fatti non previsti, e questo mina l'equilibrio, faticosamente raggiunto, tra il sistema giuridico ed il contesto sociale²³⁰, poiché non tutte le fattispecie concrete trovano nell'ordinamento giuridico una disciplina predeterminata. Il diritto oggettivo risulta, dunque, inadeguato a regolare i nuovi accadimenti provvisoriamente sopraggiunti. L'emergenza provoca una alterazione della composizione degli interessi ordinariamente garantiti, emergono lacune normative dovute da questi fatti non previsti, i quali, ora, non rientrano in nessuna fattispecie astratta, viene meno la capacità qualificatoria. Le situazioni imprevedute vanno ad aggiungersi a quelle normali e si registra un aumento quantitativo delle fattispecie meritevoli di disciplina. Il nuovo punto di equilibrio avrà come scopo quello di soddisfare, provvisoriamente, l'accresciuta domanda di qualificazione giuridica, introducendo una disciplina straordinaria. Quest'ultima è richiesta anche perché l'emergenza potrebbe indurre gli operatori del diritto a cercare la soluzione nelle fattispecie vigenti mediante irragionevoli assimilazioni, dando vita a contrasti tra norme; è pertanto fondamentale la presa d'atto che l'ordinamento è incapace, in quanto si scopre incompleto, a fronteggiare i nuovi fatti sopraggiunti ed impreveduti. Secondo questa impostazione, va sottolineato che non è tanto l'ordinamento in sé ad essere in difficoltà quanto la sua pretesa di sistema di norme, inteso come insieme di prescrizioni generali ed astratte²³¹, destinato a disciplinare *pro futuro* una pluralità indeterminata di fattispecie concrete. Viene invertito

²³⁰ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pag. 22, il quale precisa che "tutte le norme sorgono per far fronte a situazioni storicamente reali, od almeno previste come probabili, ed in questo senso tutte sono rivolte a soddisfare esigenze sociali determinate".

²³¹ Cfr CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pag. 43.

il meccanismo che guida la produzione normativa, secondo il quale prima di imporre una regola deontica, occorre osservare una certa regolarità empirica, in modo che la scelta normativa operata sia in grado di avere cognizione dei propri effetti ed essere, quindi, definita razionale. L'emergenza, invece, richiama l'esigenza di "provvedere" attraverso una disciplina dal contenuto particolare e specifica, ritagliata sulla circostanza eccezionale sorta, che risulta legittima solo laddove abbia in schemi giuridici prestabiliti il suo fondamento²³². E in questo senso si può affermare che il ricorso al decreto-legge è una presa d'atto di una certa lacuna dell'ordinamento giuridico dinanzi al fatto emergenziale.

Infine, l'emergenza si contraddistingue come un fatto antiggiuridico²³³ nel senso che l'alterazione della realtà fattuale mette in pericolo la tutela di valori e di posizioni giuridiche soggettive riconosciute giuridicamente; si verifica una rimozione dei presupposti materiali per l'attuazione²³⁴ del diritto oggettivo, e questo impedisce che una norma od un insieme di norme

²³² Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 23, il quale riflette sul fatto che l'emergenza mette in crisi l'ordinamento inteso come sistema ordinato, coordinato, razionale di precetti e non "somma seriale di precetti individuali, esaurentisi ciascuno *una tantum*, che sarebbero da soli inadeguati ad oggettivarsi, distaccandosi dai fatti od atti dai quali derivano". E questo a conferma di quanto si è già detto nel corso di questo studio, ossia che la generalità ed astrattezza rappresentano caratteri "naturali" delle norme che costituiscono il diritto oggettivo.

²³³ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 175, dove si intende l'antigiuridicità, ai fini di una riflessione di diritto costituzionale, in termini oggettivi. È noto, infatti, che l'elaborazione e lo studio della categoria è avvenuto in ambito penalistico, probabilmente perché l'illecito penale è un illecito di "modalità di lesione" e fra tutti gli illeciti giuridici è il più tipizzato; in questo senso cfr BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, pag. 8; cfr GALLO-SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, pag. 2. In questo ambito e con riferimento ad un ordinamento concreto, si parla sia di antigiuridicità formale che sostanziale: nel primo caso, l'espressione indica la mera violazione di una norma di legge oppure l'offesa dell'interesse protetto dalla norma; nella seconda accezione, che è più interessante ai nostri fini, l'antigiuridicità esprime il contrasto del fatto con gli interessi sociali tutelati dal diritto e con i valori costituzionali tutelati dalla legge penale; sul punto cfr MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, pag. 140. Da questo contesto si evince che l'origine giuspenalistica lega il concetto di antigiuridicità con quelli di pericolosità e di colpevolezza, visto che l'illecito penale è di regola l'illecito colpevole. Ciò nonostante, sembra che la categoria, privata delle tematiche più prettamente soggettivistiche, possa essere intesa come un concetto giuridico generale, cui fare riferimento anche in ambiti diversi da quello del diritto punitivo.

²³⁴ Cfr AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*, 1996, pag. 2020.

continuino a produrre i loro effetti²³⁵. Se vengono meno le condizioni di fatto poste dalle norme vigenti, quest'ultime restano un mero orpello formale perché non trovano più corrispondenza nel mondo reale²³⁶. Secondo questa impostazione, il concetto di antiggiuridicità qui in esame non presenta una natura soggettivistica, in termini di imputabilità del fatto, responsabilità, colpevolezza, pericolosità, ma rileva, unicamente, come concreta capacità di ledere beni giuridicamente rilevanti; l'emergenza si pone contro i valori che il diritto tutela e, in via generale, in contrasto col diritto oggettivo complessivamente inteso. Questi aspetti si legano all'inadeguatezza dell'ordinamento ma va precisato che il sopraggiungere di un fatto normativamente impreveduto non sempre determina un pericolo per i valori e gli interessi giuridicamente rilevanti. Infatti, possono non aversi effetti iniqui, sia perché non vi è lesione di posizioni tutelate sia perché non vengono meno i presupposti di fatto atti a salvaguardare queste situazioni. Sull'ampiezza e sulla diffusione degli effetti antiggiuridici occorre circoscrivere le considerazioni di ordine generale e focalizzare l'attenzione sui singoli episodi emergenziali che di volta in volta dovessero manifestarsi. Infatti, se da un lato alcune emergenze pregiudicano interessi giuridici limitati per luogo, durata degli effetti e dimensioni delle categorie di individui coinvolti, dall'altro il verificarsi di macroscopiche situazioni di emergenza, come le calamità naturali e le gravi crisi economiche, produce forti iniquità che investono la

²³⁵ Cfr ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria* (1909), in *Scritti minori*, I, 1950, pag. 293, il quale rileva che "ciò che caratterizza e distingue la necessità che conduce allo stato d'assedio è, in primo luogo, la materiale e assoluta impossibilità di applicare in certe condizioni le norme che regolano la vita dello Stato e il bisogno non già di applicare le esistenti, ma di emanarne di nuove".

²³⁶ Cfr MIELE, *Le situazioni di necessità dello stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pag. 377, dove si riflette sul fatto che la necessità consiste in un conflitto tra i fini dell'istituzione statale ed i mezzi disposti legislativamente ed è una contraddizione interna all'ordinamento costituzionale: infatti, gli scopi delle misure d'emergenza sono uguali della condizione di legalità-normalità. Inoltre, cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 134, il quale afferma che "la necessità e l'eccezione imperano solamente in funzione di un'interruzione della relazione causale tra il mezzo e lo strumento normalmente vigente, da un lato, e lo scopo o l'interesse protetto dal medesimo diritto ordinario, dall'altro; allorché il mezzo o lo strumento normalmente vigente, valido per il sistema ordinario degli atti pubblici, possa recuperare la propria efficacia, l'impero della necessità e dell'eccezione deve cessare".

collettività nella sua interezza, o comunque ampi settori della vita associata. A questo si aggiunge che il fatto emergenziale sopraggiunto possa minacciare un numero molto maggiore di posizioni di quelle che poi, effettivamente, saranno pregiudicate, in modo che la prospettiva del pericolo spesso è più critica del danno stesso²³⁷.

5-ACCERTAMENTO DELL'EMERGENZA E STRAORDINARIETA' DELL'INTERVENTO

L'emergenza, come visto finora, è definibile soltanto in relazione ad un ordinamento giuridico determinato in modo che questo genere di accadimento vada rapportato al sistema giuridico vigente in un certo luogo e in un certo tempo²³⁸. L'accertamento dell'emergenza è un giudizio complesso, ampiamente discrezionale, e si verifica laddove il soggetto competente ad attivare le procedure previste, nel caso della decretazione d'urgenza, il Governo, ritiene di dover ricorrere ad un intervento straordinario. L'accertamento, dunque, ha una valenza sia nei confronti del fatto emergenziale sia nei confronti della straordinarietà dell'intervento adottato. Il giudizio di accertamento ravvisa nell'emergenza una domanda di qualificazione giuridica eccezionale, esso esprime l'acquisita consapevolezza

²³⁷ Cfr BERTOLA, *Calamità pubbliche*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1958, pag. 665.

²³⁸ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, cit., pag. 81, dove si ragiona sulla fatto che il concetto di urgente necessità, pur presentando un nucleo costante, risulta strettamente legato ai modi di essere della società di un determinato periodo storico, essendo omogeneo non solo alla tipologia di struttura costituzionale, ma anche all'ordinamento giuridico complessivo, dinamicamente considerato. L'autore nota che, nello Stato liberale, "lo stato di necessità, come situazione residuale, veniva ad identificarsi con quelle circostanze che uscivano dallo schema della "normalità", intesa nel senso di ordine costituito, di *status quo* (...), alla "normalità" delle circostanze risultava corrispondente la "normatività" (intesa come disciplina di comportamenti generali ed astratti) del provvedimento destinato a regolarle – la legge del Parlamento -; mentre alle situazioni di necessità (in quanto eventi anormali, eccezionali e quindi non riconducibili a fattispecie normative tipiche) si riconnetteva il carattere di "singolarità" e "concretezza" propria del provvedimento di emergenza"

della “mancanza di un bene che si considera rilevante”²³⁹, bene che è costituito dai presupposti per l’attuazione del diritto oggettivo e per la tutela di quei valori normalmente riconosciuti.

Visto che il giudizio di accertamento dell’emergenza consiste in un scelta sull’*an* e sul *quomodo* del ricorso ad un intervento giuridico straordinario, il Governo, dinanzi al bivio se adottare o meno il decreto-legge, deve assumere come parametro l’ordinamento vigente, e verificare se l’istituto dell’art. 77 Cost. sia realmente consono ad impedire, il più possibile, il sacrificio, in nome dell’emergenza, di altre posizioni giuridicamente tutelate. Viene sottolineata una operazione di sintesi di una moltitudine di valutazioni, sia in termini fattuali che giuridici. Per quanto concerne le valutazioni di fatto, occorre verificare, con scrupolo, la sussistenza di un fatto emergenziale avente le caratteristiche sopra analizzate; per quanto riguarda le considerazioni giuridiche, il Governo è chiamato a valutare l’*an* e il *quomodo* dell’intervento straordinario, effettuando un bilanciamento degli interessi in gioco. Quest’ultimo aspetto si risolve anche in un giudizio di costi e benefici, poiché potrebbe darsi che, pur in presenza di un fatto emergenziale, non sia opportuno ricorrere ad interventi straordinari in quanto da questi deriverebbero effetti antiggiuridici maggiori di quelli che verrebbero provocati dal fatto emergenziale stesso.

Poste queste considerazioni e dal momento che l’emergenza comporta l’incapacità dell’ordinamento di predisporre misure idonee alle singole fattispecie emergenziali, l’istituto ex art. 77 Cost. predispone un meccanismo di risposta mediante vincoli procedurali ben determinati, individuando un ambito d’azione che implica un contenuto di interventi di tipo provvedimentale, aspetto rafforzato dal fatto che è prevista una attribuzione di

²³⁹ Cfr MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., pag. 428, il quale afferma che “la necessità può consistere non soltanto nella mancanza di un bene, ma anche nella mancanza di un “*gesichertes Haben*” in relazione a un bene che si corre il pericolo di perdere; questo “avere assicurato” è anch’esso un bene protetto dal diritto”

competenza²⁴⁰ e non è riscontrabile una enumerazione casistica dell'emergenza²⁴¹, ma si preferisce ricorrere a clausole generali. Secondo questa impostazione, l'emergenza che qui si prende in esame presenta un carattere assoluto e non è possibile graduare questo concetto; l'emergenza grave diviene l'unica concepibile al fine di adottare i meccanismi di decretazione d'urgenza, e ravvisarla significa prevedere l'incombente lesione di beni giuridici riconosciuti dal diritto ordinario e consentire, come unico rimedio possibile, il ricorso a misure straordinarie. Esposta la questione in questo modo, risulta evidente che non vi sia spazio alcuno per eventuali relativismi della nozione²⁴².

Se, invece, il riferimento è posto in relazione al giudizio di accertamento, va sottolineato che questo tipo di valutazione può avere una natura relativa, in quanto, fermo restando il vincolo normativo, il giudizio resta il prodotto di una interpretazione compiuta dal Governo e come tale non può inibire l'esercizio delle capacità critiche nei confronti di una decisione operata da un organo politico. Infatti, l'Esecutivo potrebbe ritenere diversamente presenti i presupposti emergenziali oppure ravvisarli dove non sussistono; spetta, infatti, al titolare del potere d'emergenza il compito di iscrizione di significato della previsione normativa, nel nostro caso, della clausola generale, valutando se un certo accadimento integri la fattispecie eccezionale e quindi permetta l'attivazione dei poteri conseguenti²⁴³. Tale giudizio, come meglio si vedrà in

²⁴⁰ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 133, il quale chiarisce che disposizioni come quella dell'art. 77 Cost. "non sfuggono alla caratteristica necessaria delle previsioni riguardanti potestà d'emergenza: cioè si risolvono in norme di competenza, poiché il presupposto e il contenuto del potere d'eccezione non possono essere previsti a priori, trattandosi di un potere che riguarda un caso non descritto dall'ordinamento normalmente in vigore".

²⁴¹ Cfr SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1982, pag. 34; cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 115; cfr GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, pag. 867.

²⁴² Contrariamente sul punto cfr ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, pag. 834.

²⁴³ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, cit., pag. 71, il quale afferma che "qualora si configuri il potere di decretazione d'urgenza come espressione di una competenza normativa istituzionalmente attribuita al Governo si può parlare di una necessità soggettiva, da valutare in relazione al contingente indirizzo politico, solo a condizione: a) di dare una interpretazione assolutamente estensiva delle condizioni della

seguito, generalmente va a formare la motivazione dell'atto con forza di legge adottato dal Governo.

Per quanto concerne l'intervento straordinario esso appartiene pienamente alla sfera giuridica perché consiste nella "risposta" che l'ordinamento adotta per fronteggiare la "domanda" di qualificazione eccezionale, determinata dal sopraggiungere del presupposto emergenziale. La funzione di questo tipo di intervento è, dunque, quella di adeguare l'ordinamento vigente, rilevatosi lacunoso ed inadeguato, alla sopravvenuta situazione fattuale, estendendo alla situazione di anormalità la tutela di valori ed interessi ordinariamente riconosciuti dal sistema giuridico; esso svolge il ruolo di impedire o contenere gli effetti antiggiuridici del fatto emergenziale, e di ripristinare le condizioni materiali per l'attuazione del diritto²⁴⁴. Questo conferma che la natura per definizione imprevedibile del fatto emergenziale, causa di inadeguatezza dell'ordinamento vigente, non presuppone la mancanza di qualsiasi previsione finalizzata a fronteggiare gli eventi eccezionali; semplicemente le previsioni normative esistenti non sono in grado di qualificare e disciplinare le fattispecie emergenziali che materialmente si verificano²⁴⁵, avendo il compito di stabilire aspetti formali come l'individuazione delle procedure, dei soggetti, dei poteri e della natura provvedimentale del contenuto dell'intervento. In questo senso, sarebbe dannosa oltre che illogica la pretesa di prevedere, caso per caso, l'imprevedibile; un'indicazione dettagliata avrebbe come

necessità e dell'urgenza configurate nel testo costituzionale e di considerarle semplici "occasioni" per l'emanazione del decreto legge; b) di ritenere che esista nel nostro ordinamento un principio (già elaborato dalla teoria degli *implied powers*) per il quale, in presenza di un fine legittimo da perseguire, tutti i mezzi idonei alla realizzazione di questo, sono costituzionali, purché non espressamente vietati o contrari allo spirito della Costituzione. Sul problema particolare della decretazione d'urgenza, l'Autore ritiene che il ricorso al decreto legge non debba essere solamente lecito ed utile (perché così la valuti l'organo governativo), ma debba risultare necessario ed indifferibile, anche in relazione alla esigenza che lo determina. L'urgente necessità deve attenere infatti non solo al mezzo ma anche allo scopo da realizzare: infatti, per uno scopo la cui realizzazione non è prorogabile e necessaria, il Governo è tenuto a servirsi dei mezzi ordinari e a rispettare l'ordine precostituito delle competenze normative".

²⁴⁴ Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 127, dove si nota come l'eccezione sia solo un "artificio tecnico giuridico" che assicura, anche in condizioni di emergenza, la prevalenza di quel che è normale.

²⁴⁵ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 207.

conseguenza lunghe ed inopportune diatribe sulla ricorrenza di uno dei casi descritti oppure sulla natura tassativa o meramente enumerativa della casistica²⁴⁶, il tutto in un contesto che richiede principalmente un intervento deciso e convinto. Dunque, l'esistenza di disposizioni, previste in via generale e predisposte in tempi normali, che attribuiscono competenze emergenziali rappresenta la legittimazione del diritto straordinario e dei poteri esercitati in sede di decretazione d'urgenza. Infatti, dinanzi all'emergenza, se il diritto oggettivo non si adegua alla sopraggiunta situazione di fatto, derogandosi o sospendendosi, si apre la strada a fenomeni illegali; in particolare, le fonti *extra ordinem*²⁴⁷ costituiscono una risposta alternativa alla domanda emergenziale. Se l'ordinamento vigente non reagisce all'emergenza mediante l'attivazione di interventi straordinari, può esserci il rischio che soggetti non legittimati si attiveranno, e questo a discapito dell'ordinamento vigente, il quale sarà derogato o sospeso illegalmente.

Nell'istituto della decretazione d'urgenza uno stesso organo, il Governo, è competente sia ad aprire la fase di straordinarietà sia ad emanare le misure indispensabili a fronteggiare il fatto emergenziale. Opera, quindi, un meccanismo di autoattivazione, in quanto il giudizio sul verificarsi dei presupposti legittimanti ex art. 77 Cost. e l'adozione del conseguente atto avente forza di legge sono attribuiti al medesimo organo titolare della competenza straordinaria che sarà attivata; si tratta, però, di una autoattivazione controllata, dato che il giudizio operato è sottoposto a controllo, in momenti diversi, da parte del Capo dello Stato, delle Camere, ed, eventualmente, della Corte costituzionale. Questo giudizio, inoltre assume le

²⁴⁶ Cfr MODUGNO-NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, pag. 515.

²⁴⁷ Cfr ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1988, pag. 260, il quale afferma che "l'esistenza delle fonti *extra ordinem* è il sintomo inequivocabile della perdita di esaustività di quella regola costituzionale materiale "prima" su cui è basato il sistema costituzionale formale: l'ordinamento giuridico è a costituzione formale (o scritta), e tutto il diritto deriva da qui" e che tali fonti "siano sempre perfettamente adeguate alla costituzione materiale" e cioè siano sempre in grado di fronteggiare l'emergenza. Inoltre cfr PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, pag. 248.

caratteristiche di una scelta doverosa e di una fonte di responsabilità e, dunque, l'intervento straordinario sarà composto dalle deroghe strettamente necessarie alla ricomposizione dell'equilibrio tra interessi meritevoli di tutela giuridica e delle condizioni materiali per l'applicazione della normativa ordinaria; in sintesi, si deve derogare soltanto ciò che è indispensabile, non oltre l'indispensabile a fronteggiare l'emergenza²⁴⁸. Va tenuto ben presente, e il più possibile precisato, il rapporto di stretta adeguatezza e strumentalità tra ogni singola misura straordinaria e il fatto emergenziale. Il richiamo a questo tipo di rapporto intende svolgere una funzione limitativa del potere eccezionale; il significato ultimo dell'enunciato "casi straordinari di necessità ed urgenza", oltre a rappresentare la manifestazione concreta del fatto emergenziale, appare in sintonia con il concetto di ragionevolezza²⁴⁹, in quanto costituisce l'argomentazione giuridica per giustificare, temporaneamente e provvisoriamente, l'adozione di misure non ordinarie. L'intervento straordinario diviene un potere funzionalizzato, condizionato dalla precisa finalità di affrontare e superare l'emergenza, e di rendere se stesso non più indispensabile. E' bene insistere sulla nozione di adeguatezza qui presentata; se essa richiede che ogni singola misura eccezionale sia conformata al concreto contesto fattuale in modo da rispondere pienamente alla *ratio* emergenziale, questo significa sottolineare la distinzione tra l'emergenza intesa ex art. 77 Cost. dall'emergenza fittizia. Se gli atti di decretazione d'urgenza non sono effettivamente indispensabili ad arginare la crisi sopravvenuta, è legittimo il sospetto che l'oggetto del giudizio di

²⁴⁸ Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 134, secondo il quale due sono le condizioni per un esercizio legittimo dei poteri straordinari: da un lato, il potere e l'atto eccezionale devono assicurare scopi ed interessi ordinariamente tutelati, dall'altro, la situazione politica e sociale deve essere tale da rendere inutilizzabili i mezzi ordinari e necessitato il ricorso a poteri eccezionali.

²⁴⁹ Cfr PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, pag. 111, il quale ricostruisce il pensiero della Corte costituzionale affermando come essa "da un lato ha affermato che Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso e indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza, dall'altro ha avvertito che si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo".

accertamento non sia il ripristino della situazione normale ma l'instaurazione di nuovi e diversi interessi. In questa evenienza, la straordinarietà giuridica, da strumento per la tutela dell'ordinamento vigente, diviene un pretesto, e quindi, un abuso, per predisporre un nuovo ordine delle competenze e una modifica stabile del rapporto tra la pubblica autorità e il cittadino. Di conseguenza, per evitare questa deriva, va riaffermata la natura intrinsecamente ed ineludibilmente provvisoria dell'intervento straordinario, quale risposta cronologicamente limitata al carattere di per se stesso temporaneo dei presupposti emergenziali, e questo significa inibire alle misure eccezionali di affermare interessi e valori non riconducibili a quelli ordinariamente riconosciuti dal diritto oggettivo vigente. In altre parole, la disciplina ex art. 77 Cost. rappresenta la riaffermazione, con strumenti straordinari, di interessi e valori ordinari, e, in questo senso, è legittimo parlarsi di "sussidiarietà del diritto straordinario rispetto a quello normalmente vigente"²⁵⁰.

6-IL DIRITTO D'EMERGENZA COME SOTTOSISTEMA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

La produzione giuridica che scaturisce da atti di decretazione d'urgenza costituisce un sottosistema che si innesta sulla parte vigente dell'ordinamento e che si caratterizza per la temporaneità e la funzionalizzazione dei poteri in cui si estrinseca. L'antinomicità e la provvisorietà sono strettamente legate perché grazie alla loro presenza combinata è possibile individuare un intervento emergenziale, altrimenti si sarebbe in presenza di una disciplina ordinaria a termine, temporanea ma non antinomica, oppure si avrebbe una norma speciale, antinomica ma non provvisoria.²⁵¹

²⁵⁰ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 232.

²⁵¹ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 58.

La straordinarietà dell'intervento, pertanto, produce una disciplina antinomica rispetto a quella normalmente vigente, nel senso che si relaziona con essa in termini di sospensione e/o deroga, creando uno *ius singulare* sia nel caso in cui si sostituisca la disciplina sospesa con una diversa disciplina temporanea sia quando la semplice sospensione della disciplina previgente comporti la provvisoria espansione di una disciplina generale fino a quel momento esclusa da quelle fattispecie. La funzione della disciplina eccezionale prodotta mediante decreto-legge è quella di ripristinare l'equilibrio del sistema, predisponendo di nuovo i presupposti materiali per l'applicazione del diritto oggettivo e per la tutela degli interessi e dei valori lesi o messi in pericolo dal fatto emergenziale²⁵². Sospensione e deroga, dunque, sono effetti tipici, anche se non esclusivi, come in seguito si vedrà, che si riconducono alla natura provvedimentale della decretazione d'urgenza; la sospensione²⁵³ indica che le norme d'emergenza privano provvisoriamente di efficacia²⁵⁴ alcune disposizioni ordinarie, senza però che sia dettata una disciplina definitivamente sostitutiva. L'effetto innovativo si ha nel privare determinate fattispecie concrete della disciplina fino ad allora vigente, con la conseguenza di trasferire queste fattispecie nell'ambito di qualificazione di una norma generale, rispetto alla quale la norma sospesa è speciale²⁵⁵. In altre situazioni, a causa della sospensione, la norma residuale che vede ampliata la propria efficacia può trovarsi ai massimi gradi di generalità; ad esempio, nel caso in

²⁵² Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 5, il quale afferma che "i poteri sospensivi e derogatori sono quelli che, deviando dalle regole o principi su cui si regge il sistema o l'ordinamento giuridico, ne rimettono in giuoco l'unità e l'armonia superiore".

²⁵³ Per un inquadramento generale della figura della sospensione cfr SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, pag. 140; cfr MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, pag. 192; cfr PATRONO, *La legge*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, pag. 922; cfr MODUGNO-NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Noviss. Dig.*, XVII, Torino, 1971, pag. 276; cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 175; cfr PIZZORUSSO, *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1977, pag. 232.

²⁵⁴ Cfr PATRONO, *La legge*, cit., pag. 922, dove si precisa che la norma sospesa viene posta in uno stato di quiescenza, "di totale disapplicazione quasi fosse inesistente"; tuttavia, la norma rimane vigente, con la conseguenza che riprenderà piena validità, una volta esaurito il periodo della sospensione.

²⁵⁵ Cfr MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*, Torino, 1989, pag. 133.

cui, sulla base del principio di legalità, per il quale ogni atto della P.A. deve trovare nella legge il proprio fondamento e limite²⁵⁶, venisse sospesa una norma speciale attributiva di competenze amministrative, la fattispecie concreta, in precedenza da quella contemplata, verrebbe ricompresa nella norma generale negativa, che la qualificherebbe in termini di illegalità. Per quanto concerne la deroga, essa si inquadra nell'attitudine della disciplina eccezionale a limitare provvisoriamente la portata qualificatoria di una norma ordinaria, rispetto ad essa generale, introducendo una nuova regolamentazione di alcune sue fattispecie²⁵⁷. A differenza della sospensione, la norma emergenziale si trova nella situazione sia di sottrarre determinate fattispecie all'efficacia di una norma ordinaria sia, soprattutto, di offrire essa stessa la disciplina sostitutiva²⁵⁸. Di conseguenza, mentre nella sospensione la fattispecie concreta viene trasferita nella sfera di qualificazione di una norma generale preesistente, nella deroga la fattispecie concreta viene attratta nell'ambito di qualificazione della stessa disciplina emergenziale²⁵⁹. Secondo

²⁵⁶ Cfr CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, pag. 1, secondo la quale anche a delimitare la portata alla sola funzione amministrativa può essere variamente inteso: a) come semplice non contrarietà alla legge degli atti dell'amministrazione; b) come necessità di una base legale per esercitare il potere; c) come conformità necessaria del contenuto degli atti amministrativi a quello della legge.

²⁵⁷ Sulla nozione di deroga cfr RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, pag. 303; cfr GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, 1942, pag. 32; cfr MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pag. 192; cfr ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Scritti in onore di Jemolo*, III, Milano, 1963, pag. 192; cfr MODUGNO, *Norme singolari, speciali eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, pag. 517.

²⁵⁸ A tal proposito si ricordi il D.L. 20 marzo 1997 n. 60 il cui art. 2, in tema di afflusso straordinario di cittadini extracomunitari provenienti dall'Albania, ha posto una disciplina in ordine al nulla osta provvisorio di ingresso e soggiorno in territorio nazionale per sessanta giorni, prorogabile fino a novanta. Questa disciplina eccezionale, oltre a sospendere l'efficacia della legge 28 febbraio 1990 n. 39, ha posto una regolamentazione speciale e provvisoria di alcune fattispecie, nello specifico riguardante gli esuli albanesi, che, diversamente, sarebbero rientrate nella sfera qualificatoria della legge ordinaria.

²⁵⁹ Si veda in questo senso il decreto-legge 27 ottobre 1997 n. 364, in occasione degli eventi sismici nelle Regioni Marche e Umbria, dove la cosiddetta "sospensione dei termini" più che una sospensione assume le caratteristiche di una deroga. Infatti, oltre a limitare cronologicamente l'efficacia di una norma ordinaria, che nel caso specifico stabilisce determinate scadenze, fissa una disciplina consistente nel porre una diversa scadenza per certi adempimenti, dato che la sola sospensione della disciplina sui termini comporterebbe che, cessata la sospensione, riespandendosi la norma ordinaria, quegli adempimenti non sarebbero più effettuabili.

questa prospettiva, è confermata la natura antinomica della straordinarietà dell'intervento ex art. 77 Cost., in quanto le norme di cui si compone limitano, per un determinato periodo di tempo e per alcune fattispecie, l'efficacia del diritto oggettivo ordinariamente vigente²⁶⁰. Dopo l'accertamento dell'emergenza e la decisione governativa di ricorrere alla decretazione d'urgenza l'ordinamento giuridico è composto: dal diritto normalmente vigente che non sia stato sospeso o derogato e dal diritto predisposto ex art. 77 Cost., il cui contenuto provvedimentale implica la presenza di norme direttamente precettive e non esclude una ulteriore attribuzione di altre competenze straordinarie a soggetti individuati. Con particolare riferimento a questi ultimi aspetti, da un lato, si hanno norme con contenuto sostanziale che pongono in essere le vere e proprie misure emergenziali e qualificano direttamente determinate fattispecie reali, dando origine a situazione giuridiche soggettive, ossia la risposta diretta all'emergenza, dall'altro, si hanno norme con contenuto formale, che predispongono l'organizzazione di organi e poteri straordinari, ai quali si demanda l'adozione delle concrete misure d'emergenza, ovvero si prefigura il meccanismo di risposta, e la sottolineatura si pone sull'aspetto procedurale. In entrambi i casi, però, il contenuto ha carattere provvedimentale, in quanto è composto da disposizioni particolari, specifiche e concrete in relazione alla situazione emergenziale venutasi a creare; ci si trova dinanzi a disposizioni che sono da sole idonee a

²⁶⁰ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 225, il quale nota che "il passaggio dal diritto ordinario al diritto emergenziale, seppure dal punto di vista oggettivo incrina la fissità del sistema normativo, ottiene il risultato di conservare la garanzia degli interessi e dei valori minacciati dal fatto emergenziale. All'instabilità delle norme corrisponde la stabilità, e quindi la certezza, delle posizioni sostanziali che tali norme hanno la funzione di salvaguardare: in questo senso, potrebbe dirsi che lo stato d'emergenza assicura – più che la certezza del diritto, oggettivamente inteso – la certezza dei diritti". In questa direzione cfr TARANTINO, *Necessità e decreto-legge nell'Assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, in *Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Milano, 1986, pag. 28, dove si riflette sul fatto che la funzione del decreto-legge, perlomeno negli intenti di chi lo ha proposto, si concretizza nella necessità di adeguare l'ordinamento giuridico alle repentine ed immediate evoluzioni della situazione sociale. Esso fu quindi proposto come un valido strumento tecnico al fine di garantire la certezza preventiva del diritto. Sul punto anche cfr CODACCI-PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, pag. 19.

rimuovere le condizioni materiali che possono creare pericolo per la tutela dei diritti.

In questo quadro, ciò che già si era affermato sull'esistenza di condizionamenti sullo stato d'emergenza, l'*an* dei limiti, e il tema dell'identificazione di questi confini, il *quomodo*, richiede ora una ulteriore precisazione. Va infatti evidenziato fino a che punto è possibile sospendere e/o derogare il diritto ordinario. Si è visto che il concetto giuridico di emergenza è stato inteso come il criterio di modificazione dell'ordinamento tramite la straordinarietà dell'intervento ex art. 77 Cost.; si tratta, dunque, di un limite interno allo stesso stato di emergenza, in quanto è riconducibile al rapporto di stretta adeguatezza e strumentalità che si pone tra la disciplina eccezionale ed il fatto emergenziale che la giustifica. E in questo senso non è costituzionalmente legittimo la sospensione e/o la deroga del diritto vigente oltre lo strettamente necessario a fronteggiare il fatto emergenziale, l'eccezione deve costituire sempre l'*extrema ratio*. Durante l'emergenza, dunque, è derogabile soltanto ciò che è funzionale ad evitare le conseguenze antiggiuridiche altrimenti derivanti dalla contingenza straordinaria.

Nell'intenzione di riassumere i limiti²⁶¹ che il diritto emergenziale, scaturente da atti di decretazione d'urgenza, incontra, si può affermare che è presente un limite temporale, in quanto l'atto avente forza di legge è intrinsecamente provvisorio e cronologicamente delimitato, un limite spaziale, l'efficacia va circoscritta al territorio direttamente coinvolto dal fatto emergenziale, anche se non va escluso che possa riguardare l'intero ambito nazionale, un limite di oggetto, la disciplina ex art. 77 Cost. non può riguardare fattispecie concrete diverse da quelle direttamente interessate dall'emergenza, infine un limite di

²⁶¹ Sul tema dei limiti del decreto-legge cfr ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pag. 842, il quale afferma l'esistenza di "limiti più che giuridici, logici che impediscono in determinati casi ed oggetti le decretazioni d'urgenza"; cfr CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, 1988, pag. 6; cfr PALADIN, *In tema di decreti legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pag. 533; cfr PALADIN, *Decreto-legge*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, pag. 286; SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto legge e legge di conversione*, in *Dir. Soc.*, 1974, pag. 306; cfr SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1997, pag. 72.

contenuto, come meglio si vedrà in seguito, la natura provvedimentale dell'intervento non può affermare interessi e valori nuovi, diversi da quelli normalmente riconosciuti dal diritto vigente proprio perché la disciplina eccezionale venutasi a creare ha lo scopo di riaffermare, con mezzi straordinari, interessi e valori ordinari. In questi limiti evidenziati si rispecchia il rapporto tra il sottosistema straordinario ed il sistema giuridico complessivo, affinché sia affermata la legittimità costituzionale della disciplina emergenziale e la sua piena riconducibilità all'ordinamento vigente. In alcun modo le misure emergenziali possono derogare e/o sospendere quelle norme ordinarie che il sistema giuridico assume, espressamente o implicitamente, come inviolabili²⁶². Vanno respinte quelle interpretazioni estensive²⁶³ delle disposizioni dell'art. 77 Cost., che costituiscono la vera causa dell'abuso di questo strumento, e conducono a fuoriuscire dall'emergenza così come è stata giuridicamente ricostruita. In questo studio, infatti, si vuole costantemente fare riferimento a concreti sistemi giuridici ed allo specifico istituto emergenziale regolato dall'art. 77 Cost.; è imprescindibile il rilievo costituzionale della questione, proprio perché l'emergenza giuridica non può essere né studiata né definita in termini astratti e, al contrario, presuppone la cognizione del diritto positivo di cui è parte. E' solo in questo senso che la disciplina prodotta mediante decretazione

²⁶² Cfr ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pag. 77; cfr ROSS, *Sull'autoriferimento e su un "puzzle" in diritto costituzionale*, in *Critica del diritto ed analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, pag. 205. Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 57, il quale ritiene che nell'emergenza ci sia sempre un minimo di Costituzione, e, di conseguenza, di ordinamento giuridico, in vigore. Questo contenuto minimo consiste nelle previsioni che non possono essere in alcun modo derogate, neppure contingentemente, per il fatto che rappresentano l'identità dell'ordinamento stesso. Quindi, violare, seppure con misure eccezionali e provvisorie, simili previsioni significherebbe alterare tale identità, mettendo così in pericolo l'ordine costituzionale previsto e instaurando un nuovo ordinamento. Questa deriva configurerebbe uno stato d'eccezione riferibile ad una nuova Costituzione ancora *in fieri*.

²⁶³ Cfr GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino 1985, pag. 12, dove si ragiona sul fatto che le norme implicite sono quelle norme che sebbene non formulate, costituiscono giustificazione delle norme esplicite, nel senso che queste sono derivabili da quelle mediante un qualche procedimento logico o quasi-logico. L'eccesso del ricorso, in tema di decretazione d'urgenza, alla presenza di norme implicite che avrebbero consentito ogni tipo di intervento legislativo mediante decreto-legge sono indice di cattiva interpretazione del testo costituzionale e causa di abuso.

d'urgenza non viene considerata come una entità a se stante; questo aspetto rafforza l'esigenza costituzionale di un contenuto provvedimentale delle disposizioni del decreto-legge, in quanto, disciplinando i casi eccezionali, vanno viste come *species* di un comune *genus*, a conferma che all'interno dell'ordinamento giuridico è riscontrabile un sottosistema d'emergenza che deve garantire, durante la crisi, la tutela dei valori e degli interessi giuridicamente riconosciuti.

7-TENTATIVO DI TIPIZZAZIONE DEI PRESUPPOSTI

Secondo l'impostazione argomentata, il fatto emergenziale rappresenta il contenuto dei presupposti indicati dall'art. 77 Cost.; ora, vanno poste altre precisazioni sulla possibilità di individuare, senza pretesa di esaustività, una tipizzazione dei presupposti stessi secondo categorie di appartenenza e non tramite una elencazione casistica, aspetto, quest'ultimo, che già è stato escluso in quanto inadeguato. Nel paragrafo successivo, sarà svolto un approfondimento dei concetti di necessità ed urgenza alla luce dell'analisi condotta del fatto emergenziale.

Le linee guida di questa ricerca si muovono in due direzioni: il decreto-legge è in armonia con il dettato costituzionale sia se sussistono i presupposti giustificativi sia se il suo contenuto risulti provvedimentale. In questo contesto, si afferma che la presunzione di sussistenza del presupposto legittimante, a prescindere dalla sua reale consistenza, ha un valore comunque relativo, in quanto anche dinanzi al concreto materializzarsi di un fatto emergenziale²⁶⁴, il *fumus* di legittimità sarebbe vanificato laddove il Governo decidesse di emanare misure non strumentali a ripristinare le condizioni

²⁶⁴ Cfr PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, pag. 59, dove l'autore rileva che, in occasioni di calamità naturali, il Governo ha adottato decreti-legge estremamente complessi e, in parte, destinati a non trovare immediata applicazione.

materiali per l'attuazione del diritto e inidonee a contenere gli effetti antigiusuridici dell'emergenza; si tratterebbe, infatti, di una normativa priva di particolarità e concretezza, eterogenea, mirata a introdurre misure strutturali che per la loro stessa natura si manifestano come incompatibili a fronteggiare le caratteristiche del fatto emergenziale.

La decretazione d'urgenza, e sul punto si insisterà nei paragrafi successivi, va vista come un unico procedimento articolato in più fasi ma tutte legate tra loro dal nesso funzionale di fronteggiare l'emergenza. Questo aspetto, dunque, si ripercuote sia in fase di analisi della sussistenza dei presupposti, sia in fase di predisposizioni della risposta emergenziale, sia infine in fase di conversione in legge. Ciò premesso, un tentativo di tipizzazione dei "casi straordinari di necessità ed urgenza" è richiesto proprio dalla natura generale dell'istituto che, potenzialmente e pericolosamente, si presta ad interpretazioni confuse.

Le situazioni d'emergenza²⁶⁵ in astratto conformi alla disciplina costituzionale e nelle quali è giuridicamente doveroso ricorrere allo strumento straordinario previsto dall'art. 77 Cost. possono essere ricondotte a tre diverse tipologie: le calamità naturali, i fatti emergenziali derivanti da attività umana e le emergenze pubbliche. La prima tipologia consiste in eventi naturali di portata e gravità tale da non essere ricollegate ad alcuna condotta umana, la seconda, invece, riguarda situazioni eccezionali causate, ad esempio, dall'intervento dell'uomo sull'ambiente; potrebbe trattarsi dei diversi fenomeni di inquinamento dovuti a sostanze dannose, oppure anche di casi di epidemie, di malattie particolarmente infettive e contagiose, le quali, in vari modi, attengono comunque al rapporto tra uomo e natura. Le situazioni riconducibili a queste due tipologie devono presentare un grado elevato di intensità; infatti, se ciascuna di queste è caratterizzata dai requisiti della novità e della provvisorietà, non è scontata la presenza degli altri elementi del fatto emergenziale. Va esaminato con attenzione che si tratti di un fatto imprevisto e causa di effetti antigiusuridici. Il particolare scrupolo richiesto nel valutare la straordinarietà dell'evento, l'impreparazione del sistema giuridico e l'effettiva

²⁶⁵ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 342.

compromissione di interessi e valori riconosciuti non giustifica la prassi consolidatasi nel tempo, la quale si è mostrata eccessivamente cauta ad utilizzare lo strumento della decretazione d'urgenza negli eventi ascrivibili alle prime due tipologie individuate che invece ne dovrebbero costituire casi paradigmatici. Senza anticipare troppo quanto sarà oggetto di studio in un capitolo successivo, nel corso ad esempio di gravi disastri naturali si è preferito ricorrere al potere d'ordinanza, sfruttando la sua forza "sostanziale", paragonabile, per certi aspetti, a quella del decreto-legge e approfittando dell'assenza di controlli significativi²⁶⁶.

La terza tipologia, sintetizzata con l'espressione "emergenze pubbliche", ha un'ampia portata e riassume una serie di situazioni che provocano gravi ricadute sulla dimensione pubblica del vivere sociale, compromettendo non solo il rapporto tra l'autorità e i cittadini ma soprattutto le relazioni tra le diverse categorie sociali, con tensioni tali da mettere in pericolo l'ordinata dialettica del consorzio civile. Può trattarsi di fenomeni provocati direttamente o indirettamente da azioni od omissioni umane, con forti effetti antigiusuridici. A fini esemplificativi si può pensare all'incremento di condotte penalmente rilevanti, episodi di disordini teppistici²⁶⁷, di terrorismo interno²⁶⁸

²⁶⁶ Cfr MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)* in *Giur. cost.*, 1996, pag. 505. Cfr MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. cost.*, 1997, pag. 2099.

²⁶⁷ Cfr FORLENZA, *Contro i danni dei teppisti in trasferta il "pressing" delle nuove norme anti disordini*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 33, pag. 18, il quale analizza le misure del Governo per contrastare l'incremento di reati comuni in occasione di competizioni sportive, meglio noto con l'espressione "violenza negli stadi"; in particolare l'attenzione si concentra sul decreto-legge 20 agosto 2001, n. 336, il quale ha modificato la disciplina preesistente per estendere la facoltà del questore di vietare l'accesso agli stadi a soggetti "denunciati o condannati" e quella di imporre agli stessi soggetti l'obbligo di presentarsi presso gli uffici di polizia; inoltre, si aumenta a tre anni la durata massima del divieto di accesso e si introducono nuove ipotesi di illecito penale nell'ambito delle competizioni sportive.

²⁶⁸ Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pag. 279; cfr PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, cit. pag. 108. Gli autori riflettono sui fenomeni di terrorismo politico con particolare riferimento alla legislazione d'emergenza del 1979 e del 1982, espressione di decretazione d'urgenza. Questa disciplina, da un lato, provocò una differenziazione delle forme di repressione penale attraverso una normativa di difficile compatibilità costituzionale, dall'altro, introdusse gli istituti premiali in favore di terroristi pentiti o dissociati; sul punto si ricordi il decreto-legge n. 625 del 1979 e il decreto-legge 304 del 1982. Recentemente, il decreto-legge 6 maggio 2002, n. 83, in tema di sicurezza personale e funzionalità dell'amministrazione dell'interno, istituisce l'Ufficio

ed internazionale²⁶⁹, di associazioni criminali particolarmente estese²⁷⁰. Questa casistica di nuovo sottolinea quanto l'emergenza sia condizionata dal grado di adeguatezza del sistema giuridico e dal suo tempestivo aggiornamento. Sempre in questa tipologia emergenziale vanno ricomprese le crisi economiche, le quali, per le caratteristiche globali del sistema economico-finanziario, necessitano di interventi incisivi su ampia scala²⁷¹. Questa esigenza ha portato ad introdurre, mediante decretazione d'urgenza,

centrale interforze per la sicurezza personale (UCIS) con il compito non solo di gestire il servizio di protezione nei confronti di soggetti ritenuti a rischio, ma anche di raccogliere le informazioni relative dalle forze di polizia e dai servizi.

²⁶⁹ Si ricordi il decreto-legge 28 settembre 2001, n. 353, il quale, in attuazione della risoluzione n. 1333 del 19 dicembre 2000 del Consiglio di sicurezza dell'O.N.U. e del Regolamento CE n. 467/01, dispone il "congelamento" dei capitali e delle altre risorse finanziarie riconducibili ai Talebani. Va rilevato che questo provvedimento condiziona la propria efficacia a quella provvisoria del regolamento CE: l'art. 4, infatti, stabilisce che le disposizioni del decreto "cessano di avere efficacia a decorrere dalla data in cui sono sospese o revocate le misure stabilite dal regolamento". In seguito, con decreto-legge 12 ottobre 2001, n. 369, si è istituito un organo straordinario di durata annuale, il Comitato di sicurezza finanziaria, con il compito di controllare il mercato finanziario e prevenire fenomeni di riciclaggio legati al terrorismo. Poi, il decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, ha introdotto il reato di "associazione con finalità di terrorismo" e l'aggravante del "terrorismo internazionale", qualificando come "arma da guerra" anche gli "aggressivi biologici e radioattivi" ed estendendo a queste nuove fattispecie l'applicabilità del regime delle intercettazioni giudiziarie e delle perquisizioni di edifici e blocchi di edifici.

²⁷⁰ Ampia è la decretazione d'urgenza in tema di "mafia". A titolo di esempio va ricordato il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, che ha apportato modifiche al codice di procedura penale; degno di nota anche il decreto-legge 25 luglio 1992 che ha disposto l'impiego delle Forze armate in attività di controllo del territorio della regione siciliana, stabilendo, all'art. 1, che i prefetti possano avvalersi di personale militare delle Forze armate, il quale agisce con le funzioni di agenti di pubblica sicurezza.

²⁷¹ Il [decreto legge 138/2011](#), chiamata anche manovra bis è un decreto legge approvato dal [governo Berlusconi IV](#) il [29 agosto 2011](#), il quale permetterebbe di risparmiare ulteriori 45,5 miliardi di €, oltre ai 48 già approvati il [18 luglio 2011](#), sempre per il biennio 2012-2013 su richiesta esplicita della [UE](#) per quanto concerne il [pareggio di bilancio](#), ovvero l'abbattimento del [deficit pubblico](#) previsto per il [2013](#). Le misure anti-crisi previste sono oggetto di critiche anche aspre da parte delle opposizioni, di alcuni esponenti della maggioranza parlamentare, dei rappresentanti sindacali e delle associazioni delle categorie produttive perché comporterebbero significativi sacrifici diretti (principalmente maggior pressione fiscale) e indiretti (a causa dei tagli ai servizi) per i cittadini: tra i punti del testo legislativo vi è l'abolizione di circa 54.000 poltrone negli [enti locali](#), tra [regioni](#), [province](#) e [comuni](#). Il decreto legge fa seguito e si somma alle misure economiche e finanziarie già adottate con la manovra finanziaria di luglio 2011 (Decreto legge 98 del 2011). E'indicativo rilevare che negli ultimi 15 anni ci sono state ben 19 manovre economiche varate da vari governi, tutte adottate mediante decreto-legge.

vere e proprie riforme strutturali e stabili nel tempo, sacrificando sia la natura stessa dello strumento del decreto-legge sia il ruolo delle Camere, che non vengono messe nelle condizioni di esaminare e controllare l'operato governativo. Il tema dell'utilizzo dell'istituto ex art. 77 Cost. per fronteggiare crisi economiche, vista anche l'attualità della questione, merita una attenzione particolare da parte del diritto costituzionale, specie in relazione al fatto che tali misure spesso incidono su diritti sociali acquisiti²⁷². Va dunque analizzato il margine di rischio che caratterizza interventi in ambito economico, i quali raramente rispondono a criteri di provvedimentalità, e, dunque, diviene maggiormente riscontrabile il divario tra la sussistenza dei presupposti giustificativi e il contenuto provvedimentale della disciplina adottata. Riforme importanti, come quelle adottate tramite le manovre economiche, avrebbero bisogno di una adeguata ponderazione sia in sede di redazione dei testi sia in sede di discussione parlamentare; la struttura e la procedura dell'istituto ex art. 77 Cost. non soddisfa una esigenza di tal genere, data anche la non provvisorietà delle misure introdotte dal Governo in simili contesti. Se le congiunture economiche rappresentano di per se stesse fatti emergenziali che

²⁷² Cfr PALADIN, *Commento all'art. 77*, cit., pag. 59; inoltre cfr SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., pag. 81, il quale indica il caso dei decreti catenaccio come uno dei sintomi della perdita di "ogni connotato di eccezionalità e di imprevedibilità che si sarebbe tentati di riconoscere" all'istituto. Effettivamente, solo in pochi casi della prassi, l'adozione di decreti catenaccio era realmente preceduta da un fatto emergenziale che ne costituisse un valido presupposto: molto spesso la vera giustificazione dell'atto era radicata nella necessità del Governo di compattare la propria maggioranza, ponendola dinanzi al fatto compiuto. Ancora cfr PALADIN, *in tema di decreti-legge*, cit., pag. 555, il quale, sempre in relazione ai decreti catenacci, precisa che "la necessità non sarebbe più testimoniata dal contenuto stesso del provvedimento; e quanto all'urgenza, essa non consisterebbe più in un'esigenza di sollecita soddisfazione di determinati interessi, bensì nell'opportunità di ridurre al minimo grado (onde evitare facili speculazioni) il tempo intercorrente fra la deliberazione governativa e l'entrata in vigore del decreto-legge". inoltre lo stesso Autore rileva che "il reale significato del riferimento costituzionale ai "casi straordinari di necessità e d'urgenza" non può tuttavia non essere ben più modesto e più comprensivo di quello or ora ipotizzato". A titolo d'esempio, si ricordi che nel 1948 si emanarono quattro decreti-legge "catenaccio": il decreto-legge 6 ottobre 1948, n. 1199, recante modificazioni all'imposta erariale sul consumo di energia elettrica, il decreto-legge 6 ottobre 1948, n. 1200, recante modificazioni al regime fiscale degli alcoli e del benzolo, il decreto-legge 14 dicembre 1948, n. 1419, concernente il regime fiscale dello zucchero e degli altri prodotti zuccherini ed il decreto-legge 20 dicembre 1948, n. 1427, recante modificazioni al regime fiscale di taluni prodotti soggetti ad imposta di fabbricazione. Anche i decreti-legge n. 632, 644 e 707, emanati nel 1949, sono classificabili tra i "catenacci".

necessitano di interventi rapidi ed efficaci, il ricorso alla decretazione d'urgenza può essere idoneo ad arginare nell'immediato l'emergenza, mediante interventi il più possibile circoscritti, incisivi e provvisori, lasciando al Parlamento, in sede di legislazione ordinaria, la riformulazione e la revisione di interi settori dell'ordinamento in materia economico-finanziaria, viste le possibili e pesanti ripercussioni sociali. Gli strumenti regolamentari delle Camere consentono, anche senza ricorrere sempre e comunque al decreto-legge, corsie preferenziali e tempi ragionevolmente celeri per adottare le misure richieste. A questo, inoltre, si aggiunge il fatto che nella categoria "emergenza economica" sono ricomprese una serie estremamente eterogenea ed articolata di situazioni che meriterebbero ciascuna interventi mirati e singoli, e non un inserimento complessivo in un unico atto di decretazione d'urgenza. In questi ambiti è molto elevato il rischio di compromettere diritti sociali acquisiti, di operare deroghe eccessive in tema di imposizione fiscale, slegate dai criteri costituzionali della progressività²⁷³. E' dunque difficile riscontrare un medesimo ed unico disegno di intervento, preferendo, invece, approfittare di negative congiunture economiche, spesso di origine internazionale, per inserire nello stesso decreto-legge una lunga serie di disposizioni eterogenee, non coordinate tra loro, che riguardano ampi e diversi settori del sistema economico, non riconducibili, neppure marginalmente, ad una logica comune.

Altra specie di "emergenze pubbliche" è costituita dalle missioni umanitarie o di polizia internazionale che prevedono l'impiego di forze armate all'estero in

²⁷³ Si veda, inoltre, il decreto-legge n. 201 del 7 dicembre 2011, meglio conosciuto come manovra economica "salva Italia", dove si introducono una serie di misure di tipo strutturali, destinate ad innovare profondamente l'ordinamento, mettendo a rischio importanti diritti sociali acquisiti; fra tutte, spicca la riforma del sistema pensionistico, l'introduzione di una diversa tassazione sulla prima casa e sugli immobili, lo svuotamento di funzioni e di organizzazione di enti, come le province, che hanno copertura costituzionale e sono eletti a suffragio universale. A questo si aggiungono pesanti riforme della finanza locale, che impediscono ai comuni di disporre delle adeguate risorse economico-finanziarie per adempiere alle funzioni loro assegnate. Nello specifico, si noti gli artt. 13, 14, 20,21,23,25, 29.

operazioni, almeno tendenzialmente, non ostili²⁷⁴, oppure dirette al ristabilimento dell'ordine pubblico con interventi offensivi limitati a gruppi locali non inquadrati²⁷⁵. Soprattutto in quest'ultima situazione, la condizione basilare per escludere la natura bellica della missione è che lo Stato, all'interno del quale si interviene, mantenga la sovranità sul territorio teatro delle operazioni e che abbia richiesto o, in qualche modo, autorizzato l'azione di reparti militari stranieri. Il manifestarsi improvviso di situazioni di crisi internazionali che richiedono interventi anche di natura militare rientra nella tipologia evidenziata del fatto emergenziale; più incerta e fonte di rilevanti dubbi di legittimità è il ripetuto rifinanziamento di tali missioni, a scadenze periodiche già predeterminate, adottato con decreto-legge. Sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito.

²⁷⁴ Si tratta di operazioni concernenti il trasporto di medicinali e viveri, la bonifica delle mine, la costruzione di infrastrutture, l'osservazione, dove il ricorso allo strumento militare ha una funzione meramente dissuasiva. Per questo è sottoposto a regole d'ingaggio restrittive nel senso che l'uso delle armi è giustificato solo per l'autodifesa individuale e collettiva. A tale tipologia di operazioni appartengono, ad esempio, le missioni in Albania dal 1991 al 1993, nell'ex Jugoslavia dal 1991, in Eritrea ed Etiopia dal 2000, nel Kosovo dal 1998.

²⁷⁵ In questi casi l'uso della forza è regolato in modo simile a quello delle forze di polizia essendo consentito, oltre che per l'autodifesa, in funzione preventiva e repressiva di crimini: protezione della popolazione civile, interposizione tra gruppi ostili, sequestro di armi, scorta di persone e cose, arresto di criminali di guerra. Ad esempio, si è trattato delle missioni in Somali del 1993, in Mozambico dal 1993 al 1995, in Albania dal 1997, a Timor est dal 1999 al 2000, in Libano dal 2006. Di dubbia legittimità sono invece apparse le operazioni militari in Iraq nel 2003 e in Afghanistan dal 2001 e ancora in corso per il verificarsi di situazioni di vera e propria natura militare, nel senso tradizionale del termine.

8-NECESSITA' ED URGENZA COME SINTESI DELL'APPREZZAMENTO GOVERNATIVO

Visto che l'espressione "casi straordinari di necessità ed urgenza" nella sua interezza rappresenta il fatto emergenziale, ora va valutato, unendo e riassumendo in una sistemazione definitiva elementi già evidenziati in precedenza, la portata dei concetti di necessità ed urgenza singolarmente considerati in relazione all'apprezzamento operato dall'Esecutivo. Queste nozioni, infatti, intendono evidenziare il secondo momento del modello emergenziale, ovvero la valutazione governativa che pone in rapporto di causa ed effetto l'accadimento fenomenico con la modificazione giuridica straordinaria. Un fatto, anche quello che possiede i requisiti emergenziali, è di per sé inidoneo a far scattare autonomamente i rimedi nella sfera giuridica ed è compito dell'ordinamento, qualificandolo, di ricollegare ad esso una determinata conseguenza giuridica²⁷⁶; in tal senso e nel caso della decretazione d'urgenza, prima del giudizio di accertamento dell'emergenza, l'accadimento eccezionale è "muto ed inerte"²⁷⁷, e l'intervento straordinario non nasce tanto dal fatto, che ne è comunque il presupposto imprescindibile, quanto dalla decisione governativa di ricorrere all'istituto del decreto-legge, secondo la disciplina costituzionale. L'art. 77, dunque, può essere parafrasato nel senso che "quando in casi straordinari il Governo giudica necessario ed urgente adottare provvedimenti provvisori con forza di legge, vi provvede secondo la sua responsabilità"²⁷⁸; questa riformulazione interpretativa del testo costituzionale vuole evidenziare che il ricorso allo strumento del

²⁷⁶ Cfr SANTI ROMANO, ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria* (1909), cit., pag. 362, il quale nega che una circostanza "costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forza sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezza e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria".

²⁷⁷ Cfr SANTI ROMANO, ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria* (1909), cit., pag. 362.

²⁷⁸ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 353, il quale anche precisa affermando che "è doveroso fronteggiare il caso straordinario con il decreto-legge".

decreto-legge è la sintesi di una valutazione e di una ponderazione effettuata dall'Esecutivo. Questo giudizio non è per nulla apodittico o scontato, e proprio perché va espresso in termini giuridici deve essere motivato per consentire l'esercizio del controllo sul piano politico e su quello della legittimità costituzionale. A questo punto del presente studio si vuole soltanto anticipare che il richiamo costituzionale alla responsabilità governativa non va inteso come ripetitivo di un principio generale ma come una forte sottolineatura della rilevanza del giudizio effettuato, chiamato a riscontrare l'effettiva sussistenza, in un determinato fatto eccezionale, dell'esigenza improrogabile di qualificazione e di individuare in provvedimento provvisorio con forza di legge l'unica risposta giuridica adeguata. Il carattere tipico della decretazione d'urgenza è, dunque, la sostituzione, provvisoria e limitata nel tempo, di una nuova regolazione al diritto ordinario esistente.

Ora, le nozioni di necessità ed urgenza esprimono anche un significato giuridico ulteriore e precedente alla valutazione governativa. Nel contesto qui considerato, per quanto concerne la necessità, questa va espressa, nel suo contenuto giuridico, come l'esigenza di una norma che imponga un determinato comportamento, un *facere*, un *dare*, un *non facere*, finalizzato a ripristinare una situazione giuridica alterata dal fatto emergenziale e idonea a conformare le condotte sociali. La disciplina provvisoriamente introdotta è un sostegno affinché la parte del diritto oggettivo colpito dall'emergenza abbia validi ed efficaci strumenti a disposizione per recuperare un assetto ordinario.

La produzione giuridica è chiamata a confrontarsi con la realtà sociale di riferimento, la cui dinamicità, a volte, è talmente repentina ed improvvisa da porsi del tutto al di fuori di un concetto di normalità ricostruito secondo le massime di comune esperienza; infatti, quanto più una società è complessa tanto più il diritto deve ricorrere a strumenti idonei, in concreto, a fronteggiare gli sviluppi irregolari ed imprevisti delle dinamiche sociali. Questo richiede un passaggio da un metodo di interpretazione di regole ad una nuova

impostazione che implica la conoscenza dei fatti²⁷⁹. La necessità giuridica, in un contesto emergenziale, rimarca la natura del “dover essere” del diritto e riafferma che gli atti di decretazione d’urgenza sono vincolati ad essere concretamente capaci di fronteggiare il fatto emergenziale; di conseguenza, la manifesta inidoneità a raggiungere tale scopo li rende, oltre che inutili, giuridicamente ingiustificati, ovvero, data la natura eccezionale del potere di cui sono espressione, illegittimi costituzionalmente. Dunque, nella logica di questa argomentazione, la necessità che caratterizza l’emergenza giuridica e che collega il fatto emergenziale con la straordinarietà dell’intervento governativo avente forza di legge si contraddistingue per la non automaticità del passaggio dalla causa all’effetto, richiedendo, invece, una valutazione e, quindi, una scelta. Il significato giuridico di questa necessità consiste nel predisporre “ciò che deve essere” al fine di salvaguardare interessi meritevoli di tutela. Si sollecita con forza una decisione razionale da parte del Governo di sottoporre ad una regolamentazione immediata una vicenda rilevante e pericolosa per la tenuta dell’ordinamento, il fatto emergenziale, per frenarne l’evoluzione. Si pone, inoltre, la questione della doverosità della scelta e della doverosità che consegue alla scelta.

Nel primo caso, una volta accertata la sussistenza dell’emergenza con i requisiti in precedenza studiati, in capo al Governo vi è un dovere di intervenire e di esercitare la sua competenza ex art. 77 Cost. affinché siano fronteggiati i cambiamenti antiggiuridici determinatisi. La produzione giuridica straordinaria, a differenza di quella ordinaria, è un’attività giuridicamente doverosa; infatti, mentre nella normazione ordinaria la scelta dell’*an* è guidata da criteri di opportunità politica, nell’intervento straordinario, invece, è già dato un complesso di interessi e di valori il cui riconoscimento giuridico è assodato, e ciò che rileva è la compromissione, causata dal fatto emergenziale,

²⁷⁹ Per considerazioni più ampie sulle nuove sfide della scienza del diritto in relazione al metodo giuridico e ai suoi cambiamenti cfr DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, pag. 4-5. Dalla considerazione di questa evoluzione del diritto costituzionale cfr AMATO, *Diritto costituzionale*, in *Guida alla facoltà di giurisprudenza*, a cura di CASSESE, Bologna, 1984, pag. 96.

delle condizioni materiali per la loro concreta attuazione. Il decreto-legge rappresenta il rimedio giuridico che il Governo è tenuto ad adottare per continuare a garantire, durante l'emergenza, le posizioni soggettive meritevoli di protezione giuridica, e in quest'aspetto si evidenzia anche la sua funzione conservativa. E' doveroso, pertanto, ripristinare la copertura degli interessi e dei valori giuridicamente preesistenti e contrastare, con la maggiore intensità possibile, gli effetti antiggiuridici del fatto emergenziale.

Nel secondo caso, si pone la doverosità della disciplina prodotta mediante decreto-legge considerata, nel suo insieme, come sistema di prescrizioni eccezionali. Si vuole, pertanto, attribuire la qualificazione di doverosità a determinati comportamenti, sia dei pubblici poteri sia di altri soggetti. Ad esempio, se il fatto emergenziale ha come conseguenza la predisposizione di misure che limitano la libertà di circolazione, coloro che risiedono nel territorio interessato assumono la titolarità di una posizione giuridica passiva consistente nel divieto di circolare; oppure, in un'altra situazione, può verificarsi che il Governo, mediante decreto-legge, decida la requisizione in uso, per un certo periodo, di alloggi e veicoli, in questo modo in capo ai soggetti proprietari di tali beni si impone l'obbligo di consentirne il godimento ad altri. Questa esemplificazione significa che nell'ordinamento giuridico si viene a creare un sottosistema la cui eventuale assenza sarebbe causa di un comportamento anticostituzionale da parte dell'Esecutivo. La caratteristica di questi elementi di doverosità offre, inoltre, all'interprete la possibilità di conoscere quali interessi l'ordinamento giuridico intende preservare in tempo d'emergenza, la loro tipologia e il loro grado di effettività, al fine di individuare il nucleo fondante dei valori giuridici di una comunità. In questo aspetto risiede l'importante rilevanza conoscitiva delle situazioni emergenziali.

Per quanto concerne il concetto dell'urgenza²⁸⁰, esso è strettamente legato all'obbligo giuridico che non solo impone all'Esecutivo un intervento

²⁸⁰ Cfr AINIS, *Cultura e politica*, Padova, 1991, pag. 34; cfr LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pag. 96, il quale considera il tema dei

ineludibile ma anche richiede una predisposizione immediata di misure capaci di fronteggiare l'evento straordinario. L'urgenza implica che l'ordinamento non possa accettare, nemmeno *medio tempore*, che determinati interessi, cui esso normalmente offre protezione, siano lesi ingiustamente, se non addirittura pregiudicati. Infatti, dinanzi al fatto emergenziale, un intervento tardivo è equiparabile ad un intervento mancato. La necessità e l'urgenza, quindi, vanno di pari passo e non è giuridicamente pensabile una necessità che non sia urgente ed una urgenza che non sia necessaria²⁸¹. Le due nozioni risultano, quindi, complementari ed indicano, da un lato, l'improrogabile esigenza di modificare il sistema giuridico adattandolo alla straordinaria contingenza, dall'altro, l'impellenza di ricorrere senza indugi ad un'attività giuridica eccezionale. Da questo si evince che la decretazione d'urgenza può produrre gli effetti dovuti soltanto laddove la sua instaurazione sia tempestiva e non differita nel tempo. Tale connotazione è simmetrica alla caratterizzazione cronologica del fatto emergenziale, il quale, seppure sia intrinsecamente provvisorio, ha già realizzato i suoi effetti anti-giuridici.

La considerazione che vede nella necessità e nell'urgenza la sintesi dell'apprezzamento governativo implica che quest'ultima operazione deve essere conclusa in tempi brevi. L'Esecutivo è chiamato ad una valutazione di costi-benefici giuridici, per verificare che il ricorso alla decretazione

concetti giuridici indeterminati come un falso problema dal momento che tutti gli enunciati normativi sono, in un certo senso, indeterminati e richiedono una rilevante attività interpretativa. Cfr PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pag. 65.

²⁸¹ Cfr FRESA, *Provvisorieta con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, cit., pag. 51, il quale afferma che "la necessità di provvedere è rilevante giuridicamente solo se questa è tanto qualificata rispetto al tempo (è urgente), da non essere possibile fare riferimento al normale ordine delle competenze normative primarie". Inoltre cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig.*, XII, 1965, pag. 100, il quale parla dell'urgenza in termini di "necessità qualificata rispetto al tempo". Su questa linea cfr MIELE, *Le situazioni di necessità dello stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pag. 429, secondo il quale "l'urgenza denota che quel mezzo dev'essere usato senza indugio, sotto pena di danni irreparabili: rende la necessità attuale". Su posizione in parte diverse cfr GIANNITI-RICHTER, *Urgenza*, in *Enc.dir.*, 1992, pag. 902, i quali sostengono che "non pare esatto, oltre che utile, ritenere l'urgenza una *species* del *genus* necessità (necessità di provvedere subito); del resto (...) vi può essere non solo una necessità che non sia urgente (alla quale cioè non sia connessa l'urgenza di provvedere immediatamente), ma anche una situazione di urgenza non necessitata (è questo il caso previsto dall'art. 72, comma 2, Cost.)".

d'urgenza non crei maggiori problematiche di quante non ne risolva e contestualmente accertare la possibilità di ricorrere agli ordinari strumenti normativi. Se la decisione di adottare il decreto-legge si presenta come una netta alternativa, tuttavia le considerazioni che stanno alla base di questa scelta non si svolgono secondo la dialettica del “tutto” o “niente”²⁸², ossia tra una posizione di piena garanzia ed una posizione di abbandono delle situazioni giuridiche colpite dal fatto emergenziale. Pertanto, è preciso compito del Governo e ricade nella responsabilità menzionata dall'art. 77 Cost. effettuare un bilanciamento tra i valori e gli interessi posti in pericoli dall'emergenza e quelli che sarebbero compromessi dall'emanazione. Risulta evidente che un bilanciamento di tal genere concerne non soltanto la scelta dell'*an* ma anche l'attività immediatamente successiva, consistente nella determinazione particolare e concreta della portata sospensiva o derogatoria del provvedimento avente forza di legge²⁸³. Il ricorso, al decreto-legge, rappresentando una interferenza funzionale a discapito del Parlamento, non è neutrale rispetto alla configurazione della forma di governo, e, perciò, il potere di decretazione stesso deve essere rigorosamente limitato ai casi effettivamente straordinari, in cui non esiste la possibilità di una soluzione diversa²⁸⁴. Contrariamente, la decretazione d'urgenza diviene il “grimaldello” per scardinare la forma di governo delineata dalla Costituzione²⁸⁵. Va dunque ribadito che solo la natura emergenziale dell'istituto ex art. 77 Cost. consente di intendere la necessità come assoluta, altrimenti non è vera necessità, non ammettendo spazio per relativismi della nozione.

²⁸² Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 357.

²⁸³ Cfr LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI, Torino, 1985, pag.320.

²⁸⁴ Cfr PALADIN, voce *Decreto-legge*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, pag. 287, il quale osserva che, analogamente ai decreti-legislativi, i decreti-legge costituiscono una fra le più rilevanti eccezioni alla regola per cui gli atti di partecipazione ad una funzione diversa da quella normalmente propria dell'organo emanante mantengono l'efficacia caratteristica degli atti di esercizio della funzione normale.

²⁸⁵ Cfr CIAURRO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, pag. 2, il quale rileva che un “prolungato e grave abuso” del Governo dell'utilizzazione dell'istituto “rischia di stravolgere i connotati stessi del regime parlamentare, svuotando di significato, o almeno alterando profondamente l'attribuzione al Parlamento della funzione legislativa”. L'Autore, poi ricorda che l'originario riferimento ad una “assoluta urgente necessità” andò disperso nelle nebbie del coordinamento del testo costituzionale.

La sintesi che il Governo opera nel suo apprezzamento si concretizza in una pluralità di valutazioni che assumono a parametro disposizioni contenenti concetti giuridici indeterminati, per la cui determinazione occorre acquisire elementi provenienti sia dalla realtà fenomenica sia dal sistema normativo e lo spazio di discrezionalità si espande non sul carattere assoluto dei presupposti ma sull'attività di giudizio finalizzata a ponderare i dati emersi dalla realtà fattuale. In linea generale, il decreto-legge è urgentemente necessario sia in quanto atto sia nelle concrete misure di cui si compone; il nesso di giustificazione con il fatto emergenziale deve sussistere non solo rispetto all'instaurazione dello stato eccezionale ma anche relativamente al suo contenuto²⁸⁶. A questo si aggiunge che la connotazione cronologica dell'urgenza è una componente della necessità giuridica e, nonostante si intenda normalmente come il ricorso a misure di immediata applicazione, può consistere, inoltre, nella immediata predisposizione di una aspettativa giuridica, dove le fattispecie sono costituite da elementi che solo in parte sono presenti al momento dell'emanazione. Può accadere, infatti, in particolare in quei fatti emergenziali che qui sono stati definiti come "emergenze pubbliche", che per far regredire una situazione critica sia sufficiente determinare ciò che sarà realizzato in futuro²⁸⁷. L'aspetto della "efficacia differita" però va gestito con particolare attenzione in quanto è potenzialmente causa di pericolosi abusi, e la scissione esistente tra il momento presente in cui si decide e quello futuro in cui si attua può essere accettata unicamente se limitata e ben definita, in modo che questi due momenti siano ricondotti ad unità grazie alla sussistenza di una forma

²⁸⁶ Cfr RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, pag. 133, il quale rileva l'irrazionalità del decreto-legge che sposta in avanti nel tempo la propria efficacia e/o applicazione.

²⁸⁷ Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, pag. 1453, dove si osserva che il fine di risolvere o di evitare i conflitti si persegue se il contenuto delle disposizioni corrisponde alle aspettative degli interessati. In tal modo, se non esistono, al momento dell'emanazione, condizioni tali da rendere necessaria ed urgente la risoluzione della crisi, l'illegittimità del decreto non deriva dalla "sola ritardata attuazione degli effetti materiali" ma dalla carenza dei presupposti costituzionali.

giuridica della decisione che prescriva realmente come acquisito nell'immediato ciò di cui si usufruirà concretamente in un prossimo futuro²⁸⁸.

9-IL SENSO DELLA PROVVISORIETA' DEL DECRETO-LEGGE E FORME DI ELUSIONE

Più che interrogarsi sulla portata del dilemma tra necessità di provvedere o necessità del provvedimento²⁸⁹ la questione va posta tra la provvisorietà dell'atto o provvisorietà del provvedere, intendendo con quest'ultima espressione le misure che rappresentano il contenuto del decreto-legge. L'espresso riferimento dell'art. 77 Cost. alla provvisorietà²⁹⁰ della decretazione d'urgenza evoca un concetto che riguarda tre aspetti differenti²⁹¹: l'incertezza che ne circonda la vigenza, la durata temporanea, l'azzeramento degli effetti prodotti se non subentra la legge di conversione. E' dunque possibile ricostruire un significato di provvisorietà che indichi il conferimento al Governo di un potere avente forza di legge, dotato di efficacia cronologicamente delimitata, la temporaneità dell'*an*, unito alla predeterminazione del momento esatto in cui l'esercizio straordinario della forza di legge dovrà cessare, la temporaneità del *quomodo*, oltre alla portata retroattiva di una eventuale cessazione di efficacia derivante dalla mancata conversione, il *quomodo* della provvisorietà. Tuttavia, la perentorietà del termine di precaria vigenza ex art. 77, comma 3, Cost. vuole sottolineare in

²⁸⁸ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 364, il quale afferma che "ad esempio, di fronte ad uno sciopero generale, il cui perdurare è capace di compromettere beni giuridici fondamentali (diritto alla salute, difesa sociale, diritto di difesa), potrebbe rivelarsi necessario adottare un decreto-legge, contenente stanziamenti di risorse da erogare nel tempo di là a venire".

²⁸⁹ Cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 835.

²⁹⁰ Cfr MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, III, pag. 883, il quale ritiene che il riferimento dell'art. 77 Cost. abbia ad oggetto soprattutto la durata temporanea del decreto-legge.

²⁹¹ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 467.

modo particolare la limitata efficacia nel tempo del decreto-legge²⁹². Secondo questa impostazione, la questione iniziale tra provvisorietà dell'atto o provvisorietà delle misure ivi contenute si risolve nella provvisorietà di entrambi, in quanto, da un lato, l'atto deve venire meno in ogni caso alla scadenza del termine costituzionale, dall'altro, il contenuto mira ad essere confermato in sede di conversione ma, fino a questa conferma, è dotato di efficacia provvisoria²⁹³. A sostegno di questa tesi, si pone anche la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l'art. 77 Cost. "nella sua limpida formulazione non offre alternative al carattere necessariamente provvisorio della decretazione d'urgenza: o le Camere convertono il decreto-legge entro sessanta giorni o il decreto perde retroattivamente la propria efficacia, senza che il Governo abbia la possibilità di invocare proroghe o il Parlamento di provvedere ad una conversione tardiva"²⁹⁴. E' proprio a ragione di questa provvisorietà che il decreto-legge è stato in qualche modo paragonato alle "leggi temporanee" con due importanti differenze: la prima sottolineava il fatto che le leggi temporanee determinano liberamente esse stesse il proprio termine finale, mentre nel caso del decreto-legge questo è inderogabilmente disciplinato dalla Costituzione; la seconda evidenzia che, in

²⁹² Cfr PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pag. 248; cfr LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 323; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pag. 97.

²⁹³ Contrariamente cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 844, il quale ritiene che dalla statuizione che i provvedimenti del Governo sono provvisori possono darsi due interpretazioni: che la provvisorietà si riferisca all'atto con cui si provvede oppure che la provvisorietà si riferisca al contenuto dell'atto, e cioè "alle norme, alle regole, alle prescrizioni in esso formulate". In tale autorevole opinione, la tesi che provvisorio non sia l'atto ma il suo contenuto sarebbe "da scartare" perché i decreti-legge "sono detti provvisori perché il loro destino è di tramutarsi in altro e cioè in legge fin dall'inizio o di perdere la loro efficacia sin dall'inizio. Le disposizioni che traggono vita dall'atto, invece, in quanto aspirano ad essere confermate o mantenute in vita dall'atto di conversione, non sono provvisorie, ma bensì, secondo vocazione, definitive". Sempre lo stesso Autore ritiene che il decreto-legge, proprio in quanto atto provvisorio, sarebbe inapplicabile dai giudici fino alla conversione, avendo piuttosto l'efficacia di sospendere la legislazione vigente in attesa di conoscere della conversione o meno del decreto. Inoltre, in senso diverso, cfr CIAURRO, *Decreto legge*, cit., pag. 10, il quale distingue tra la provvisorietà come "temporaneità" e la provvisorietà come "precarietà"; secondo l'Autore, alle norme contenute nel decreto-legge si addice la seconda accezione del termine, dal momento che sono destinate ad uscire comunque dal circuito giuridico, o per decadenza o per sostituzione, entrambe con effetti *ex tunc*.

²⁹⁴ Cfr Corte cost., sent. n. 360/1996, in *Foro It.*, 1996, pag. 3276.

caso di mancata conversione da parte delle Camere, il decreto-legge decade *ex tunc*, facendo venir meno retroattivamente i propri effetti, contrariamente alle leggi temporanee che precarie non sono²⁹⁵. La provvisorietà del decreto-legge intesa come temporaneità discende direttamente dal medesimo requisito del fatto emergenziale, il quale è destinato a cessare, per poi essere riassorbito nella normalità. Sempre questa “provvisorietà”, sia dell’atto che del contenuto, dell’istituto in esame è in linea con la sua natura provvedimentale e, conseguentemente, “non si potrebbe, con decreto-legge, innovare in un ordine di rapporti e in una forma istituzionalmente definita e stabile”²⁹⁶.

In relazione alla provvisorietà vanno ora brevemente ricostruite alcune forme particolarmente incisive e problematiche di elusione, che costituiscono strumenti di aggiramento del limite stesso della provvisorietà, cercando di prolungare gli effetti del decreto-legge ben oltre i sessanta giorni di vigenza precaria e snaturando profondamente l’istituto delineato dall’art. 77 della Costituzione. Infatti, ad esempio, secondo l’impostazione adottata dal presente studio, l’effetto prodotto dalla decretazione d’urgenza nei confronti delle preesistenti norme antinomiche è qualificato come una sospensione piuttosto che come una abrogazione²⁹⁷, e, in relazione a questa caratteristica,

²⁹⁵ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pag. 97.

²⁹⁶ Cfr LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 323.

²⁹⁷ Una conferma della “incapacità” del decreto-legge ad abrogare la normativa preesistente possiamo coglierla nell’orientamento dell’Ufficio centrale per il referendum che ha correttamente evidenziato l’inidoneità del decreto-legge, a causa proprio della sua provvisorietà e precarietà, a fermare il corso del procedimento referendario. In tal senso cfr CASS. CIV., Ufficio Centr. Referendum, ord. 16 marzo 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, pag. 163, dove si sottolinea “l’inidoneità di tale provvedimento, a motivo della sua provvisorietà e precarietà, a determinare quell’effetto specifico e concreto di arresto del procedimento referendario”, previsto dall’art. 39, legge n. 352/1970. Sulla questione, inoltre, cfr FERRARA, *Legislazione sopravvenuta e preclusione della consultazione referendaria: tra doppio grado di giudizio e raddoppio dei giudizi di costituzionalità*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, pag. 139. Sempre in relazione al carattere sospensivo o abrogativo della decretazione d’urgenza, si ricordi la vicenda della mancata emanazione da parte del Presidente della Repubblica di un decreto-legge, approvato dal Governo, finalizzato a modificare la disciplina del finanziamento pubblico dei partiti, normativo oggetto di referendum abrogativo già indetto. Nella lettera inviata al Presidente del Consiglio dei ministri, datata 7 marzo 1993, il Capo dello Stato invita il Governo a riesaminare la questione e pone come motivazione il fatto che “l’intersecarsi degli effetti del decreto-legge con il procedimento già avviato di consultazione referendaria pone un problema di rilevanza costituzionale”; sul punto cfr CARNEVALE, *Richiesta di referendum abrogativo, intervento legislativo sopravvenuto e “blocco” delle operazioni*

si è verificato non di rado che un decreto-legge abbia abrogato una disposizione di un precedente decreto-legge ancora in vigore, sostituendola con una diversa disciplina al fine di allungare i termini di provvisoria vigenza della regolamentazione governativa della fattispecie²⁹⁸. Il decreto-legge, invece, è inidoneo, per la sua stessa natura, ad abrogare disposizioni preesistenti; l'abrogazione "espressa" disposta da un decreto-legge rispetto ad un altro decreto-legge preesistente e vigente integra una sospensione *ex nunc*, in attesa della conversione²⁹⁹. Situazione ancora più complessa se si verifica la conversione del decreto "abrogante" e la decadenza del decreto "abrogato", il quale dovrebbe essere comunque ritenuto abrogato tacitamente dall'avvenuta conversione dello decreto "abrogante". Come si nota anche da tale spiacevole giro di parole, la questione è intricata e non presenta soluzioni univoche³⁰⁰. Questo meccanismo rappresenta, al tempo stesso, una forma di elusione e un abuso dell'istituto, contribuendo a disarticolare il sistema delle fonti.

referendarie. Nuovi spunti di riflessione alla luce di un recente intervento del Capo dello Stato e di taluni sviluppi della giurisprudenza costituzionale, in *Giur. It.*, 1993, IV, pag. 265; cfr RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, pag. 340, il quale, criticando l'orientamento dell'Ufficio centrale, rileva che, in tal modo, sarebbe svuotata l'efficacia propria del decreto-legge, degradandolo ad una sorta di disegno di legge.

²⁹⁸ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 471, il quale sottolinea che "clamoroso è il caso verificatosi alla fine di ottobre del 1996, quando il Governo – in attesa della preannunciata e temuta sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità della reiterazione – ha provveduto a reiterare la maggior parte dei decreti-legge pendenti, anche se non ancora in prossimità di scadenza, abrogando contestualmente i decreti vigenti, in maniera da far iniziare nuovamente a decorrere dall'inizio i sessanta giorni di efficacia autonoma riconosciuti dalla Costituzione".

²⁹⁹ Cfr PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., pag. 560, il quale nega la possibilità per il Governo di abrogare con successivo decreto-legge un decreto-legge ancora precariamente in vigore, facendo leva sul fatto che una volta emanato il decreto solo le Camere possono valutarlo, per cui sarebbe da escludere ogni altra causa di cessazione di vigore del provvedimento governativo. In senso favorevole, invece, cfr ESPOSITO, voce *Decreto legge*, cit., pag. 864, il quale, tuttavia, richiede che "una particolare necessità giustifichi il grave provvedimento".

³⁰⁰ Cfr AINIS, *Gli effetti irreversibili del decreto-legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, pag. 186, il quale pone in evidenza gli effetti difficilmente rimuovibili che si possono creare in ipotesi siffatte.

Da un punto di vista quantitativo, invece, la forma principale di violazione della provvisorietà consiste nel fenomeno della reiterazione³⁰¹, ossia della riproposizione di decreti decaduti che rende meno provvisoria la disciplina del caso regolato, eludendo il limite costituzionale di sessanta giorni fissato per la vigenza della decretazione d'urgenza. In questa circostanza, ci si trova dinanzi alla carenza del fatto emergenziale per la mancanza del requisito della imprevedibilità³⁰². La figura del decreto reiterato non è ammissibile perché la mancata conversione è un fatto ampiamente previsto e prevedibile e fondare su questo aspetto la giustificazione dell'emergenza significa, concretamente, ammettere l'insussistenza di un diverso e legittimo presupposto. Al fine di esaminare la costituzionalità della reiterazione e verificare come essa integri "un eccesso di potere legislativo, come sviamento di potere, o addirittura una usurpazione di quel potere legislativo che la Costituzione attribuisce in via ordinaria e permanente al Parlamento"³⁰³, occorre evidenziare le varie forme che il fenomeno può concretamente assumere. Vanno infatti ritenute incostituzionali la cosiddetta "reiterazione a catena", con sanatoria degli effetti prodotti da precedenti decreti non convertiti, e la reiterazione di

³⁰¹ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 478, il quale sottolinea che "in epoca repubblicana, nel silenzio della Costituzione, bisogna attendere quasi vent'anni perché si abbiano i primi casi di reiterazione, peraltro "giustificati" per le ragioni politiche che distoglievano le Camere dall'ordinario lavoro legislativo. I "clamori" cominciano, invece, con la reiterazione del c.d. "decretone economico colombo", adottato con d.l. 27 agosto 1970, n. 621 e poi ripresentato con d.l. 26 ottobre 1970, n. 745, a causa del forte ostruzionismo parlamentare che aveva impedito la conversione del primo provvedimento. Dalla metà degli anni '70, poi, il fenomeno comincia ad assumere dimensioni più massicce, ma soprattutto si va *normalizzando*, perdendo il carattere di evento raro e straordinario per assumere invece quello di una normale sorte dei decreti legge accanto alla conversione. A fronte di preoccupanti incrementi di questa forma di abuso, quel che più sorprende è la posizione del Parlamento, della Corte costituzionale e del sistema intero, che per anni hanno *accettato supinamente* questa gravissima e pericolosa deformazione, *subendola* senza reagire e consentendo così alla reiterazione, negli anni '90 – dopo alcuni evanescenti tentativi di contenimento – di trasformare il decreto legge nel *pilastro portante* del sistema di produzione normativa".

³⁰² Cfr CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, pag. 121, dove si segnala che proprio sul fronte della mancanza di imprevedibilità delle situazioni poste a fondamento per l'emanazione dei decreti "si sono registrate le violazioni più vistose e ripetute del disposto costituzionale".

³⁰³ Cfr DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., pag. 198. Si veda anche Comm. Trib., I grado, Piacenza, 2 ottobre 1993, in *Boll. Trib.*, 1994, pag. 337, dove si afferma che la reiterazione configura una "ipotesi di straripamento del potere legislativo".

decreti-legge di cui sia stata negata la conversione con voto espresso di una delle Camere. Nel primo caso si verifica una violazione plurima dell'art. 77 Cost, sia poiché il terzo comma di questa disposizione costituzionale riserva espressamente alla sola legge la possibilità di disciplinare i rapporti giuridici sorti sulla base di decreti non convertiti, sia poiché vi è una evidente elusione della provvisorietà del decreto-legge, il quale, in questo modo, prolunga la sua precaria vigenza ben oltre il termine di sessanta giorni. Nel secondo caso, invece, si ha una forte contraddizione con la centralità del Parlamento e della sua funzione legislativa, vanificandola.³⁰⁴ Il decreto-legge ripetutamente reiterato, pertanto, crea effetti sempre più irreversibili, determinando un affidamento sulla sua stabilità³⁰⁵, e, soprattutto, coartando il Parlamento non tanto alla conversione in legge quanto a pronunciarsi sull'atto³⁰⁶. La giurisprudenza costituzionale ha tardato ad esprimersi compiutamente sulla questione; i primi segnali di un possibile cambio di orientamento sono rinvenibili solo nel corso del 1995, quando la Corte inizia a modificare progressivamente la sua posizione consolidata, secondo cui le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti di decreti-legge non convertiti erano *in toto* inammissibili³⁰⁷. Un primo approdo lo si è avuto con la sentenza n. 84 del 21 marzo 1996³⁰⁸, dove, recependo le indicazioni della

³⁰⁴ Cfr LIPPOLIS, *La reiterazione dei decreti-legge*, in *Dir. e Società*, 1981, pag. 254, il quale ritiene che questa ipotesi di reiterazione contrastante con il combinato disposto degli artt. 70, 76 e 77 Cost.

³⁰⁵ Cfr PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti tra i poteri*, in *Quad. Cost.*, 1996, pag. 23, il quale prefigura la formazione di una sorta di "*diritto vivente*" in tal senso, rilevando come "nella realtà giuridica ... la pura e semplice reiterazione di un decreto non convertito nel termine di sessanta giorni determina, nella maggior parte degli operatori, la convinzione che gli effetti di quel primo provvedimento vadano tenuti fermi, sia pure in contrasto con la più corretta interpretazione dell'art. 77 Cost."

³⁰⁶ Cfr BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, III, Padova, 1994, il quale evidenzia come "la previsione dell'art. 77 è nient'altro che la prefigurazione di un procedimento legislativo alternativo, in cui la iniziativa del governo non è diretta a rendere possibile o a promuovere il dibattito parlamentare su un disegno di legge, ma a preconstituire una legge, obbligando il parlamento a pronunciarsi su di essa, approvandola o disapprovandola o modificandola nel termine di 60 giorni dalla pubblicazione".

³⁰⁷ Cfr CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro.it.*, 1986, IV, pag. 299; cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, pag. 211.

³⁰⁸ Cfr Corte cost., sent. 84/1996, in *Giur. Cost.*, pag. 764.

dottrina³⁰⁹, è stata ammessa la possibilità di trasferire la questione di legittimità costituzionale dalla disposizione del decreto-legge impugnato alla identica disposizione del decreto-legge reiterato e attualmente vigente. Tuttavia, in questa pronuncia la Corte ha riconosciuto tale trasferimento solo in linea teorica, rilevando che nel caso di specie si controverteva di un decreto-legge non convertito ma sanato, per cui i rilievi mossi sulla sussistenza dei presupposti giustificativi non potevano essere riferibili alla legge di sanatoria, non costituendo quest'ultima idoneo equipollente della conversione. In seguito, visto il perseverare elusivo della prassi, la Corte costituzionale ha fatto ricorso ad un “monito ultimativo”; con l’ordinanza n. 197 del 14 giugno 1996³¹⁰, la Corte ha sollevato dinanzi a se stessa questione di legittimità costituzionale del decreto-legge 17 maggio 1996, n. 269, in tema di immigrazione, per violazione dell’art. 77 Cost., sospettando che si trattasse di un decreto di reiterazione di precedenti decreti non convertiti. Nel caso di specie, il Governo ha agito di conseguenza, modificando, nelle successive rinnovazioni del medesimo decreto-legge, le disposizioni oggetto della questione, riguardante i meccanismi di espulsione dello straniero, in modo che la Corte dichiarasse la *quaestio* inammissibile per irrilevanza³¹¹. Finalmente si giunge alla sentenza n. 360 del 1996, dove la Corte costituzionale rileva perentoriamente come sia da escludere che “il Governo, in caso di mancata

³⁰⁹ Cfr TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, cit., pag. 967, il quale osserva come in questi casi l’ennesimo “decreto è solo formalmente nuovo, concernendo la novità soltanto l’atto in quanto tale e non le norme da esso introdotte, sostanzialmente identiche a quelle rinnovate”, per cui “le disposizioni del decreto originario, pertanto, non sarebbero più in vigore, ma ancora efficaci, il che rende possibile un sindacato di costituzionalità nei loro confronti. L’inammissibilità (manifesta) dovrebbe allora essere limitata alle sole questioni relative a disposizioni di un decreto-legge non convertito, né successivamente rinnovato”. Inoltre cfr D’AMICO, *Decreto-legge “sopravvenuto” e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 1749.

³¹⁰ Cfr Corte cost., ord., 197/1996, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 1789.

³¹¹ Cfr ord. 30 ottobre, n. 366, in *Foro.it.*, 1996, I, pag. 3591, con commento di ROMBOLI, il quale rileva come sia “curiosa” la soluzione processuale adottata dalla Corte costituzionale, una dichiarazione di inammissibilità per irrilevanza di una questione che in precedenza la Corte stessa, come giudice *a quo*, aveva ritenuto rilevante. Inoltre cfr PIZZORUSSO, *Ai margini della reiterazione dei decreti-legge: osservazioni su alcuni problemi procedurali*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3196.

conversione di un decreto-legge, possa riprodurre con un nuovo decreto, il contenuto dell'intero testo o di singole disposizioni del decreto non convertito, ove il nuovo decreto non risulti fondato su autonomi (e, pur sempre, straordinari) motivi di necessità ed urgenza, motivi che, in ogni caso, non potranno essere ricondotti al solo fatto del ritardo conseguente dalla mancata conversione del precedente decreto³¹². Non è quindi sufficiente la mera decadenza di un precedente decreto-legge ad integrare la straordinaria necessità ed urgenza idonea a legittimare l'emanazione di un nuovo atto avente forza di legge. Al contrario, va ritenuto che nel caso di reiterazione in termini identici di un decreto-legge decaduto, a meno che non si siano aggravati i presupposti giustificativi che reggevano il primo decreto o ne siano emersi di diversi, vi sia evidente carenza di straordinaria necessità ed urgenza. La questione, dunque, si sposta, su un piano prettamente interpretativo,

³¹² Cfr Corte cost., sent. n. 360/1996, in *Foro It.*, 1996, pag. 3277, dove, inoltre, si sottolinea come "il decreto-legge iterato o reiterato lede la previsione costituzionale ... perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge" ... "perché toglie valore al carattere "straordinario" dei requisiti della necessità ed urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto" ... "perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata" ... "perché tanto più se diffusa e prolungata nel tempo – come è accaduto nella esperienza più recente – viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali, alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa al parlamento" ... "perché se diffusa e prolungata, finisce per intaccare anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione: con conseguenze ancora più gravi quando il decreto venga ad incidere nella sfera dei diritti fondamentali o – come nella specie – nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale". Questa decisione rappresenta una svolta storica nella giurisprudenza costituzionale, in quanto, cfr BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Quad. cost.*, 1/1998, pag. 15, incide in modo rilevante sulla configurazione della forma di governo parlamentare. Tale sentenza, infatti ha come destinatario, non soltanto l'organo esecutivo, ma anche il Parlamento, nei cui confronti "costituisce pure una censura" dal momento che le Camere sono state "molto spesso pronte a convertire in legge decreti collocati al termine di lunghe catene di reiterazioni", e, in questo senso, la sentenza n. 360 del 1996 è "un intervento di supplenza di una reazione che spettava alle Camere adottare". Sempre sul punto cfr SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3157; cfr CICCONE, *Tanto tuonò che piovve*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3162; cfr FROSINI, *Contro l'abuso della decretazione d'urgenza controlli rigorosi ma anche nuovi strumenti*, in *Guida al diritto*, 39/2002, pag. 11.

consistendo in una attenta valutazione, caso per caso, del significato concreto dei concetti di “sostanziale diversità” dei contenuti e di “novità ed autonomia” dei presupposti. Interessante è anche la segnalazione mediante la quale si chiude la sentenza, laddove la Corte costituzionale afferma che è tempo di riconsiderare “l’opportunità di intervenire sulla cause che hanno condotto, negli ultimi anni, a dilatare il ricorso alla reiterazione, cause che – anche al di fuori della prospettiva di una riforma dell’art. 77 Cost. – potrebbero, sin d’ora, essere contenute e rimosse, mediante il più rigoroso rispetto da parte del Governo dei requisiti della necessità ed urgenza e attraverso le opportune iniziative che il Parlamento, nell’ambito delle proprie competenze, potrà, a sua volta, adottare”³¹³.

10-FIGURE SINTOMATICHE DI ABUSO DEL DECRETO-LEGGE

Si vuole evidenziare alcuni casi paradigmatici di abuso del decreto-legge, intendendo con questa espressione il non-uso di questo strumento, ossia ciò che si adotta è formalmente un decreto-legge ma sostanzialmente non lo è, si tratta di un utilizzo che la prassi ha avallato in modo del tutto estraneo all’istituto delineato dalla Costituzione. Come in precedenza si è tentato di individuare un tentativo di tipizzazione dei presupposti senza pretesa di esaustività così si cercherà di fare ora nell’analisi dei casi più macroscopici di abuso. Nell’effettuare tale disamina non va dimenticato che, stante l’autonomia di ognuno dei requisiti individuati dall’art. 77 Cost., ossia la straordinarietà dei casi, la necessità, l’urgenza, il contenuto provvedimentale, a rigore è sufficiente la mancanza anche di uno solo di essi per affermare l’illegittimità costituzionale del decreto, in linea con l’impostazione adottata in questo lavoro di ricerca. Anche in questo contesto, va ricordato che, in

³¹³ Cfr Corte cost., sent. 360/1996, cit., pag. 3278

conformità allo spirito stesso del decreto-legge, naturalmente finalizzato a fronteggiare situazioni di per sé imprevedibili, non appare possibile individuare *a priori* né i casi in cui sicuramente ricorrono i requisiti per un corretto utilizzo della decretazione d'urgenza né i casi in cui questi requisiti certamente non sussistono; si tenterà, quindi, di configurare alcune "ipotesi sospette"³¹⁴ nelle quali è più probabile ritenere o presumere che manchino³¹⁵. Pur in presenza di queste presunzioni, andrà comunque verificato caso per caso se sussistono o meno i requisiti e la conformità di ciascun singolo decreto-legge al fine³¹⁶ intrinseco alla funzione stessa. Risulteranno utili per la verifica alcuni elementi estrinseci, quali, ad esempio, il preambolo, il contesto sociale, il quadro normativo di riferimento, la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione.

Si inizia, dunque, l'analisi dal decreto-legge recante misure ad efficacia differita. Fermo restando quanto detto in precedenza, affinché questo sia riconducibile ad una forma di abuso è utile rifarsi ad una autorevole dottrina che sostiene che "la necessità deve essere urgente, e questa urgenza sarebbe negata dallo stesso Governo col differirne l'esecuzione nel momento stesso in cui lo libera"³¹⁷. Questa posizione trova conferma nell'art. 15, comma 3, della

³¹⁴ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 435.

³¹⁵ Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, pag. 229, il quale, oltre a ragionare su due ipotesi che qui di seguito saranno trattate, prende in esame altri tre casi sintomatici. Uno è il caso dei decreti-legge che non abbiano un contenuto "specifico ed omogeneo", rispetto ai quali l'Autore ritiene che "solo improbabile e non impossibile" che vi siano una pluralità di urgenti necessità concomitanti e da convogliare in un unico decreto; vi è poi l'ipotesi dei decreti-legge che producano effetti non provvisori, e quella dei decreti-legge incidenti in materia in cui vi sia una delega legislativa operante. Inoltre cfr PACE, *Sull'uso "alternativo" del decreto-legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 1788.

³¹⁶ Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, cit., pag. 1452, dove si sottolinea la chiara esigenza della ricostruzione di una straordinaria necessità ed urgenza quale fine della decretazione d'urgenza e, conseguentemente, della sussistenza di tali presupposti come "fondamento della funzione" governativa e come "titolo di legittimazione dell'esercizio di essa". Ne discende che "il vizio dei presupposti dei decreti-legge, in quanto vizio logico funzionale, intrinseco all'atto, sarebbe assimilabile al vizio di eccesso di potere legislativo".

³¹⁷ Cfr ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, cit., pag. 309, il quale adduce ad esempio un caso simbolo del decreto-legge 22 giugno 1899 emanato dal Governo Pelloux, che, all'art. 10, fissava la propria entrata in vigore al successivo 20 luglio. Nel medesimo senso anche cfr RANELLETTI, *Istituzioni di*

legge n. 400 del 1988, dove si prevede che “i decreti devono contenere misure di immediata applicazione”³¹⁸; un chiaro indizio della mancanza dei presupposti giustificativi ricorre quando l’efficacia differita consista nell’attribuzione, mediante decreto-legge, del potere di emanare atti normativi successivi. Oltre i casi di delega legislativa e di delegificazione, va esclusa la possibilità di ritenere straordinariamente necessario ed urgente un provvedimento ex art. 77 Cost. che abbia disposizioni finalizzate ad attribuire la competenza ad emanare, o che condizioni la propria efficacia all’emanazione di un atto futuro, per esempio avente natura regolamentare³¹⁹. Si sarebbe dinanzi non solo alla mancanza dei presupposti ma anche alla carenza di contenuto provvedimentale, in quanto il provvedere, proprio per il suo carattere diretto, particolare e concreto non necessita di ulteriori atti di attuazione³²⁰.

diritto pubblico, II, Padova, 1931, pag. 362, nota 2, il quale riporta e stigmatizza il caso del decreto-legge 15 marzo 1923, n. 692, per la limitazione dell’orario di lavoro negli opifici industriali e commerciali, che prescriveva, all’art. 12, che sarebbe entrato in vigore quattro mesi dopo la pubblicazione, negando quindi *ex se* l’esistenza dell’urgente necessità di provvedere.

³¹⁸ Cfr LABRIOLA, *Il governo della repubblica. Organi e poteri: commento alla L. 400/88*, Rimini, 1997, pag. 181, dove si sottolinea come “appare del tutto contraddittorio rispetto al presupposto dell’urgenza, prescritto in Costituzione per il legittimo ricorso al decreto-legge, provvedere con disposizioni la cui efficacia viene rinviata nel tempo”.

³¹⁹ Cfr PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., pag. 551, nota 57; cfr VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., pag. 99, il quale pone in rilievo l’inconciliabilità di tale conferimento di potere con i presupposti di necessità ed urgenza. Sempre sul punto anche cfr Cons. Stato, ad. Gen. Parere 11 aprile 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 2077, dove si pone nitidamente in evidenza come la previsione nei decreti-legge di una fonte regolamentare o, comunque, la necessità che le previsioni del decreto stesso siano completate da un regolamento possono costituire, in sede di puntuale verifica del caso concreto, sintomi del difetto dei presupposti di costituzionalità, cui è subordinato l’esercizio della decretazione d’urgenza”. Inoltre cfr CERRONE, *La delegificazione che viene dal decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 2086.

³²⁰ Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, cit., pag. 441, nota 285, il quale opera una eccezione nel caso in cui il regolamento rivesta carattere meramente integrativo di una disciplina già compiuta. Nello specifico, l’Autore riprende come esempio un “provvedimento d’urgenza che riconosca un aumento stipendiale ad efficacia differita ad una determinata categoria al fine di far cessare uno sciopero che paralizza il Paese: in tale ambito può apparire legittimo il caso in cui il decreto-legge pur avendo determinato il *quantum* e il *quando* dell’aumento rimandi ad un successivo decreto ministeriale per gli aspetti meramente operativi; mentre sarebbe da ritenere illegittimo un decreto che si limitasse a delegare il Ministero del lavoro a disporre più o meno generici aumenti di stipendio, condizionandone l’efficacia alla sopravvenienza dell’atto secondario”.

Altra situazione di abuso è rappresentata dal decreto-legge che disciplina in maniera periodica e cadenzata un medesimo oggetto, dove non è dato riconoscere il sopraggiungere di una circostanza fenomenica nuova, e, se essa viene identificata con il periodico riproporsi delle stesse esigenze è evidente la mancanza di qualsiasi imprevedibilità³²¹. Si pensi al caso dei decreti che annualmente, a cadenze regolari, che lo stesso Governo riconosce apertamente nelle relazioni di accompagnamento ai relativi disegni di legge di conversione³²², dispongono il fermo temporaneo della pesca o disciplinano la prevenzione degli incendi o che ripetutamente pongono misure urgenti per la finanza locale. In questi casi risulta evidente il “difetto della “straordinarietà” dei “casi” disciplinati”, in quanto “il riprodursi a breve o periodicamente dei “casi” disciplinati ne attesterebbe la non ordinarietà”³²³. Allo stesso modo, non “può essere in alcun caso ritenuta “urgente”, sempre a termini dell’art. 77, quella situazione che tale è diventata perché troppo a lungo si è dimenticato di provvedere o si è provveduto con interventi non corretti”³²⁴, anche se non va

³²¹ Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, cit., pag. 230, dove si sostiene che il riprodursi a breve o periodicamente dei “casi straordinari” ne attesta logicamente la natura intrinsecamente ordinaria. Inoltre cfr SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Soc.*, 1974, pag. 526, il quale, tra le nuove forme affermatesi nella prassi, individua quella dei decreti-legge innovativi e recanti una stabile disciplina che sono adottati a causa della lentezza dei lavori parlamentari, nonché quella dei decreti-legge di proroga e di quelli in materia fiscale.

³²² Cfr, ad esempio, la relazione di accompagnamento del decreto-legge n. 377 del 1994, in tema di prevenzione degli incendi, che esordisce ammettendo che “in concomitanza con l’avvicinarsi della stagione estiva si ripresenta, con la puntuale consuetudine di tutti gli anni, il problema degli incendi boschivi” (Atti Senato, XII legislatura, n. 430 del 20 giugno 1994, 3); o quella del decreto-legge n. 281 del 1995, di attuazione del fermo biologico della pesca per il 1995, che fa la “storia” dei decreti-legge omologhi degli anni precedenti (Atti Senato, XII legislatura, n. 1954, del 17 luglio 1995, 3).

³²³ Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, cit., pag. 230; sullo stesso tema anche cfr DI CIOLLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., pag. 229, il quale rileva che “una congiuntura economica, che può durare vari anni, non può costituire evidentemente, per tutta la sua durata e in tutte le sue manifestazioni, un caso straordinario di necessità ed urgenza, tale da legittimare l’adozione di decreti-legge”. Inoltre cfr CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, cit., pag. 121, dove si mette nitidamente in evidenza come nella prassi costituzionale sia stato proprio rispetto alla straordinarietà intesa quale imprevedibilità che “si sono registrate le violazioni più vistose e ripetute del disposto costituzionale”.

³²⁴ Cfr QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, Napoli, 1977, pag. 93.

escluso che il protrarsi nel tempo di una determinata situazione provochi un'urgenza a provvedere³²⁵. Un altro punto problematico riguarda l'impiego del decreto-legge nel settore della politica estera militare, quale strumento principale per gestire la partecipazione italiana agli interventi posti in essere dalla comunità internazionale con sempre maggiore frequenza, per garantire il rispetto dei diritti umani e le condizioni di pace in diverse aree di crisi sparse per il mondo³²⁶. Infatti, è facile constatare che, fin dalla prima guerra del Golfo, il Governo ha fatto ricorso contestualmente, o spesso anche successivamente, all'impiego di reparti militari, all'adozione di decreti-legge volti ad autorizzare, specie sotto l'aspetto finanziario, la partecipazione italiana alle diverse missioni internazionali, in modo da predisporre un fondamento avente forza di legge agli ordini militari adottati ed alle attività materiali intraprese.

Occorre tenere principalmente presente che l'invio fuori dal territorio nazionale di reparti armati comporta la necessità di affrontare imponenti oneri finanziari e di conseguire l'approvazione, mediante un atto primario, delle relative spese. Su tali questioni, il Parlamento spesso è intervenuto soltanto in una fase successiva alla decisione dell'invio o, addirittura, quando era già avvenuto l'impiego delle unità militari³²⁷. In queste ultime circostanze, dato che i decreti-legge contenevano disposizioni, anche retroattive, finalizzate a dare base giuridica alle missioni, la conversione è servita non solo a stabilizzare gli effetti dei provvedimenti provvisori del Governo ma anche a ratificare il comportamento tenuto nel corso delle crisi³²⁸. In relazione agli

³²⁵ Cfr DI CIOLÒ, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., pag. 231 e nota 15. Inoltre cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 446, il quale afferma che "non appare possibile escludere *a priori* la sussistenza dei presupposti nelle ipotesi in cui una stessa materia – episodicamente e in via del tutto eccezionale – venga disciplinata con una serie di decreti-legge: si pensi, ad esempio, al caso di una catastrofe di immani dimensioni verificatasi e via via aggravatasi a seguito di calamità ripetute nel tempo (una serie di scosse di terremoto o di frane): in quest'ipotesi può apparire legittimo il ricorso a più decreti-legge che si susseguono a breve distanza di tempo sulla medesima fattispecie".

³²⁶ Cfr VARI, *Decreto-legge e gestione della politica estera militare*, in *L'Emergenza infinita*, Macerata, 2006, pag. 211.

³²⁷ Cfr VARI, *Decreto-legge e gestione della politica militare*, cit., pag. 213.

³²⁸ Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Milano, 2003, pag. 361.

esempi più significativi di missioni militari, quali Mozambico, Somalia, Kosovo, Iraq, Afghanistan, si nota che il Governo provvede con periodicità fissa a disciplinare sempre la stessa materia mediante decreto-legge. In questi casi, è quindi assai dubbia la legittimità costituzionale della prassi frequentemente seguita dal Governo, il quale sembra utilizzare lo strumento del decreto-legge al fine di costringere il Parlamento a pronunciarsi su operazioni già iniziate o persino concluse, con lo scopo di porre le Camere dinanzi al “fatto compiuto”³²⁹. Il ricorso alla decretazione d’urgenza in queste situazioni, dovrebbe essere quanto mai immediato: infatti, l’adozione di un decreto-legge per legittimare la missione cui l’Italia prende parte si giustifica solo nel momento in cui viene presa effettivamente la decisione dell’intervento e non quando il decreto stesso legittima retroattivamente l’attività militare, dato che, nel lasso di tempo che intercorre tra l’inizio delle operazioni e l’emanazione *ex post* del provvedimento governativo, potrebbe essere approvata una legge formale di contenuto identico al decreto³³⁰. Il fatto, dunque, che il Governo non tenti la strada parlamentare, presentando tempestivamente un disegno di legge, ma ricorra direttamente all’adozione di decreti-legge finisce per costituire un evidente sintomo dell’abuso di questo strumento, aggravato proprio perché le Camere, magari con procedure d’urgenza, potrebbero ben esercitare la loro funzione legislativa ordinaria. In proposito è significativo citare l’ordine del giorno approvato, nel corso della XII Legislatura, dalla IV Commissione parlamentare del Senato, il 9 febbraio 1995, con il quale, preso atto che “il Parlamento si è trovato in più occasioni a dover esaminare decreti-legge relativi all’impiego di unità delle Forze Armate italiane in operazioni umanitarie o di pace all’estero”, che “la discussione di tali decreti si è sempre svolta ad operazioni già iniziate, o addirittura concluse,” e che “in tale situazione non è consentito al Parlamento di

³²⁹Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., pag. 362, il quale riporta il caso di Timor Est in cui si verificò l’emanazione di un decreto-legge dopo oltre un mese dall’inizio delle operazioni che lo stesso provvedimento è andato retroattivamente ad autorizzare e disciplinare.

³³⁰Cfr VARI, *Decreto-legge e gestione della politica militare*, cit., pag. 220.

esprimere senza condizionamenti il proprio avviso su iniziative di tale rilievo e delicatezza”, si impegnava il Governo “ a presentare i decreti-legge concernenti l’impiego all’estero di unità delle Forze Armate nazionali con adeguato anticipo rispetto all’avvio delle operazioni, in modo che il Governo possa procedere alla definizione dei propri impegni internazionali avendo acquisito quei pareri e quei consensi che al Parlamento compete esprimere”³³¹. Questa preoccupazione espressa dal Parlamento è particolarmente fondata sia per gli ingenti capitali che vengono impiegati in tali missioni, il cui utilizzo comporta notevoli tagli alle altre spese, sia per le impressionanti implicazioni che la partecipazione a tali operazioni comporta, come reso evidente dai drammatici avvenimenti connessi, dove spesso viene del tutto a mancare la caratteristica umanitaria dell’intervento per assumere un aspetto prettamente bellico.

Una ulteriore tipologia di abuso si verifica quando si utilizzano decreti-legge per prorogare termini in scadenza previsti da altre disposizioni legislative. Anche in questo caso, è il requisito della imprevedibilità a mancare radicalmente, dal momento che la scadenza del termine è talmente prevedibile da essere espressamente prevista dalla disposizione a cui il decreto-legge pone deroga³³². Emblematici di tale categoria sono quei decreti-legge denominati “mille proroghe”, che si caratterizzano per il contenere una serie di disposizioni relative ad una molteplicità di settori materiali, accomunate dal fatto di consistere in proroghe e/o in differimenti di termini, talvolta insieme a disposizioni di altro genere ad esse collegabili³³³. Particolare interesse riveste, in relazione ai decreti “mille proroghe”, la sussistenza dei presupposti di

³³¹ Cfr VARI, *Decreto-legge e gestione della politica militare*, cit., pag. 221.

³³² Cfr DI CIOLLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., pag. 230, il quale afferma che, in tali ipotesi, “non esisteva nessuna urgenza di provvedere; poiché il termine di scadenza era conosciuto, bastava intervenire per tempo con la legge ordinaria del Parlamento ed evitare così il ricorso al decreto-legge”. Nello stesso senso anche cfr QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., pag. 93, il quale esclude la sussistenza della straordinarietà del caso, essendo “assolutamente certo” il fatto della scadenza di un provvedimento legislativo a termine. Infine cfr PALADIN, *Art. 77, in Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 59, il quale condanna questa tipologia di decreti-legge in quanto “giustificati soltanto dall’inerzia o dall’imprevidenza del legislatore ordinario”.

³³³ Cfr LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa, in L’emergenza infinita*, cit. pag. 177.

necessità ed urgenza, richiesti dall'art. 77 Cost.; in dottrina, infatti, c'è chi³³⁴ nega decisamente che ai decreti-legge di proroga o di differimento di termini possa riconoscersi il requisito della straordinarietà, altri, invece, si sono mostrati perplessi³³⁵, osservando come occorra valutare caso per caso, potendosi dubitare che si presti ad essere definita straordinaria l'evenienza in cui "la necessità della proroga venga avvertita con un certo anticipo rispetto alla scadenza e non si provveda tuttavia con legge ordinaria"³³⁶; quindi, la violazione dei requisiti richiesti dall'art. 77 Cost. si verifica solo quando l'esigenza della proroga venga avvertita con un certo anticipo rispetto alla scadenza e, nonostante ciò, non si sia provveduto tramite legge ordinaria. Altri ancora³³⁷ hanno ritenuto che in capo ai decreti-legge di proroga vada, in linea di massima, riconosciuta la sussistenza dei presupposti giustificativi, stante il fatto che né l'osservazione per cui al legislatore era noto il termine di scadenza, né l'imputabilità alla lentezza dei lavori parlamentari vanno ad incidere sulla necessità oggettiva di adottare con urgenza l'atto avente forza di legge, in quanto l'urgenza stessa è giustificata dalla improrogabilità dell'immediato effetto della disposizione di proroga. Nei preamboli dei decreti-legge "mille proroghe", al fine di motivare la sussistenza delle circostanze straordinarie di necessità ed urgenza, il Governo tende a collocare affermazioni troppo generiche, richiamando "pressanti esigenze sociali ed organizzative", oppure riferendosi alla finalità di "assicurare una più concreta

³³⁴ Cfr CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, cit., pag. 121, la quale afferma: "dov'era al straordinarietà del caso, dov'era l'imprevedibilità, in tutti i decreti di proroga che si sono susseguiti per decenni? La necessità sicuramente e l'urgenza erano presenti, non però in conseguenza di fatti straordinari sopravvenuti, ma per l'inerzia del legislatore che non aveva tempestivamente provveduto a dare una disciplina definitiva a situazioni regolate in modo provvisorio, benché conoscesse con largo anticipo la necessità di provvedere!"

³³⁵ Cfr SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, cit., pag. 506, il quale afferma che "l'imputazione del ritardo nel provvedere al Governo o al Parlamento non appare un motivo sufficiente per ritenere violate le prescrizioni dell'art. 77 Cost., che prescinde del tutto dall'imputazione soggettiva della necessità e dell'urgenza e considera obiettivamente la situazione che riveste quelle qualità".

³³⁶ Cfr SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, cit., pag. 509.

³³⁷ Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, cit., pag. 1433.

attuazione degli adempimenti”, con riferimento ai quali sono previsti i termini oggetto di proroga³³⁸. Inoltre, le relazioni che accompagnano i disegni di legge di conversione evidenziano riferimenti al fatto che le disposizioni di proroga sono state concordate con associazioni di categoria, oppure che la proroga vada inserita nell’esigenza di dover attendere una modifica della disciplina, in via di definizione in sede parlamentare o in seno al Governo stesso, oppure ancora la circostanza che il termine in questione sia stato già oggetto di altri provvedimenti di proroga, rivelatisi insufficienti. Allo scopo, quindi, di sostenere la necessità e l’urgenza delle proroghe, nelle relazioni governative anche si insiste sugli effetti negativi che deriverebbero dalla mancata proroga del termine, sottolineando che la proroga stessa è attesa dagli operatori del settore, che serve a garantire il rispetto delle finalità contenute nella disposizione originaria, o che è necessaria per superare le questioni interpretative ed applicative che ne discendono. Tra i casi nei quali appare insussistente il requisito della straordinaria necessità ed urgenza, la dottrina ricomprende quelli dove, nella materia in cui interviene il decreto-legge, risulti già operante una delega legislativa³³⁹, almeno relativamente al caso in cui “la sostanza del decreto-legge fosse conforme alla legge delegante”³⁴⁰; un caso del genere appare sicuramente rinvenibile in uno dei decreti-legge “mille proroghe”: ad esempio, l’art. 9 del D.L. n. 147/2003 dispone la proroga di un termine in modo esattamente conforme a quanto il Governo era stato delegato a fare da una legge di delega entrata in vigore qualche mese prima, ed inattuata fino a quel momento³⁴¹. Ancora più evidente è l’insussistenza dei

³³⁸Cfr LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa*, in *L’emergenza infinita*, cit. pag. 182.

³³⁹ Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., pag. 402.

³⁴⁰Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, cit., pag. 231, secondo il quale “in tale evenienza, ed in essa soltanto, si potrebbe ritenere che l’urgenza del decreto-legge difetti, avendo il Governo a disposizione, per normare, lo strumento alternativo del decreto delegato”.

³⁴¹Si tratta dell’aumento da 24 a 36 mesi, dall’entrata in vigore del decreto legislativo n. 228/2001, del termine per la trasformazione della veste giuridica delle associazioni dei produttori agricoli. Non a caso, il Comitato per la legislazione, nel suo parere sul disegno di legge di conversione di tale decreto-legge, ha indicato in una condizione tale disposizione, segnalando che “secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 1, lettera q, della legge 7 marzo

requisiti costituzionali per quelle disposizioni di proroga di termini in origine fissati non da atti legislativi, ma da fonti regolamentari³⁴². In tal senso, i decreti-legge “mille proroghe” offrono esempi numerosi, operando, però, una distinzione a seconda della tecnica legislativa adoperata. In linea generale, infatti, la tecnica legislativa con cui intervengono le disposizioni di proroga o di differimento termini è variegata: in alcuni casi, si opera attraverso l’introduzione di una disposizione autonoma, in altri casi, secondo una modalità che spesso è stata suggerita dal Comitato per la legislazione in quanto rende più agevole l’opera dell’interprete, si interviene espressamente sulla disposizione previgente mediante una “novella”, la quale è in genere formulata con la sostituzione delle sole parole che individuano il termine. Entrambe queste soluzioni si vedono applicate alle disposizioni di decreti-legge “mille proroghe” che prorogano termini fissati da fonti regolamentari. Tuttavia, mentre la prima soluzione, nel produrre l’effetto di comportare una legificazione della materia in relazione all’individuazione del termine, non origina particolari inconvenienti, la seconda soluzione, invece, solleva la questione del rango della disposizione in origine regolamentare ed ora oggetto di modifica ad opera di un atto avente forza di legge³⁴³. In relazione a quest’ultimo aspetto, si produce un “atto a natura giuridica mostruosa”, trattandosi di un atto “di rango secondario, in cui galleggiano alcune parole con forza di legge”, con “notevoli difficoltà non solo pratiche ma soprattutto teoriche”, derivanti dalla presenza di una disposizione formata da termini di

2003, n. 38, il Governo è stato delegato a modificare il termine citato, portandolo, analogamente a quanto dispone il decreto-legge, da 24 a 36 mesi”.

³⁴²Cfr LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa*, in *L’emergenza infinita*, cit., pag. 204.

³⁴³ Si noti come il Comitato per la legislazione abbia, in queste ipotesi, chiesto la soppressione di disposizioni di tal genere, in quanto volte a “novellare un atto di rango secondario, in difformità da quanto previsto, da ultimo, al punto 3, lett. e, della circolare recante regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi dell’aprile 2001”, ai sensi del quale “non si ricorre all’atto legislativo per apportare modifiche frammentarie ad atti non aventi forza di legge, al fine di evitare che questi ultimi presentino un diverso grado di “resistenza” ad interventi modificativi successivi”. Cfr A.C. XIV Legislatura, “*Boll. Giunte e comm.*”, 5 dicembre 2002.

rango diverso³⁴⁴. In considerazione di quanto esposto, la funzione prevalente dei decreti-legge “mille proroghe” è descrivibile con l’immagine della “manutenzione legislativa”³⁴⁵, intesa come una disciplina che “si connette ad altre discipline”³⁴⁶. Questo riscontra un’ debolezza, da parte del legislatore, nel prevedere i problemi applicativi nella fase preparatoria della legge, rinviandoli così a momenti ulteriori ed estranei all’*iter legis*; e i decreti-legge “mille proroghe” ne costituiscono un esempio lampante³⁴⁷. Questo tipo di decretazione d’urgenza testimonia le difficoltà che il legislatore incontra nell’assicurare l’effettiva e tempestiva applicazione delle discipline innovative introdotte nell’ordinamento, evidenziando la necessità che queste siano accompagnate da assestamenti e collaudi, spesso sottovalutati dal legislatore stesso nel momento della loro formazione.

Diversa situazione di contrasto tra le disposizioni di un decreto-legge e i presupposti delineati dall’art. 77 Cost. si verifica nel caso di un decreto che contenga misure non attinenti all’oggetto³⁴⁸ dell’intervento d’urgenza e neppure legate al caso da regolare mediante un qualche rapporto strumentale o funzionale³⁴⁹. In tal senso, è proprio la mancata correlazione della disposizione alla materia oggetto dell’atto di decretazione d’urgenza che fa venir meno la congruità e la pertinenza delle disposizioni stesse rispetto al fine della disciplina del caso di straordinaria necessità ed urgenza³⁵⁰. Questa tendenza è in violazione dell’art. 15, legge 400/88, comma 3, dove è richiesto che il contenuto dei decreti-legge sia “specifico, omogeneo e corrispondente

³⁴⁴Cfr LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa*, in *L’emergenza infinita*, cit., pag. 205.

³⁴⁵Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit. pag. 345.

³⁴⁶Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, op. cit. pag. 346.

³⁴⁷Cfr LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa*, in *L’emergenza infinita*, cit., pag. 209.

³⁴⁸Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, cit., pag. 448.

³⁴⁹Cfr PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una “svolta” della giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di emergenza costituzionale?*, in *Le Regioni*, 1995, pag. 1105, il quale rileva che questa è un’ipotesi in cui può profilarsi con sufficiente sicurezza la carenza dei presupposti.

³⁵⁰Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della “necessità ed urgenza” dei decreti-legge*, cit., pag. 1462.

al titolo”, e conduce all’intrusione di una disposizione in un provvedimento d’urgenza vertente in tutt’altra materia³⁵¹. In situazioni di tal genere, è impossibile che una medesima finalità di straordinaria necessità ed urgenza sia in grado di legittimare sia la disciplina principale sia la disposizione intrusa³⁵². Una variante di questa categoria di abuso è rappresentata dal

³⁵¹ Come esempio paradigmatico si ricordi il decreto-legge 10 marzo 1993, n. 56, recante disposizioni urgenti relative allo svolgimento della missione umanitaria in Somalia e Mozambico, dove all’art. 3, senza alcun collegamento con la restante disciplina, viene inserita una disposizione concernente l’imposta di consumo sul gas metano per combustione. Questo decreto nel preambolo così sintetizzava la sussistenza dei presupposti giustificativi: “Viste le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 794 e n. 797; Viste la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 9 dicembre 1992, nonché le risoluzioni approvate dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei deputati il 10 dicembre 1992; Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di disciplinare il trattamento economico ed assicurativo del personale facente parte della missione militare inviata in Somalia e Mozambico, al fine di assicurare i soccorsi umanitari alle popolazioni e garantire condizioni di pace sui territori di detti Paesi, nonché di assicurare la copertura finanziaria degli oneri conseguenti”. In un contesto simile, l’art. 3 dispone: “ L’imposta di consumo sul gas metano per combustione, per usi civili, deve essere accertata e liquidata con riferimento a ciascun bimestre solare. La dichiarazione prevista dall’art. 3 del decreto del Ministro delle finanze 12 luglio 1977, pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* n. 208 del 30 luglio 1977, nella quale devono essere comprese tutte le fatturazioni emesse nel periodo cui essa si riferisce, deve essere presentata entro il mese successivo al bimestre; il versamento dell’imposta deve essere effettuato entro il mese successivo a quello di presentazione della dichiarazione”. Inoltre, si ricordi anche l’art. 5 del decreto-legge 14 novembre 1992, n. 435, che, nell’ambito di un decreto-legge recante disposizioni urgenti per il recupero degli introiti contributivi in materia previdenziale, modifica la disciplina della gestione di stabilimenti termali da parte dell’INPS; altri esempi sono: l’art. 2 del decreto-legge 12 gennaio 1993, n. 2, teso a consentire ai professori universitari a tempo pieno di far parte, in qualità di esperti, delle commissioni tecnico-scientifiche istituite dalla gestione amministrativa del Ministero dell’Ambiente, nell’ambito di un decreto-legge recante modifiche alla disciplina del commercio e della detenzione di esemplari di fauna e di flora in via di estinzione; l’art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 1993, n. 532, che, nel quadro di un decreto recante disposizioni urgenti sui crediti commerciali vantati da piccole e medie imprese nei confronti dell’EFIM, modifica un articolo del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, sulle condizioni di assoggettabilità alle procedure di amministrazione straordinaria; e, ancora, l’art. 14 del decreto-legge 21 aprile 1995, n. 119, con cui si concede una medaglia d’onore ai marittimi morti in Algeria nel luglio del 1994, nell’ambito di un decreto di completamento della riforma dell’ordinamento portuale.

³⁵² Cfr *Relazione della Commissione di studio sulla fattibilità delle leggi*, in *Pol. del diritto*, 1981, pag. 608, dove si sottolinea la molteplicità di situazioni nelle quali il legislatore approfitta di un veicolo normativo già avviato o di sicuro avviamento per dettare norme su oggetti differenziati e si evidenziano gli alti rischi di inattuazione di tali disposizioni, per quanto spesso rispondenti ad esigenze rilevanti, proprio in relazione alla misconoscenza dovuta all’intrusione. Inoltre si veda il Regolamento del Senato, dove, all’art. 78, comma 4, esplicitamente si dispone che il sub- procedimento di verifica dei presupposti possa avere ad oggetto “parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione” e che in tal caso gli effetti della deliberazione di non sussistenza dei presupposti “operano

cosiddetto decreto *omnibus*, ovvero da un decreto-legge che contiene misure fra le più disparate³⁵³, non riconducibili ad un medesimo fatto emergenziale, il quale spesso è del tutto assente. La censura è quindi mossa sulla non necessità o di tutte o di alcune delle disposizioni contenute nel decreto-legge, evidenziandone la loro natura prettamente ordinaria³⁵⁴. Questa disciplina è inserita all'interno del provvedimento avente forza di legge al solo e palese scopo di usufruire dello straordinario procedimento di adozione.

Proseguendo, si registrano nuovi aspetti di abuso che traggono origine dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, il quale pone nuove problematiche rispetto all'utilizzo del decreto-legge. Infatti, il riparto delle competenze legislative definito dalla legge cost. n. 3/2001, che fa dello Stato non più l'ente a competenza legislativa generale ma dotato di competenza enumerata e circoscritta, evidenzia la questione di stabilire chi sia competente ad intervenire qualora, nelle materie riservate alle Regioni, si verificano quei "casi straordinari di necessità ed urgenza" che giustificano

limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse". Sul punto anche cfr CICCONETTI, *Nuovi elementi in tema di reiterazione di decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1989, II, pag. 1487.

³⁵³ Il capostipite dei "*decreti omnibus*" è ritenuto il decreto-legge che il Governo Colombo ha adottato nell'agosto 1970 per affrontare le ricorrenti situazioni di gravi crisi economiche. Sul punto cfr PREDIERI, *Il Governo colegislatore* in CAZZOLA, PREDIERI, PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. 17, nota 10, dove l'atto citato fu definito "decretone". Inoltre cfr CAZZOLA-PRIULLA, *Il decretone economico Colombo*, in CAZZOLA, PREDIERI, PRIULLA, *Decreto legge*, pag. 77. Altro caso emblematico di decreto *omnibus* è rappresentata dal decreto-legge 8 luglio 2002, n. 138, dove si dispone in materia tributaria, di privatizzazione, di contenimento della spesa farmaceutica, di sostegno all'economia anche nelle zone svantaggiate nonché di attuazione della sentenza n. 221 del 2002 della Corte costituzionale. Sono fondati i dubbi di legittimità costituzionale su una normativa d'urgenza che spazia dalle associazioni sportive dilettantistiche fino ai pronostici, alle scommesse ed ai giochi. Si tratta, quindi, di un provvedimento dal contenuto estremamente eterogeneo, per il quale la stessa relazione non nega tale aspetto, allorché dichiara che "interviene in diversi settori dell'economia con misure di particolare rilievo, che, oltre ad alcuni interventi necessari per la proroga di termini, attengono alla materia tributaria, a quella della trasformazione e del riassetto di enti pubblici, a quella della spesa farmaceutica e del sostegno dell'economia nelle aree svantaggiate". Il decreto è stato poi convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2002, n. 178.

³⁵⁴ Cfr FORLENZA, *L'assenza di omogeneità tra le norme fa saltare l'ordinato assetto delle fonti*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 29, pag. 37.

l'adozione di decreti-legge³⁵⁵. La questione diventa più interessante qualora si verificasse una inerzia da parte della Regione nel fronteggiare certe situazioni che non possono tollerare ritardi od omissioni³⁵⁶; in questo caso, occorre verificare se da parte del Governo sia possibile intervenire prima ancora che si concretizzi l'eventuale inerzia regionale, attraverso una valutazione che tenga conto non solo delle esigenze particolari delle singole Regioni interessate ma anche degli interessi generali coinvolti. Si vuole, quindi, evitare il rischio che la sommatoria di interventi mal predisposti o non predisposti affatto dai singoli enti si riveli, al lato pratico, complessivamente inadeguata a fronteggiare l'emergenza. In questo senso, il verificarsi di una situazione di necessità ed urgenza in materia di competenza, esclusiva o concorrente, regionale, che coinvolga interessi tali da richiedere una gestione unitaria, è in grado di legittimare comunque un intervento dello Stato tramite decreto-legge, l'unico strumento idoneo a soddisfare esigenze di tempestività ed immediatezza³⁵⁷. Infatti, seppur nell'ambito di una riforma che ha voluto porre una netta linea di demarcazione tra competenze legislative statali e regionali, non si può prescindere dal riconoscere allo Stato un ruolo unificante, che gli permetta di attivarsi anche nei settori rimessi alla competenza delle Regioni, laddove entrino in gioco interessi di carattere generale. A conferma di questo, la riforma costituzionale non manca di invocare in più parti il necessario rispetto di esigenze di carattere unitario; si pensi, ad esempio, al richiamo, contenuto nell'art. 117 Cost., alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", e a quello contenuto nell'art. 120 Cost., dove si prevede che l'esercizio del potere sostitutivo deve essere finalizzato alla tutela dell'unità giuridica ed

³⁵⁵ Cfr CONCARO, *Decreto-legge e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *L'emergenza infinita*, cit. pag. 138.

³⁵⁶ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, pag. 46, il quale afferma che "il decreto-legge rinviene la propria competenza per materia proprio nei casi straordinari di necessità ed urgenza".

³⁵⁷ Cfr CONCARO, *Decreto-legge e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *L'emergenza infinita*, cit. pag. 143.

economica, “prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”. Si ricordi, soprattutto, il richiamo al principio di sussidiarietà, il quale non comporta soltanto una allocazione delle competenze ai livelli di governo più “bassi”, più vicini agli amministrati, ma presuppone che la loro distribuzione avvenga in base ad una valutazione degli interessi coinvolti, ammettendo, dunque, il possibile “scorrimento verso l’alto”, dell’esercizio di funzioni che coinvolgono interessi non frazionabili localmente. Su questo punto si è espressa anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 303/2003³⁵⁸, dove afferma un carattere “dinamico” del principio di sussidiarietà, che “ consente di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell’ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie”, rendendo così meno rigida la stessa distribuzione delle competenze. In questa prospettiva, il ricorso alla decretazione d’urgenza in materie di competenza regionale non esprime un generico potere governativo di surrogazione, ma vuole individuare uno strumento capace di soddisfare interessi di carattere generale, che necessitano di misure tempestive ed immediate, rispetto alle quali una gestione “localizzata”, nel territorio della singola Regione, potrebbe condurre a risultati insoddisfacenti³⁵⁹. Proprio su questo punto, va segnalata la sentenza n. 6/2004³⁶⁰, resa in riferimento al decreto-legge n. 7/2002³⁶¹, dove emerge l’implicita ammissione di un ruolo “privilegiato” della decretazione d’urgenza nell’esercizio delle funzioni unitarie da parte dello Stato, escludendo l’incostituzionalità del decreto-legge, in quanto, seppur incide in un ambito regionale come la “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, è giustificato in ragione di “una situazione nella quale, in assenza di un effettivo e rapido rafforzamento delle strutture di produzione e

³⁵⁸Corte cost., sent. 303/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 2698.

³⁵⁹ L’idea che l’interpretazione sistematica dell’art. 77 Cost. autorizzi il Governo ad intervenire oltre il “disponibile con legge ordinaria”, consentendogli di derogare al normale ordine di competenze costituzionalmente attribuite, risale ad Esposito, voce *Decreto-legge*, Enciclopedia del diritto, vol. XI, Milano, 1962, pag. 835.

³⁶⁰Corte cost. sent. 6/2004, in *Giur. Cost.*, 2004, pag. 112.

³⁶¹Recante “Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale”.

di distribuzione dell'energia elettrica, si possono produrre serie situazioni di difficoltà o addirittura interruzioni più o meno estese della fornitura di energia, con conseguenti gravi danni sociali ed economici".³⁶²Tuttavia, in questa impostazione è presente il rischio di ritenere che la presenza di circostanze straordinarie di necessità ed urgenza possa legittimare l'adozione di decreti-legge da parte del Governo in ambiti materiali ormai spettanti alle Regioni, prefigurando un intervento pervasivo dello Stato, in modo da riconquistare surrettiziamente spazi di competenza che gli erano stati sottratti con la riforma costituzionale³⁶³. In tal senso assume particolare rilievo lo strumento dell'impugnazione diretta³⁶⁴ da parte della Regione di un decreto-legge davanti alla Corte costituzionale per violazione dei presupposti richiesti dall'art. 77 Cost. Ripercorrendo la giurisprudenza costituzionale, si nota che, prima della riforma costituzionale, la Corte ha sempre affermato che l'impugnazione di un decreto-legge da parte di una Regione può essere ammessa soltanto nel caso di un "diretta influenza" sulla competenza regionale, secondo lo schema della "triangolazione"³⁶⁵, ossia l'atto governativo con forza di legge limita la competenza regionale non *ex se*, ma in quanto contrastante con la disposizione costituzionale che stabilisce le condizioni di necessità ed urgenza per le quali può essere emanato il decreto-legge. A seguito del profondo cambiamento introdotto dalla riforma del Titolo V, si ritiene che la posizione dello Stato e della Regione debba essere equiparata anche con riguardo ai vizi denunciabili, aprendosi così l'alternativa tra operare un livellamento verso l'alto, in modo che entrambi i soggetti possano far valere qualsiasi tipo di vizio di costituzionalità dell'atto avente forza di legge impugnato, oppure verso il basso, in modo che entrambi

³⁶²Cfr il punto 3 del *Considerato in diritto*.

³⁶³Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Milano, 2003, pag. 232, il quale, evocando tali rischi, esprime una totale contrarietà alla decretazione d'urgenza nelle materie di competenza regionale, e, individua nel riparto delle competenze fissato dall'art. 117 Cost. "un nuovo e pregnante profilo di incostituzionalità".

³⁶⁴Cfr ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *L'emergenza infinita*, cit. pag. 128.

³⁶⁵Cfr ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1999, pag. 247.

possano denunciare solo vizi relativi alla violazione della propria competenza³⁶⁶. In un primo momento, la Corte si è espressa attraverso alcuni fugaci riferimenti³⁶⁷, dai quali, tuttavia, si poteva dedurre la presa di coscienza della Corte stessa della perdita da parte dello Stato del ruolo tutorio che in precedenza rivestiva.

Successivamente, la Corte costituzionale ha invece affrontato la materia in maniera più diffusa ed argomentata, affermando che fosse possibile per “una norma conservare nel tempo la formulazione originaria e tuttavia consentire una diversa interpretazione in ragione del successivo mutamento del contesto nel quale essa sia inserita”, ma sostenendo, al tempo stesso, che “nel nuovo assetto costituzionale è pur sempre riservata allo Stato una posizione particolare, ricavabile dalla ripetuta evocazione di una istanza unitaria, in base agli artt. 5, 117, comma 1, 120, comma 2, Cost., la quale richiede necessariamente che esista un soggetto, appunto lo Stato, avente il compito di assicurare il pieno soddisfacimento”³⁶⁸. Queste considerazioni si confermano nella già ricordata sentenza n. 6 del 2004, oltre a quanto detto in precedenza, ora va sottolineato il fatto che la Regione aveva impugnato direttamente il decreto-legge denunciando la carenza dei presupposti giustificativi; la Corte ha invece ribadito la propria posizione, sostenendo che questo vizio possa essere denunciato dalla Regione soltanto quando la violazione sia potenzialmente idonea a determinare un pregiudizio alle attribuzioni costituzionali delle Regioni o delle Province autonome e ne derivi una illegittima compressione delle funzioni regionali. Si tratta di una vera e propria condizione di ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, in modo che

³⁶⁶Cfr ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale, in L'emergenza infinita*, cit. pag. 128.

³⁶⁷Cfr Corte cost. sent. 282/2002, in *Giur. Cost.* 2002, pag. 2012, dove si propone il caso in cui lo Stato, con ricorso proposto ai sensi del nuovo art. 127 Cost., aveva impugnato una legge regionale richiamando come parametri costituzionali, oltre all'art. 117, anche gli artt. 2, 32, 33, comma 1, Cost. La Corte ha risolto la questione esaminandola sotto il profilo dell'eventuale violazione dell'art. 117 Cost. ed ha concluso affermando che “restano assorbito gli altri profili di incostituzionalità denunciati, senza che questa Corte debba porsi il problema della loro ammissibilità in base al nuovo art. 127, comma 1, Cost”.

³⁶⁸Cfr Cort. Cost. sent. 274/2003, in *Giur. Cost.* 2003, pag. 2238.

“la Regione ricorrente deve articolare il ricorso non soltanto mediante l’indicazione dei motivi per cui essa ritenga che la normativa statale risulti contrastante con i parametri costituzionali invocati, ma altresì specificando le ragioni per cui tale violazione produca una lesione delle proprie competenze costituzionali”³⁶⁹. Questo aspetto non è però menzionato in un’altra rilevante decisione della Corte costituzionale, ossia la sentenza n. 52 del 2010³⁷⁰, dove si dichiara “non fondata” la censura dell’art. 62 del decreto-legge n. 112 del 2008 in relazione agli artt. 70 e 77 Cost., ritenendo sussistere oggettivamente le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza che giustificano il ricorso alla decretazione d’urgenza. Viene, dunque, emessa una pronuncia di merito e non processuale, senza alcun riferimento alla predetta condizione di ammissibilità; la Corte si limita a scrutinare la censura di violazione degli artt. 70 e 77 Cost. e a ritenerla infondata per come prospettata dalla Regione ricorrente³⁷¹. Siamo dinanzi ad una acquisita consapevolezza da parte della Corte costituzionale dell’evoluzione degenerativa della decretazione d’urgenza, quale “metodo di legislazione ordinaria”³⁷², e dell’impatto, forse ancora sottovalutato dalla dottrina, che la riforma del Titolo V ha prodotto sulle funzioni del decreto-legge. Questa consapevolezza ha condotto la Corte a pronunciarsi comunque con una sentenza di merito, anche se di infondatezza, dimostrando una particolare sensibilità nei confronti di una possibile violazione dell’art. 77 Cost.; in ogni caso, “se nel valutare l’ammissibilità di ricorsi regionali che

³⁶⁹ Cfr DAL CANTO-ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura di Romboli, Torino, 2008, pag. 248.

³⁷⁰ Cfr Cort. Cost. sent. 52/2010, in *Giur. Cost.*, 2010, pag. , in relazione ai giudizi di legittimità costituzionale dell’art. 62, commi 1, 2, 3 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e dell’art. 3 della legge 22 dicembre 2008, n. 203, legge finanziaria 2009, promossi dalla Regione Veneto e dalla Regione Calabria.

³⁷¹ Nella medesima sentenza, la Corte costituzionale dimostra di aver presente la propria giurisprudenza sul punto, dichiarando inammissibili le censure proposte dalla Regione Calabria per violazione degli artt. 23 e 97 Cost. in quanto vengono reputati inesistenti profili di una loro ridondanza sul riparto di competenze legislative Stato-Regioni.

³⁷² Cfr MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà del Governo. Considerazioni critiche*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, pag. 64.

censurino decreti-leggi (e relative leggi di conversione) per la carenza dei presupposti la Corte potrà anche essere, come lo è stata nel caso in esame, sufficientemente generosa, non potrà esserlo nell'eventualità di una pronuncia di fondatezza, poiché in tal caso avrà l'onere di dimostrare non solo la (evidente) insussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza ma anche che dalla violazione dell'art. 77 Cost. è derivata una lesione della sfera di autonomia regionale: una vera e propria doppia dimostrazione³⁷³. In tale pronuncia, quindi, la Corte costituzionale si è limitata alla ricostruzione della *ratio legis* e alla dichiarazione di sussistenza dei presupposti³⁷⁴, secondo una motivazione sintetica, magari operata “per linee interne alla normazione”³⁷⁵, e senza addurre alcune elemento a sostegno.

Infine, va segnalata la frequente prassi di adozione di decreti-legge di riforma³⁷⁶ di parti considerevoli e particolarmente importanti

³⁷³ Cfr CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in www.forumcostituzionale.it, nota 28, il quale inoltre rileva che “la doppia dimostrazione potrebbe essere necessaria per motivare anche una pronuncia di rigetto. Potrebbe accadere, infatti, che la Corte, a fronte di un ricorso regionale ben motivato tanto in relazione alla “evidente mancanza” quanto alla indiretta lesione di attribuzioni regionali, ritenga fondata la censura in relazione alla carenza dei presupposti ma che, viceversa, reputi che la violazione dell'art. 77 Cost. non “ridondi” in violazione di competenze regionali. Una *doppia dimostrazione*, in altri termini, non convergente: la prima, tesa a motivare circa l’“evidente mancanza” dei presupposti, la seconda, circa la *non* “ridondanza” della violazione dell'art. 77 Cost. in lesione di competenze regionali. Sennonché, la singolarità della situazione che ne deriverebbe – una incostituzionalità accertata ma non dichiarata di una disposizione decreti zia adottata in (evidente!) mancanza dei presupposti – induce a ritenere che la Corte opererà per evitarla, facendo un sapiente utilizzo di pronunce di inammissibilità e infondatezza”.

³⁷⁴ Cfr Cort. Cost. sent. 52/2010, cit., pag. , dove si afferma che “la disciplina introdotta con le disposizioni del censurato art. 62 è diretta a contenere l’esposizione delle Regioni e degli altri enti locali territoriali a indebitamenti che, per il rischio che comportano, possono esporre le rispettive finanze ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all’atto della stipulazione dei relativi contratti aventi a oggetto i cosiddetti derivati finanziari. Sussistono, pertanto, oggettivamente quelle ragioni di straordinarietà e urgenza che giustificano il ricorso al decreto-legge, volto, da un lato, alla disciplina a regime del fenomeno, e, dall’altro, al divieto immediato per gli enti stessi di ricorrere ai predetti strumenti finanziari”.

³⁷⁵ Cfr CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge. per un tentativo di lettura combinata*, in www.forumcostituzionale.it

³⁷⁶ Cfr PALADIN, *Commento all'art. 77*, cit., pag. 60, il quale rileva come lontani e sporadici precedenti di decreti di riforma risalgano già agli anni '50, ad esempio il decreto-legge 24

dell'ordinamento giuridico. Oltre a non presentare alcun contenuto provvedimentale, in quanto introducono norme generali ed astratte in un quadro di riforma strutturale di determinate materie, non è ravvisabile neppure un fatto emergenziale che legittimi siffatti decreti-legge. Essi, quindi, svolgono una funzione legislativa tipicamente e prettamente ordinaria³⁷⁷, consistente nell'adeguare il sistema giuridico alla evoluzione sociale; ad esempio si trova, in questo modo, la disciplina degli studi universitari, degli esami di maturità, del servizio sanitario, l'introduzione di nuove fattispecie di reato o di modifiche rilevanti ai codici processuali oppure, addirittura, l'istituzione di Ministeri, come si è verificato per i dicasteri dei beni culturali e dell'ambiente³⁷⁸. La prassi ha abusato, in quest'ambito, della decretazione d'urgenza poiché ha ritenuto di giustificare tale utilizzo, improprio ed illegittimo, assumendo come fatto emergenziale un espediente fittizio e artificiosamente elaborato, consistente nella lentezza dei lavori parlamentari; è evidente il carattere capzioso di questa argomentazione, dato che la lentezza e la farraginosità delle Camere perdura, purtroppo, da molto tempo, non è provvisoria e tanto meno imprevedibile. Inoltre, tali decreti-legge di riforma di ampi settori dell'ordinamento proprio per la loro natura strutturale non contengono una disciplina finalizzata alla tutela e conservazione di posizioni giuridiche già riconosciute, ma conferiscono riconoscimento giuridico a nuovi valori ed interessi, elaborando nuovi principi³⁷⁹, e assecondando una linea evolutiva dell'istituto della decretazione d'urgenza in netto contrasto con il dettato costituzionale.

giugno 1952 n. 649 sugli esami di maturità, ma è dalla sesta legislatura in poi che le "velleità riformatrici del Governo divengono sistematicamente ed effettivamente significative". L'Autore, che, inoltre, sembra considerare unitariamente i decreti di riforma ed i decreti *omnibus*, individua il punto di partenza nel decreto-legge 1 ottobre 1973 n. 580 recante misure urgenti per l'Università.

³⁷⁷ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 341.

³⁷⁸ Cfr decreto-legge 14 dicembre 1974, n. 657.

³⁷⁹ In tal senso è emblematico il decreto-legge n. 138 del 13 agosto 2011, dove, nel titolo secondo, artt. 3,4,5,6, in tema di liberalizzazioni dei servizi professionali e delle società municipalizzate, introduce un lungo elenco di principi e di criteri direttivi estremamente generali ed indeterminati, e rimanda la loro attuazione in regole ad una successiva normativa, sia di rango primario che secondario, da adottarsi in un tempo imprecisato e, stante alla lettura del decreto, ampiamente imprecisabile.

11-IL CONTROLLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI

La Corte costituzionale, in passato, è stata più volte chiamata ad esprimersi sulla legittimità di un decreto-legge sotto il profilo della mancanza dei presupposti giustificativi e si era mostrata reticente sul tema, evitando di affrontare direttamente il problema. Il pretesto adottato dalla Corte riguardava il fatto che quasi mai la sua pronuncia poteva avvenire nell'arco dei sessanta giorni di provvisoria vigenza del provvedimento governativo e la successiva conversione in legge del decreto era ritenuta in grado di precludere qualsiasi pronunciamento di legittimità costituzionale. In questo modo, il giudice delle leggi non prendeva alcuna posizione in ordine al vizio della carenza dei presupposti giustificativi e, quindi, non era affatto assodato se fosse possibile o meno la sua eventuale sindacabilità in sede di giudizio di costituzionalità. A sostegno di quanto detto, va ricordata la sentenza n. 55 del 1977³⁸⁰ dove la Corte aveva evitato di pronunciarsi sul punto, ravvisando, nel caso specifico, un ostacolo di tipo processuale³⁸¹. Tuttavia, in questa sentenza va segnalata una, seppur debolissima, prima apertura alla sindacabilità costituzionale dei presupposti giustificativi, riscontrabile nel fatto che la Corte non escludeva *a priori* la propria competenza, non affermando, né implicitamente né esplicitamente, che questo tipo di valutazione fosse unicamente di natura politica. Infatti, la Corte, soltanto per la peculiarità del caso specifico, escludeva di poter operare un giudizio di tal genere, esprimendo quasi un messaggio rivolto al Governo sulle modalità di adozione della decretazione d'urgenza. Ancora, con la sentenza n. 108 del 1986³⁸² la Corte inaugura la

³⁸⁰ Cfr Corte cost., sent. 55/1977, in *Giur. Cost.* 1977, pag. 597.

³⁸¹ La questione verteva su un decreto recante disposizioni in materia di giustizia penale, l'operatività dei principi in materia di successione delle leggi penali nel tempo e il precetto costituzionale che collega la perdita retroattiva di efficacia del decreto-legge nelle ipotesi di mancata conversione.

³⁸² Cfr Corte cost., sent. 108/1986, in *Giur. Cost.* 1986, pag. 582.

giurisprudenza costituzionale che riconosce l'efficacia sanante dei vizi specifici del decreto-legge derivante da carenza dei presupposti giustificativi ad opera della legge di conversione, e la questione è liquidata velocemente affermando che “ a parte ogni altro rilievo, va osservato che nel caso di specie il decreto è stato convertito in legge dal Parlamento”³⁸³. In modo più esplicito, la successiva sentenza n. 243 del 1987³⁸⁴ evidenzia di nuovo che l'avvenuta conversione in legge comporta il superamento di ogni rilievo, ritenendo la questione inammissibile. Questa posizione, ribadita più volte, trova il suggello finale nella sentenza n. 263 del 1994³⁸⁵ dove si legge testualmente che “ intervenuta la conversione, perdono rilievo e non possono trovare ingresso nel giudizio di costituzionalità le censure di illegittimità dedotte con riguardo ai limiti del potere del Governo nell'adozione del decreto-legge”³⁸⁶. In questa affermazione trova sostegno la cosiddetta teoria della *novazione*, sulla quale ci si soffermerà più avanti; qui sarà sufficiente solo anticipare che la Corte qualifica la mancanza dei presupposti giustificativi come un vizio non in grado di ripercuotersi sulla legge di conversione, essendo sanato e reso inoppugnabile da questa. La Corte, quindi, in queste sentenze, non indaga sul carattere oggettivo o soggettivo dei “casi straordinari di necessità e urgenza” ma si limita a precisare che l'emanazione della legge di conversione sana ogni eventuale vizio dei presupposti stessi, sottolineando come questi vizi del decreto non siano in grado di inficiare anche il successivo intervento delle Camere. Il giudice delle leggi, inoltre, si è espresso con pronunce nel senso dell'*inammissibilità* della questione, ma anche nel senso dell'*infondatezza*. Infatti, mentre con l'*infondatezza*³⁸⁷ si attesta o l'assenza del vizio o il suo venir meno per effetto della legge di conversione, con l'*inammissibilità*³⁸⁸ si vuole sottolineare in modo più incisivo l'avvenuta conversione in legge del

³⁸³ Punto 6 del *Considerato in diritto*

³⁸⁴ Cfr Corte cost., sent. 243/1987, in *Giur. Cost.* 1987, pag. 2019.

³⁸⁵ Cfr Corte cost., sent. 263/1994, in *Giur. Cost.* 1994, pag. 155

³⁸⁶ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁸⁷ Cfr CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000. pag. 40.

³⁸⁸ Cfr ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, pag. 81.

decreto, dalla quale consegue che il giudizio della Corte non ha più ragione d'essere. La Corte non decide perché ritiene di non poter decidere, in quanto la valutazione della presenza dei presupposti giustificativi è completamente demandata alle Camere.

Un primo segnale importante anche se non ancora del tutto sufficiente lo si è avuto con la sentenza n. 29 del 1995³⁸⁹, dove la Corte per la prima volta ha affermato, seppur soltanto in linea di principio, che” la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite decreto-legge costituisce un requisito di validità costituzionale dell’adozione dell’atto, in modo che l’eventuale evidente mancanza del presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell’ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione”³⁹⁰. Questo passo è sicuramente rilevante³⁹¹, e lo è ancora di più se si considera che la pronuncia avviene nel contesto di un giudizio in via principale, prospettato su ricorso di alcune Regioni, costituendo una sorta di *obiter dictum*, poiché la Corte avrebbe potuto omettere qualsivoglia riferimento sul punto per concentrarsi unicamente sull’argomento dell’inammissibilità per carenza di interesse del ricorrente. Si tratta di una notevole apertura e a tal proposito va rilevato che la questione della possibilità di prospettare un giudizio di legittimità costituzionale dei provvedimenti d’urgenza per difetto dei presupposti giustificativi era sempre stato lasciato “in sospeso” da parte della Corte. Ora si afferma che in linea di principio non va esclusa la sindacabilità costituzionale dei presupposti giustificativi e, semmai, l’aspetto più problematico riguarda la possibilità di configurare quella mancanza *evidente* degli stessi tale da rendere costituzionalmente illegittimo il decreto-legge. Occorre, quindi, individuare criteri precisi che

³⁸⁹ Cfr Corte cost., sent. 29/1995, in Giur. Cost. 1995, pag. 299

³⁹⁰ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁹¹ Cfr PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una “svolta” nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di “emergenza” costituzionale?* In *Le Regioni 1995*, pag. 1100.

possano fungere da parametro dell'eventuale giudizio di costituzionalità. Anche a voler aderire alla tesi³⁹² che inquadra il sindacato sui presupposti giustificativi secondo il profilo del vizio di eccesso di potere e ammettendo che la Corte arrivi a valutare la palese contraddittorietà del decreto-legge rispetto ai precetti costituzionali, la questione resta insoluta. Infatti, la giurisprudenza costituzionale, in questa sentenza, non elabora una tecnica di giudizio che le permetta di operare, entro canoni predeterminati, il sindacato sulla corrispondenza tra l'utilizzo del decreto-legge e i presupposti richiesti per l'adozione, forse per non correre il rischio dell'elevato tasso di politicità che un simile giudizio comporta. In questo modo, la Corte ritiene di doversi ritrarre dinanzi alla "libera discrezionalità del Governo qualora non sussistano elementi oggettivi per un giudizio di legittimità e spingendosi in avanti qualora questo sia possibile".³⁹³ Se pure è difficile individuare *a priori* dei criteri oggettivi che consentano di operare un sindacato sui presupposti, vi sono alcune ipotesi "sintomatiche" che, nonostante non siano indicatori univoci della "evidente mancanza dei casi straordinari di necessità ed urgenza", potrebbero fungere da "campanello d'allarme" e indurre la Corte ad indagare in modo più pregnante il rispetto dei requisiti dell'art. 77 della Costituzione. Anzitutto, fra queste fattispecie, possiamo annoverare, come si è analizzato, i decreti-legge che contengano misure ad "efficacia differita". È stata rilevata³⁹⁴ *in toto* l'incostituzionalità di decreti-legge che dilazionano l'entrata in vigore delle proprie prescrizioni oltre il termine fissato dall'art. 77 Cost., in quanto si pongono in contrasto con il presupposto giustificativo dell'urgenza³⁹⁵; posizione recepita dall'art. 15, comma 3, della legge 400 del 1988, dove si dispone che "i decreti devono contenere misure di immediata applicazione".

³⁹² Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1982, pag. 1461.

³⁹³ Cfr RUGGERI, *Fonti e norme dell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, pag. 332.

³⁹⁴ Cfr PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra poteri*, in *Quad. cost.*, 1996, pag. 14.

³⁹⁵ Cfr AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, 1986, pag. 36.

Il fatto che il decreto-legge contenga misure non suscettibili di immediata applicazione, dovrebbe condurre la Corte costituzionale, se adita, a verificare la reale indifferibilità del “provvedere governativo”³⁹⁶. Analoghe riflessioni riguardano i decreti-legge che recano disposizioni eterogenee o non corrispondenti all’oggetto del provvedimento³⁹⁷, oppure per i “decreti omnibus”³⁹⁸. Un caso significativo dove appare ragionevolmente certo l’uso improprio della decretazione d’urgenza da parte del Governo è rappresentato dalla situazione in cui il decreto-legge sia del tutto privo della motivazione in ordine ai presupposti giustificativi, non essendo in alcun modo sufficienti le mere clausole di stile cui spesso si ricorre, a meno che la necessità e l’urgenza non siano *ictu oculi* giustificate dal contenuto precettivo del decreto stesso³⁹⁹. L’obbligo di motivazione, pur non essendo esplicitato dalla Costituzione, è desumibile dalla natura eccezionale dell’esercizio del potere di decretazione d’urgenza da parte del Governo, che si giustifica soltanto laddove sussistano precise circostanze straordinarie da fronteggiar.⁴⁰⁰ L’assenza di motivazione, come si vedrà in seguito, è un indice oggettivo che permette di escludere l’esistenza dei presupposti giustificativi; infatti, una specifica motivazione risulta indispensabile per operare una valutazione attenta riguardo la congruità dello strumento prescelto e delle misure in esso contenute in relazione alle prescrizioni ex art. 77, comma 2, Cost..

Tuttavia, l’atteggiamento della Corte successivo alla sentenza 29 del 1995 mantiene una certa reticenza nell’operare una significativa verifica sui

³⁹⁶ Cfr PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 1958, pag. 551

³⁹⁷ Cfr PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza*, op. cit. pag. 1106, il quale sostiene che l’evidente mancanza dei presupposti giustificativi possa configurarsi unicamente nell’ipotesi appena delineata.

³⁹⁸ Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, pag. 448, il quale rileva che il problema non dovrebbe porsi nell’ipotesi in cui tali provvedimenti raccolgano una serie eterogenea di disposizioni che siano comunque finalizzate ad uno scopo comune.

³⁹⁹ Cfr SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. Dir.*, 1996, pag 432, il quale sottolinea che solo in caso di catastrofi naturali o attentati alla sicurezza dello Stato o di gravi crisi economiche si possa ipotizzare l’auto evidenza dei presupposti.

⁴⁰⁰ Cfr VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.* Torino, 1995, pag. 43

presupposti; così, ad esempio, nella sentenza n. 161 del 1995⁴⁰¹, la Corte, pur ribadendo che non le spetta la competenza a sindacare sull'esistenza e sull'adeguatezza dei presupposti della necessità ed urgenza", ha ritenuto che, nel caso in esame, non vi fosse quella evidente mancanza tale da giustificare una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ancora, nella sentenza n. 330 del 1996, la Corte nega l'evidente mancanza dei presupposti giustificativi, utilizzando però un criterio argomentativo più specifico, laddove spiega che "il decreto-legge in esame, pur succedendo ad altri precedenti non convertiti e decaduti, è sostenuto da una specifica motivazione, resa esplicita nella relazione governativa che accompagna il disegno di legge di conversione"⁴⁰². In questo caso, quindi, la Corte conferma il ruolo determinante che la motivazione assume in ordine all'esistenza dei presupposti giustificativi ma si sottrae ad una verifica più incisiva delle circostanze adottate a giustificazione del ricorso della decretazione d'urgenza, limitandosi soltanto a rilevare che la sussistenza di una adeguata motivazione sia un elemento sufficiente, se non per riconoscere l'effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi, quanto meno per l'escludere l'evidente mancanza che conduce ad una pronuncia di incostituzionalità. E'interessante anche notare ciò che afferma la Corte nella sentenza n. 398 del 1998⁴⁰³, resa in relazione alla complessa normativa concernente le quote latte, dove afferma che " l'intervento straordinario operato dal Governo si giustifica in quanto i limiti posti in sede comunitaria ai quantitativi nazionali di produzione lattiera e l'esigenza di introdurre misure intese al contenimento di questa rendono *non manifestamente implausibile* la valutazione governativa, posta a base degli interventi, in ordine al ricorso alla decretazione d'urgenza"⁴⁰⁴. Dal quadro di questa giurisprudenza esaminata emerge dunque un atteggiamento timido della Corte costituzionale nell'operare giudizi che rischiano, inevitabilmente, di sovrapporsi alle

⁴⁰¹ Cfr Corte cost., sent. 161/1995, in *Giur. Cost.* 1995, pag. 1346.

⁴⁰² Cfr Corte cost., sent. 330/1996, in *Giur. Cost.* 1996, pag. 1025, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰³ Cfr Corte cost., sent. 398/1998, in *Giur. Cost.*, 1998, pag. 1047.

⁴⁰⁴ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

valutazioni degli organi politici; sicuramente la sentenza 29 del 1995 ha abbozzato indicazioni utili ma non le ha sviluppate, quasi relegandole a venire utilizzate solo in situazioni di “emergenza costituzionale”⁴⁰⁵, per contrastare episodi clamorosi di uso abnorme della decretazione d’urgenza, lasciando così la risoluzione della questione alla dialettica tra i poteri dello Stato.

Questa ritrosia sarà superata solo a partire dalla sentenza n. 171 del 2007⁴⁰⁶, che ha rappresentato l’inizio di un nuovo corso; infatti, per la prima volta, la Corte Costituzionale arriva a dichiarare illegittima la legge di conversione nella parte in cui converte una norma di un decreto-legge privo dei presupposti giustificativi.

Vista la rilevanza del tema è bene inquadrare con attenzione la vicenda di cui si tratta.

Poco dopo la proclamazione a sindaco, un neoeletto veniva condannato definitivamente per i reati di peculato d’uso, ex art. 314, comma 2, C.P., e abuso d’ufficio, ex art. 321 C.P., con conseguente interdizione temporanea dai pubblici uffici; a seguito di diverse azioni popolari, la Corte d’Appello giungeva a dichiarare la decadenza dalla carica in base alla normativa sull’ordinamento degli enti locali, ex art. 58 e 59, d.lgs. 267/2000. L’interessato proponeva ricorso per Cassazione, ma, prima dell’udienza di discussione, entrava in vigore il decreto-legge 29 marzo 2004 n. 80, recante “Disposizioni urgenti in materia di enti locali”, e in forza dell’art. 7, comma 1, lett. a, veniva escluso che la condanna per peculato d’uso costituisse causa di incandidabilità, prima, e di decadenza, poi, dalla carica di sindaco, riconducendo tali conseguenze al solo delitto di peculato, ex art. 314, comma 1, C.P.⁴⁰⁷ La Corte di Cassazione, allora, sollevava, questione di legittimità costituzionale perché la novella veniva ritenuta priva dei presupposti giustificativi ex art. 77, comma 2, Cost. e prima della decisione della Corte costituzionale la disposizione veniva modificata dalla legge di conversione del

⁴⁰⁵ Cfr PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza*, cit. pag. 1108.

⁴⁰⁶ Cfr Corte cost., sent. 171/2007, in *Giur. Cost.*, 2007, pag. 1662.

⁴⁰⁷ E’ solo il caso di ricordare che la condanna per abuso d’ufficio non costituisce, in relazione alla carica di sindaco, causa di decadenza.

28 maggio 2004 n. 140⁴⁰⁸, quindi il giudice delle leggi ordinava la restituzione degli atti al giudice *a quo* per un riesame della questione. Con ordinanza del 6 aprile 2005 la Cassazione riteneva ancora che la medesima questione di costituzionalità fosse rilevante e non manifestamente infondata, “assumendo che il denunciato vizio si è trasferito sulla legge che, pur nella manifesta carenza dei presupposti giustificativi, ha ugualmente provveduto alla conversione del decreto-legge”.⁴⁰⁹ Con la sentenza in esame il giudice delle leggi ha fatto proprio il punto di vista della Cassazione, annullando l’art. 7, comma 1, lett. a del decreto-legge 80/2004, convertito dalla legge 140/2004. Questa ricostruzione è utile per capire il percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale, ed è già possibile focalizzare tre punti ben precisi. Il *primo* consiste nella presentazione del quadro teorico che caratterizza i rapporti tra potere legislativo ed esecutivo per quanto concerne le fonti del diritto. La Corte, infatti, ci ricorda che i commi 2 e 3 dell’art. 77 Cost. “hanno carattere derogatorio rispetto all’essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell’ambito delle competenze dello Stato centrale”⁴¹⁰. Questa affermazione ha un valore determinante e si collega a quanto, poche righe prima, la Corte aveva ricordato, ribadendo che “è opinione largamente condivisa che l’assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che si ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell’amministrazione alla legge, l’adozione delle norme primarie spetta all’organo il cui potere deriva direttamente dal

⁴⁰⁸ Vale la pena soffermarsi sulla portata del cambiamento introdotto da parte della legge 140/2004. nel testo del decreto-legge il punto che ci interessa si presentava come segue:” al testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono apportate le seguenti modifiche: a) all’art. 58, comma 1, lett. b, dopo il numero “314” sono aggiunte le parole “primo comma”.” Ora veniva aggiunta, in sede di conversione, il seguente enunciato: “ per chiarire e definire i presupposti e le condizioni rilevanti per il mantenimento delle cariche pubbliche ai fini dell’ordine e della sicurezza pubbliche, all’art. 58, comma 1, lett. b, dopo il numero “314” sono aggiunte le parole “primo comma.”

⁴⁰⁹ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 1 in fatto.

⁴¹⁰ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit, punto 3 in diritto.

popolo.”⁴¹¹ Il ribadire la centralità del Parlamento nella produzione legislativa consente di comprendere, che l’elemento della “*straordinarietà*”, compreso tra i presupposti giustificativi del decreto-legge, esprime giuridicamente l’eccezionalità del percorso legislativo contemplato dall’art. 77 Cost., il cui uso è giustificato dal dover fronteggiare situazioni di fatto emergenziali e dal dover legiferare con rapidità ed efficacia, nel rispetto dei requisiti costituzionalmente richiesti. Questa impostazione è confermata dalla stessa Corte quando dice che “in determinate situazioni o per particolari materie, attesi i tempi tecnici che il normale svolgimento della funzione legislativa comporta, o in considerazione della complessità della disciplina di alcuni settori, l’intervento del legislatore può essere posticipato”⁴¹². E’ una affermazione importante, che spinge a dare una precisa rilevanza ai presupposti giustificativi, e specie in questo passaggio, alla “*straordinarietà*”, e a sottolineare che il sistematico mancato rispetto del comma 2 dell’art. 77 della Costituzione comporta una alterazione degli equilibri istituzionali con conseguenze talmente importanti da modificare indirettamente le tutele predisposte dall’ordinamento per i valori e i diritti fondamentali. Il *secondo* punto rilevante consiste nella precisazione da parte della Corte del proprio ruolo che è quello di “preservare l’assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali tale compito è predisposto”, senza sostituirsi o sovrapporsi “a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione”. L’elasticità della formula costituzionale, infatti, consente il ricorso alla decretazione d’urgenza in un’ampia pluralità di situazioni ma questo non significa far venire meno i principi costituzionali che regolano i rapporti tra le fonti in relazione alla forma di governo⁴¹³. Questa precisazione vuole evidenziare come l’attribuzione del potere legislativo alle Camere, quali organi che direttamente rappresentano il corpo elettorale, conferisce necessariamente alla

⁴¹¹ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit, punto 3 in diritto.

⁴¹² Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit, punto 3 in diritto.

⁴¹³ Cfr SIMONCINI, *Corte e concezione della forma di governo*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, pag. 249.

decretazione d'urgenza una natura particolare. Strettamente legata ai rapporti tra le fonti, ed in particolare ai rapporti tra legge parlamentare e decreto-legge, si pone la specifica censura sollevata dal giudice *a quo*, con la quale viene denunciata la violazione del divieto, stabilito dal già più volte citato art. 15, comma 2, lett. b), della legge 400 del 1988, di disciplinare, mediante decreto-legge, la materia elettorale. La Corte costituzionale non si pronuncia espressamente sulla questione, cosa che avrebbe comportato, come si preciserà meglio più avanti, una presa di posizione riguardo la possibile interpretazione della legge 400 quale norma interposta, tuttavia esclude che la materia possa rifarsi a quella dell'ordine pubblico e della sicurezza, affermando che "la determinazione delle cause di incandidabilità e di incompatibilità attiene alla materia elettorale"⁴¹⁴. Il *terzo* punto sottolinea la posizione della Corte in relazione all'efficacia sanante della legge di conversione nei confronti dei vizi del decreto-legge. La Corte affronta questa spinosa questione, che in passato aveva inopinatamente tralasciato, richiama la sentenza 29 del 1995 e qui finalmente si compie un percorso in precedenza troppo timidamente abbandonato. Occorre puntualizzare che la sentenza non vuole nascondere il contrasto esistente all'interno della stessa giurisprudenza costituzionale e in tal senso è bene riportare alcuni aspetti. La discussione sull'eventuale efficacia sanante della legge di conversione era nata in relazione all'effetto sanante del vizio di illegittima reiterazione affermato nella sentenza n. 360 del 1996, facendo sorgere una vistosa contraddizione con quanto sostenuto nella sentenza n. 29 del 1995. Questo portava a concludere che la Corte avesse voluto mantenere una distinzione tra le due tipologie di vizio, l'illegittima reiterazione e la mancanza dei presupposti giustificativi, attribuendo una diversa efficacia sanante all'eventuale conversione in legge del decreto⁴¹⁵. In questo modo il vizio di reiterazione di un decreto-legge decaduto va rilevato soltanto prima dell'avvenuta

⁴¹⁴Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 6 in diritto.

⁴¹⁵ Cfr ROMBOLI, *Una sentenza storica: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Il Foro italiano*, 2007, fasc. 7/8.

conversione in legge dello stesso, mentre l'assenza dei presupposti giustificativi, riferita al singolo decreto-legge, si può rilevare anche dopo l'avvenuta conversione, se ricorre l'evidente mancanza di tali presupposti. Questa distinzione, inizialmente, è accolta dalla Corte, la quale, nella sentenza 194 del 1998⁴¹⁶ dichiara manifestamente inammissibile l'eccezione, richiamando l'effetto sanante dell'intervenuta legge di conversione ed evidenziando come il giudice *a quo* denunciasse esclusivamente il vizio di illecita reiterazione, e non altro, come la mancanza dei presupposti giustificativi, facendo così intendere che, in tal caso, la pronuncia sarebbe stata diversa. Si è avuto modo di vedere, in precedenza, come la giurisprudenza costituzionale abbia generalmente accettato l'effetto sanante della legge di conversione anche per l'assenza dei presupposti giustificativi. Questa posizione viene assunta "*in linea di principio*"⁴¹⁷, tanto che la stessa Corte, nella sentenza n. 341 del 2003, afferma che "in linea di principio sta a significare che solo *l'evidente mancanza* dei requisiti di necessità ed urgenza configura un vizio sia del decreto-legge che *in procedendo* della legge di conversione, avendo essa valutato erroneamente l'esistenza di presupposti inesistenti"⁴¹⁸. Sulla base di tali specificazioni, viene ribadita la differenziazione a secondo che si tratti di "*semplice mancanza*" dei presupposti di necessità ed urgenza oppure di "*evidente mancanza*" degli stessi e solo in questo caso non sussiste l'effetto sanante della legge di conversione, in linea con quanto affermato nella sentenza 29 del 1995. Anche l'ordinanza n. 2 del 2005, con la quale la Corte restituisce gli atti al giudice *a quo* della stessa questione ora risolta nella sentenza 171/2007 in esame, esprime indirettamente una posizione contro l'effetto sanante della legge di conversione, dal momento che, in caso contrario, avrebbe dovuto dichiarare la manifesta inammissibilità della eccezione e non restituire gli atti. Ed è proprio

⁴¹⁶ Si trattava della questione di costituzionalità di un decreto-legge impugnato per illegittima reiterazione e convertito in legge al momento della pronuncia.

⁴¹⁷ Cfr CELOTTO, *La "storia infinita": ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. Cost.* 2002, pag. 135.

⁴¹⁸ Cfr Corte cost., sent. 341/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 2639.

grazie a questa sentenza 171 del 2007 si riesce ad affrontare direttamente la questione, eliminando finalmente ogni possibile dubbio interpretativo; infatti, ammessa l'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali, la Corte dichiara di voler seguire quello che nega l'effetto sanante della legge di conversione, e questa scelta si incardina nelle superiori esigenze di tutela dell'intero sistema costituzionale. La Corte ricorda che “ affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto-legge significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”⁴¹⁹. La relazione tra decreto-legge e legge di conversione è molto stretta, la seconda è la continuazione del primo, e conseguentemente la carenza dei presupposti giustificativi si trasmette alla legge di conversione. Si è dinanzi a un percorso logico e naturale⁴²⁰, i due atti sono così dipendenti l'uno dall'altro perché è la Costituzione stessa a volerlo, ben consapevole che una relazione diversa, di reciproca indipendenza, andrebbe a minare il ruolo del Parlamento per aumentare a dismisura quello del Governo, che sarebbe così autorizzato ad imporre qualsivoglia disciplina, costringendo le Camere, controllate politicamente, ad una mera ratifica del suo operato. Affermare la trasmissione dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione significa richiamare, con efficacia giuridica vincolante, Governo e Parlamento ad una attenta ponderazione della sussistenza dei presupposti giustificativi.

Occorre poi analizzare più da vicino il vizio *dell'evidente carenza dei presupposti* giustificativi, tenendo presente quanto si è fin qui affermato. Si è sottolineato che in seguito alla sentenza n. 29 del 1995 vengono a configurarsi due diverse tipologie di vizio: quello della *semplice mancanza* dei requisiti costituzionali e quello della *evidente mancanza*; qui, va posto in risalto il fatto che il primo può essere eccepito unicamente nell'ambito del rapporto di

⁴¹⁹Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 5 in diritto.

⁴²⁰ Cfr CARNEVALE, *Il vizio di evidente mancanza dei presupposti giustificativi al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it 2007.

responsabilità politica che lega il Governo al Parlamento, mentre il secondo è sindacabile dalla Corte costituzionale anche dopo l'avvenuta conversione del decreto-legge. Questo risulta chiaro già nella sentenza 398 del 1998 dove la Corte afferma che “solo in caso di *evidente mancanza* dei presupposti di necessità ed urgenza il sindacato di legittimità costituzionale non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al Parlamento”. Questa giurisprudenza trova conferma nella sentenza 171 del 2007, dove la Corte anche spiega le ragioni della sua posizione.

Il giudice delle leggi, infatti, torna sulla questione per ribadire che la propria verifica si svolge su un piano diverso da quello delle “*valutazioni politiche*” riservate a Governo e Parlamento⁴²¹, esprimendo una posizione che consente di comprendere come solo l'assenza evidente dei presupposti sia un vizio in grado di arrecare danno alla tutela dei valori e dei principi della Costituzione in tema di assetto di fonti del diritto. In questa maniera, il requisito costituzionale dei casi straordinari di necessità ed urgenza comporta un “*largo margine di elasticità*”, in quanto “la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi”⁴²².” Questo spiega il motivo per il quale la Corte richiede l'evidente mancanza dei presupposti per poter adottare una pronuncia di illegittimità costituzionale. Nello specifico, con la sentenza 171/2007 l'evidente mancanza sussiste analizzando il titolo, il preambolo, il testo del decreto-legge, e in tutte queste fonti il riferimento è alle procedure di approvazione dei bilanci di previsione, alle difficoltà finanziarie di Comuni di ridotte dimensioni demografica e al risanamento di situazioni di dissesti finanziari particolarmente gravi, il tutto, quindi, in contesto generale di funzionalità degli enti locali. Da queste constatazioni non emerge nulla che riguardi i requisiti per concorrere alla

⁴²¹ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 4 in diritto.

⁴²² Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 4 in diritto.

carica di sindaco e, inoltre, dalla relazione del Governo che accompagna il disegno di legge di conversione vi sono solo indicazioni di merito che giustificano le disposizioni impugnate, ma non è presente alcuna argomentazione attinente la sussistenza della necessità e dell'urgenza. Pertanto, la Corte conclude affermando che “non può ritenersi sufficiente l'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità ed urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta”⁴²³. Quest'ultimo aspetto, quindi, si lega al concetto di *evidente estraneità* della disciplina impugnata rispetto al contenuto del decreto-legge, esprimendo un richiamo a predisporre testi dal contenuto omogeneo, specifico e corrispondente al titolo, in linea con quanto richiesto dall'art. 15, comma 3, della legge 400 del 1988. Tuttavia, la *disomogeneità* in quanto tale non è sufficiente da sola a fondare un pronuncia di incostituzionalità e la Corte, non esprimendosi sul punto nella sentenza in esame, non vuole discostarsi dalla giurisprudenza costituzionale⁴²⁴ costante che nega alla legge 400/88 la natura di norma interposta⁴²⁵. In questo senso, l'evidente estraneità viene richiamata dalla Corte solo allo scopo di affermare che i requisiti di necessità ed urgenza, valide per le altre disposizioni del decreto, non possono invece valere nei confronti di una disposizione avente un oggetto del tutto diverso, e non per far valere un vizio autonomo di disomogeneità del contenuto del decreto-legge. La disomogeneità, quindi, non è causa dell'illegittimità del decreto stesso, ma diviene un *indice, un sintomo* per avvertire l'interprete che probabilmente si trova dinanzi ad un provvedimento governativo con forza di legge privo, in modo evidente, dei presupposti giustificativi di necessità ed urgenza.

⁴²³ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit., punto 6 in diritto.

⁴²⁴ Tra le sentenze in cui viene negato che la legge 400/88 possa essere considerata fonte di norme interposte si veda, ad esempio, Corte Cost., sent. 28 giugno 2004 n. 196. dove si afferma che “la suddetta disciplina, certamente giustificata, è tuttavia sprovvista della forza di legge costituzionale, non trattandosi di un requisito costituzionalmente imposto, seppure opportunamente previsto.

⁴²⁵ Cfr CARNEVALE, *Il vizio di evidente mancanza dei presupposti giustificativi al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge*, cit., pag. 5

In seguito, la sentenza n. 128 del 2008 rappresenta un nuovo passo importante della giurisprudenza sulla decretazione d'urgenza, e, più in particolare, sulla sindacabilità della stessa per evidente carenza dei presupposti. Anche in questo caso è bene ripercorrere con ordine la vicenda che ha portato a questa significativa pronuncia. La vicenda giudiziaria trae origine dal fatto che il Teatro Petruzzelli, di proprietà privata, rimase distrutto da un disastroso incendio doloso nel 1991; al fine di avviare il recupero dell'immobile, nel 2002 la Regione Puglia, la Provincia ed il Comune di Bari stipularono un Protocollo di intesa con i proprietari del Teatro, in forza del quale si impegnavano ad ultimare i lavori di ricostruzione entro quattro anni e a corrispondere ai proprietari stessi, a partire dal 2006, un canone annuo di locazione di 500.000 euro per quarant'anni. Qualora entro il termine previsto i lavori non fossero stati conclusi, e non fosse neppure sopravvenuta l'espropriazione del bene, gli Enti pubblici stipulanti si impegnavano a corrispondere alla famiglia proprietaria una consistente indennità. Nell'ottobre 2006, il decreto-legge n. 262 ha disposto l'espropriazione dell'immobile e, con norma confermata dalla legge di conversione, ha rimesso al prefetto di Bari il compito di determinare *“con uno o più provvedimenti l'indennizzo spettante ai proprietari ai sensi della vigente normativa in materia di espropriazioni, dedotte tutte le somme già liquidate dallo Stato e dagli enti territoriali per la ricostruzione del Teatro Petruzzelli di Bari fino alla data di entrata in vigore del presente decreto”*⁴²⁶. Il giudizio a quo nasce dal ricorso per ingiunzione presentato dai proprietari del Teatro contro la “Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari”, costituita dalla legge n. 310 del 2003, per il conseguimento dell'indennità prevista dal Protocollo di intesa in caso di mancato adempimento da parte degli Enti pubblici stipulanti; in tale giudizio i ricorrenti sollevano l'eccezione di legittimità costituzionale del decreto-legge, sul presupposto che *“avrebbero avuto diritto di esigere la somma, richiesta a detto titolo con il ricorso*

⁴²⁶ art. 18, comma 3 del testo originario e art. 2, comma 106 del testo modificato dalla legge di conversione.

*monitorio, se non fosse sopravvenuta nel frattempo la disposizione legislativa di esproprio del teatro in favore del Comune, avente l'effetto di caducare le obbligazioni nascenti dal Protocollo che prevedeva la concessione dell'uso e della gestione del Teatro di proprietà privata in favore della Fondazione”*⁴²⁷. Con la sentenza n. 128 del 2008, pertanto, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 18, commi 2 e 3, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria, e dell'art. 2, commi 105 e 106, dello stesso decreto-legge n. 262 del 2006, nel testo sostituito, in sede di conversione, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria, nella parte in cui hanno disposto l'esproprio del teatro Petruzzelli in favore del Comune di Bari. Questa decisione, quindi, si inserisce perfettamente nel solco di quella giurisprudenza inaugurata con un *obiter dictum* nella sentenza n. 29/1995 e poi confermata, dopo un decennio di “ondivaghi e contraddittori orientamenti”⁴²⁸, con la sentenza n. 171/2007, con la quale per la prima volta la Corte Costituzionale ha annullato talune disposizioni di un decreto-legge, e della relativa legge di conversione, per evidente mancanza dei presupposti. In questo senso, la sentenza 171/2007 ha fatto scuola e il suo stile argomentativo ha finito per fungere «da fattore di accreditamento dell'autorevolezza della pronuncia che sarà, anche per questo, in futuro più difficilmente sovvertibile o, quantomeno, da considerarsi un precedente particolarmente qualificato”⁴²⁹. Così in effetti è stato, dato che la Corte, nel considerato in diritto della sentenza in esame, richiama i punti fondamentali della decisione del 2007: dalla considerazione che “la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e

⁴²⁷ Cfr Corte cost. sent. 128/2008, in *Giur. Cost.*, 2008, pag. 1486.

⁴²⁸ Cfr CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo*, in *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, pag. 73.

⁴²⁹ Cfr CARNEVALE, *Il vizio di “evidente” mancanza dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza 171/2007*. in *Giur.it.* 2007, pag. 2675.

l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale del predetto atto", alla precisazione che lo scrutinio di costituzionalità "deve svolgersi su un piano diverso" rispetto all'esercizio del potere legislativo, in cui "le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti"; dalla limitazione della sindacabilità del vizio dei presupposti al caso della "evidente mancanza" di questi, alla qualificazione dello stesso come "vizio *in procedendo* della legge di conversione" con conseguente esclusione della efficacia sanante di quest'ultima, dal momento che affermare ciò "significherebbe attribuire al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie"⁴³⁰. Tuttavia, al fine di verificare se anche in questa decisione è riscontrabile una evidente mancanza dei casi straordinari di necessità e urgenza, la Corte costituzionale supera un ostacolo solo in apparenza di poco conto. Il giudice *a quo*, infatti, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento sia a disposizioni dell'originario decreto-legge, l' art. 18, 2° e 3° comma, sia a disposizioni del decreto-legge nel testo sostituito dalla legge di conversione l' art. 2, 105° e 106° comma. Non si tratta, quindi, di una censura nei confronti di disposizioni del decreto-legge, poi convertite, ma, di una impugnazione di *differenti* disposizioni, per quanto le seconde siano *sostanzialmente riproduttive* delle prime. Ciò si è reso necessario in quanto, in sede di conversione, le originarie disposizioni che provvedevano all'espropriazione del Teatro Petruzzelli erano state soppresse, salvo poi essere contestualmente riprodotte, in altro articolo del testo del decreto allegato alla legge di conversione, con la previsione dell'entrata in vigore delle stesse fin dalla data di emanazione del decreto-legge. Se si guarda alla forma si tratta di una abrogazione⁴³¹ di alcune disposizioni del decreto-legge, con contestuale riproduzione da parte della legge di conversione delle medesime norme, per di più anche con efficacia retroattiva, fin dalla data

⁴³⁰ Corte cost. sent. 128/2008, cit., punto 8.1 in diritto.

⁴³¹ Cfr BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, pag. 303.

della decretazione d'urgenza. Si è dinanzi, quindi, guardando alla sostanza, a un caso di "conversione mascherata"⁴³², dal momento che talune disposizioni del decreto-legge vengono meno, attraverso l'abrogazione, e l'efficacia delle norme contenute nel decreto, ora abrogate, viene stabilizzata attraverso l'efficacia retroattiva delle disposizioni riproduttive delle stesse, contenute nella legge di conversione, il tutto verificandosi entro i sessanta giorni di vigenza del decreto-legge⁴³³. Quello della conversione mascherata è un fenomeno che si presenta, in genere, quando sono pendenti in Parlamento un disegno di legge di conversione e un disegno di legge ordinario, aventi lo stesso oggetto, in modo che, optando per il secondo, si evitano "una serie di "strette" procedurali che sono proprie del procedimento di conversione"⁴³⁴; pertanto, si potrebbe dire che in questi casi "i vagoni del treno del decreto vengono agganciati ad uno più veloce"⁴³⁵. Tuttavia, nella sentenza in esame, le cose sono leggermente diverse, visto che gli effetti abrogativi e riproduttivi sono stabiliti dalla stessa legge di conversione; questo, però, non toglie che non si possa parlare di conversione in senso proprio ma, appunto, di conversione mascherata. Quindi, va sottolineata la strada prescelta dalla Corte costituzionale nella sentenza 128/2008 che risulta essere decisamente più pragmatica e più significativa, scegliendo la soluzione della assimilazione fra conversione mascherata e conversione in senso proprio e procedendo per ciò stesso a verificare la costituzionalità della disciplina del decreto-legge, non convertita ma riprodotta dalla legge di conversione, alla stregua della disciplina *ex art. 77, comma 2, Cost*⁴³⁶. A conferma di questa ricostruzione si inserisce la posizione dell'Avvocatura dello Stato, la quale aveva eccepito l'inammissibilità della *quaestio*, rilevando che, poiché i profili di incostituzionalità in riferimento all'art. 77, 2° comma, Cost., possono

⁴³² Cfr SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, pag. 243

⁴³³ Cfr SIMONCINI, *op. cit.* pag. 325.

⁴³⁴ Cfr SIMONCINI, *op. cit.* pag. 326

⁴³⁵ Cfr MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, pag. 271

⁴³⁶ Cfr CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in , www.forumcostituzionale.it

riguardare solo il decreto-legge e che l'art. 18 del decreto-legge n. 262/2006 era stato abrogato, non vi sarebbe stato interesse alla declaratoria di illegittimità costituzionale. L'eccezione, quindi, sembrerebbe fondata, considerando che, da un punto di vista strettamente formale, la disposizione che consente l'esproprio del Teatro Petruzzelli non proviene più dal decreto-legge, ma è "frutto di esercizio di *ordinaria potestà legislativa*"⁴³⁷, dunque di "una potestà che si muove al di fuori dell'art. 77 Cost. e, quindi, non giudicabile alla sua stregua"⁴³⁸. Questa impostazione è decisamente respinta dalla Corte, la quale basa la propria decisione su tre motivi: il primo riguarda la riproduzione testuale, da parte dell'art. 2, 105° comma, del decreto-legge, nel testo sostituito dalla legge di conversione, della disposizione originariamente prevista dall'art. 18 del decreto-legge, con la sola specificazione che oggetto dell'esproprio è l'intero immobile; la seconda concerne la circostanza che il nuovo testo sia comunque parte delle "modificazioni apportate in sede di conversione al decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262"⁴³⁹; il terzo, infine, evidenzia come il testo dell'art. 2, 105° comma, disponga che l'esproprio decorre dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, con il che resta stabilito l'effetto espropriativo fin dalla data della decretazione d'urgenza. L'obiettivo che la Corte si prefigge è evidente: "smascherare" la conversione ed evitare che operazioni di "aggiustamento" in sede parlamentare possano inibire l'intervento della Corte stessa. E' evidente, come è stato notato in dottrina⁴⁴⁰, che la Corte, in questa occasione, abbia tralasciato di dare un segnale di attenzione verso questa diversa e non meno preoccupante forma di abuso, ma è possibile ritenere che abbia scelto di privilegiare innanzitutto la strada intrapresa con la sentenza 171/2007, mostrando, in questo modo, una salda continuità di volontà nel perseverare nel sindacato sui presupposti della decretazione d'urgenza. Quanto esposto

⁴³⁷ Cfr CARNEVALE, *op. cit.* pag 6

⁴³⁸ Cfr CARNEVALE, *op. cit.* pag 7

⁴³⁹ Questo è il titolo dell'allegato alla legge n. 286 del 2006.

⁴⁴⁰ Cfr CARNEVALE, *op. cit.* pag. 6

evidenzia un altro aspetto rilevante e di ulteriore conferma della posizione assunta nella sentenza 171/2007, ossia il rapporto tra decreto-legge e legge di conversione. Infatti, quando la Corte, per giustificare la possibilità di sottoporre anche l'emendamento riproduttivo della originaria disposizione del decreto-legge allo scrutinio di costituzionalità per evidente mancanza dei presupposti, sottolinea che "il nuovo testo fa comunque parte delle "modificazioni apportate in sede di conversione al decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262", esprime che non solo le disposizioni originarie del decreto-legge ma anche *ogni disposizione ulteriore* aggiunta al testo dello stesso in sede di conversione deve essere motivata da ragioni di straordinaria necessità e urgenza, pena la declaratoria d'incostituzionalità per violazione dell'art. 77 della Costituzione. Con questa affermazione viene ulteriormente valorizzata l'impostazione che vede il decreto-legge e la legge di conversione quali fasi di un unico procedimento legislativo⁴⁴¹, anche nel caso di disposizioni aggiunte, in linea con il pensiero della sentenza 171/2007⁴⁴² e sovvertendo la precedente giurisprudenza di segno contrario. Si ricordi, infatti, la sentenza n. 391/1995⁴⁴³, dove il giudice delle leggi aveva affermato che "la valutazione preliminare dei presupposti della necessità e dell'urgenza investe, secondo il disposto costituzionale, soltanto la fase della decretazione di urgenza esercitata dal Governo, e non può estendersi alle norme che le Camere introducono, in sede di conversione del decreto-legge"⁴⁴⁴. Questa posizione, pertanto, comporta un importante restringimento del potere di emendamento

⁴⁴¹ Cfr CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità del decreto-legge*, Milano, pag. 83; ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge e della legge di conversione per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁴⁴² E' utile riprendere un passaggio della stessa sentenza n. 171/2007, dove la Corte ha asserito che «le disposizioni della legge di conversione in quanto tali - nei limiti, cioè, in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto, come nel caso in esame - non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso», Considerato in diritto, 5.

⁴⁴³ Cfr Corte cost. sent. 391/95 in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 2824

⁴⁴⁴ Cfr Corte cost. sent. 391/95, punto 4 in diritto.

in sede di conversione⁴⁴⁵, pur senza spingersi verso le posizioni più radicali che lo vorrebbero fortemente limitato⁴⁴⁶ se non, addirittura, proibito⁴⁴⁷.

Un ulteriore aspetto di continuità con la sentenza 171/2007 risiede nell'applicazione, da parte della Corte costituzionale, delle stesse regole di giudizio alle disposizioni che espropriano il Teatro Petruzzelli, verificando, sulla base dei medesimi “*indici intrinseci ed estrinseci delle norme censurate*”, se ricorra una “evidente” carenza dei requisiti di straordinarietà, necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. Il primo dato che la Corte prende in esame è l'epigrafe del decreto, la cui intestazione è “Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria”, ed il cui preambolo recita testualmente: “*Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di interventi di carattere finanziario per il riequilibrio dei conti pubblici, nonché di misure per il riordino di settori della pubblica amministrazione*”. Risulta, quindi, relativamente semplice per la Corte rilevare che “*nessun collegamento è ravvisabile tra tali premesse e la previsione dell'esproprio del teatro Petruzzelli, la quale è appena enunciata nella relazione di accompagnamento*”.

⁴⁴⁵ Cfr ROMBOLI, *op.cit.* pag. 4

⁴⁴⁶ Cfr SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del Diritto*, 1996, pag. 421, il quale afferma che «la risalente discussione sulla emendabilità del decreto-legge in sede di conversione, nell'approdare infine alla maggioritaria conclusione affermativa, ha smarrito il dato fondamentale che la *sequenza tipica* prevista dall'art. 77 cost. si instaura *tra atti* sul presupposto della *identità di contenuto normativo*. Questa identità può tollerare, al massimo, marginali rettifiche, rese necessarie da aporie e lacune nella disciplina, dovute verosimilmente alla comprensibile fretta nella predisposizione delle norme, ma non può rovesciarsi nel suo contrario, nell'illimitata emendabilità, senza trasformare il decreto-legge in altro da sé, in *proposta legislativa* del Governo al Parlamento».

⁴⁴⁷ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, sesta edizione aggiornata da F. Crisafulli, Padova, 1993, 106; ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di Nocilla, Milano, 1992, 234, nt. 63, il quale riteneva che la conversione con emendamenti non fosse una vera e propria conversione; RUGGERI, *Ancora una stretta ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni di più largo raggio*, in www.foruncostituzionale.it, secondo il quale alla decretazione d'urgenza seguirebbe «un controllo *in senso tecnico* ad opera delle Camere, a mezzo di un atto *pleno iure* di “conversione”, come tale inidoneo a proporsi quale forma alternativa ed originale di normazione “libera”, meramente occasionata dall'iniziativa governativa ed a questa non sostanzialmente legata nei contenuti».

alla legge di conversione”⁴⁴⁸. Nella valutazione dell’unica motivazione testuale rinvenibile nelle disposizioni impugnate, ossia il fine “*di garantire la celere ripresa della attività culturali di pubblico interesse presso il Teatro Petruzzelli di Bari*”, la decisione mette benne in risalto l’autentico significato dei requisiti richiesti dall’art. 77 Cost., che la prassi aveva ormai da tempo volutamente dimenticato: “*straordinarietà*”, intesa come assoluta imprevedibilità delle circostanze in presenza delle quali si utilizza il decreto-legge; “*necessità*”, intesa come assoluta impossibilità di provvedere con strumenti legislativi ordinari; “*urgenza*”, da intendersi come applicabilità necessariamente immediata delle disposizioni poste dal decreto in modo che queste producano immediatamente i loro effetti⁴⁴⁹. Il recupero della corretta interpretazione dell’art. 77 Cost. è rilevabile anche dall’analisi che la Corte costituzionale riserva all’esame del dato “*estrinseco*” che riguarda i lavori preparatori della legge di conversione. Il decreto-legge n. 262 del 2006 presenta un contenuto eterogeneo, con disposizioni che inerivano al contrasto dell’evasione fiscale, alle dismissioni di immobili pubblici, alle infrastrutture, all’editoria e comunicazioni, e ad altro ancora; nei lavori preparatori, a giustificazione della eterogeneità dell’atto, si affermava “*che tutte le disposizioni concorrono alla manovra di finanza pubblica, in quanto intervengono in materia fiscale e finanziaria a fini di riequilibrio di bilancio*”. La sentenza, quindi, evidenzia che a tale esigenza “*non attiene in alcun modo la disposizione relativa al teatro Petruzzelli. Quando si è tentato di giustificare in modo specifico la norma che dispone l’esproprio del teatro, si è dovuto riconoscere, che la stessa è stata introdotta per risolvere una “annosa vicenda” e tutelare l’interesse ad una “migliore fruizione del bene da parte della collettività”, così ammettendo non solo il difetto di collegamento con la manovra di bilancio, ma anche l’assenza di ogni carattere di indispensabilità ed urgenza con riguardo alla finalità pubblica dichiarata*”⁴⁵⁰. Va dunque

⁴⁴⁸ Cfr Corte cost. sent. 128/2008, punto 8.2 in diritto.

⁴⁴⁹ Cfr BIN-PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 351

⁴⁵⁰ Corte cost. sent. 128/2008, punto 8.2 in diritto

segnalato, e apprezzato, un chiaro segnale dell'orientamento del giudice costituzionale finalizzato a controllare con particolare attenzione i presupposti del decreto-legge, a fronte di una tradizionale superficialità governativa in sede di adozione del decreto e di un altrettanto superficiale controllo parlamentare in sede di conversione. In fondo l' inserimento di una disposizione in un decreto-legge, come ricorda la Corte, riprendendo testualmente la chiusura della sentenza 171/2007, “*non può essere sostenuta da apodittica enunciazione della sussistenza dei richiamati presupposti, né può esaurirsi nella eventuale constatazione della ragionevolezza della disciplina*”⁴⁵¹, e questo va nella direzione di confermare la posizione⁴⁵² già vista che non considera il decreto-legge un disegno di legge rinforzato e come tale va usato con il pieno rispetto dei presupposti costituzionali.

Dopo aver visto i principali punti di continuità tra la sentenza 128/2008 e la 171/2007, ora va verificata la presenza di possibili caratteristiche di discontinuità che mostrano come la Corte abbia deciso di intraprendere un sindacato di costituzionalità dei presupposti giustificativi decisamente esteso. Nella sentenza 171/2007, infatti, la Corte aveva messo a punto “un vero e proprio *test* di scrutinio in tema di riscontro del vizio da evidente mancanza dei presupposti della coppia decreto-legge – legge di conversione”⁴⁵³ articolato in due momenti: nel primo, è necessario verificare che il decreto-legge sia omogeneo; nel secondo, nell'eventualità che sia riscontrato il difetto di omogeneità, riscontro non affatto semplice, essendo l'omogeneità un “criterio sfuggente ed ambiguo”,⁴⁵⁴ non è comunque sufficiente a stabilire

⁴⁵¹ Corte cost. sent. 128/2008, punto 8.2 in diritto

⁴⁵² PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in CAZZOLA, PREDIERI, PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, XX;

⁴⁵³ CARNEVALE, *Il vizio*, op.cit. pag. 2684.

⁴⁵⁴ CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, pag. 408.

l'incostituzionalità della decretazione d'urgenza⁴⁵⁵, e va inoltre verificato che non vi sia una “finalizzazione unitaria delle diverse norme”⁴⁵⁶ e non vi sia una pluralità di presupposti in grado di giustificare l'eterogeneità della normativa predisposta dal Governo. Soltanto nel caso in cui queste verifiche fossero negative, è possibile giungere alla dichiarazione di illegittimità costituzionale per vizio di evidente mancanza dei casi straordinari di necessità ed urgenza. Pertanto, la disomogeneità del decreto-legge è un indizio, un “segnale di allarme”⁴⁵⁷ che ha insospettito la Corte costituzionale riguardo l'effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi e le ha permesso di affrontare i “gangli nodali del rapporto Parlamento-Governo”⁴⁵⁸ in tema di decretazione d'urgenza, superando le ritrosie che la avevano indotta, per più di dieci anni, a non dare seguito all'*obiter dictum* della sentenza n. 29/1995. Nella sentenza 128/2008, invece, il ruolo della disomogeneità all'interno del percorso logico che porta alla declaratoria d'incostituzionalità è fortemente ridotto, quasi da essere semplicemente un “elemento *ad adiuvandum*”⁴⁵⁹. L'applicazione del *test*, infatti, è presente marginalmente, in apertura e in chiusura dell'*iter* argomentativo della Corte. In apertura, quando, presi in considerazione l'epigrafe⁴⁶⁰ e il preambolo⁴⁶¹ del decreto-legge, la Corte afferma che “nessun

⁴⁵⁵ Cfr ROMBOLI, *op. cit.* pag. 2

⁴⁵⁶ Cfr CELOTTO-DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Bifulco – Celotto – Olivetti, Torino, 2006, pag. 1519.

⁴⁵⁷ Cfr RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, 1462, che notava come «tale giudizio di contraddittorietà sembra suscettibile di ampia applicazione, data la prassi, sempre più diffusa, di decreti notevolmente complessi ed articolati, a contenuto non omogeneo, quali quelli correntemente definiti decreti *omnibus*, spesso disciplinanti materie, non solo non attinenti al caso richiamato, ma neppure ad esso legate da un rapporto strumentale e funzionale».

⁴⁵⁸ Cfr CELOTTO, *La «storia infinita»: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 2002, pag. 137.

⁴⁵⁹ Cfr CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni*, *op. cit.*, pag. 10.

⁴⁶⁰ Recante l'intestazione «Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria».

collegamento è ravvisabile tra tali premesse e la previsione dell'esproprio del teatro Petruzzelli, la quale è appena enunciata nella relazione di accompagnamento alla legge di conversione" in modo che, in definitiva, "il collegamento formale dell'esproprio alle tematiche della finanza pubblica non solo non è individuabile, ma neppure è, in un modo o nell'altro, indicato". In chiusura, quando la Corte esamina i lavori preparatori della legge di conversione, i cosiddetti "indici estrinseci", alla ricerca della motivazione della disciplina di esproprio del teatro Petruzzelli, ritenendola insufficiente sia perché l'eterogeneità delle disposizioni inserite nel decreto-legge si basa "sulla affermazione che tutte le disposizioni concorrono alla manovra di finanza pubblica, in quanto intervengono in materia fiscale e finanziaria a fini di riequilibrio di bilancio: esigenza cui non attiene in alcun modo la disposizione relativa al teatro Petruzzelli", sia perché lo stesso legislatore, cercando di giustificare in modo specifico la disposizione censurata, ha dovuto riconoscere che la stessa è stata introdotta per risolvere una "annosa vicenda" e tutelare l'interesse ad una "migliore fruizione del bene da parte della collettività", così ammettendo non solo il difetto di collegamento con la manovra di bilancio, ma anche l'assenza "di ogni carattere di indispensabilità e urgenza con riguardo alla finalità pubblica dichiarata"⁴⁶². Va, inoltre, rilevato che la Corte giudica la disomogeneità della disciplina di esproprio del teatro come se trovasse origine nel decreto-legge e non, come invece formalmente è, frutto di emendamento in sede di conversione. C'è peraltro da chiedersi se, una volta riscontrata la necessaria esistenza dei presupposti *ex art. 77 Cost.* anche per gli emendamenti al decreto-legge, il criterio della omogeneità possa valere anche per questi o, invece, essi possano essere giustificati anche da ulteriori e diversi casi di straordinaria necessità e urgenza, la cui motivazione allora non potrà che cercarsi altrove, e non certo

⁴⁶¹ Così formulato: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di interventi di carattere finanziario per il riequilibrio dei conti pubblici, nonché di misure per il riordino di settori della pubblica amministrazione».

⁴⁶² Corte cost. sent. 128/2008, punto 8.2 in diritto

nell'epigrafe o nel preambolo del decreto-legge⁴⁶³. I brani della sentenza 128/2008 riportati portano a concludere che, riguardo al contenuto disomogeneo del decreto-legge, la Corte costituzionale ha compiuto un passo indietro. Si è riscontrato, infatti, che l'indizio della disomogeneità appare come un mero elemento *ad adiuvandum*, e questo per il fatto che il cuore dell'argomentazione della Corte è in una parte diversa della sentenza in esame. Il giudice delle leggi rivolge tutta la propria attenzione alla “dimostrazione dell'insussistenza in sé, vale a dire, non mediata dall'omogeneità, dei presupposti di necessità ed urgenza della disciplina oggetto della questione di costituzionalità”⁴⁶⁴.

Di conseguenza, sono prese in considerazione le finalità di merito per le quali il Governo espropria il teatro Petruzzelli, ossia “garantire la celere ripresa delle attività culturali di pubblico interesse” presso lo stesso, e viene in seguito affermato, con una nettezza che non lascia spazio a dubbi, che “la riorganizzazione dell'attività di una fondazione lirica, che intervenga sul regime della titolarità degli immobili adibiti a teatro, *non presenta di per sé* il carattere della straordinaria necessità ed urgenza, risolvendosi invece in una ordinaria modificazione degli assetti stabiliti per la gestione delle attività culturali in ambito locale”⁴⁶⁵. In questo modo la Corte ritiene che la ripresa dell'attività culturale è un obiettivo ugualmente raggiungibile senza che sia necessario intervenire sulla titolarità di beni immobili attraverso lo strumento del decreto-legge. La Corte, dunque, giudica i “profili della congruità e della pertinenza delle disposizioni rispetto al fine, determinato dal Governo”⁴⁶⁶, correndo il rischio, però, di scivolare nella politicità dell'apprezzamento della necessità ed urgenza compiuto dall'Esecutivo, prima, e dalle Camere, poi. Il sindacato della Corte costituzionale, quindi, non potrà risolversi in una rinnovazione approfondita di quell'apprezzamento, ma “dovrà più

⁴⁶⁴ CARNEVALE, *op. cit.* pag. 10.

⁴⁶⁵ Corte cost. sent. 128/2008, punto 8.2 in diritto

⁴⁶⁶ RAVERAIRA, *op. cit.* pag. 1462.

semplicemente muoversi entro i limiti cui è ammesso nel nostro ordinamento il sindacato sull'eccesso di potere legislativo⁴⁶⁷, senza cadere nella tentazione di percorrere i binari di un giudizio di costituzionalità⁴⁶⁸ della disposizione centrato non sulla disposizione in sé e sul contesto di fatto di necessità ed urgenza che la presuppone, ma sulle finalità pratiche che l'Esecutivo ritiene di voler raggiungere con essa. Con questo argomentare, la Corte non riconosce più alla disomogeneità il ruolo di spia, di rilevatore di situazioni oggettive nelle quali potrebbero mancare i presupposti giustificativi e nel tentativo di individuare una carenza in sé della necessità ed urgenza sconfinava nell'ambito del merito, dell'opportunità politica di adozione del decreto-legge che l'art. 77, comma 2, Cost. riserva alla responsabilità⁴⁶⁹ esclusiva del Governo. La Corte, come ha fatto nella sentenza 171/2007, potrà verificare l'assenza dei presupposti giustificativi valutando gli indici intrinseci ed estrinseci, lasciati troppo sullo sfondo nella sentenza in esame, ma non potrà affermare che determinate situazioni oggettive sono di per sé carenti dei requisiti di necessità ed urgenza, altrimenti si finirebbe per affermare che sussiste tutta una serie di situazioni che aprioristicamente non possono essere disciplinate mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza. Un'ipotesi che non trova alcun riscontro nel dettato costituzionale. In questo senso la sentenza n. 128 del 2008 costituisce un passo indietro; il sindacato concreto sul vizio da "evidente mancanza" è appena agli esordi⁴⁷⁰, le difficoltà che lo circondano sono tutt'altro che banali⁴⁷¹, anche perché in quest'ambito è sottile la distinzione tra giudizio politico e giudizio costituzionale⁴⁷²

⁴⁶⁷ SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Società*, 1974, pag. 537.

⁴⁶⁸ Cfr RAVERAIRA, *op.cit.* pag. 1460

⁴⁶⁹ Cfr BIN-PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 354.

⁴⁷⁰ Cfr CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, cit., pag.

⁴⁷¹ Cfr TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, pag. 977.

⁴⁷² Cfr RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di Ruggeri, Napoli, 2006, pag. 35.

CAPITOLO TERZO

DECRETO-LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE

1-TEORIA DELLA NOVAZIONE E PECULIARITA' DELLA LEGGE DI CONVERSIONE

La sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti giustificativi del decreto-legge trova il suo compimento soltanto quando si ammette che la carenza di tali presupposti possa inficiare anche la legge di conversione; ciò perché è difficile, anche se non impossibile, che l'eventuale giudizio incidentale si concluda entro i sessanta giorni di vigenza autonoma del decreto-legge. Si è visto, nell'analisi della giurisprudenza costituzionale, che fino al 1995, e con incertezze anche dopo, fino al biennio 2007-2008, il giudice delle leggi aveva sempre fatto propria l'idea che la verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti giustificativi fosse assorbita dalla valutazione del Parlamento. Questo orientamento muove, infatti, dalla premessa che la legge di conversione sia espressione dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere e, dunque, non si differenzi da qualsiasi altra legge.⁴⁷³ L'impostazione accolta originariamente dalla Corte si collega alla teoria della *novazione*⁴⁷⁴, secondo la quale la legge di conversione si sostituisce al provvedimento governativo, sanandone, o comunque rendendo inoppugnabili gli eventuali vizi derivanti dalla violazione dell'art. 77 della Costituzione. Per comprendere bene il concetto di novazione occorre rifarsi all'ampia

⁴⁷³ Cfr PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Roma, 1979, pag. 84.

⁴⁷⁴ Cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989. pag 34.

elaborazione compiuta nell'ambito del diritto privato che l'ha definita come una modalità di estinzione dell'obbligazione cui si accompagna la costituzione di una obbligazione nuova, che si sostituisce all'originaria⁴⁷⁵; in questo modo, la novazione opera un'innovazione radicale e non una semplice modificazione del rapporto obbligatorio, con la conseguenza di rendere indipendente la disciplina del nuovo rapporto rispetto a quella del rapporto precedente.

La dottrina giuspubblicistica⁴⁷⁶ nel richiamare la nozione di novazione per inquadrare i rapporti tra decreto-legge e legge di conversione non ha attribuito alla novazione un significato giuridico univoco, finendo talora per allontanarsi dagli schemi giuridici elaborati dalla scienza del diritto privato.⁴⁷⁷ Infatti, o si è sostenuto che per effetto della conversione-novazione il decreto-legge cessa di vivere giuridicamente, cosicché la legge di conversione sostituirebbe il decreto stesso fin dall'inizio⁴⁷⁸, oppure si è affermato che anche dopo la conversione il decreto-legge continua ad esistere sebbene non autonomamente ma in inscindibile unione con la legge che l'ha convertito⁴⁷⁹. Per quanto riguarda l'oggetto della conversione, la distinzione corre tra gli studiosi che lo individuano nell'intero decreto-legge⁴⁸⁰ e quelli che fanno riferimento alle singole disposizioni in esso comprese⁴⁸¹; allo stesso modo si discute se la legge che opera la novazione del decreto-legge retroagisca oppure si limiti a proiettare nel futuro le disposizioni del decreto stesso. Nonostante tali diversità, è possibile individuare un presupposto comune alle varie teorie della novazione; infatti, dato che queste configurano il decreto-legge come un atto eccezionale, ne consegue che la legge di conversione viene ritenuta lo strumento per mezzo del quale restaurare il principio costituzionale che affida

⁴⁷⁵ Cfr RESCIGNO, *Novazione(Diritto civile)*, in *Nov. Dig.* XI, torino, 1968, pag. 432.

⁴⁷⁶ Cfr MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1984, pag. 709; PALADIN, *op. cit.* pag. 84; MODUGNO-NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto-legge*, in *Dir. e soc.* 1973, pag. 357.

⁴⁷⁷ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 37.

⁴⁷⁸ Cfr MORTATI, *op. cit.* pag. 710.

⁴⁷⁹ Cfr MODUGNO-NOCILLA, *op. cit.* pag. 359.

⁴⁸⁰ Cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.* XI, Milano, 1962, pag. 849.

⁴⁸¹ Cfr PALADIN, *op. cit.* pag. 86.

alle Camere l'esercizio della funzione legislativa.⁴⁸² Il decreto-legge è, dunque, visto come l'espressione di un potere derogatorio, sia pure in via provvisoria, rispetto alla norma generale sulla produzione legislativa. Pertanto si ha una norma derogatrice, l'art. 77, comma 2, Cost. e una norma generale, l'art. 70 Cost., la cui legittima operatività viene temporaneamente derogata in seguito all'esercizio del potere normativo d'urgenza del Governo. L'art. 77 Cost., in quest'ottica, concede al Governo una potestà che eccede l'ambito della sua normale possibilità di produzione normativa e questa situazione trova legittimazione soltanto se si ammette che l'ordine delle competenze normative venga "ripristinato" entro breve lasso di tempo, attraverso l'intervento parlamentare di conversione.⁴⁸³ Teorie di questo tipo, inoltre, risentono dell'influsso del pensiero, dominante in epoca statutaria, in base al quale il principio di separazione dei poteri imponeva che il potere normativo venisse attribuito in via esclusiva al Parlamento, dovendosi considerare l'esercizio di tale funzione da parte del Governo come meramente eccezionale.⁴⁸⁴ L'aspetto di queste teorizzazioni che maggiormente suscita perplessità riguarda il fatto di ritenere che la legge di conversione sia idonea a sanare i vizi propri del decreto-legge. Questa posizione, infatti, trascura un dato importante: in un ordinamento giuridico a costituzione rigida, una legge ordinaria non può sanare un vizio di legittimità costituzionale; infatti, se anche è indiscutibile che le Camere possono adottare una legge con il medesimo contenuto del decreto-legge viziato e magari dotata di efficacia retroattiva, ciò può avvenire solo nell'ambito di un procedimento diverso, che

⁴⁸² Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 39

⁴⁸³ Cfr ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, pag. 5 il quale afferma che " con larga approssimazione, i poteri sospensivi e derogatori sono quelli che, deviando dalle regole o principi su cui si regge il sistema o l'ordinamento giuridico, ne rimettono in gioco l'unità e l'armonia interiore. Il sistema giuridico, in sé compiuto ed unitario, subisce, in taluni frangenti per il tramite della sospensione o della deroga, un'alterazione delle regole o principi che garantiscono la sua unificazione. In particolare, la *deroga* è intesa come sottrazione di taluni fatti all'impero delle regole o dei principi giuridici dell'ordinamento, la quale può essere duratura ed introdurre una cesura permanente nel sistema di diritto ordinario; la *sospensione*, invece, è intesa come una sorta di parentesi nella vita dell'ordinamento, consistendo in una paralisi dell'efficacia di alcune sue norme che poi tornerebbero a riesperire i propri effetti senza essere soggette ad eliminazione."

⁴⁸⁴ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 43.

non presenta i vincoli temporali e le peculiarità proprie dell'approvazione della legge di conversione.⁴⁸⁵ Si è sottolineato, nel corso di questo studio, come la Costituzione subordini l'adozione del decreto-legge alla sussistenza di determinate condizioni, allo scopo di rivestire quest'atto di particolari cautele proprio perché esso non offre quelle garanzie di ponderazione e di partecipazione che invece caratterizzano le leggi ordinarie.⁴⁸⁶ Inoltre, la predisposizione di limiti rigorosi e severi all'emanazione del decreto-legge risponde anche alla *ratio* di salvaguardare i diritti degli individui, in considerazione del particolare regime di efficacia disposto dall'art. 77 Cost.⁴⁸⁷ Quindi, le teorie delle novazione vanno respinte soprattutto per il fatto che non tengono nella giusta considerazione il fatto che l'adozione della legge di conversione sia subordinata all'esistenza di un legittimo provvedimento da convertire, da cui consegue che il vizio del decreto-legge derivante dalla carenza dei presupposti non è sanabile da una fonte primaria dotata della stessa forza di quella del provvedimento viziato. Siamo in presenza di un potere, quello di conversione, che non è definibile come manifestazione dell'ordinaria potestà legislativa del Parlamento.

La novazione, inoltre, sembra trascurare le indubbe peculiarità che contraddistinguono la legge di conversione⁴⁸⁸. Prima di tutto, essa si differenzia dalle altre leggi in quanto presuppone un decreto da convertire; in secondo luogo, non risulta dotata di un contenuto proprio ma si richiama al contenuto precettivo del decreto-legge⁴⁸⁹; inoltre, essa non è votata, come le altre leggi, "articolo per articolo", ma è composta di un articolo unico, sul

⁴⁸⁵ Cfr CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, pag. 89.

⁴⁸⁶ Cfr FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 29, il quale sottolinea che " il principio di diversificazione degli ambiti di competenza non ha rilevanza solo organizzativa, ma esprime un suo valore specifico, in quanto si connette direttamente al principio di tutela delle minoranze".

⁴⁸⁷ Cfr ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 291, il quale sostiene che "la distinzione dei poteri formali tra Governo e Parlamento non è fine a sé stessa, ma è anche strumentale alla garanzia delle posizioni di libertà dei privati."

⁴⁸⁸ Cfr ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 296.

⁴⁸⁹ La legge di conversione, infatti, non riproduce le disposizioni del decreto, ma si limita a far riferimento alla sua portata precettiva; mentre la sua intitolazione non si richiama alla materia trattata, ma si limita ad operare un mero rinvio al provvedimento governativo.

quale ha luogo la votazione, salva l'eventuale proposizione di emendamenti; infine, il procedimento di conversione deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo. A queste si unisce il carattere unitario dell'intero procedimento, come si vedrà più in dettaglio nel paragrafo successivo.

2-DECRETO-LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE COME FASI DI UN UNICO PROCEDIMENTO

La particolarità della legge di conversione viene sottolineata grazie al legame che unisce l'atto parlamentare al provvedimento governativo d'urgenza, configurandosi, in questo modo, un procedimento sostanzialmente unitario. Questa impostazione, dunque, vede svilupparsi la relazione tra decreto-legge e legge di conversione come “tappe di un'unica sequenza procedimentale, da considerarsi unitariamente per gli effetti da essa prodotti nell'ordinamento”.⁴⁹⁰ In questo senso, la legge di conversione non può essere considerata allo stesso modo di un'altra legge approvata dalle Camere, in quanto presuppone l'esistenza di un decreto-legge da convertire al quale rimanda anche nella propria formulazione testuale.

Il legame tra decreto-legge e legge di conversione è da lungo tempo al centro dell'elaborazione dottrinale, e il fatto che le due fonti diano vita ad un procedimento unitario era già sostenuto nell'ambito di una ricostruzione elaborata negli anni '70.⁴⁹¹ Si era, infatti, affermato che l'atto parlamentare andava qualificato come “una legge tipica a competenza predeterminata”⁴⁹²,

⁴⁹⁰ Cfr ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. Dir. Cost.* 1996, pag. 230.

⁴⁹¹ Cfr DI CILOLO, *Questioni in tema di decreto-legge*, Milano, 1976, pag. 303.

⁴⁹² Cfr DI CILOLO, *op. cit.* pag. 302, dove si afferma che vanno considerate tipiche le leggi emanate con l'osservanza di particolari procedimenti, o che sono volte a conseguire finalità particolari, già predisposti dalla Costituzione; in questo modo “la legge di conversione sarebbe tipica, non già per essere approvata attraverso uno speciale procedimento, ma in

proprio tenendo presente il dato che il suo contenuto è condizionato da quello del decreto-legge, venendosi a creare una precisa ed unica sequenza che vede i due atti essere l'uno il presupposto dell'altro. In particolare, la relazione che viene ad instaurarsi tra decreto-legge e legge di conversione è un procedimento avente “natura complessa, in quanto la legittimità costituzionale della legge di conversione non va valutata solo considerando tale legge separatamente rispetto al decreto-legge, ma anche in stretta connessione con questo”⁴⁹³, e ciò comporta la possibilità che la legge di conversione possa essere viziata non solo in sé e per sé ma anche per il fatto che abbia convertito un procedimento illegittimo. Tuttavia, va rilevato che questa impostazione non viene portata alle estreme conseguenze, finendo per accodarsi al pensiero tradizionale che vede la legge di conversione sostituirsi retroattivamente al decreto-legge nell'ottica della teoria della novazione.

Un'altra ricostruzione sostiene che l'art. 77 della Costituzione configuri un “procedimento legislativo alternativo, nel quale l'iniziativa del Governo non è diretta a rendere possibile o promuovere il dibattito parlamentare, ma a preconstituire una legge obbligando il Parlamento a pronunciarsi su di essa, approvandola o disapprovandola o modificandola entro tempi certi”⁴⁹⁴. Questa impostazione, quindi, vuole sottolineare il fatto che l'emanazione del decreto-legge avviene allo scopo di provocare una deliberazione delle Camere, spingendole a pronunciarsi in ogni caso.

In base alle considerazioni esposte, si nota come la legge di conversione non è assimilabile all'ordinaria attività legislativa del Parlamento in quanto è

quanto essa persegue un fine già predisposto dalla Costituzione, il fine cioè di eliminare la responsabilità del Governo e di stabilizzare definitivamente gli effetti del decreto-legge”.

⁴⁹³ DI CIOLO, *op. cit.* pag. 306, dove si precisa, inoltre che “in base al principio generale secondo il quale gli atti preparatori del procedimento operano anche da presupposti per gli atti successivi della serie procedimentale, è da ritenere che il decreto-legge costituisca, nel contempo, sia la fase preparatoria del procedimento complesso formato dal decreto e dalla legge di conversione, sia l'atto presupposto del procedimento di formazione della legge di conversione”.

⁴⁹⁴ Cfr BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, pag. 175, dove si afferma che “attraverso un procedimento alternativo ormai “normalizzato” si ottiene così l'anticipazione di un effetto legislativo, rispetto alla manifestazione della volontà parlamentare”.

strettamente legata al decreto-legge da un vincolo preciso di carattere procedurale, formando così una “sequenza tipica”, la quale si sviluppa secondo un percorso alternativo e diverso rispetto a quello stabilito per l’approvazione della legge ordinaria⁴⁹⁵. Tuttavia, duole constatare che nessuna delle impostazioni che si rifanno all’unicità della serie procedimentale descritta dall’art. 77 Cost. si spinge fino al punto di far conseguire all’eventuale mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge l’incostituzionalità della legge di conversione. Questo significa che in dottrina, prima delle svolta operata dalla Corte costituzionale con le sentenze 171/2007 e 128/2008, si era ancora restii ad intraprendere il percorso poi sviluppato dalla Corte, nonostante esso rappresenti la logica conclusione della teoria dell’unicità procedimentale. Questa reticenza dottrinale è probabilmente dovuta al voler evitare il rischio di un contrasto tra le scelte operate dal Governo e dal Parlamento⁴⁹⁶.

La peculiarità del legame che unisce decreto-legge e legge di conversione è posto alla base di un’altra elaborazione dottrinale⁴⁹⁷, secondo la quale il meccanismo dell’art. 77 prefigurerebbe un “concorso necessario della fonte legislativa del Governo e di quella del Parlamento sul medesimo oggetto”.⁴⁹⁸ Questa posizione, seppur qualifichi la legge di conversione come manifestazione della funzione legislativa ordinaria delle Camere, ha il pregio di ritenere definitivamente superata la teoria della novazione, respingendo con decisione il pensiero che vede decreto-legge e legge di conversione come espressione di due serie procedimentali autonome e distinte. Infatti, dato che la Costituzione collega il procedimento della formazione della legge di conversione alla presenza di un decreto-legge va notato che “non esiste il normale *iter* di formazione della legge parlamentare, ma si ha un procedimento che ha per presupposto il procedimento di formazione del

⁴⁹⁵ Cfr, SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. Dir.* 1996, pag. 425.

⁴⁹⁶ Cfr ANGIOLINI, *La Corte e i decreti-legge: decisioni politiche e garanzie costituzionali*, in *Le Regioni*, 1998, pag. 1146.

⁴⁹⁷ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.*, pag. 70

⁴⁹⁸ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.*, pag. 79.

decreto-legge”⁴⁹⁹; in tal senso, il decreto-legge non va inteso come un fatto giuridico in grado di consentire la competenza legislativa del Parlamento, perché è evidente che questa competenza può essere esercitata anche in assenza del decreto-legge, ma come un fatto giuridico capace di individuare l’oggetto del procedimento di conversione. E questo conferma la caratteristica dell’art. 77, comma 2, Cost., di dare luogo a due procedimenti collegati da un nesso di presupposizione,⁵⁰⁰ facendo cadere l’antinomia che sembra sussistere tra i primi due commi dello stesso art. 77 Cost.. Infatti, il contrasto diviene solo apparente se il precetto costituzionale viene interpretato nei seguenti termini: “ il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge, a meno che vi siano casi straordinari di necessità ed urgenza in presenza dei quali il Governo, sotto la sua responsabilità, può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge”⁵⁰¹. Seguendo le conseguenze di questa riflessione, la legge di conversione finisce per configurarsi come una variante della legge ordinaria del Parlamento, “dotata di proprie peculiarità procedurali e di efficacia”⁵⁰². In modo particolare, per quanto riguarda l’efficacia ne consegue che gli aspetti che la caratterizzano evidenziano la produzione di un effetto di conservazione delle disposizioni del decreto-legge e la capacità di emendare il decreto stesso limitatamente al suo oggetto.⁵⁰³ Secondo questa ricostruzione, quindi, la legge di conversione è priva di efficacia retroattiva, in quanto ha il compito di conservare, stabilizzandole, le disposizioni del provvedimento governativo; conseguentemente essa “inciderà sull’efficacia delle disposizioni del decreto-legge seguendo le regole proprie della successione temporale delle leggi. Tra decreto-legge e legge di conversione si viene a creare una integrazione dei rispettivi contenuti normativi”⁵⁰⁴. Questa integrazione non significa la sostituzione *ab inizio* della seconda nei confronti del primo, ma il

⁴⁹⁹Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 127.

⁵⁰⁰ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 128.

⁵⁰¹ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 146

⁵⁰² Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 185.

⁵⁰³ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 186.

⁵⁰⁴ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 134.

“rafforzamento” della situazione giuridica prodotta, in via provvisoria, dal provvedimento governativo⁵⁰⁵.

Su questo aspetto è bene soffermarsi per alcune precisazioni conclusive. Applicando il percorso logico di questa impostazione dottrinale, l'effetto conservativo della legge di conversione riguarda le disposizioni introdotte dal decreto-legge e non l'atto in quanto tale, come prefigurato dalla teoria della novazione. Infatti, l'atto fonte viene a configurarsi come un “atto istantaneo ad effetti permanenti che si esauriscono nella creazione delle disposizioni, le quali soltanto possono ancora subire vicende estintive”⁵⁰⁶. In questo senso, l'effetto di conservazione della legge di conversione si dirige alla totalità delle disposizioni del decreto-legge e questo ben esprime l'unicità procedimentale. Infatti, tra decreto-legge e legge di conversione non si verificano cesure, ma vi è una continuità di fondo che li lega; le medesime disposizioni, con le loro caratteristiche, portata operativa ed anche vizi, passano da un atto che è per natura provvisorio in uno definitivo, il quale, conservandole, le stabilizza, rendendo certa la loro presenza nell'ordinamento. Pertanto, proprio perché la conservazione riguarda le disposizioni e non l'atto, appare ammissibile che le Camere discriminino tra disposizione e disposizione convertendone alcune e negando, preferibilmente in modo espresso, la conversione e il relativo effetto conservativo ad altre. Senza voler ora anticipare quanto si dirà in seguito trattando degli emendamenti in sede di conversione, risulta già evidente che nell'ottica dell'unicità procedimentale ogni innovazione o modificazione apportata in sede parlamentare deve tener conto di ciò che la precede, ossia del decreto-legge e dei presupposti di necessità ed urgenza che lo hanno giustificato.

⁵⁰⁵ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 132.

⁵⁰⁶ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag 132

3- LA CARENZA DEI PRESUPPOSTI GIUSTIFICATIVI DEL DECRETO-LEGGE COME *VIZIO IN PROCEDENDO* DELLA LEGGE DI CONVERSIONE

La Corte costituzionale, già nella sentenza n. 29 del 1995, compie un esplicito riferimento alla unicità della serie procedimentale del decreto-legge e della legge di conversione; infatti, nell'evidente mancanza dei presupposti giustificativi è individuato non soltanto un vizio del decreto-legge ma anche un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione. La Corte, quindi, ammette l'eventualità che il Parlamento, in sede di conversione, abbia valutato erroneamente l'esistenza dei presupposti di validità in realtà insussistenti e, di conseguenza, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimamente oggetto di conversione.⁵⁰⁷ In ogni caso si tende ad escludere che il sindacato di costituzionalità vada a sovrapporsi al correlativo esame svolto dalle Camere in sede di conversione, in quanto quest'ultimo, come si è visto in precedenza nell'analisi della giurisprudenza costituzionale, richiede una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione sia con riguardo agli effetti della medesima. Tuttavia, quest'ultimo aspetto può essere considerato superfluo qualora si noti che il sindacato della Corte tende a comportare inevitabilmente un riesame delle scelte operate dal legislatore alla luce dei principi costituzionali, senza escludersi *a priori* una parziale coincidenza o sovrapposizione tra i due giudizi, quello parlamentare e quello

⁵⁰⁷ Cfr PALADIN, *Atti legislativi del governo e rapporti fra poteri*, in *Quad. cost.* 1996, pag. 24, il quale critica fortemente il fatto che la Corte ammetta un proprio sindacato sull'"erronea valutazione" dei presupposti operata dalla Camere, chiedendosi se "dovrà trattarsi di un errore tecnicamente inteso, dovuto ad una falsa od inesatta credenza dei parlamentari, oppure su il vizio imputabile agli organi legislativi consista, molto più semplicemente, nel fatto di essersi basati su criteri di giudizio non condivisibili dall'organo di giustizia costituzionale."

costituzionale.⁵⁰⁸ Semmai, il riconoscimento dell'eventualità che le Camere, in sede di conversione, siano portate a compiere un "errore di valutazione" sulla sussistenza dei presupposti giustificativi appare particolarmente rilevante sotto un altro punto di vista, indice di una profonda evoluzione del modo con cui la Corte si pone rispetto al fenomeno dell'abuso della decretazione d'urgenza e alle cause che ne sono alla base. Si deve, quindi, tenere presente l'argomentazione della Corte nelle sentenze 171/2007 e 128/2008 dove, superando le passate incertezze, afferma che spetta ad essa assicurare una piena effettività alle garanzie di tutela dei diritti fondamentali, che potrebbero essere lesi dal Governo quando abusi della decretazione d'urgenza nell'apodittica enunciazione di circostanze straordinarie di necessità ed urgenza. Posta questa considerazione come premessa generale al suo operato, la Corte ora può aggiungere che persistere nella posizione che vede la legge di conversione come atto a sanare in ogni caso i vizi del decreto-legge significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Ed è proprio in questo senso che le disposizioni della legge di conversione si saldano con il decreto-legge in un *unicum* giuridico,⁵⁰⁹ assolvendo ad una funzione stabilizzante del secondo che si dispiega nel presupposto che il Parlamento è chiamato a pronunciarsi riguardo ad una situazione giuridica modificata da disposizioni poste dal Governo, al quale, di regola, non è affidato il compito di emanare atti avente forza di legge. Di conseguenza, in caso di difetto originario nel decreto-legge dei presupposti giustificativi si configura un *error in procedendo* della legge di conversione, pienamente sindacabile dalla Corte costituzionale. Questa chiave di lettura porta ad evidenziare che, mentre nella giurisprudenza passata era presente un atteggiamento velatamente

⁵⁰⁸ Si ricordi, in tal senso, il precetto posto dall'art. 28 della legge 87 del 1953, il quale preclude all'organo di giustizia costituzionale di operare valutazioni di natura politica e che coinvolgano l'uso del potere discrezionale del Parlamento.

⁵⁰⁹ Cfr DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in www.Federalismi.it, pag. 4

“sanzionatorio” nei confronti del Governo, considerato l’unico responsabile della degenerazione della decretazione d’urgenza,⁵¹⁰ ora si vuole attribuire, nel pensiero della Corte, un peso decisivo al ruolo svolto dalle Camere, in modo che il decreto-legge non diventi uno strumento di “iniziativa legislativa rinforzata”⁵¹¹, il cui contenuto può essere il frutto di estenuanti contrattazioni da parte dei gruppi parlamentari, per evitare che questi possano “decidere tutto”, trascurando così completamente la necessità che il provvedimento governativo sia supportato da precise circostanze giustificative.

E’ stato sottolineato nel corso di questo lavoro che il potere di decretazione d’urgenza può essere esercitato solo qualora sussistano determinate condizioni; pertanto, se anche la valutazione sulla concreta presenza dei “casi straordinari di necessità ed urgenza” viene rimessa in misura notevole alla valutazione di opportunità del Governo, presentando così un margine larghissimo di discrezionalità, tutto ciò non significa che la successiva fase di conversione abbia un potere d’azione illimitato, in quanto è sempre subordinato alla sussistenza di un legittimo atto da convertire. Se, quindi, il decreto-legge presenta una “evidente mancanza”, per usare il linguaggio della Corte, dei presupposti giustificativi non si vede in base a quali valutazioni il Parlamento possa fondare il proprio potere di conversione; da ciò si ricava, al fine di ottenere una piena situazione di legittimità costituzionale, la necessaria permanenza dei presupposti giustificativi dal decreto-legge alla legge di conversione. A sostegno di questo, già in passato, alcuni settori della dottrina⁵¹² avevano sostenuto che i vizi propri del decreto-legge si traducevano anche in vizi della legge di conversione: queste ricostruzioni, a posteriori, ossia alla luce della giurisprudenza costituzionale delle sentenze 171/2007 e 128/2008, sembrano adattarsi pienamente alla nozione di vizio *in*

⁵¹⁰ Si ricordi la sentenza n. 302 del 1988, dove, con specifico riferimento al fenomeno della reiterazione, si pongono in rilievo le distorsioni che esso crea rispetto agli equilibri istituzionali, trascurando completamente il fatto che spesso l’adozione di un decreto-legge avviene proprio su sollecitazione dei gruppi parlamentari, i quali partecipano insieme al governo nella determinazione del suo contenuto.

⁵¹¹ Cfr CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, pag. 99.

⁵¹² Cfr SORRENTINO, *Spunti sul controllo di costituzionalità sui decreti-legge e sulla legge di conversione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, pag. 749.

procedendo accolta dal giudice delle leggi. In particolare, ora, costituiscono un valido punto di riferimento le posizioni⁵¹³ che vedevano i presupposti di necessità ed urgenza come condizioni per la valida conversione in legge, la cui assenza è in grado di viziare il decreto-legge stesso e di travolgerne tutti gli effetti. Quindi, prendendo in considerazione queste riflessioni e aggiornandole grazie alla recente presa di posizione della Corte, è possibile affermare che i requisiti e i limiti del decreto-legge siano in realtà i requisiti e i limiti della legge di conversione, ammettendo così che il sindacato della Corte stessa possa esplicitarsi nei confronti di entrambi gli atti. Tutto questo va compreso meglio se si tiene presente, ricordandola, la funzione che svolgono decreto-legge e legge di conversione nel contesto dell'unicità procedimentale di fondo. Il primo svolge la funzione di predisporre una disciplina che sia idonea a fronteggiare situazioni che, per la loro imprevedibilità e per la rapidità di intervento di cui necessitano, non sono suscettibili di essere regolate attraverso i normali strumenti messi a disposizione dal legislatore ordinario: una disciplina, dunque, "provvisoria" non soltanto in relazione al particolare regime di efficacia cui è sottoposta, ma anche per la natura "contingente" della situazione che è chiamata a fronteggiare. In quest'ottica, il secondo svolge la funzione di stabilizzare gli effetti prodotti dal decreto, eliminandone proprio il carattere di precarietà e di incertezza; è l'atto che, in sostanza, chiude l'intero procedimento d'urgenza previsto dall'art. 77, comma 2, della Costituzione, limitandosi a consolidare un provvedimento che sia stato oggettivamente indifferibile.⁵¹⁴ Nella prassi, tuttavia, si è visto che i decreti-legge assumono, purtroppo, una funzione diversa, e finiscono per porre una disciplina destinata a trovare una immediata applicazione ma sostanzialmente stabile nel tempo, capace di regolare in maniera definitiva

⁵¹³Cfr SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir.e Soc.* 1974, pag. 514; RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1982, pag. 1465; CARNEVALE, *La Corte riapre un occhio(ma non tutti e due) sull'abuso della decretazione d'urgenza?* In *Giur. It.* 1996, pag. 402.

⁵¹⁴ Cfr CONCARO, *op. cit.* pag. 102.

una determinata materia⁵¹⁵. Il successivo intervento parlamentare è forzato, sia nel metodo che nel contenuto⁵¹⁶, ed in questo contesto le circostanze giustificative perdono rilevanza e significato, trasformando lo stesso decreto in una forma di iniziativa legislativa,⁵¹⁷ la quale finisce per assimilare il procedimento parlamentare a quello di una qualsiasi legge, avente come unica peculiarità il fatto che la discussione è costretta a vertere non su un progetto, su un'idea di legislazione, ma su un atto già pienamente operativo.⁵¹⁸

Si è, dunque, fin qui cercato di evidenziare che la Corte costituzionale, con la sua recente giurisprudenza, ha fatto propria una configurazione del decreto e della legge di conversione nei termini di una *unità procedimentale*, andando oltre a quelle teorie⁵¹⁹ che configurano la decretazione d'urgenza come strumentale rispetto all'attività legislativa ordinaria delle Camere, della quale rappresenterebbe solo una anticipazione. Infatti, il decreto-legge, se qualificato come un mero atto "preparatorio" in relazione alla legge di conversione, tende a perdere la propria valenza esterna, risultando del tutto appiattito sul procedimento di conversione e svalutando la sua natura di fonte del diritto.⁵²⁰ Pertanto, la qualificazione del difetto dei presupposti

⁵¹⁵ Cfr LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, pag. 323, il quale evidenzia i due diversi aspetti della *provvisorietà*: quella intesa come *temporaneità* che deriva dallo stesso carattere straordinario delle fattispecie regolate, e che, dunque, è rigorosamente conforme all'interpretazione dell' art. 77 Cost. ; e quella relativa ai casi di "*necessaria anticipazione di effetti che solo la legge formale può produrre*" che si basa su una interpretazione storica ed estensiva del ruolo del decreto-legge nel sistema; FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 75, il quale sottolinea come nella seconda ipotesi appena richiamata, il Parlamento, in sede di conversione, recuperi pienamente la propria funzione, determinando la "sostituzione" del proprio *provvedere* al *provvedere* del Governo.

⁵¹⁶ Cfr CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, pag. 123.

⁵¹⁷ La definizione del decreto-legge come " disegno di legge rinforzato a urgenza garantita" si è visto, nei capitoli precedenti, essere stata coniata da PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in AA. VV. *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; tale definizione, che inizialmente è servita alla dottrina per descrivere l'evolversi della prassi della decretazione d'urgenza prevalentemente sul piano dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento, ha via via assunto una valenza autonoma anche sul piano giuridico, tanto da atteggiarsi ad elemento di qualificazione del decreto-legge nel quadro del sistema delle fonti.

⁵¹⁸ Cfr CARLASSARE, *op. cit.* pag. 125.

⁵¹⁹ Cfr PREDIERI, *op. cit.* ; RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, pag. 222.

⁵²⁰ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 125.

giustificativi come vizio *in procedendo* della legge di conversione indica l'adesione della Corte costituzionale alla prospettiva che vede il decreto-legge e il successivo atto parlamentare come tappe di un procedimento⁵²¹ sostanzialmente *unitario*; un procedimento caratterizzato dal susseguirsi di una serie di atti che, seppur formalmente autonomi e dalla precisa identità, possono essere valutati congiuntamente, in quanto cooperano ad una finalità unica.⁵²² Di conseguenza, è proprio il medesimo scopo, quello di introdurre una disciplina originata da “casi straordinari di necessità ed urgenza”, verso il quale sono preordinati, che rappresenta il legame che unisce il provvedimento d'urgenza del Governo alla legge di conversione; e questo visibile nesso teleologico determina che la validità dell'uno condiziona necessariamente la validità dell'altro.⁵²³

In conclusione, in presenza di un decreto-legge che sia stato adottato dal Governo in carenza dei presupposti giustificativi viene meno il relativo potere parlamentare di conversione; un potere che, in tal caso, può essere attivato unicamente per disporre la tempestiva reiezione del provvedimento governativo, al fine di evitare che esso esplicitamente la propria efficacia nell'ordinamento giuridico, sia pure per il ristretto arco di tempo prescritto dall'art. 77 della Costituzione.

⁵²¹Cfr GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957.

⁵²² Cfr ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 238.

⁵²³ Cfr ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 239.

4-EMENDAMENTI IN SEDE DI CONVERSIONE E PRESUPPOSTI GIUSTIFICATIVI

La dottrina prevalente è generalmente incline ad ammettere l'emendabilità del decreto-legge in base all'assunto che, essendo la legge di conversione espressione del potere legislativo delle Camere, essa possa subire aggiunte o modifiche sostanziali.⁵²⁴ In particolare, si ricorda la posizione tradizionale che riconosce alla legge di conversione la funzione di ristabilire il normale ordine delle competenze normative "alterato" dalla decretazione d'urgenza e tendente ad escludere che, in sede di conversione, le Camere siano vincolate alle statuizioni contenute nel decreto-legge, libere, quindi, di esercitare la loro funzione legislativa in pienezza.⁵²⁵ Tuttavia, secondo il pensiero della recente giurisprudenza costituzionale e secondo l'impostazione dottrinale qui accolta, la soluzione che appare più compatibile con la *ratio* dell'art. 77 della Costituzione è quella che limita la potenzialità della legge di conversione all'oggetto del decreto-legge⁵²⁶, e di conseguenza l'esercizio della potestà

⁵²⁴ Cfr ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1956, pag. 188; SORRENTINO, *op. cit.* pag. 766; PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, Roma, 1977, pag. 268; LAVAGNA, *op. cit.* pag. 297; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pag. 249.

⁵²⁵ Cfr PALADIN, *op. cit.* pag. 250, il quale afferma che "sarebbe assurdo ritenere che il Parlamento sia rigidamente vincolato dalle scelte iniziali del Governo, dovendo limitarsi ad approvare o disapprovare in blocco gli atti provvisori con forza di legge, proprio quando è chiamato a restaurare l'ordine naturale delle competenze, attraverso l'esercizio della sua potestà legislativa".

⁵²⁶ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 194, il quale afferma che "se all'esercizio del potere normativo d'urgenza del Governo deve seguire una deliberazione del Parlamento a salvaguardia della sua funzione legislativa, la potenzialità normativa della legge parlamentare sembra però circoscritta all'oggetto del decreto-legge. La stessa *ratio* che sta a fondamento della previsione costituzionale della legge di conversione dovrebbe operare a sua volta come limite alla stessa. La legge di conversione non serve a reintegrare una normalità costituzionale travolta dalla decretazione d'urgenza; il decreto-legge costituisce infatti espressione di un potere ordinario del Governo, il quale però non può sostituirsi integralmente alla legge del Parlamento. Alla fine di garantire il principio costituzionale che riconosce a quest'ultima una preminenza materiale tra le fonti primarie, la disciplina

legislativa parlamentare è condizionato dalla disciplina adottata dal Governo, sia per ciò che riguarda la sussistenza dei presupposti giustificativi sia per l'oggetto stesso del decreto. Solo in questo modo, quindi, non si vanifica il nesso di presupposizione tra il procedimento di formazione del decreto-legge e quello di formazione della legge di conversione. Quest'ultimo procedimento, infatti, è peculiare proprio perché presuppone l'esistenza di un provvedimento adottato dal Governo per fronteggiare situazioni particolari che in quanto tali non possono essere regolate seguendo le vie ordinarie di approvazione della legge. Esso, dunque, non può rappresentare semplicemente una occasione da prendere come pretesto per approvare, con maggiore celerità, una determinata disciplina, estranea all'oggetto del decreto, approfittando della "corsia preferenziale" offerta dalle disposizioni dei regolamenti parlamentari che tendono ad abbreviare l'*iter* del disegno di legge di conversione, rendendo più rapide ed immediate le discussioni e le deliberazioni delle Camere,⁵²⁷ che finiscono per essere svincolate da qualsiasi esigenza emergenziale. Secondo questa impostazione, è utile rifarsi ad alcune decisioni particolarmente interessanti della Corte costituzionale⁵²⁸; tra queste, la sentenza n. 355 del 2010 motivatamente conferma l'assunto che la legge di conversione non abbia efficacia sanante di eventuali vizi del decreto-legge e ritiene che "la valutazione in termini di necessità ed urgenza deve essere indirettamente effettuata per quelle norme, aggiunte dalla legge di conversione del decreto-legge, che non siano del tutto estranee rispetto al

governativa per mantenere la sua efficacia deve essere confermata oppure modificata dal Parlamento."

⁵²⁷ Si ricordi, infatti, che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge hanno la precedenza su tutti gli altri argomenti in programma; inoltre i regolamenti parlamentari dispongono che debba essere seguita la procedura ordinaria, con termini abbreviati per la commissione referente. In particolare, l'art. 81, comma 2, reg. Camera, dispone che la commissione debba riferire all'assemblea entro quindici giorni; al Senato della Repubblica, l'art. 78, comma 5, del regolamento stabilisce che il disegno di legge di conversione debba essere iscritto all'ordine del giorno dell'assemblea in modo che la votazione finale avvenga non oltre il trentesimo giorno dal deferimento.

⁵²⁸ Cfr RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Studi dell'anno 2010, Torino, 2011, pag. 549.

contenuto della decretazione d'urgenza; mentre tale valutazione non è richiesta quando la norma aggiunta sia eterogenea rispetto a tale contenuto”⁵²⁹. La Corte poi aggiunge che “la valutazione in ordine alla sussistenza, in concreto, dei requisiti in parola è rimessa al Parlamento all’atto di approvazione dell’emendamento ora oggetto di censure. Tale valutazione non deve tradursi in una motivazione espressa, che sarebbe incompatibile con le caratteristiche del procedimento di formazione legislativa. Né, a questo riguardo, può assumere rilievo il contenuto del preambolo allo stesso decreto-legge che, proveniente dal Governo, concerne le sole disposizioni originarie del medesimo provvedimento. In realtà, la suindicata valutazione è rimessa alla discrezionalità delle Camere e può essere sindacata innanzi a questa Corte soltanto se essa sia affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero per mancanza evidente dei presupposti”. La Corte costituzionale ha quindi precisato che l’ambito di riferimento delle proprie censure concerne la decisione parlamentare in termini autonomi dalle ragioni alla base del decreto-legge, anche se in proposito rileva la propria competenza ad accertarne non solo eventuali profili di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà, ma anche “una mancanza evidente dei presupposti” che altro non sono se non i presupposti del provvedimento convertito⁵³⁰. A questo aspetto si aggiunge che, stante la necessaria omogeneità originaria del decreto-legge, la Corte costituzionale consente, ma solo indirettamente, ad una eventuale eterogeneità di contenuto della legge di conversione, almeno nella parte in cui non incida sul contenuto del decreto-legge stesso; va comunque segnalato che, nella fattispecie all’esame della Corte costituzionale, la disposizione introdotta in sede parlamentare non si trovava, come rilevato dalla Corte stessa, “in una condizione di totale eterogeneità rispetto al contenuto del decreto-legge in esame” e, conseguentemente, anche per essa era richiesta la

⁵²⁹ Corte costituzionale, considerato in diritto n. 8 della sent. n. 355 del 2010.

⁵³⁰ Cfr DICKMANN, *Decreti-legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, in *federalismi.it*, 22 giugno 2011, pag. 6.

indispensabile sussistenza dei requisiti della necessità e dell'urgenza⁵³¹. Nel caso specifico, conclude la Corte, la disposizione inserita in sede di conversione, e non prevista nel decreto-legge, non era carente dei requisiti ex art. 77, comma 2, Cost.⁵³²; l'operazione compiuta dalla Consulta è molto ampia ma funzionale a ricomprendere la disposizione oggetto di censure, la quale essendo urgente, si salva dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Inoltre, l'approvazione di emendamenti che stravolgono il significato originario del decreto-legge o che dispongano su oggetti estranei alla materia dello stesso finisce per creare seri problemi anche sul piano della certezza del diritto⁵³³, rendendo spesso difficile sia la ricostruzione della reale portata dispositiva⁵³⁴, sia la delineazione dell'efficacia nel tempo della disciplina che

⁵³¹ Cfr BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, pag. 4. Inoltre cfr LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Rassegna Astrid*, n. 153 (4/2012) del 23 febbraio 2012, pag. 27, il quale sottolinea come nel caso di specie la Corte costituzionale, "di fronte ad una patologia oggettivamente riscontrabile nel comportamento del legislatore parlamentare, sia stata in realtà "in qualche modo obbligata" a distinguere tra norme della legge di conversione "del tutto estranee rispetto al contenuto della decretazione d'urgenza" e norme che invece "non rechino contenuti del tutto estranei rispetto al decreto-legge".

⁵³² Cfr GALLIANI, *Decreto-legge e legge di conversione stretti nella tenaglia della Consulta e del Quirinale*, in *Studium Iuris*, n. 7-8/2012, pag. 807, il quale rileva che "alla Corte interessa evidenziare lo stretto legame tra la disposizione in questione e il decreto-legge emesso nel quadro generale di provvedimenti anticrisi. Con la disposizione in esame si sono voluti limitare gli ambiti, ritenuti troppo ampi, di responsabilità dei pubblici dipendenti cui sia imputabile la lesione del diritto all'immagine delle amministrazioni di appartenenza. La Corte, pertanto, conclude che la disposizione censurata, nonostante inserita in sede di conversione, rientrava sicuramente nei meccanismi previsti dal decreto-legge, aventi lo scopo di introdurre nell'ordinamento misure dirette al superamento della crisi in cui versava il Paese".

⁵³³ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 301, dove si sottolineano rilevanti problemi di tecnica legislativa, derivati dalla conversione con emendamenti, per la difficoltà di coordinare i testi del decreto-legge e della legge di conversione con le modificazioni apportate.

⁵³⁴ Sovente infatti sono necessarie ben due ripubblicazioni di quanto scaturito dall'approvazione parlamentare: in primo luogo la pubblicazione del testo del decreto-legge coordinato con le modificazioni introdotte in sede di conversione, e, in secondo luogo, la ripubblicazione del testo del decreto-legge coordinato con la legge di conversione e corredato dalle note esplicative.

scaturisce dal procedimento di conversione.⁵³⁵ Riguardo quest'ultimo aspetto è bene porre alcune precisazioni. La sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2010 ha affrontato “il problema dell'efficacia dell'emendamento apportato alla norma censurata dalla legge di conversione”, affermando la possibilità che “il decreto...[sia] convertito in legge con emendamenti che implicino mancata conversione *in parte qua*, e che, pertanto, nel caso di conversione con emendamenti, spetta all'interprete...accertare quale delle eventualità si sia verificata”⁵³⁶, secondo le indicazioni fornite nella sentenza n. 51 del 1985.

Il caso merita particolare attenzione e, quindi, va brevemente ricostruito.

La questione decisa dalla sentenza in esame concerne una disposizione contenuta nel decreto-legge n. 39 del 2009, in cui si era adottata una serie di misure necessarie a fronteggiare gli effetti causati dal terremoto in Abruzzo. Nello specifico, l'art. 5 aveva disposto che nei confronti dei soggetti che al 5 aprile 2009 risiedessero o avessero sostanzialmente domicilio in determinati comuni, individuati con apposito decreto commissariale, del territorio abruzzese colpiti dal sisma, le comunicazioni e le notifiche necessarie dovessero essere eseguite entro il 31 luglio, a pena di nullità, presso il presidio appositamente predisposto. La relativa legge di conversione era stata emendata sul punto, disponendo che doveva trattarsi esclusivamente di atti di competenza degli uffici giudiziari de L'Aquila; nel frattempo, nei confronti dell'originario art. 5 era stata sollevata, dal giudice di Pescara, eccezione di incostituzionalità per l'illegittimità della presunzione assoluta di conoscenza delle notifiche suddette. La Corte costituzionale ha valutato la questione come non rilevante, affermando che la disposizione impugnata non poteva più determinare la nullità della notifica avvenuta in quel periodo a soggetti che rientrassero in un territorio diverso, in quanto in parte non convertita e,

⁵³⁵Cfr BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, pag. 359, dove si evidenzia un altro punto controverso riguardante l'efficacia degli emendamenti soppressivi, sostitutivi, aggiuntivi e modificativi. Sul punto anche Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 287.

⁵³⁶ Cfr Corte cost., sent. 367/2010, in *Giur. Cost.*, pag. 5141.

quindi, decaduta *ex tunc*. Secondo questo ragionamento, che assegna all'interprete l'intera responsabilità sull'efficacia dell'emendamento, si rischia di privare il legislatore di una visione di insieme che è tenuto ad avere, ossia riflettere *a priori* sulle disposizioni risultanti dalla conversione e sui loro effetti. Il tema posto dalla sentenza 367/2010 sottolinea l'impossibilità di prevedere astrattamente quale sarà la conclusione dell'interpretazione, con risvolti negativi sul principio di certezza del diritto.⁵³⁷ La problematica qui evidenziata è di non poco conto, e in tal senso va segnalato il tentativo chiarificatore operato dall'art. 15, comma 5, della legge 400/88, il quale attribuisce alle modificazioni introdotte dalle Camere, in via generale, una efficacia *ex nunc*, disponendo, infatti, che gli emendamenti eventualmente apportati al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Proprio in forza di questa specifica statuizione, secondo alcuni⁵³⁸, dalla disciplina legislativa sarebbe possibile desumere la possibilità di emanare emendamenti soppressivi o sostitutivi con efficacia *ex tunc*, equivalenti a una non conversione del decreto.

Quanto all'oggetto del decreto-legge, la soluzione che tende a salvaguardarne l'ambito in sede di conversione è stata fatta propria dal regolamento della Camera dei deputati, il cui art. 96 *bis*, comma 7, dispone che, nel corso del procedimento di conversione, non possono costituire oggetto di discussione gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge; è attribuito al Comitato per la legislazione, ex art. 16 *bis*, la facoltà di proporre la soppressione delle disposizioni del decreto che "contrastino con le regole sulle specificità ed omogeneità". Se, dunque, si possono configurare modificazioni ed aggiustamenti parziali, finalizzati a

⁵³⁷ Cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 290; cfr CIAURRO, *Decreto-legge*, cit., pag. 12, il quale spiega come le modificazioni manipolative di proposizioni normative costringono l'interprete ad un complesso lavoro ricostruttivo per verificare la norma vigente *ex nunc*.

⁵³⁸ Cfr ANGIOLINI, op. cit. pag. 240; PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, pag. 437; AINIS, *Sull'efficacia del comunicato che annunzia la mancata conversione di un decreto-legge*, in *Giur. Cost.* 1993, pag. 3297.

correggere ed a perfezionare il contenuto del provvedimento governativo, ciò non deve comportare un radicale stravolgimento della portata precettiva⁵³⁹ o a consentire l'introduzione di discipline che in quanto estranee ed estremamente eterogenee possono essere sintomatiche dell'assenza dei presupposti giustificativi. Infatti, se si vuole confermare l'unicità procedimentale tra decreto-legge e legge di conversione non si deve nutrire eccessiva preoccupazione anche nel porre le Camere dinanzi all'alternativa secca tra un'approvazione e un diniego di conversione dell'intero testo governativo, senza possibilità di poter influire sul suo contenuto.⁵⁴⁰ In questo senso, la disposizione regolamentare sopra richiamata, se davvero è finalizzata ad impedire che il potere di emendamento diventi un pretesto per approvare una disciplina nuova e diversa, può essere intesa come una diretta esplicitazione del dettato costituzionale.⁵⁴¹ Pertanto, il riconoscimento dell'esistenza di un limite di derivazione costituzionale al potere delle Camere di emendare il disegno di legge di conversione legittima la configurabilità del controllo della Corte costituzionale sulla rispondenza di tali modifiche ai presupposti giustificativi e all'oggetto del provvedimento governativo. Rispetto a questo quadro generale di riferimento, la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 367 del 2010, ricorda che la conversione di un decreto o il rifiuto di conversione possono essere anche parziali e "che, a sua volta, il rifiuto parziale di conversione può essere anche implicito, a seconda del tipo di emendamento approvato". Sul punto la Corte costituzionale esclude, contrariamente a quanto si sostiene in questo studio, che abbia valore dirimente l'art. 15, comma 5, della legge n. 400/88, ritenendo che tale disposizione si limiti a sottrarre la legge di conversione all'ordinario regime

⁵³⁹Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 199.

⁵⁴⁰Cfr SILVESTRI, *op. cit.* pag. 430, il quale afferma che " il legame che unisce decreto-legge e legge di conversione è fondato sulla identità del contenuto normativo dell'uno e dell'altra, in quanto la fase di conversione in legge del provvedimento governativo può avvenire solo sul presupposto che l'identica formazione contenuta nel decreto sia l'oggetto del disegno di legge di conversione; il contenuto normativo, dunque, rappresenta il midollo unificatore delle due fasi fondamentali del procedimento che dall'atto provvisorio e urgente porta alla disciplina legislativa stabile."

⁵⁴¹ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 195.

della *vacatio legis*, senza occuparsi direttamente dell'efficacia intertemporale delle disposizioni del decreto-legge emendate⁵⁴².

La Corte costituzionale, pertanto, nelle sentenze 355 e 367 del 2010, si incammina su un terreno infido e scivoloso dato che il riscontro concernente la natura delle disposizioni, nei loro reciproci rapporti, risulta incerto e questa incertezza è aggravata dal fatto che la Corte operi una singolare relativizzazione del concetto di eterogeneità, il quale sottrae le norme che ne siano espressione alla eventuale caducazione per difetto dei presupposti unicamente laddove siano “troppo eterogenee”⁵⁴³. Questa posizione, insieme alla dottrina della “evidente mancanza” dei presupposti, afferma che il decreto-legge e la legge di conversione siano annullabili unicamente in caso di “evidente violazione” della Costituzione; ne consegue che la violazione stessa, se non “evidente”, resta impunita⁵⁴⁴.

Nella complessa sequenza giurisprudenziale ora richiamata la sentenza n. 22 del 2012 è destinata ad occupare un ruolo di indubbio rilievo per le argomentazioni giuridiche sviluppate intorno al rapporto tra decreto-legge e legge di conversione e, segnatamente, intorno alla natura “atipica” di

⁵⁴² Cfr DICKMANN, *Decreti-legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, cit., pag. 7, il quale sottolinea come “sul punto la Corte mette a fuoco due alternative: l'approvazione in sede parlamentare di un emendamento modificativo in senso restrittivo implica la conversione della norma del decreto e la sua contestuale modifica con effetto *ex nunc*, dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione (in conformità all'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988); al contrario, l'emendamento equivale ad un rifiuto parziale di conversione, che travolge con effetto *ex tunc* la norma emendata per la parte non convertita, ancorché si tratti di un effetto da accertare in via interpretativa, richiamando quanto in proposito sostenuto dalla Corte di Cassazione per una fattispecie analoga, citata dalla Corte costituzionale. In sostanza, secondo questa lettura se le Camere convertono in legge un decreto, ridimensionandone la portata normativa per effetto di emendamenti soppressivi o che circoscrivano l'efficacia originaria di singole disposizioni del provvedimento, nonostante le previsioni di cui all'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988, il decreto deve intendersi convertito come se la relativa efficacia normativa fosse stata ridimensionata *ex tunc*”.

⁵⁴³ Cfr RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, cit., pag. 2.

⁵⁴⁴ Cfr RUGGERI, *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti), in Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, pag. 37.

quest'ultima, caratterizzata da una competenza predeterminata⁵⁴⁵. Infatti, sono molteplici gli spunti di riflessione che si possono ricavare in relazione al tema dei presupposti della decretazione d'urgenza, del rispetto del riparto delle competenze legislative da parte del legislatore statale, dei vizi formali della legge, in considerazione anche del ruolo ricoperto nella presente vicenda dai regolamenti parlamentari e dalla Presidenza della Repubblica⁵⁴⁶. Venendo al dettaglio della decisione, la Corte costituzionale, al termine di un giudizio di costituzionalità in via principale, ex art. 128 Cost., promosso dalle Regioni Liguria, Basilicata, Puglia, Marche, Abruzzo e Toscana, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*quater*, del decreto-legge n. 225/2010, recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie", convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 10 del 2012⁵⁴⁷. In riferimento all'accoglimento della questione fondata sull'art. 77, comma 2, Cost., la motivazione della Corte costituzionale merita di essere analizzata, sottolineando le differenze con la pregressa giurisprudenza. Ad essere censurati, nel caso sottoposto al suo giudizio, non sono più i soli contenuti del decreto-legge ma le due disposizioni introdotte dal Parlamento in sede di conversione, del tutto estranee ai contenuti dell'originario atto di decretazione d'urgenza. La Corte costituzionale si pronuncia più chiaramente sulla esigenza di omogeneità necessaria della legge di conversione rispetto ai contenuti del decreto-legge e detta regole più

⁵⁴⁵ Cfr SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in www.giurcost.it

⁵⁴⁶ Cfr FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012, pag. 1.

⁵⁴⁷ La disposizione impugnata, inserita in sede di conversione del decreto-legge, introduceva all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile, due commi, il 5-*quater* ed il 5-*quinqies*, in base ai quali le Regioni, nel caso di calamità, avrebbero potuto accedere alle risorse finanziarie del Fondo nazionale di protezione civile solo dopo aver deliberato "aumenti, sino al limite massimo consentito dalla vigente legislazione, dei tributi, delle aliquote [...]" (comma 5-*quater*).

precise sui rapporti stessi tra decreto-legge e legge di conversione⁵⁴⁸. Il giudice delle leggi afferma che “la necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui interna coerenza va valutata in relazione all’apprrezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità ed urgenza, deve essere osservata dalla legge di conversione”, e a sostegno di questa posizione, la Corte costituzionale richiama il regolamento della Camera dei deputati, il cui art. 96 *bis*, comma 7, dispone che il Presidente della Camera dei deputati debba dichiarare inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi della legge di conversione che non siano “strettamente attinenti” alla materia del decreto-legge. In questa sentenza la disposizione del regolamento parlamentare viene richiamata con particolare enfasi dalla Corte costituzionale⁵⁴⁹, la quale, inoltre, in maniera inusuale, cita la lettera del Presidente del Senato della Repubblica del 7 marzo 2011 inviata ai Presidenti delle Commissioni parlamentari e, per conoscenza, al Ministro per i rapporti con il Parlamento⁵⁵⁰, nonché al messaggio di rinvio alle Camere del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 4 del 2002 operato dal Presidente della Repubblica in data 29 marzo 2002 e alla lettera dello stesso Capo dello Stato inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri il 22 febbraio 2011⁵⁵¹. E’ significativa la posizione della Corte costituzionale quando rileva che “la Costituzione italiana disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei

⁵⁴⁸ Cfr BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, pag. 5.

⁵⁴⁹ Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2, in cui si afferma che l’art. 96 *bis*, comma 7, del regolamento della Camera dei deputati non è una norma che risponde “soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma [è] imposta dallo stesso art. 77 Cost.”, e di questo costituisce il principale strumento attuativo.

⁵⁵⁰ In questa missiva, il Presidente del Senato della Repubblica esprimeva l’esigenza “di ricondurre la decretazione d’urgenza alle caratteristiche sue proprie di fonte normativa straordinaria ed eccezionale nel rispetto degli equilibri tra i poteri e le competenze degli organi costituzionali” e la necessità “di interpretare in modo particolarmente rigoroso, in sede di conversione di un decreto-legge, la norma dell’art. 97, comma 1, del regolamento, sulla improponibilità di emendamenti estranei all’oggetto della discussione”.

⁵⁵¹ Per la trattazione di questi atti del Capo dello Stato si rimanda al paragrafo 5 del presente capitolo.

regolamenti parlamentari”, precisando che “il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati”. L’affermazione merita una particolare attenzione in quanto ne discende un importante corollario: essendo i regolamenti parlamentari volti a specificare quelle regole e quei limiti disciplinati dalla Costituzione a grandi linee, il rispetto di questi necessariamente implica il rispetto della normativa posta dai regolamenti parlamentari⁵⁵². Si pone di nuovo la questione della “parametrabilità” delle norme regolamentari⁵⁵³ e della loro idoneità a fungere da riferimento per la verifica della legittimità costituzionale, sotto il profilo formale, degli atti legislativi⁵⁵⁴. Fin dalla sentenza n. 9 del 1959⁵⁵⁵ si è affermata una distinzione tra le regole sul procedimento di formazione degli atti, finalizzata a graduarne la gravità: le regole procedurali poste dalla Costituzione e le regole procedurali contenute nei regolamenti parlamentari. Soltanto le prime determinano un vizio dell’atto rilevabile dalla Corte costituzionale, riservando

⁵⁵² Cfr MARCENO’, *L’eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in www.forumcostituzionale.it, pag. 5.

⁵⁵³ Il tema è stato ampiamente discusso in dottrina; tra coloro che sostennero la capacità dei regolamenti parlamentari di condizionare la validità delle leggi cfr MAZZIOTTI, voce *Parlamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, per il quale “la Costituzione non attribuisce solo ai regolamenti carattere esecutivo delle sue norme, ma dà alle norme regolamentari rilievo esterno, ponendone l’osservanza come condizione di validità delle leggi”; su posizioni intermedie cfr MANZELLA, , *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, pag. 60, il quale, in un primo momento, ha ritenuto sindacabile l’osservanza da parte del Parlamento delle sole norme regolamentari che disciplinano il procedimento (distinte da quelle riguardanti le decisioni), mentre più recentemente ha delimitato la competenza della Corte costituzionale a due soli vizi del procedimento: la violazione diretta delle norme costituzionali ad esso relative e l’eccesso di potere parlamentare. Sul punto cfr FERRARA, *Regolamenti parlamentari ed indirizzo politico*, in *Scritti in onore di Tesauro*, Milano, 1968, pag. 341; su posizioni diverse cfr MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli interna corporis acta delle Camere*, in *Scritti in onore di Ambrosini*, II, Milano, 1970, pag. 1310. Infine a favore della “parametricità” delle norme regolamentari cfr FLORIDA, voce *Regolamenti parlamentari*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pag. 99.

⁵⁵⁴ Cfr SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in Cartabia, Lamarque, Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, pag. 509.

⁵⁵⁵ Cfr BARILE, *Il crollo di un feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, I, 1959, pag. 240; cfr ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione*, in *Giur. cost.*, 1957, pag. 1326. Inoltre cfr MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, pag. 59.

alle seconde un ruolo all'interno dell'organizzazione dei lavori del Parlamento. Le norme regolamentari, anche se funzionali all'operatività delle regole costituzionali, continuano ad avere una rilevanza minore rispetto a quelle di natura costituzionale. Questo significa che il vizio formale, logicamente precedente a quello sostanziale, consente l'applicazione di un criterio più elastico, il quale comporta che, sulla base di una valutazione complessiva dell'atto, se non sussistono gravi violazioni procedurali, né violazioni sostanziali, il vizio di norme regolamentari è tacitamente superabile. Nella sentenza n. 22 del 2012 il vizio formale sembra riconquistare una posizione rilevante, pur all'interno di un contesto di giurisprudenza costituzionale che, in via generale, conferma il pregresso orientamento⁵⁵⁶, secondo il quale il sindacato di costituzionalità del processo formativo di una legge è limitato alle sole norme costituzionali che direttamente lo regolano⁵⁵⁷. Tuttavia, mediante la vincolatività del requisito della omogeneità, la Corte costituzionale afferma che il vizio derivante dalla violazione di una norma regolamentare e funzionale alla operatività della disciplina costituzionale non è più sanabile per la sussistenza di un accordo tra i gruppi parlamentari⁵⁵⁸. In questo senso, la prescrittività della omogeneità delle norme come condizione di validità del decreto-legge e della legge di conversione è finalizzata a circoscrivere la "contrattazione" delle disposizioni da parte dei gruppi parlamentari e a ridurre i patologici sviamenti dal rispetto delle regole, anche formali, sulla produzione delle fonti. Ne deriva che il

⁵⁵⁶ Cfr Corte cost., sentt. nn. 147/83, 78 e 292/84, 391/95; identica impostazione si ritrova con riguardo ai regolamenti delle assemblee regionali, per la quale cfr Corte cost. n. 57/57 e n. 40/60.

⁵⁵⁷ Cfr FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, cit., pag. 8.

⁵⁵⁸ Cfr MARCENO', *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, cit., pag. 5, la quale rileva che, per l'intrinseca cedevolezza di cui si ritiene siano connotate le norme dei regolamenti parlamentari, "la possibilità di distaccarsi dalla norma regolamentare rientra legittimamente nella facoltà delle forze politiche; il vizio formale, derivante dalla violazione di norme regolamentari, può reputarsi superato dal fatto materiale che le forze che operano in Parlamento sono concordi nell'agire senza tenerne conto, dalla constatazione che non vi è parte interessata a far valere il vizio". Inoltre cfr PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., Bologna 2011, pag. 569.

recupero della rilevanza del vizio formale da parte della Corte costituzionale tende a rendere il diritto conoscibile, in modo da restringere il più possibile le sue incertezze fisiologiche⁵⁵⁹.

Inoltre, sempre nella sentenza n. 22 del 2012, un nuovo orientamento sembra profilarsi; nuovi indirizzi detta la Corte costituzionale sia agli organi istituzionali sia alla riflessione dottrinale. Si afferma la concezione che vede la legge di conversione intrinsecamente connessa al decreto-legge, essendo questo “presupposto essenziale”⁵⁶⁰ della legge del Parlamento, affinché entrambi gli atti siano considerati nel quadro di un “procedimento legislativo unitario”⁵⁶¹. La legge di conversione si configura come “tipizzata nella competenza”⁵⁶², “costretta a muoversi nel solco tracciato dal decreto stesso”⁵⁶³, in quanto funzionalmente deputata a convertire il decreto-legge⁵⁶⁴. Ne deriva un “collegamento strutturale-funzionale”⁵⁶⁵ tra i due atti, e le Camere non potranno emendare il disegno di legge di conversioni con disposizioni estranee all’oggetto e al contenuto del decreto-legge; in tal caso, dovrebbe iniziare il procedimento di adozione di una vera e propria nuova legge ordinaria. La Corte costituzionale afferma come sia “lo stesso art. 77, secondo comma, Cost.” ad istituire “un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario”⁵⁶⁶. Inoltre, la riconosciuta “atipicità” della legge di conversione risiede, secondo la Consulta, non solo nel procedimento formale di approvazione ma anche nel contenuto della stessa, sentenziando che “l’oggetto del decreto-legge tende a coincidere con

⁵⁵⁹ Cfr MARCENO', *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, cit., pag. 7.

⁵⁶⁰ Cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 849.

⁵⁶¹ Cfr DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, pag. 306.

⁵⁶² Cfr RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, pag. 141.

⁵⁶³ Cfr RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., pag. 145.

⁵⁶⁴ Cfr BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 8.

⁵⁶⁵ Cfr RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., pag. 144.

⁵⁶⁶ Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

quello della legge di conversione”, e l’introduzione di emendamenti al testo originario del decreto-legge è possibile “nell’esercizio della propria ordinaria potestà legislativa”, purché “non si spezzi il legame essenziale tra decretazione d’urgenza e potere di conversione. Se tale legame viene introdotto, la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari, ma per l’uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge”⁵⁶⁷. Se ne evince che il Parlamento, secondo l’impostazione adottata dalla Corte costituzionale, è chiamato a svolgere un ruolo di controllo dell’operato del Governo, al fine di preservare il sistema delle fonti e la forma di governo sulla base della configurazione prospettata originariamente dalla Costituzione; è stato attentamente rilevato che “la Corte ha dato una significativa “scossa” al sistema. [...] essa ha infatti indubbiamente “circoscritto” il potere legislativo parlamentare, affermando che in sede di conversione del decreto-legge le Camere non sono propriamente libere quanto ai contenuti dell’atto; anche se occorre subito precisare che non di vera e propria restrizione si tratta, bensì di una più corretta e coerente interpretazione delle diverse fonti che intervengono nel procedimento d’urgenza e del ruolo che esse vi rivestono”⁵⁶⁸. Pertanto, la violazione dell’art. 77 Cost. da parte di disposizioni eterogenee, aggiunte in sede di conversione, ripropone la configurabilità, come vizio autonomo, dell’eccesso di potere di conversione del legislatore, inteso quale sviamento del procedimento legislativo di conversione dalla sua causa tipica, quando la legge di conversione spezzi la *ratio* unitaria del provvedimento d’urgenza adottato⁵⁶⁹. La sentenza n. 22 del

⁵⁶⁷ Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

⁵⁶⁸ Cfr BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 12.

⁵⁶⁹ Cfr DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità” di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?*

2012, quindi, riafferma il principio della separazione dei poteri, sottolinea la tipizzazione dei procedimenti legislativi posti dalla Costituzione⁵⁷⁰, escludendo l'efficacia sanante della legge di conversione. Il controllo sulla omogeneità delle disposizioni ha come scopo ultimo quello di evitare il perpetuarsi di un comportamento patologico distorsivo della decretazione d'urgenza, in modo da evitare che il decreto-legge, prima, e la legge di conversione, poi, sia trasformato "in una congerie di norme assemblate soltanto da mera causalità temporale"⁵⁷¹. L'attenzione ora si sposta sulle possibili conseguenze di tale decisione sulle modalità di svolgimento del processo legislativo. Infatti, l'aver dichiarato costituzionalmente illegittima l'introduzione, in sede di conversione, di disposizioni che, e giova ripeterlo, in quanto "manifestamente eterogenee" nell'oggetto e/o nelle finalità, spezzano il "nesso funzionale" con il provvedimento d'urgenza da convertire comporta evidenti implicazioni sia sui rapporti tra Parlamento ed organi costituzionali di controllo sia sulla prassi di formazione delle disposizioni, aspetto sempre più rilevante in termini di ordinamento giuridico complessivo⁵⁷².

(nota a Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22), in www.federalismi.it n. 5/2012, pag. 7; inoltre cfr SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. dir.*, 1996, pag. 428, il quale afferma che "l'uso del potere di conversione per fini diversi da quelli di controllo previsti dalla Costituzione [integrerebbe] un caso di *détournement de pouvoir*". L'Autore poi conclude che "l'eccezionalità del potere legislativo del Governo [...] non dipenda dalla contingente volontà parlamentare, ma sia stabilita, con valore cogente, dalla Costituzione, a salvaguardia del principio oggetto della separazione dei poteri", non potendo la legge formale sanare più di quanto la stessa Costituzione gli consente.

⁵⁷⁰ Cfr SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, cit., pag. 431, il quale rileva che "il Costituente ha voluto incanalare l'esercizio del potere legislativo su percorsi ben definiti, la cui tipicità rende costituzionalmente illegittima la loro sovrapposizione".

⁵⁷¹ Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

⁵⁷² Cfr SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, in *Rass. Parl.* n.2/2012, pag. 368, in cui si rileva che "secondo i dati del Rapporto 2010 sulla legislazione, nei primi due anni di legislatura, 32 dei 36 decreti-legge convertiti hanno subito modifiche, "che appaiono nel complesso molto corpose", essendosi, tra l'altro, registrata una crescita, nel passaggio dal d.l. alla legge di conversione, di circa il 45% in termini di articoli, del 63% di commi e, addirittura, di più del 70% in termini di caratteri. Con riferimento allo stesso periodo, inoltre, il Rapporto governativo sui primi due anni del Governo Berlusconi IV in Parlamento evidenzia come in fase di conversione dei decreti-legge si siano avute 1411 modifiche, di cui 177 di origine governativa (il 12%), 701 su iniziativa dei relatori e delle commissioni di merito (50%), 322 di parlamentari di maggioranza (23%) e 211 dell'opposizione (15%)". Inoltre cfr Camera dei

Per ciò che riguarda la prima prassi applicativa successiva alla sentenza della Corte costituzionale n.22 del 2012, si segnala la discussione al Senato della Repubblica del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 2 del 2012, recante disposizioni urgenti in materia ambientale. L'originario testo del decreto-legge era composto di soli 4 articoli, ma nel corso dell'esame in commissione si era passati a 22 articoli; alle iniziali disposizioni in tema di emergenza rifiuti in Campania si erano aggiunte disposizioni alquanto eterogenee, anche relative all'organizzazione del Ministero dell'Ambiente. In seguito, richiamandosi espressamente alle indicazioni della sentenza della Consulta n. 22 del 2012, nel corso dell'esame in commissione alla Camera dei deputati, il testo, con parere favorevole dell'Esecutivo, è stato ridotto e sostanzialmente ricollegato agli oggetti del decreto-legge emanato. Un altro provvedimento che ha risentito della sentenza n. 22 del 2012 è il decreto-legge n. 5 del 2012, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione amministrativa, per il quale sono stati dichiarati inammissibili, durante l'esame in commissione alla Camera dei deputati, 748 emendamenti su 1.316, e in seconda lettura in commissione al Senato della Repubblica più di 270 emendamenti sui circa 570 presentati⁵⁷³. Numeri simili di inammissibilità per

deputati – Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni, Unione europea, Tomo II*, 29 novembre 2010, pag. 330, dove si sottolinea che gli articoli sono passati da 397 a 579 (+45%), i commi da 1.760 a 2.867 (+62, 90%) e i caratteri da 1.109.543 (+70,97%), e cfr *Tendenze e problemi della decretazione d'urgenza*, del 12 novembre 2009, pag. 15, dove si rileva che il tasso di incremento nel passaggio dal d.l. alla legge di conversione è stato nel periodo considerato della XVI legislatura, rispettivamente del 45% e del 64% in termini di articoli e commi, mentre nella precedente era stato del 15% e del 44,5%. Infine cfr Camera dei deputati – Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2011 sulla legislazione tra Stato, Regioni, Unione europea, Tomo II*, 4 novembre 2011, pag. 329, dove si nota come nel primo triennio di legislatura in termini di colonne di Gazzetta Ufficiale e di commi, le leggi di conversione dei 65 decreti convertiti "pesino", rispettivamente, per il 39,41% e il 51,28%, le 5 leggi "collegate" il 13,90% e l'11,8%, le 12 leggi finanziarie o di bilancio il 14,11% e il 10,90%, le 2 leggi comunitarie il 7,15% e il 3,59% e le 88 leggi di ratifica solamente per l'8,50% e il 5,76%. Sempre secondo i dati del Rapporto 2011, nei primi tre anni di legislatura, il 40% delle leggi di conversione (26 su 65) sono state approvate con voto di fiducia; delle 38 fiducie su progetti di legge 27 (circa il 70%) sono state richieste su decreti-legge e di queste 18 alla Camera dei deputati.

⁵⁷³ Cfr SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, cit., pag. 373, dove si rimanda al Resoconto delle Commissioni I e X della Camera dei deputati del 29 febbraio 2012 e al Resoconto di seduta della Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 26 marzo 2012.

estraneità di materia a seguito della sentenza 22/2012, anche in questo caso richiamata espressamente, ci sono stati per il decreto-legge 24 marzo 2012 n. 29, recante disposizioni correttive del decreto-legge liberalizzazioni in materia di commissioni bancarie: al Senato 49 emendamenti inammissibili su 110 presentati in commissione, e 30 su 82 in Aula, mentre alla Camera in commissione 22 emendamenti dichiarati inammissibili su 90 presentati. Dinanzi a questi comportamenti “virtuosi”⁵⁷⁴ il rischio è che siano causati dalla stretta attualità della sentenza 22/2012 e destinati a diradarsi progressivamente.

Nel tentativo di tirare le fila dell’argomentazione del presente paragrafo, l’affermazione dell’esistenza di un potere di controllo della Corte costituzionale sugli emendamenti al decreto-legge, introdotti in sede di conversione, assume un significato particolare in relazione ai presupposti giustificativi. Infatti, l’aver riconosciuto che il vizio del decreto-legge derivante da “evidente mancanza” dei presupposti di necessità ed urgenza si trasferisce, inficiandola, anche alla legge di conversione fa conseguire che l’incostituzionalità si estende all’intera attività di conversione, e quindi anche alle modifiche introdotte in sede parlamentare. Come si è tentato di evidenziare fin qui, lo stretto legame che unisce il provvedimento governativo d’urgenza all’intervento parlamentare impedisce che quest’ultimo venga

⁵⁷⁴ Cfr SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, cit., pag. 374, dove si rileva che “dai 50 articoli del d.l. “Salva Italia” (d.l. 201/2011), emanato il 6 dicembre 2011, dai 98 del d.l. “Sviluppo” (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) e dai 63 del d.l. “Semplificazione” (9 febbraio 2012, n. 5), può essere non casuale che dopo la sentenza e la lettera del Capo dello Stato siano stati emanati: il d.l. 27 febbraio 2012, n. 15, in materia di elezioni amministrative, di soli 2 articoli; il d.l. 24 marzo 2012, n. 29, sulle commissioni bancarie, anch’esso di 2 articoli; il d.l. 15 marzo 2012, n. 21 in materia di assetti societari, di 5 articoli; il d.l. 2 marzo 2012, n. 16 in materia di semplificazione tributarie, di 14 articoli ed il d.l. 7 maggio 2012, n. 52 sulla razionalizzazione della spesa pubblica, di 16 articoli”. Inoltre cfr LUPPO, *L’omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, (a cura di) D’ELIA, TIBERI e VIVIANI SCHLEIN, Milano, 2012, pag. 10; cfr SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la “seconda svolta”*, in CARTABIA, LAMARQUE e TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2012, pag. 11.

portato a termine positivamente in assenza di un legittimo decreto da convertire, e da questa premessa è impedito alle Camere di utilizzare il procedimento di conversione al fine di predisporre una nuova disciplina accanto a quella posta in essere da un provvedimento governativo incostituzionale. Inoltre, le disposizioni introdotte per via di emendamento vengono ad avere lo stesso regime giuridico delle disposizioni originariamente emanate dal Governo per sopperire al caso straordinario di necessità ed urgenza, facendo conseguire che ogni emendamento presentato in sede parlamentare va giustificato a sua volta dall'esigenza di fronteggiare nuovi casi straordinari di necessità ed urgenza legati allo stesso oggetto del decreto, altrimenti si introdurrebbero disposizioni ingiustificate che beneficerebbero delle procedure accelerate che la Costituzione e i regolamenti parlamentari stabiliscono per la conversione del decreto, senza seguire l'ordinaria programmazione dei lavori parlamentari⁵⁷⁵. Queste problematiche vanno ora analizzate seguendo il percorso seguito dalla Corte costituzionale per evidenziare il cambio di orientamento. Va, dunque, approfondita la situazione considerata nella sentenza n. 391 del 1995⁵⁷⁶, già citata sommariamente in precedenza, dalla cui analisi vanno tratti aspetti interessanti sul tema in esame.⁵⁷⁷ La Corte, infatti, afferma espressamente che la valutazione di necessità ed urgenza attiene soltanto alla fase di decretazione

⁵⁷⁵ Cfr CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. Giur. It.*, X, Roma, 1988.

⁵⁷⁶ Cfr Corte cost. sent. 391/1995 in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 2825.

⁵⁷⁷ Con tale sentenza la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 di conversione del d.l. n. 333 del 1992, recante "misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica, sollevata in relazione agli artt. 72 e 77 Cost. Tale articolo, introdotto alla Camera in Commissione referente, era stato approvato senza una specifica deliberazione dell'Assemblea, in quanto il Governo aveva posto la questione di fiducia sull'articolo unico del disegno di legge di conversione, cui la disposizione censurata risultava allegata; infatti, come da prassi, gli emendamenti, i subemendamenti e gli emendamenti aggiuntivi vengono inseriti in allegato all'articolo unico della legge di conversione, ai sensi dell'art. 15, comma 5, della legge 400/88. tale disposizione risultava censurata sotto tre differenti profili: prima di tutto, si contestava la mancata sottoposizione dell'articolo introdotto dalla Camera alla procedura di esame preventivo sulla sussistenza dei presupposti giustificativi prevista dall'art. 96 bis reg. Camera; in secondo luogo, si denunciava l'estraneità della disposizione oggetto del decreto-legge; infine si contestava il mancato rispetto, a causa della proposizione da parte del Governo della questione di fiducia, della prescrizione di cui all'art. 72, comma 1, Cost., il quale dispone che la votazione debba avvenire "articolo per articolo".

posta in essere dal Governo e “non può estendersi a quelle norme che le Camere, in sede di conversione, possano aver introdotto come disciplina aggiunta a quella dello stesso decreto, in quanto tale disciplina è imputabile esclusivamente al Parlamento”⁵⁷⁸. La Corte, in questo caso, configura il potere di emendamento appartenente all’ordinaria attività legislativa del Parlamento, la quale si innesta nel procedimento di conversione, escludendo necessariamente che l’eventuale vizio del decreto derivante da evidente mancanza dei presupposti giustificativi possa travolgere la disciplina aggiunta in sede di conversione. Questa soluzione desta perplessità se riferita a quanto qui già sostenuto e va poi ritenuta definitivamente superata dalla stessa Corte nella sua recente giurisprudenza del 2007 e del 2008; se infatti si afferma il pensiero che la legge di conversione costituisce una legge atipica, configurandosi come tappa finale di un procedimento che ha il suo inizio con l’emanazione del decreto-legge ne derivano precise conseguenze sul piano dell’emendabilità del decreto stesso in sede parlamentare. Il potere di emendamento non può essere considerato indipendente ed autonomo rispetto al procedimento di conversione proprio perché si è visto che l’approvazione di modifiche al decreto-legge è strettamente consequenziale alla stessa conversione, che ne costituisce un inevitabile e necessario presupposto.⁵⁷⁹ Il potere legislativo che il Parlamento esplica nell’adozione degli emendamenti, inserendosi quindi nell’ambito della fase di conversione e non in un momento successivo, rafforza lo stretto rapporto di dipendenza con il disegno di legge di conversione e in forza di questo deve sottostare ai vincoli propri del decreto-legge. Se mancano i presupposti costituzionali, tutto il procedimento che scaturisce dal decreto viene inficiato: non soltanto la legge di conversione in sé ma anche le ulteriori modifiche che il Parlamento pone. Questo è stato ben evidenziato nei commenti alla sentenza n. 128 del 2008, quando si

⁵⁷⁸ Cfr Corte cost. sent. 391/1995, cit., punto 4 in diritto.

⁵⁷⁹ Cfr SILVESTRI, *op. cit.* pag. 426, il quale afferma che “l’introduzione di emendamenti comporta una contaminazione tra due distinti poteri, il potere di conversione e quello di legislazione ordinaria, previsti dalla Costituzione in capo al Parlamento per finalità diverse, con tutte le conseguenze di incertezza e confusione derivanti dal loro uso improprio e fuorviato”.

afferma che “è viziato l’emendamento incoerente con le finalità del decreto-legge privo dei presupposti giustificativi”⁵⁸⁰ oppure dove, più chiaramente, si sostiene che “non solo le disposizione originarie del decreto-legge ma anche ogni disposizione ulteriore aggiunta al testo dello stesso in sede di conversione deve essere motivata da ragioni di straordinaria necessità ed urgenza, pena la declaratoria di incostituzionalità per violazione del’art. 77 Cost.”⁵⁸¹ Quanto detto non vuole escludere del tutto la possibilità di apportare modifiche, in sede di conversione, al decreto-legge ma vuole sottolineare la configurazione di una precisa limitazione del potere di emendamento; sono cioè ammissibili parziali correzioni in ambito parlamentare, ma queste possibili modificazioni non devono essere tali da modificare radicalmente la sostanza del decreto-legge da convertire, violando i presupposti giustificativi che lo hanno originato, i quali, quindi, devono sussistere nella attività legislativa esercitata in fase di conversione.

Questa, dunque, sembra essere la corretta interpretazione della nuova posizione assunta dalla Corte costituzionale, specie quando afferma che “le disposizioni della legge di conversione in quanto tali, nei limiti cioè in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto delle disposizioni del decreto, non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso.”⁵⁸²

⁵⁸⁰Cfr PACE, *L’incostituzionalità dell’emendamento “blocca processi”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁵⁸¹Cfr CHINNI, *Un passo avanti, con salto dell’ostacolo, nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d’urgenza*, in *Ri. Giur. It.*, 2008.

⁵⁸² Corte cost. sent. 171/2007, punto 5 in diritto.

5-DECRETAZIONE D'URGENZA E RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

All'interno dell'assetto istituzionale, un momento importante di verifica dei presupposti giustificativi risiede nell'azione del Capo dello Stato, il quale può intervenire nell'esercizio di tre differenti poteri: in sede di emanazione del decreto-legge, per mezzo di rinvio al Governo con richiesta di riesame; attraverso l'impiego del suo "potere di esternazione", con cui il Governo è richiamato ad un uso più corretto della decretazione d'urgenza; in sede di promulgazione della legge di conversione⁵⁸³.

La dottrina⁵⁸⁴ riconosce come nel potere di emanare i decreti-legge sia implicito il potere di subordinare l'emanazione alla presenza di determinate condizioni, "perché altrimenti il Presidente della Repubblica si vedrebbe privato persino della veste di "notaio della Repubblica"⁵⁸⁵. Risulta controverso se tale controllo presidenziale, qualora abbia esito negativo, possa determinare il rifiuto definitivo di emanare il decreto-legge, oppure possa portare al rinvio con richiesta di riesame, mediante una applicazione analogica dell'art. 74 della Costituzione. Si nota, pertanto, che la prima soluzione conduce ad una impostazione restrittiva del potere di controllo: "la drasticità dell'alternativa che ne segue"⁵⁸⁶ tra l'apposizione e l'assoluto diniego della firma porterebbe ad escludere il rifiuto per ragioni di merito e a consentirlo soltanto nel caso di attentato alla Costituzione⁵⁸⁷, altrimenti al Capo dello Stato sarebbe attribuito il potere di partecipare alla determinazione dell'indirizzo programmatico del Governo. Anche quando si circoscrive il rifiuto ai soli motivi di legittimità la dottrina è giunta a conclusioni interessanti, prefigurando il rischio di attribuire al Presidente il ruolo di

⁵⁸³ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 227.

⁵⁸⁴ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, pag. 215.

⁵⁸⁵ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. pag. 219.

⁵⁸⁶ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. pag. 220.

⁵⁸⁷ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 228.

giudice sulla legittimità costituzionale degli atti aventi forza di legge, in contrasto con la scelta della Costituzione a favore di un sistema accentrato di controllo di legittimità, svolto dalla Corte costituzionale⁵⁸⁸. Il Capo dello Stato, infatti, agisce come “garante della Costituzione” anche agli effetti del controllo, cosicché la misura ostativa di tale controllo dipende da libere valutazioni del Presidente, le quali “ tengono conto non solo dell’esigenza di far rispettare la Costituzione, ma anche dei riflessi che l’esercizio o il non esercizio del potere avrebbe sul funzionamento complessivo delle istituzioni”⁵⁸⁹. Queste considerazioni portano a ritenere come la dottrina prevalente si sia orientata a favore dell’estensione analogica dell’art. 74 Cost., con la conseguenza di ammettere un controllo con richiesta di riesame⁵⁹⁰, il quale può essere esercitato anche per motivi che trascendono la mera legittimità per investire il “merito costituzionale”, in quanto finalizzati ad evitare che da un atto avente forza di legge possano scaturire conseguenze in grado di pregiudicare, anche indirettamente, il corretto funzionamento della Costituzione⁵⁹¹.

Va, inoltre, evidenziato come il Presidente della Repubblica abbia esercitato il suo “potere di esternazione” per richiamare il Governo ad un uso più corretto della decretazione d’urgenza e, in questo senso, la storia repubblicana vede il Presidente fornire un apporto di giudizio e di considerazioni nella fase che precede l’adozione dell’atto da parte del Consiglio dei ministri, suggerendo, ed anche facendo ventilare il suo rifiuto a firmare il decreto⁵⁹².

⁵⁸⁸ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. pag. 223.

⁵⁸⁹ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. pag. 223.

⁵⁹⁰ Cfr PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. pag. 223; PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 228; CICCONE, *Decreto-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.* 1980, pag. 563, il quale afferma: “l’identica finalità della promulgazione e dell’emanazione, che è quella di dichiarare all’esterno volontà che altrimenti rimarrebbero volontà interne degli organi che le hanno espresse; la circostanza che in entrambe le ipotesi tale dichiarazione riguarda degli atti con forza di legge; la configurazione del rinvio come controllo sull’atto piuttosto che sull’organo, con la conseguenza che sarebbe irrilevante la diversità dell’organo al quale si rinvia in sede di emanazione ed in sede di promulgazione”.

⁵⁹¹ Cfr BARILE, *Presidente della Repubblica*, in *Nss dg*, XIII, 1966, pag. 722.

⁵⁹² A tal proposito è utile ricordare qualche episodio che evidenzia come, in questo frangente, l’attività presidenziale, formale o informale che sia, è tutt’altro che irrilevante. Si ricorda, dunque, la dichiarazione orale diretta al Presidente del Consiglio nel dicembre 1978

Le considerazioni fin qui svolte, dunque vogliono evidenziare quanto sia preferibile una proficua collaborazione personale tra Capo dello Stato e Governo; si è rilevato che, nella pratica, il Capo dello Stato ha contestato, soprattutto, la mancanza dei requisiti di necessità e di urgenza previsti dall'articolo 77 della Costituzione come presupposto per l'adozione del decreto-legge. Il Presidente, generalmente, si attiene a qualche richiamo, più o meno esplicito, al Governo, affinché questi mostri più attenzione al rispetto dei principi costituzionali nel ricorso allo strumento del decreto-legge; non è detto che il messaggio debba necessariamente assumere forma scritta, potendo anche essere manifestato oralmente né che debba essere reso pubblico, potendo avvenire attraverso comunicazioni riservate tra Presidente della Repubblica e Governo. Negli ultimi anni, infatti, si è creata la prassi di una comunicazione preventiva al Presidente della Repubblica da parte del Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi dei decreti-legge che quest'ultimo intende adottare, in modo da garantire al Capo dello Stato un maggiore *spatium deliberandi* in merito all'emanazione.

E' anche possibile che, nell'ambito della collaborazione personale con il Governo, il Presidente faccia presenti le proprie osservazioni in via orale o scritta, chiedendo chiarimenti al Presidente del Consiglio, pur avendo già apposto la propria firma sull'atto. In questo caso non sorge

con cui il presidente Pertini manifestava l'intenzione di esercitare in modo effettivo e pieno il potere di controllo sugli atti del Governo per i quali è prevista la sua emanazione; la lettera inviata nel marzo 1988 dal Presidente Cossiga al Presidente del Consiglio con cui si richiamava l'attenzione del Governo affinché le indicazioni espresse dalla Corte costituzionale sulla reiterazione dei decreti-legge trovassero una "meditata verifica nella prassi". Si ricorda, inoltre, riguardo i decreti contenenti norme primarie, il rifiuto di firma da parte del Presidente Pertini di un decreto-legge che modificava il sistema di raccolta delle firme per la richiesta di referendum abrogativo (1980), la dissuasione del Presidente Cossiga ad adottare decreti in materia radiotelevisiva (1985), e di fiscalizzazione di oneri sociali (1987), e il rifiuto di firma di decreti in materia di personale dell'ANAS (1989), e di edilizia scolastica (1991), il rifiuto di firma del Presidente Scalfaro di decreti in tema di anzianità di servizio dei magistrati (1992), e di finanziamento dei partiti (1993). Si devono aggiungere casi in cui il decreto-legge fu firmato dal Presidente ma solo dopo che il Governo procedette a modificare il testo in seguito ai rilievi presidenziali, ad esempio il D. L. 13 marzo 1988, n. 69 e D.L. 29 maggio 1989, n. 199, emanato dal Presidente Cossiga, dopo una analisi costituzionale sull'ammissibilità di una reiterazione dei decreti.

l'onere per il Consiglio dei Ministri di riapprovare l'atto, ma soltanto il dovere di correttezza del Presidente del Consiglio di informare i Ministri delle osservazioni presidenziali⁵⁹³.

Tuttavia, grazie alla recente presa di posizione della Corte sulla sindacabilità dei presupposti giustificativi, anche il ruolo del Capo dello Stato è mutato. In tal senso, va, quindi, riportata la decisione del Presidente della Repubblica di non firmare⁵⁹⁴ il decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009 che vietava l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente⁵⁹⁵. Anche in questo caso, il Presidente della Repubblica aveva usato canali informali attraverso i quali esprimere il proprio consiglio e il proprio convincimento al Governo, il quale risponde approvando all'unanimità il testo del decreto-legge e incorrendo, così, in un diniego formale da parte del Capo dello Stato all'emanazione del decreto stesso. Principalmente, il Capo dello Stato mette in evidenza come una materia di questo tipo dovrebbe trovare regolamentazione in Parlamento e come il ricorso allo strumento del decreto-legge rappresenti una "soluzione inappropriata"; a questo primo aspetto, si aggiunge il rilievo sollevato in merito alla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza: non sarebbe infatti sopraggiunto alcun fatto nuovo che possa configurarsi come "caso straordinario di necessità ed urgenza". Su questo punto, sono state

⁵⁹³Cfr GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il caso Englaro*, in, www.forumcostituzionale.it, 2009, pag. 6.

⁵⁹⁴Nel caso in esame, il Presidente della Repubblica Napolitano aveva ufficiosamente preso le distanze dal possibile decreto-legge la sera del 5 febbraio 2009, nel corso di un colloquio tra il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Letta e il Segretario Generale della Presidenza della Repubblica Marra. La mattina del 6 febbraio 2009, il Capo dello Stato, nella sua veste di garante della Costituzione, ha scritto una lettera riservata al Presidente del Consiglio nella quale esprime il proprio dissenso all'intenzione del Governo di procedere con decreto-legge.

⁵⁹⁵Si ricordi come, pur trattando il decreto-legge in esame della materia generale dal punto di vista formale, esso nasceva e verteva su un caso specifico, quello di Eluana Englaro.

sollevate due obiezioni⁵⁹⁶: la prima, infatti, evidenzia che l'urgenza sembrerebbe mossa dalla necessità di salvare una persona⁵⁹⁷; la seconda, invece, sottolinea che la responsabilità in merito alla sussistenza dei requisiti costituzionali di necessità ed urgenza sarebbe interamente rimessa alla valutazione del Governo.

In linea a quanto affermato nel corso di questo studio, la necessità e l'urgenza costituiscono le basi per comprendere il fenomeno e la funzione pratica della decretazione d'urgenza; si è visto che un'attività avente forza di legge fondata su tali presupposti è utilizzata per far fronte a situazioni eccezionali, in relazione alle quali i modi normali della produzione giuridica risultano inadeguati. In questo quadro di riferimento, dunque, la responsabilità politica del Governo attiene alle scelte di indirizzo e di contenuto del provvedimento d'urgenza che intende adottare, ma laddove il Capo dello Stato ravvisi la mancanza dei presupposti costituzionali, come nel “caso Englaro”, è legittimato ad intervenire⁵⁹⁸.

Un altro aspetto da considerare riguarda il potere presidenziale di rinviare al Parlamento la legge di conversione. Sulla configurabilità di

⁵⁹⁶ Cfr SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it, del 13 febbraio 2009, il quale afferma che “il pericolo per la vita di una persona non sia, da solo, giuridicamente sufficiente a giustificare la necessità ed urgenza, altrimenti il Governo dovrebbe intervenire con decreto-legge ogni volta che un testimone di Geova rifiuta una trasfusione”; in senso contrario Cfr PEDULLA', *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge “Salva Eluana”*, in www.forumcostituzionale.it del 18 febbraio 2009, il quale riporta come esempio il caso di decreto-legge di interpretazione autentica del Codice di Procedura Penale, relativo ai termini di custodia cautelare, emanato dal Presidente Cossiga che incideva su diritti costituzionalmente garantiti, ponendo nel nulla, in fatto e in diritto, gli effetti di un provvedimento giudiziario.

⁵⁹⁷ Aspetto non sottovalutato dal Capo dello Stato, il quale dichiara, nella lettera inviata il 5 febbraio 2009 al Capo del Governo, che “l'urgenza è solamente il frutto di un'onda emotiva di carattere mediatico, relativa ad un singolo caso, risolto con sentenza”, cfr www.quirinale.it

⁵⁹⁸ Si ricordi il comunicato del 20 febbraio 2009, in occasione della emanazione del decreto-legge in materia di sicurezza, dove il Capo dello Stato afferma che “tra Governo e Presidente della Repubblica sussiste una leale collaborazione ed è in questo spirito che la Presidenza della Repubblica verifica i profili di costituzionalità dei decreti-legge, oltre alla coerenza e correttezza legislativa nel rapporto con l'attività parlamentare”, cfr www.quirinale.it

questo potere esisteva qualche perplessità in dottrina⁵⁹⁹, fondata sul fatto che l'esercizio del potere previsto dall'art. 74 Cost. avrebbe potuto determinare un allungamento dei tempi e quindi la decadenza del decreto-legge. Tuttavia, questi dubbi vanno scartati, e la legge di conversione, essendo frutto di una deliberazione legislativa del Parlamento, deve essere promulgata dal Capo dello Stato, il quale, se lo ritiene, può rinviarla ai sensi dell'art. 74 Cost.; la fase finale del procedimento di conversione è quindi del tutto identico a quello di ogni altra legge ordinaria. L'osservazione in base alla quale il rinvio potrebbe pregiudicare l'approvazione nei termini della legge di conversione si fonda su una difficoltà esclusivamente di ordine pratico che non può essere in grado di sottrarre la stessa legge di conversione alla disciplina predisposta in via generale dall'art. 74 Cost., poiché, se questo avvenisse, sarebbe sottratta una parte rilevante della legislazione al controllo presidenziale⁶⁰⁰. E non può essere diversamente neppure sostenendo che la verifica presidenziale avviene già nell'ambito dell'emanazione del decreto-legge, per il fatto che l'emendabilità del disegno di legge di conversione implica che possono essere anche notevolmente diversi i testi sui quali il Presidente esercita il controllo in sede di emanazione e in sede di promulgazione⁶⁰¹.

In relazione alla sussistenza dei presupposti giustificativi è interessante riprendere le considerazioni svolte dal Capo dello Stato nel messaggio di rinvio⁶⁰² della legge di conversione del decreto-legge n. 4/2002⁶⁰³, dove non solo si afferma con decisione l'esigenza di rispettare il requisito

⁵⁹⁹ Cfr ESPOSITO, *op. cit.* pag. 862.

⁶⁰⁰ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 236.

⁶⁰¹ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 236.

⁶⁰² Cfr CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. Parl.*, 2003, pag. 387.

⁶⁰³ Il 29 marzo 2002 il presidente Ciampi rinvia alle Camere a norma dell'art. 74 Cost. il disegno di legge di conversione del decreto-legge n.4/2002 che contiene norme per fronteggiare la crisi del settore zootecnico, della pesca e dell'agricoltura derivante dalla diffusione del morbo della "mucca pazza".

dell'omogeneità del decreto-legge, secondo la prescrizione della legge 400/88, ma, soprattutto, se ne estende la portata anche alla legge di conversione. Questa posizione implica l'adesione alla ricostruzione che vede la legge di conversione condizionata dal provvedimento governativo e rafforza il collegamento funzionale-strutturale tra i due atti⁶⁰⁴. Il Capo dello Stato, pertanto, nel suo messaggio di rinvio ritiene che la legge di conversione possa dettare una disciplina che riguardi solamente i rapporti e gli istituti giuridici disciplinati dal decreto-legge, evidenziando anche alcuni emendamenti quali sintomatici dell'estraneità dell'oggetto, come un numero elevato di articoli aggiuntivi o l'estensione della disciplina a materie non contemplate originariamente nel decreto-legge. La sottolineatura presidenziale dell'omogeneità come strettamente riferita all'attinenza all'oggetto del decreto si denota nitidamente non solo da rilievi formulati in generale, quando il Presidente afferma che c'è "attinenza solo indiretta alle disposizioni dell'atto originario, con oggetto notevolmente e ampiamente diverso", ma anche dall'esame specifico delle disposizioni aggiunte che appaiono rispondenti alla funzione del decreto, però con scarso legame col contenuto dello stesso⁶⁰⁵.

Su questa linea, e con una nuova e particolare attenzione al tema della emendabilità del decreto-legge, si colloca la lettera, datata 22 febbraio 2011, inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, nella quale il Presidente della Repubblica richiama l'attenzione sull'ampiezza e sulla eterogeneità delle modifiche apportate al disegno di legge di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle famiglie e alle imprese, cosiddetto "milleproroghe"⁶⁰⁶. Un primo

⁶⁰⁴ Cfr SIMONCINI, *op. cit.* pag. 95.

⁶⁰⁵ Cfr SIMONCINI, *op. cit.* pag. 96.

⁶⁰⁶ Cfr www.quirinale.it, dove si riporta il testo integrale della missiva presidenziale e che merita di essere qui riproposto per l'ampiezza, la puntualità e il rilievo delle questioni evidenziate:
"Onorevoli Presidenti,
ho attentamente esaminato i contenuti delle modifiche e delle aggiunte apportate, nel corso dell'esame al Senato, al disegno di legge di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2010,

n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle famiglie e alle imprese. Devo innanzi tutto osservare che il disegno di legge di conversione del decreto-legge è stato presentato dal Governo al Senato il 29 dicembre 2010 (A.S. 2518), ed assegnato alle Commissioni riunite affari costituzionali e bilancio il 7 gennaio 2011. L'esame in sede referente, iniziato il successivo 19 gennaio, si è concluso l'11 febbraio, con l'approvazione di 104 emendamenti. Nello stesso giorno è iniziato l'esame in Assemblea, che si è concluso mercoledì 16 febbraio con l'approvazione del maxiemendamento presentato dal Governo, sul quale è stata posta la questione di fiducia, che riproduce il testo delle Commissioni con l'aggiunta di numerose altre disposizioni. L'esame in prima lettura ha dunque consumato 50 dei 60 giorni tassativamente previsti dalla Costituzione per la conversione in legge dei decreti-legge nonostante che l'esame nell'Assemblea del Senato si sia concentrato in pochi giorni. A seguito delle modifiche apportate dalle Commissioni del Senato e dal Governo con il successivo maxiemendamento, al testo originario del decreto-legge, costituito da 4 articoli (di cui il terzo relativo alla copertura finanziaria e il quarto all'entrata in vigore) e 25 commi, sono stati aggiunti altri 5 articoli e 196 commi. Molte di queste disposizioni aggiunte in sede di conversione sono estranee all'oggetto quando non alla stessa materia del decreto, eterogenee e di assai dubbia coerenza con i principi e le norme della Costituzione. E ciò è avvenuto nonostante l'intendimento manifestato dal Governo al Capo dello Stato in sede di illustrazione preventiva del provvedimento d'urgenza, poi confermato con l'approvazione del testo da me successivamente emanato, di limitare a soli tre mesi le proroghe non onerose di termini in scadenza entro il 31 dicembre 2010, rendendo facoltativa la ulteriore proroga al 31 dicembre 2011 di quei termini e degli altri indicati in apposita tabella attraverso l'eventuale adozione di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; nonché di prevedere pochi e mirati interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie.

E' appena il caso di ricordare che questo modo di procedere, come ho avuto modo in diverse occasioni di far presente fin dall'inizio del settennato ai Presidenti delle Camere e ai Governi che si sono succeduti a partire dal 2006, si pone in contrasto con i principi sanciti dall'articolo 77 della Costituzione e dall'articolo 15, comma 3, della legge di attuazione costituzionale n. 400 del 1988, recepiti dalle stesse norme dei regolamenti parlamentari. L'inserimento nei decreti di disposizioni non strettamente attinenti ai loro contenuti, eterogenee e spesso prive dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, elude il vaglio preventivo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge. Inoltre l'eterogeneità e l'ampiezza delle materie non consentono a tutte le Commissioni competenti di svolgere l'esame referente richiesto dal primo comma dell'articolo 72 della Costituzione, e costringono la discussione da parte di entrambe le Camere nel termine tassativo di 60 giorni. Si aggiunga che il frequente ricorso alla posizione della questione di fiducia realizza una ulteriore pesante compressione del ruolo del Parlamento. Tali considerazioni sono state da me ribadite ancora di recente con la lettera in data 22 maggio 2010 inviata in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge 25 marzo 2010, n. 40 in materia di incentivi, recante le norme anti-evasione di contrasto alle c.d. frodi-carosello.

Sono consapevole che una eventuale decisione di avvalermi della facoltà di richiedere una nuova deliberazione alle Camere del disegno di legge in esame ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione, per il momento in cui interviene a seguito della pressoché integrale consumazione da parte del Parlamento dei termini tassativamente previsti dall'art. 77 della Costituzione, potrebbe comportare la decadenza delle disposizioni contenute nel decreto-legge da me emanato nonché di quelle successivamente introdotte in sede di conversione: ed è questa la ragione per la quale vi sono solo due precedenti in cui tale facoltà è stata

elemento che contraddistingue tale missiva è il momento della sua adozione, a *iter* parlamentare di esame del disegno di legge di conversione ancora in corso, a conferma del fatto che il Capo dello Stato ha piena contezza delle problematiche che ruotano attorno al potere di rinvio della legge di conversione, in quanto già in altre occasioni aveva compiuto la promulgazione accompagnandola da una lettera in cui venivano precisati alcuni rilievi critici su talune disposizioni⁶⁰⁷. Nell'esame dettagliato dei

esercitata nei confronti di disegni di legge di conversione di decreti-legge dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 360 del 1996 che ha ritenuto di norma costituzionalmente illegittima la reiterazione dei decreti-legge (entrambi da parte del Presidente Ciampi, che in data 29 marzo 2002 e 3 marzo 2006 chiese una nuova deliberazione alle Camere sulle leggi di conversione dei decreti-legge 25 gennaio 2002, n. 4 e 10 gennaio 2006 n. 2). Devo osservare peraltro che l'ordinamento prevede la possibilità di ovviare a tali inconvenienti, attraverso sia la regolamentazione con legge dei rapporti giuridici sorti sulla base del testo originario del decreto, sia la riproposizione in uno o più provvedimenti legislativi, anche di urgenza, di quelle disposizioni introdotte in sede di conversione che si ritengano conformi ai principi costituzionali. Inoltre allorché, come in questo caso, la decadenza del decreto-legge sia riconducibile al rinvio del disegno di legge di conversione in legge ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione, anziché alla mancata conversione da parte delle Camere nei termini stabiliti dall'articolo 77, ritengo possibile anche una almeno parziale reiterazione del testo originario del decreto-legge. Ho ritenuto di dovervi sottoporre queste considerazioni perché a mio avviso non mancherebbero spazi, attraverso una leale collaborazione tra Governo e Parlamento da un lato e fra maggioranza ed opposizione dall'altro, per evitare che un decreto-legge concernente essenzialmente la proroga di alcuni termini si trasformi sostanzialmente in una sorta di nuova legge finanziaria dai contenuti più disparati. Mi riservo altresì, qualora non sia possibile procedere alla modifica del testo del disegno di legge approvato dal Senato, di suggerire l'opportunità di adottare successivamente possibili norme interpretative e correttive, qualora io ritenga, in ultima istanza, di procedere alla promulgazione della legge. Devo infine avvertire che, a fronte di casi analoghi, non potrò d'ora in avanti rinunciare ad avvalermi della facoltà di rinvio, anche alla luce dei rimedi che l'ordinamento prevede nella eventualità della decadenza di un decreto-legge, come ho sopra ricordato

⁶⁰⁷ In tal senso si ricordi la lettera inviata ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'Economia riassunta in una nota del Quirinale del 17 aprile 2009, nella quale si afferma che "firmare in extremis un decreto-legge notevolmente diverso da quello emanato, non consente l'ulteriore pieno esercizio dei poteri di garanzia che la Costituzione affida al Capo dello Stato", e quella inviata il 22 maggio 2010, e resa integralmente pubblica, ai Presidenti delle Camere e al Capo del Governo, nella quale si precisa che "sulla base delle norme costituzionali vigenti e della costante prassi applicativa formatasi in conformità all'interpretazione largamente prevalente, non si è ritenuto possibile un rinvio parziale delle leggi, neppure nel caso in cui le stesse abbiano ad oggetto la conversione dei decreti-legge, né apparsa configurabile una rimessione in termini delle Camere in caso di richiesta di riesame delle leggi di conversione da parte del Capo dello Stato". Il Presidente aveva poi compiuto "un richiamo al senso di responsabilità del Governo e del Parlamento, e in particolare dei gruppi di maggioranza, affinché non si alternassero gli

contenuti della lettera, il Presidente della Repubblica censura l'inserimento di numerose disposizioni in sede di conversione "estranee all'oggetto quando non alla stessa materia del decreto, eterogenee e di assai dubbia coerenza con i principi e le norme della Costituzione", rilevando come ciò sia avvenuto "nonostante l'intendimento manifestato dal Governo al Capo dello Stato in sede di illustrazione preventiva del provvedimento d'urgenza, poi confermato con l'approvazione del testo [...] successivamente emanato", di circoscrivere l'oggetto del decreto a talune proroghe e a pochi e mirati interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie. Questo passaggio della missiva apre una piccola breccia nelle "mura degli *interna corporis*"⁶⁰⁸ che nascondono "quell'ambito particolarmente "opaco" rappresentato dalle relazioni interistituzionali tra Quirinale e Governo"⁶⁰⁹, confermando quando già riportato in precedenza, ovvero che il Capo dello Stato esamina il testo del decreto-legge prima ancora che esso sia deliberato dal Consiglio dei Ministri⁶¹⁰. L'introduzione di emendamenti eterogenei, oltre a violare il disposto dell'art. 77 Cost., è causa di ulteriore pregiudizio arrecato sia al Presidente della Repubblica, il cui "vaglio preventivo spettante [...] in sede di emanazione dei decreti-legge" sarebbe sostanzialmente eluso, sia al Parlamento ed al corretto svolgimento del procedimento legislativo delineato dalla Costituzione, stante l'impossibilità materiale per "tutte le Commissioni competenti di svolgere l'esame referente richiesto dal primo comma

equilibri costituzionali per quel che riguarda i criteri per l'adozione dei decreti-legge ed i caratteri di omogeneità che ne devono contrassegnare i contenuti, nonché sotto il profilo dell'esercizio delle prerogative del Presidente della Repubblica", osservando che "la preoccupazione per la decadenza di un decreto-legge non potrà trattenere il Presidente della Repubblica dall'esercitare la facoltà di rinvio alle Camere".

⁶⁰⁸ Cfr PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2011, www.rivistaaic.it

⁶⁰⁹ Cfr SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in SIMONCINI, (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, pag. 44.

⁶¹⁰ Cfr CARNEVALE-CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto mille proroghe*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2011.

dell'articolo 72 della Costituzione". Nello specifico il Presidente segnala l'incremento del contenuto del decreto-legge che, agli originari "4 articoli (di cui il terzo relativo alla copertura finanziaria e il quarto all'entrata in vigore) e 25 commi" ha visto aggiungersi in sede parlamentare "altri 5 articoli e 196 commi". La posizione del Capo dello Stato si muove nella direzione di affermare il limite della omogeneità anche per la legge di conversione, in modo da preservare l'originaria unitarietà del decreto-legge. In particolare, il riferimento riguarda il piano delle conseguenze costituzionalmente rilevanti, discendenti dalla prassi della sfrenata emendazione parlamentare del testo del decreto-legge, al di là di quanto previsto dall'art. 77 Cost. e dalla sua attuazione legislativa ex art. 15, comma 3, della legge 400/88. Questo conferma una sempre maggiore attenzione ai profili formali e procedurali, aspetti che svolgono un ruolo importante nell'esercizio del potere di controllo in sede di promulgazione da parte del Presidente della Repubblica.

L'immissione nel contenuto precettivo del decreto-legge del coacervo giuridico recato dalla estrema eterogeneità degli emendamenti introdotti durante l'*iter* di conversione comporta l'acquisizione al testo di discipline sprovviste dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost.; nell'ottica presidenziale l'eterogeneità assume il significato di condizione promozionale dell'assenza dei presupposti. Il Capo dello Stato, pertanto, nella lettera in oggetto esprime considerazioni *de iure condito*. Il Presidente, infatti, precisa di essere ben consapevole del fatto che un eventuale rinvio della legge di conversione "per il momento in cui interviene a seguito della pressoché integrale consumazione da parte del Parlamento dei termini tassativamente previsti dall'art. 77 Cost., potrebbe comportare la decadenza delle disposizioni contenute nel decreto-legge [...] emanato nonché di quelle successivamente introdotte in sede di conversione" e aggiunge, quasi a suffragare la legittimità anche in tali contesti dell'esercizio del potere ex art. 74 Cost., che l'ordinamento prevede istituti finalizzati ad ovviare agli inconvenienti derivanti dalla decadenza del decreto-legge a causa del rinvio presidenziale della relativa legge di conversione. Il riferimento, in primo

luogo, concerne la legge di regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base del decreto-legge non convertito di cui all'art. 77, ultimo comma, Cost., e poi ricomprende la possibilità di produrre *ex novo* in uno o più provvedimenti legislativi, eventualmente anche d'urgenza, quelle disposizioni introdotte in sede di conversione dell'originario decreto che non siano state oggetto di rilievi di costituzionalità in sede di rinvio della legge di conversione⁶¹¹. Ne deriva che il Capo dello Stato afferma di ritenere costituzionalmente legittimo, nel momento stesso in cui la decadenza del decreto-legge sia riconducibile al rinvio del disegno di legge di conversione anziché alla mancata conversione da parte del Parlamento nei termini rigorosi dell'art. 77 Cost., una “almeno parziale reiterazione del testo originario del decreto-legge”. In tema di reiterazione la sentenza n. 360 del 1996, dichiarandone l'illegittimità costituzionale, non distinse tra diverse ipotesi, stabilendo la legittimità della reitera soltanto laddove il nuovo decreto-legge avesse contenuto sostanzialmente diverso oppure risultasse fondato su nuovi, autonomi e sopravvenuti presupposti di straordinaria necessità ed urgenza⁶¹². L'ipotesi ventilata dal Presidente della Repubblica è quindi fuori dal ristretto perimetro segnato dalla Corte costituzionale e non appare costituzionalmente sostenibile affermare che sia proprio la decadenza del decreto originario a seguito del rinvio a costituire il nuovo caso straordinario di necessità ed urgenza che abilita il Governo ex art. 77 Cost.; infatti la ripresentazione di un nuovo decreto-legge dal contenuto, in tutto o in parte, identico a quello decaduto a causa del rinvio presidenziale andrebbe ad individuare “una terza ipotesi di riproposizione possibile del contenuto di un decreto-legge non convertito ad opera di altro decreto-legge, ulteriore rispetto alle due indicate nella sentenza n. 360 del 1996 ed a quelle del tutto irriducibile, perché fondata esclusivamente sul fatto della convergente manifestazione di volontà degli

⁶¹¹ Cfr CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito del rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rass. Parl.*, 2004, pag. 274.

⁶¹² Cfr MACCABIANI, *Le reiterazioni dei decreti-legge successive alla sentenza 360/96 della Corte costituzionale*, in *Rass. Parl.*, 2001, pag. 423.

organi dell'indirizzo politico"⁶¹³. Non si tratterebbe di una deroga né di una violazione di quanto disposto dalla Corte costituzionale, ma di una distinta ipotesi di reiterazione, non presa in esame dal giudice delle leggi⁶¹⁴. Questa posizione fa emergere rilevanti problematiche; infatti, va sottolineato che trattandosi di un nuovo decreto-legge e, di conseguenza, di una nuova legge di conversione, l'approvazione di quest'ultima da parte delle Camere non è in grado di inibire l'esercizio di un ulteriore rinvio presidenziale ex art. 74 Cost.⁶¹⁵ e, inoltre, il decreto-legge reiterante non potrebbe contenere la clausola di salvezza degli effetti del decreto decaduto, in quanto l'art. 77, comma 3, Cost. riserva alla legge parlamentare la possibilità di regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. Poste queste considerazioni, la reiterazione può risolvere alcune delle problematiche causate dal rinvio presidenziale delle leggi di conversione ma ne implica altre, in modo che il ricorso al binomio rinvio presidenziale-riproposizione del decreto-legge originario andrebbe confinato nell'eccezionalità⁶¹⁶. Nel caso specifico, a seguito dell'invio della lettera, le Camere e il Governo hanno accolto ampiamente le segnalazioni presidenziali, provvedendo a espungere dal testo "molte delle aggiunte sulle quali erano stati formulati rilievi da parte del Capo dello Stato", come riporta il comunicato del Quirinale del 26 febbraio 2011 diramato dopo la promulgazione della legge di conversione. In quella stessa nota, si legge, poi, che "il Presidente ha altresì preso atto dell'impegno assunto dal Governo e dai Presidenti dei gruppi parlamentari di attenersi d'ora in avanti al criterio di una sostanziale inemendabilità dei

⁶¹³ Cfr CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito del rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, cit., pag. 276.

⁶¹⁴ Cfr CARNEVALE-CHINNI, *C'è posta per te. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto mille proroghe*, cit., il quale rileva che "quella della reiterazione in caso di decadenza del provvedimento d'urgenza per via del rinvio presidenziale della legge di conversione rimane pur sempre una mera possibilità e non, certo, un obbligo per il Governo".

⁶¹⁵ Cfr GRISOLIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1992, pag. 231; cfr CORSO, *Sul rinvio alle Camere di una legge di conversione di un decreto-legge da parte del Presidente della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1987, pag. 109.

⁶¹⁶ Cfr PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., pag. 63.

decreti-legge”⁶¹⁷. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 13 febbraio 2012, che ha riguardato proprio la legge di conversione oggetto della missiva del Capo dello Stato, a pochi giorni di distanza, il 23 febbraio 2012, quasi a suggello delle indicazioni in essa contenute⁶¹⁸, è intervenuta una nuova nota ufficiale del Presidente della Repubblica, indirizzata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri. In questa missiva si sottolinea la decisione della Corte costituzionale “a tutela dello speciale procedimento di conversione in legge previsto dall’art. 77 della Costituzione: un procedimento [...] che ha un oggetto ben definito [...] e, conseguentemente, richiede una rigorosa delimitazione degli eventuali emendamenti secondo un criterio di stretta attinenza alle finalità e al contenuto originali del decreto-legge”.

Nella ponderazione degli interventi del Quirinale alla luce dei precedenti esaminati è importante sottolineare la prospettiva teleologica; il fine perseguito dal Presidente della Repubblica, infatti, non è quello di interferire con le funzioni di Governo e Parlamento, e l’intera dialettica tra i poteri dello Stato si muove nel rigoroso ambito delle rispettive attribuzioni costituzionali⁶¹⁹. L’intervento presidenziale non consiste in una partecipazione all’esercizio delle funzioni di governo; al contrario, vi è l’espressione di una vigilanza preventiva in modo che vengano rispettati i limiti costituzionali e gli ambiti costituzionali di competenza e di attribuzione di ciascun potere della Repubblica. L’azione del Quirinale, pertanto, è

⁶¹⁷ Cfr MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in www.rivistaaic.it, il quale sottolinea come con la Presidenza Napolitano possa parlarsi di “promulgazioni condizionate”, poiché in tali occasioni viene fatto riferimento a formali impegni assunti dal Governo ad apportare correzioni alla legge o nel seguire determinati criteri nella sua applicazione. Inoltre, l’Autore osserva come, con il passaggio a un sistema politico tendenzialmente maggioritario, il Capo dello Stato è divenuto “co-autore delle regole, elargendo il suo *imprimatur* a questa o a quella interpretazione delle disposizioni costituzionali”.

⁶¹⁸ Cfr SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, in *Rass. Parl.* n. 2/2012, pag. 369; cfr LUPO, *Decreti-legge omnibus: verso un recupero del procedimento legislativo ordinario?*, in www.nelmerito.it, 9 marzo 2012.

⁶¹⁹ Cfr DICKMANN, *Note su alcuni recenti interventi presidenziali riferiti a procedimenti parlamentari di esame di atti legislativi del Governo*, in www.federalismi.it, n.5/2011.

giustificata a titolo di garanzia del sistema costituzionale; tale sistema è caratterizzato da regole e funzioni in equilibrio grazie alla leale collaborazione tra tutti i soggetti istituzionali. Il Capo dello Stato ha titolo costituzionale per svolgere, secondo le forme e i limiti previsti dalla Costituzione, una attenta vigilanza sulle decisioni *in itinere*, al fine di salvaguardare i principi e i valori sui quali si fonda l'ordine costituzionale.

La natura di garanzia e non di partecipazione alla funzione di questi interventi presidenziali è dimostrata anche dalla prassi parlamentare che, come è stato espressamente ricordato dal Presidente della Camera dei deputati nel caso esaminato del decreto-legge “mille proroghe”, impone che su simili comunicazione del Quirinale non possa svolgersi alcun dibattito presso le Camere o i relativi organi⁶²⁰, diversamente dai messaggi presidenziali, ex art. 74, comma 1, Cost., che sono stampati e assegnati alle commissioni competenti e ponderati nell'ambito del procedimento legislativo per eventualmente deliberare di circoscrivere il riesame del testo rinviato alle sole parti contestate nel messaggio, sulla base delle motivazioni espresse in sede di rinvio⁶²¹.

⁶²⁰ Cfr Assemblea della Camera, 22 febbraio 2011, *resoc. Sten.* 72. E' prassi generale non consentire dibattiti parlamentari che potrebbero far emergere posizioni di critica politica all'operato di figure istituzionali collocate in posizione di terzietà nel sistema costituzionale, ad esempio per provocarne le dimissioni sulla base di un preteso voto conclusivo di “sfiducia” nel corso di mandato non contemplato né dalla Costituzione né dai regolamenti parlamentari. Si tratta di un accorgimento valido anche per gli interventi dei Presidenti delle Camere in sede di vaglio di ammissibilità dei testi presentati all'esame delle Assemblee: anche questi non possono formare oggetto di dibattito, nonostante i singoli parlamentari possano avanzare richieste di riesame delle pronunce adottate, perché funzionali a garantire l'autonomia dell'organo parlamentare. Inoltre cfr *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2011, pag. 22.

⁶²¹ Cfr Artt 70, comma 2, RC, e 136, comma 2, RS. I messaggi alle Camere, inclusi quelli di cui all'art. 87, comma 2, Cost., sono stampato come documenti parlamentari.

CAPITOLO QUARTO

DECRETAZIONE D'URGENZA E POTERE NECESSITATO DI ORDINANZA

1-IL POTERE NECESSITATO DI ORDINANZA

A questo punto della ricerca, la decretazione d'urgenza va messa in correlazione con il potere necessitato d'ordinanza, in questo capitolo, e con il fenomeno delle leggi provvedimento, nel successivo, per evidenziare i rispettivi limiti di operatività e gli spazi d'azione; anche questi aspetti che la prassi ha confuso in modo deleterio.

Il potere necessitato di ordinanza, in linea sia con la giuspubblicistica statutaria⁶²² sia con quella repubblicana⁶²³, è stato inteso come un intervento finalizzato a fronteggiare un pericolo di danno grave ed imminente per la generalità dei cittadini, caratterizzato da un contenuto determinabile discrezionalmente e non prestabilito dalla legge, idoneo ad incidere, tramite la sospensione e la deroga, sulla legislazione in vigore, con efficacia

⁶²² Cfr ORLANDO, *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge comunale e provinciale*, in *Foro it.*, 1935, III, pag. 148; cfr GIANNINI, *Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, XVII, 1945, pag. 400; cfr PALADIN, *Decreti-legge e provvedimenti d'urgenza delle Giunte regionali*, in *Giur. it.*, 1959, I, pag. 1265; cfr BARTOLOMEI, voce *Ordinanza* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pag. 970.

⁶²³ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimento di necessità ed urgenza*, in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1965, pag. 93; cfr MODUGNO-NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, vol. III, pag. 515; cfr PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, pag. 108; cfr CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, pag. 56.

tendenzialmente temporanea⁶²⁴. Da questo potere sono prodotti atti che si giustificano sulla base della necessità e dell'urgenza del provvedere. Anticipando alcune tematiche, è possibile già affermare che questi atti si pongono in una posizione di difficile armonizzazione con il sistema costituzionale repubblicano; il fenomeno complessivo della molteplicità di ordinanze derogatorie finisce per intaccare parti rilevanti dell'ordinamento giuridico e per alterare competenze costituzionalmente stabilite. Ne consegue che le ordinanze si presentano in modo particolare come micro-ordinamenti derogatori dell'ordinamento generale e vengono spesso prorogati per anni. Ciò che rileva, pertanto, non è tanto il singolo atto quanto l'incisività di un insieme di tali atti nei confronti del sistema delle fonti del diritto. Nonostante gli sforzi della dottrina e le raffinate elaborazioni che ne sono scaturite, il *nomen* di ordinanza, senza altre specificazioni, conserva un significato atecnico e semplicemente idoneo a designare atti accomunati, oltre che dalla natura monocratica dell'organo, da una connotazione straordinaria, intesa, però in modo vario e spesso contraddittorio⁶²⁵. In via generale, la partizione fondamentale è tra ordinanze ordinarie ed ordinanze straordinarie o necessitate; in merito a quest'ultime, si tratta di atti che l'autorità amministrativa adotta, in deroga alle norme vigenti, per fronteggiare un fatto emergenziale⁶²⁶. All'interno della categoria, la dottrina⁶²⁷ utilizza tre criteri di

⁶²⁴ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, pag. 139.

⁶²⁵ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, pag. 422.

⁶²⁶ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimento di necessità ed urgenza*, cit., pag. 91, il quale definisce le ordinanze come "quegli atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal Governo". Inoltre cfr MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, pag. 1, il quale restringe la categoria agli atti "a contenuto non previamente determinato". Secondo una impostazione dissimile cfr BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pag. 975, il quale ritiene che il potere di ordinanza può configurarsi "tutte le volte in cui la previsione normativa ipotizza delle potestà, attribuite normalmente ad un numero limitato di autorità amministrative, che permettono di provvedere, in occasione di determinati eventi già preventivamente indicati ed individuati in termini fenomenici".

⁶²⁷ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, pag. 424; diversamente cfr BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, pag. 54, il quale distingue tra ordinanze "sussidiarie" ed ordinanze "primarie", tra

classificazione: i presupposti legittimanti che la norma attributiva della competenza pone per l'adozione delle ordinanze, il grado di predeterminazione del contenuto da parte della stessa norma attributiva, e il livello delle disposizioni oggetto di sospensione o deroga provvisoria. Dunque, in base al primo criterio, si hanno le ordinanze "generalì", idonee a fronteggiare i fatti emergenziali innominati, e le ordinanze speciali, previste per emergenze tipiche; per il secondo, si distingue il caso in cui il contenuto è determinato in concreto dal soggetto titolare del potere straordinario dal caso nel quale la legge predetermina, con un grado di dettaglio più o meno elevato, le misure emergenziali; infine vanno posti i provvedimenti che rispettano il principio gerarchico di preferenza della legge, le ordinanze amministrative in senso stretto, oppure provvedono in deroga ad ogni disposizione vigente, le ordinanze *contra legem*. Pertanto, se da un punto di vista formale le ordinanze appaiono come provvedimenti amministrativi, quanto al piano sostanziale va considerata non solo astrattamente la capacità derogatoria di tali atti nei confronti di una o più leggi, ma anche la circostanza di fatto per cui le deroghe operate, anziché delimitate, circoscritte e localizzate, sono ricorrenti, diffuse, prorogate e spesso indipendenti da una reale situazione di eccezionalità ed imprevedibilità⁶²⁸. Si produce, di conseguenza, l'effetto derogatorio tipico delle norme speciali⁶²⁹, supponendo che vi sia antinomia, nonostante l'applicazione del criterio di specialità abbia come fine preciso

ordinanze "necessitate ordinarie" ed ordinanze "necessitate *extra ordinem*"; l'Autore critica la correttezza scientifica della individuazione della categoria delle ordinanze "libere". Inoltre cfr CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pag. 25, e cfr GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, pag. 41.

⁶²⁸ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 141, la quale precisa che "oltre al problema della *legittimità delle deroghe operate dalla singola ordinanza*, rileva il problema della *legittimità dell'insieme di tali deroghe*, così rilevanti, nel loro complesso, e soprattutto così perduranti, da derogare, in ultima analisi, a quei principi generali dell'ordinamento giuridico che la giurisprudenza e la stessa legge 225 del 1992 – come anche le leggi relative ai "commissari per le opere pubbliche" – hanno invece posto come limite invalicabile per la legittimità delle stesse ordinanze.

⁶²⁹ Cfr MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, 1978, pag. 517. Inoltre cfr RESCIGNO, *Deroga* (in materia legislativa), in *Enc. dir.*, XII, 1964, pag. 304, il quale definisce la deroga come sopravvivenza di una norma di specie che vige contemporaneamente alla norma di genere secondo il rapporto regola-eccezione.

quello di individuare la norma applicabile concretamente, mediante la restrizione della portata della norma generale e la corrispondente operatività della norma speciale derogatoria. In tal senso si colloca la posizione di chi⁶³⁰ ritiene che il criterio di specialità opera rispetto ad “antinomie improprie”, le quali si risolvono grazie all’interpretazione, al processo mediante il quale dalle disposizioni si traggono le norme. Oltre all’antinomia tra ordinanza e legge, conta quella di principio tra gli stati d’eccezione e l’ordinamento⁶³¹, nel tentativo di ricercare un equilibrio ragionevole tra ciò che è straordinario e ciò che è ordinario; la deroga opera laddove si assista alla prevalenza di una norma rispetto ad un’altra secondo il presupposto che queste norme siano entrambe valide. Va però tenuto presente che “la deroga viene disposta di volta in volta dalle singole ordinanze”⁶³², senza una predeterminazione da parte della norma attributiva del relativo potere, in quanto questa è “tipicamente ed esclusivamente norma sulla produzione giuridica”⁶³³, mentre le ordinanze sono “atti di produzione giuridica”, in modo che “la deroga corre solo fra norma derogata e ordinanza, mai fra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza”⁶³⁴. Sul carattere normativo delle ordinanze, autorevole dottrina⁶³⁵ sostiene che “può anche accadere che le ordinanze assumano contenuto (...) generale-astratto nel senso di normativo, disponendo per una serie indefinita di situazioni possibili anche in deroga al diritto vigente”, senza che sia possibile “sottrarsi all’impressione che un’ordinanza a struttura normativa assomigli molto più ad una legge

⁶³⁰ Cfr MODUGNO, *Ordinamento giuridico* (dottrine generali), in *Enc. dir.*, XXX, 1980, pag. 704, da ultimo in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009.

⁶³¹ Cfr FRANCO, *I problemi della coerenza e della completezza dell’ordinamento*, in MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1994, pag. 159, il quale ragiona sul fatto che l’ordinamento si ispira contemporaneamente sia al valore della libertà, sia a quello della sicurezza, affermando che questi sono “valori che di solito si considerano antinomici, perché la tutela della libertà si risolve in genere a discapito della sicurezza e la tutela della sicurezza tende a limitare la libertà”.

⁶³² Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 143.

⁶³³ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimento di necessità ed urgenza*, cit., pag. 92.

⁶³⁴ Cfr RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 93.

⁶³⁵ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, VI, pag. 36, e *Costituzione ed ordinanze sindacali dispositive della proprietà*, in *Foro.it.*, 1956, I, pag. 456.

temporanea che non, ad esempio, ad una autorizzazione amministrativa o al provvedimento di esonero di un impiegato o ad un decreto di esproprio". Altri⁶³⁶ riflettono sul fatto che sia preferibile distinguere sulla base delle concrete ordinanze, ritenendo che nel caso in cui un'ordinanza, per scelta discrezionale, detti una disciplina in astratto, per ogni possibile ed eventuale situazione, questa avrà una natura normativa; non mancano posizioni ancora più determinate, come quella di chi⁶³⁷ vede nelle ordinanze addirittura il carattere di atti con forza di legge, dato che "in realtà la struttura delle ordinanze stesse in nulla differisce da quella delle comuni norme generali, intesa la generalità anche nel senso della ripetibilità", e come chi⁶³⁸ sostiene il valore legislativo delle ordinanze, inteso come la capacità di incidenza a livello legislativo. Queste argomentazioni trovano riscontro nella prassi che continuamente fa ricorso a misure derogatorie, per esempio adottate da commissari straordinari, non giustificabili in termini di imprevedibilità ed eccezionalità, consentendo la formazione dei già menzionati "micro-ordinamenti" derogatori di tipo diffuso sulla base di presupposti scarsamente definiti. A questo si aggiunge il fenomeno della proroga del potere di ordinanza che provoca un prolungamento stabile nel tempo delle deroghe delle norme vigenti.

Ai fini della presente ricerca, quanto fin qui detto a livello generale va ora inquadrato nel contesto della legge n. 225 del 1992, riguardante la protezione civile. Si sceglie, quindi, tra le diverse tipologie di ordinanze, di analizzare quelle ricomprese da questa normativa, sia per il grado elevato di diffusione sia perché si ritengono più adatte, anche per esigenze comparative, con l'analisi della decretazione d'urgenza.

⁶³⁶ Cfr SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, pag. 109.

⁶³⁷ Cfr MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pag. 71, il quale rileva che quando le misure sono destinate ad un numero indeterminato ed indeterminabile di soggetti, durante la permanenza della situazione di danno e di pericolo, il carattere normativo risulta innegabile, mentre il carattere della singolarità appare "solo nel senso di eccezione alla normalità".

⁶³⁸ Cfr MODUGNO, *Principi di diritto costituzionale*, Torino, 2008, pag. 156.

2-LEGGE N. 225/1992

La legge n. 225 del 1992 istituisce il Servizio nazionale della protezione civile e ha come scopo quello di porre una disciplina sistematica delle attività necessarie a prevenire e a prevedere il fatto emergenziale⁶³⁹. Il legislatore, dunque, pone un obbligo all'amministrazione di predisporre programmi di previsione e di prevenzione a livello nazionale, regionale e provinciale, nel tentativo di aumentare la portata qualificatoria del diritto ordinario⁶⁴⁰ e ridurre al minimo il ricorso a misure straordinarie. La prassi non si è posta sulla linea del legislatore del 1992 e il riferimento alle misure necessarie ha finito per allentare le maglie del tessuto normativo, introducendo un rilevante margine di discrezionalità⁶⁴¹; infatti, è rimesso al titolare del potere d'eccezione la valutazione sulla necessità di fronteggiare la situazione con mezzi straordinari. In particolare, va analizzato l'art. 5, denominato "*Stato di emergenza e potere di ordinanza*", il quale prefigura un sistema derogatorio che permette l'assunzione della gestione dell'emergenza, tramite delibera che determini la durata e l'estensione territoriale dell'emergenza, da parte del Consiglio dei Ministri. In secondo luogo, la potestà del Presidente del Consiglio o, per sua delega del Ministro per il coordinamento della protezione civile, di emanare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁶⁴². Da ricordare anche il terzo comma, per il quale si possono "emanare altresì ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose"; si tratta di competenze a contenuto libero, la cui norma attributiva ne prevede

⁶³⁹ Cfr GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile*, Milano, 1993, pag. 57.

⁶⁴⁰ Cfr SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *Quaderni della Luiss*, 2, 1996, pag. 18, in cui l'Autore sottolinea come il ricorso straordinario al potere di ordinanza presupponesse il fallimento della fase preventiva e che in "tema di protezione civile uno dei problemi fondamentali consiste nell'individuare un nucleo di "ordinarietà" nelle situazioni di emergenza".

⁶⁴¹ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 434.

⁶⁴² Cfr CARUSO, *Protezione civile e potere di ordinanza: note sull'art. 5.1 l. 225/1992*, in *Foro.it*, 1992, pag. 3054.

espressamente la portata derogatoria⁶⁴³ e, in questo senso, si inserisce anche il nuovo art. 5-*bis* che prevede che “le disposizioni di cui all’art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza”. Il sistema così delineato ha assunto uno specifico rilievo nel contesto delle funzioni di Governo⁶⁴⁴, fino a diventare una normativa di carattere generale e fondamentale sia per l’indirizzo complessivo dell’azione amministrativa sia per la politica generale dell’Esecutivo, in relazione all’indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere, in linea con l’impostazione della legge n. 400 del 1988. Il quadro predisposto dalla legge 225/1992 prevede una particolare modalità di intervento del Governo alternativa a quella ordinaria, in un’ottica di complementarietà; infatti, il Consiglio dei Ministri dispone del potere di dichiarazione dello stato di emergenza e di quello di ordinanza ogniqualvolta valuti determinati eventi, non ben identificati dalla legge, come meritevoli di essere gestiti in modo straordinario⁶⁴⁵, secondo la disciplina dell’art. 2, laddove si riferisce ad “altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari”. A questo si aggiunge il fatto che l’art. 5 prescrive anche un meccanismo che consente al Governo di incrementare il proprio spazio di azione da un punto di vista soggettivo, statuendo, al comma 4, che il Presidente del Consiglio ovvero, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, “può avvalersi di commissari delegati”, anch’essi muniti del potere di ordinanza. Diversi elementi, pertanto, consentono di affermare che la legge 225/1992 possa essere posta accanto alla legge 400/1988, normativa sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio

⁶⁴³ Cfr SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., pag. 14, secondo cui non si tratta di provvedimenti attuativi di previsioni più o meno precise, ma di “strumenti di intervento innovativo, e perciò derogatorio, se ciò risulta necessario per affrontare la situazione”.

⁶⁴⁴ Cfr PALADIN, voce *Governo*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pag. 675; cfr BARTOLE, *Assetto del Governo e relazioni intergovernative*, in *Quad. cost.*, 1981, pag. 354; cfr PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l’organizzazione del Governo*, Padova, 1986, pag. 41.

⁶⁴⁵ Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 54.

prevista dall'art. 95 Cost., quale riferimento legislativo fondamentale e generale per l'attività di governo. In sintesi, questi requisiti consistono nell'indeterminatezza della fattispecie "grandi eventi" e la relativa discrezionalità qualificatoria del Governo, nella caratteristica della legge 225/1992 di emettere ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti in un quadro di concorrenza e di alternativa con il decreto-legge, e nella possibilità, per l'Esecutivo, di attuare il proprio indirizzo politico mediante questa particolare tipologia di atti, le ordinanze, che sfuggono al controllo delle Camere. Si rafforza una modalità di governo alternativa, e, come si vedrà, per molti aspetti in contrapposizione con quella ordinaria, la quale usufruisce troppo spesso di una disciplina dal contenuto speciale e derogatorio in luogo di una normativa di carattere fondamentale e generale. Preoccupazioni per un esito di siffatta natura erano già state espresse dal Presidente della Repubblica in un messaggio di rinvio alle Camere, in data 15 agosto 1990⁶⁴⁶; i rilievi presidenziali non vennero condivisi dal Parlamento e la legge 225/1992 fu successivamente approvata e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 marzo 1992, n. 64. A conferma della perdurante attualità delle questioni già

⁶⁴⁶Cfr www.quirinale.it Il Capo dello Stato rinvia, ai sensi dell'art. 74 Cost., la legge approvata dalla I Commissione permanente del Senato della Repubblica il 28 giugno 1990 e in via definitiva dalla I Commissione permanente della Camera dei Deputati il 31 luglio 1990, in quanto ritenuta inopportuna nel "merito costituzionale". Le "forti perplessità" del Presidente si concentravano sulla figura, ritenuta di "incerta qualificazione costituzionale" del Ministro per il coordinamento della protezione civile, contestandone la rilevante competenza politica, istituzionale e giuridica, a fronte di un atto di nomina del Presidente del Consiglio avente natura di semplice atto amministrativo, in quanto "non adottato, a differenza di quelli costituzionali di formazione del Governo, con atto del Presidente della Repubblica, controfirmato dal Presidente del Consiglio dei ministri". Altro rilievo fu quello relativo alla dichiarazione dello stato di emergenza, nei confronti del quale il Presidente notava come la Costituzione avesse voluto ignorarlo, in quanto si trattava di "situazioni la cui gestione può richiedere un diverso ordine di funzionamento dei pubblici poteri (...) ed una capacità di deroga all'ordinamento vigente in via ordinaria". Il Presidente affermava che anche con legge ordinaria fosse possibile prevedere stati di emergenza e regimi istituzionali particolari per la loro gestione, tuttavia, "da un lato la legittimità costituzionale richiede che essi si muovano strettamente nell'ambito del sistema delle garanzie e dei diritti del cittadino e nel sistema di Governo istituito dalla Costituzione; dall'altro, la convenienza e la correttezza costituzionale, oltre ad una ordinata tecnica legislativa, che peraltro acquista rilevanza per i valori di certezza e quindi riconoscibilità giuridica degli atti che esse predispone, richiedono la massima chiarezza e l'aderenza a rigorosi criteri di necessità nell'istituire regimi speciali di esercizio di funzioni amministrative, in deroga all'organizzazione ordinaria ed alla legislazione vigente in via permanente ed ordinaria".

segnalate, vi è un recente comunicato della Presidenza della Repubblica, denominato: “*A proposito di alcune dichiarazioni sugli atti relativi a stati di emergenza e grandi eventi*”⁶⁴⁷.

Sempre in relazione alle questioni poste dalla legge 225/1992 aspetto non secondario riguarda le competenze legislative statali e regionali in tema di protezione civile. Già il d.lgs. n. 112 del 1998 statuiva che le funzioni relative alla protezione civile dovevano essere conferite alle Regioni e agli Enti locali in base al principio di sussidiarietà. Con la riforma del Titolo V, attuata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, si dispone che la protezione civile diviene materia concorrente tra Stato e Regioni, demandando, in particolare, allo Statuto e alle leggi regionali la disciplina del conferimento e dell’esercizio delle funzioni amministrative, e alla potestà regolamentare degli Enti locali le disposizioni di dettaglio in riferimento all’organizzazione della protezione civile⁶⁴⁸. In questo assetto, si verifica il fenomeno dell’attrazione della protezione civile in situazioni che sono unicamente determinate da inadeguatezza, ma prive dei requisiti emergenziali. A titolo di esempio, va ricordato l’art. 3 della legge n. 210 del 2008, che ha convertito il decreto-legge n. 172/2008, relativo allo smaltimento dei rifiuti in Campania, in cui, modificando il d.lgs n. 267 del 2000, è prevista la rimozione dei componenti eletti degli Enti locali laddove, ai sensi di una dichiarazione ex legge 225/1992, vi sia uno stato di emergenza nel settore dei rifiuti⁶⁴⁹. Nella parte in

⁶⁴⁷ Cfr www.quirinale.it, comunicato del 15 febbraio 2010, in cui, richiamando il discorso alle Alte Magistrature del 21 dicembre 2009, il Capo dello Stato evidenziava “il rischio del prodursi effetti negativi sul livello qualitativo dell’attività legislativa e sull’equilibrio del sistema delle fonti che derivano – oltre che dal frequente e ampio ricorso alla decretazione d’urgenza nonché dalla notevole estensione in sede di conversione del contenuto di tali provvedimenti – anche dal crescente uso e dilatazione delle ordinanze d’urgenza”.

⁶⁴⁸ Cfr GANDINI-MONTAGNI, *La protezione civile. Profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, 2007, pag. 56.

⁶⁴⁹ Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 203, nota 4, dove si afferma che “con riguardo alla modifica dell’art. 142 del T.u.e.l. non si può fare a meno di notare che il riferimento al Sottosegretario di Stato, istituito dal decreto-legge n. 90/2008 con riguardo ad una specifica emergenza, appare improprio nella misura in cui è riferito a norme (l. 225/1992 e d.lgs n. 267/2000) che non prevedono tale figura. Va infine osservato che il d.l. 172/2008 era, su questo punto, meno stringente della legge di conversione n. 210/2008, in quanto non era originariamente previsto né che l’inosservanza

cui il legislatore parla di “grave inosservanza di specifici obblighi posti a carico dei Comuni” si fa riferimento alle relative ordinanze che concorrono alla precisazione e specificazione di tali obblighi. Da questo, si evince che la questione delle ordinanze di protezione civile si congiunge e si mescola ai poteri sostitutivi statali nei confronti degli Enti locali⁶⁵⁰, previsti dall’art. 120, comma 2, Cost. e dall’art. 8 della legge n. 131 del 2003, e in entrambi i casi il commissariamento⁶⁵¹ è la soluzione prescelta. Nonostante la riforma costituzionale del 2001, la legge 225/1992 resta la più immediata e privilegiata per l’esercizio del potere sostitutivo statale, con conseguente compressione impropria dell’autonomia locale. Il quadro, dunque, si è alquanto complicato e, nel tentativo di evidenziare alcune linee guida, è opportuno rifarsi anche alla giurisprudenza costituzionale. In tal senso, degna di nota è la sentenza n. 127 del 1995⁶⁵², in cui la Corte risolve un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Puglia contro il Governo, che aveva dichiarato con d.P.C.M. lo stato d’emergenza e adottato una conseguente

fosse “grave”, né che fosse assegnato il “congruo termine” prima del provvedimento di rimozione”.

⁶⁵⁰ Cfr MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, pag. 50, 198, 212, il quale distingue poteri sostitutivi in senso stretto e poteri surrogatori sganciati dall’inerzia regionale e adottati in situazioni di urgenza, sebbene ritenga possibile ricondurre gli uni e gli altri, qualora vi siano le condizioni, alla disciplina dell’art. 120 della Costituzione.

⁶⁵¹ Cfr DICKMANN, *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell’esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del governo*, in *Foro amm. CdS*, 2008, pag. 2549.

⁶⁵² Cfr Corte cost., sent. n. 127/1995, in *Giur. cost.*, 1995, pag. 2140, in cui nel chiedere l’annullamento di due atti, la Regione lamenta la violazione degli artt. 117, 118, 119, 133 della Costituzione, oltre ad alcune disposizioni dello Statuto regionale. Secondo la Regione, non ricorrendo la “calamità naturale” o la “catastrofe”, la situazione non rientrerebbe nella lettera c) dell’art. 2 della legge 225/92 bensì nella lettera b) del medesimo articolo e, di conseguenza, non spettava all’Esecutivo l’intervento con “mezzi e poteri straordinari”, ma era sufficiente “l’intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria”. In subordine la Regione richiede che la Corte costituzionale sollevi davanti a sé una serie di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la stessa legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, la più volte ricordata legge n. 225 del 24 febbraio 1992. Nello specifico la Regione lamenta l’illegittimità dell’art. 5, nella parte in cui consentirebbe, in tempi di emergenza, di vulnerare le competenze regionali nonostante si tratti di poteri aventi immediata copertura costituzionale e quindi inderogabili in ogni tempo. Le Regione poi denuncia l’illegittimità degli artt. 3, comma 5, e 5, comma 1, nella parte in cui, non condizionando il mantenimento dei poteri d’emergenza al sussistere dei presupposti giustificativi, conferiscono eccessiva discrezionalità al Governo, ponendosi in contrasto con gli artt. 1, 5, 11, 70, 76, 77, 117, 118, 119 della Costituzione.

ordinanza. La Corte risolve il conflitto dichiarando, da un lato, che spetta allo Stato ricorrere alla dichiarazione dell'emergenza in ordine alla situazione determinatasi nella Regione Puglia, e, dall'altro, che non spetta allo Stato introdurre prescrizioni che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto e tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici⁶⁵³. Da questa sentenza emergono due principi generali, estensibili a tutte le ordinanze di necessità ed urgenza: il primo concerne che non è ammissibile, nonostante il fatto emergenziale, comprimere il ruolo delle Regioni, privandole del potere di co-decidere con altre autorità; il secondo riguarda la prescrizione per le ordinanze che elencano atti normativi derogabili di procedere in modo congruo e proporzionato, concedendo al giudice ordinario la facoltà di annullare o disapplicare l'elenco nella parte in cui non risulti né congruo né proporzionato⁶⁵⁴. Pertanto, il potere di deroga della normativa primaria conferito ad autorità amministrative ha carattere eccezionale e si esplica in deroghe temporalmente delimitate e non anche in abrogazioni o modifiche di norme vigenti⁶⁵⁵. Questo potere richiede una specifica autorizzazione legislativa, idonea a circoscriverne il contenuto, i tempi e le modalità di esercizio, in modo che emerga chiaramente la relazione di strumentalità che intercorre tra l'emergenza e le misure atte a fronteggiarla, le quali individuano le norme primarie di cui si consente la temporanea sospensione. Il fatto emergenziale, infatti, non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale e locale, poiché il richiamo ad una finalità di interesse generale non può giustificare misure che portino con sé una violazione ad una sfera di interessi garantita costituzionalmente.

⁶⁵³ Cfr RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, pag. 2185.

⁶⁵⁴ Cfr RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pag. 2202.

⁶⁵⁵ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 441.

Vi è poi un'altra importante sentenza che merita attenzione e che permette di comprendere meglio la complessità delle questioni legate all'emergenza, specie quando questa, prolungandosi per un periodo indeterminato, giunge a soppiantare l'ordinario assetto delle istituzioni locali. Si tratta della sentenza n. 277 del 2008⁶⁵⁶, in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria n. 27 del 28 dicembre 2007, denominata "*Integrazione piano regionale dei rifiuti*", la quale aveva disposto la sospensione delle norma contenuta nel piano di gestione dei rifiuti della Regione, che autorizzava la realizzazione del raddoppio del termovalorizzatore di Gioia Tauro. Codesto piano di gestione era stato disposto con l'ordinanza n. 6294 del 30 ottobre 2007 da parte del commissario straordinario; ci si trova, quindi, nel problematico contesto di una amministrazione straordinaria, dinanzi ad una legge regionale successiva e contrastante con una ordinanza commissariale emanata in base agli artt. 2 e 5 della legge 225/92⁶⁵⁷. Si afferma una posizione della giurisprudenza costituzionale secondo la quale, mediante la legge 225/92, "il legislatore statale ha rinunciato ad un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico", sebbene "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari"⁶⁵⁸ siano di specifica competenza statale, l'esercizio di tali poteri deve avvenire d'intesa con le Regioni interessate. Sono pertanto da giudicarsi incostituzionali le leggi regionali contrastanti con i principi fondamentali della

⁶⁵⁶ Cfr Corte cost., sent. 277/2008, in *Giur. cost.*, 2008, pag. 3119.

⁶⁵⁷ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 210, la quale ricostruisce il percorso giurisprudenziale operato dalla Corte costituzionale. In tema di competenze statali e regionali, "il giudice delle leggi richiama la legge n. 225 del 1992, il d.lgs n. 112 del 1998 e il d.l. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001, in quanto norme che concretizzano e specificano la norma costituzionale invocata a parametro, in questo caso, l'art. 117, terzo comma, Cost."[...] "in particolare il d. lgs n. 112 del 1998 (art. 107, comma 1, lett. b e c), così come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 82 del 2006 – quindi in un momento successivo alla riforma costituzionale – esclude che il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte della legge regionale, data l'esigenza di *unitarietà, coordinamento e direzione*".

⁶⁵⁸ Cfr Corte cost., sent. 347/2003, in *Giur. cost.*, 2003, pag. 3624; cfr Corte cost., sent. 129/2006, in *Giur. cost.*, 2006, pag. 1198; cfr Corte cost., sent. 284/2006, in *Giur. cost.*, 2006, pag. 2916.

materia “protezione civile”, contenuti nell’art. 5 della legge 225/92. La Corte reputa fondato l’intervento statale ed afferma che le leggi regionali che intendano “neutralizzare” gli effetti prodotti da ordinanze d’urgenza emanate dai commissari straordinari delegati dall’Esecutivo sono invalide, perché contrarie ai principi fondamentali dettati dal legislatore statale in una materia di competenza concorrente, quale è quella della protezione civile⁶⁵⁹. E’ fondata la definizione data della legge 225/92 come “norma di chiusura del sistema”⁶⁶⁰, in quanto evidenzia che nella materia “protezione civile” può rientrare praticamente tutto. Dal contesto evidenziato si impone una riflessione sul significato dell’autonomia regionale, laddove entri in relazione con un intervento dello Stato ritenuto, date le circostanze, imprescindibile. La questione che si pone è quella della sussidiarietà, la quale è ancora troppo ancorata a logiche centralistiche ed ascensionali mentre andrebbe privilegiata una impostazione che sia in grado di permettere alle Regioni, e alle autonomie locali in generale, di esercitare le proprie competenze costituzionalmente garantite evitando, o riducendo al minimo i tempi dell’emergenza. Questo a conferma del fatto che il livello di governo maggiore risulta spesso inadeguato alla risoluzione dei problemi per i quali è stato adito sulla base della sussidiarietà, tralasciando che tale intervento dovrebbe sopraggiungere solamente ed unicamente come un sostegno in casi di effettiva e comprovata inadempienza ed incapacità del livello di governo inferiore, in un’ottica di rafforzamento della responsabilità delle autonomie locali⁶⁶¹. La prassi contraria a questo disegno ha pertanto consentito, legittimamente, di parlare di “assistenzialismo consensuale”⁶⁶². Occorre evitare che si determini una

⁶⁵⁹ Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 211.

⁶⁶⁰ Cfr MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Milano, 1996, pag. 467.

⁶⁶¹ Cfr RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in MODUGNO-CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione, dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, pag. 30.

⁶⁶² Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 220, la quale riporta il pensiero della relazione finale del 15 febbraio 2006 della Commissione parlamentare d’inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse, XIV legislatura, in cui si afferma che “la naturale riespansione del disegno costituzionale, anche a

“stabilizzazione dell'emergenza”, e questo è aggravato dal dato formale consistente nella coincidenza tra il titolare del commissariamento e il titolare dell'organo sostituito in quanto si viene, inevitabilmente, a spezzare il legame tra la comunità territoriale oggetto dell'intervento emergenziale e il suo rappresentante legittimamente eletto; in questo modo, si accresce il divario tra i cittadini e le decisioni di chi è chiamato ad amministrare poiché quest'ultimo, una volta dotato dei poteri ex art. 5 legge 225/92, sarà tenuto a rispondere della sua azione al Governo che lo ha nominato, in evidente contrasto con i principi di autonomia territoriale e con lo stesso principio di sussidiarietà⁶⁶³.

In riferimento alla legislazione e alla giurisprudenza finora riportata, è necessario un approfondimento sulla circostanza che la legge 225/92 rappresenta titolo di legittimazione ulteriore di interventi statali rispetto all'elencazione di materie operata dall'art. 117 della Costituzione. E' ipotizzabile una configurazione, nel suo complesso, della stessa legge 225/92 anche come clausola generale, idonea, quindi, a permettere nuove azioni dello Stato a prescindere dalla allocazione di materia tra Stato e Regioni. Si verifica una estensione di quanto la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza 303 del 2003⁶⁶⁴, in cui si è giustificato l'attrazione di funzioni amministrative a livello nazionale e la relativa disciplina legislativa statale⁶⁶⁵. E' infatti applicabile anche al potere necessitato d'ordinanza previsto dalla legge 225/92 la elaborazione data dalla Consulta secondo cui “limitare l'attività

seguito delle modifiche conseguenti alla legge n. 3 del 2001, vuole il rispetto delle autonomie dei diversi livelli di governo delle comunità locali, come condizione dell'operatività ordinaria del principio di sussidiarietà: solo una distinzione chiara fra competenze, poteri di coordinamento ed interventi sostitutivi consentirà di non ripetere più l'azione sussidiaria come inscindibilmente collegata alla straordinarietà e, quindi, al commissariamento”.

⁶⁶³ Cfr CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pag.360.

⁶⁶⁴ Cfr Corte cost., sent. 303/2003, in *Giur. cost.*, 2003, pag. 2675.

⁶⁶⁵ Cfr DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (Osservazioni a Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303)*, in *federalismi.it*, n. 12/2003; cfr RAZZANO, *La “reinterpretazione” della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sent. n. 303/2003*, in *Giur. cost.*, 2005, pag. 201.

unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materia di potestà concorrente (...) significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione delle competenze”. In tal modo, è possibile affermare che lo Stato interviene indipendentemente dalla distribuzione di materia disciplinata dall’art. 117 Cost. sia mediante l’interpretazione dinamica del principio di sussidiarietà, affermata nella sentenza n. 303/2003, sia mediante le procedure della legge 225/92, assieme agli “aggiornamenti in senso regionalistico”⁶⁶⁶ di questa, ossia il d.lgs n. 118/1998 e la legge n. 401/2001, che hanno portato ad una importante riconsiderazione del ruolo delle intese tra Stato e Regioni, come contrappeso alla realizzatasi sottrazione di spazi regionali. E’ inoltre importante sottolineare l’impiego della nozione di deroga operata dalla Corte costituzionale; sempre nella sentenza n. 303/2003, il giudice delle leggi afferma che “i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell’interesse pubblico sottostante all’assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata”. Questo medesimo significato di deroga è estensibile anche alla legge 225 del 1992 e, in tal modo, ne viene sottolineata la specialità della normativa stessa.

⁶⁶⁶ Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 47.

3-I LIMITI DELLE ORDINANZE NECESSARIE E LA “RISERVA” DI DECRETAZIONE D’URGENZA.

Si è finora evidenziato come la legge sulla protezione civile sia diventata un riferimento legislativo generale e fondamentale per l’attività di governo, producendo un numero tale di ordinanze da poter affermare che le stesse, anziché provvedimenti eccezionali, straordinari e residuali, abbiano assunto la natura di atti consueti, abituali e, di conseguenza, ordinari. Si tratta di atti amministrativi preferiti alle norme in considerazione della loro duttilità, della semplicità e della rapidità di adozione, i quali raramente vanno ad affrontare fatti emergenziali secondo i requisiti esposti. Il presupposto per la loro operatività non è più soltanto la calamità o l’imprevisto, ma qualunque situazione che le autorità legittimate dalla legge ritengano di dover gestire con mezzi e poteri straordinari, come recita l’art. 2, lettera c) della legge 225/92. Il tema che si pone all’attenzione è dunque quello dell’ammissibilità di tali ordinanze e i limiti che esse incontrano. La dottrina⁶⁶⁷ che si è occupata della questione ha variamente argomentato sul merito e alcuni⁶⁶⁸ fondano le proprie considerazioni sull’esistenza di un’autorizzazione legislativa finalizzata a legittimare la deroga alla legge nel rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge relative; in relazione a quest’ultimo aspetto va segnalata la posizione di chi ritiene che “se la riserva relativa esige la previa indicazione dei criteri direttivi ai quali dovrà attenersi la pubblica amministrazione nell’usare il potere discrezionale che le è attribuito, la ricostruzione dei limiti

⁶⁶⁷ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 89; cfr BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pag. 970; GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, cit., pag. 42; cfr GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pag. 388; cfr POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, pag. 264.

⁶⁶⁸ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 95, secondo il quale se “non sembra contestabile che le norme attributive di poteri di ordinanza come minimo autorizzano la Pubblica Amministrazione a derogare in casi di necessità e di urgenza a norme poste da fonti subordinate alle leggi”, “risposta parimenti positiva deve darsi alla domanda se le ordinanze possono intervenire anche in deroga a legge in materie non coperte da alcuna riserva”. Sulla stessa linea inoltre cfr CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pag. 8.

alla discrezionalità permette di individuare in positivo quei criteri, quelle finalità, quegli ambiti particolari, in cui il potere può esplicarsi”⁶⁶⁹. Altri sottolineano la presunta mancanza di natura normativa che escluderebbe una antinomia diretta con le leggi derogate, ritenendo decisivo l’argomento della tassatività della fonti del diritto⁶⁷⁰; altri ancora riflettono sulla mancanza della forza di legge⁶⁷¹ o sulla necessità quale fonte del diritto idonea a legittimare interventi che sono necessitati in presenza di lacune dell’ordinamento giuridico⁶⁷². Infine, anche sulla base della giurisprudenza costituzionale, ci si concentra sull’applicazione del criterio secondo il quale la natura di atto-fonte va ricavata non argomentando in astratto ma prestando attenzione ad ogni dato utile che emerga dal diritto positivo⁶⁷³. Nonostante la ponderazione e la capacità argomentativa di queste ricostruzioni, sulla base di quanto fin qui studiato, è lecito avanzare alcuni dubbi sulla piena costituzionalità del potere necessitato d’ordinanza sia in termini generali sia con particolare riferimento alla disciplina della legge 225/92. Nel tentativo di sostenere giuridicamente quanto appena affermato, è utile partire rilevando l’estrema eterogeneità delle

⁶⁶⁹ Cfr SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., pag. 30, il quale già in precedenza (pag. 28) aveva affermato che “la possibilità per le ordinanze di disporre in materia coperta da riserva relativa” acquista un particolare rilievo in materia di protezione civile “poiché il potere derogatorio tende ad esprimersi soprattutto nei confronti del riparto delle competenze, che – come è ben noto – secondo l’art. 97 Cost. è stabilito secondo disposizioni di legge”.

⁶⁷⁰ Cfr MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, pag. 93, il quale sostiene che “ciascun ordinamento determina rispetto a sé quali siano gli atti normativi e quali no, sicché l’esame va compiuto per ciascun atto e non secondo criteri generali”.

⁶⁷¹ Cfr PALADIN, *Commento all’art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1979, pag. 69, il quale esclude che alle ordinanze di necessità possa essere riconosciuta l’efficacia della legge sulla base della considerazione che tale efficacia può essere attribuita solo ad atti deliberati dal Consiglio dei Ministri e mai ad atti adottati da autorità diverse dal Governo. Ancora cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 94, il quale esclude l’attribuzione alle ordinanze della forza di legge in quanto non possono aversi atti non normativi con forza di legge, l’attribuzione di tale forza “ha significato in quanto serve ad individuare gli atti soggetti al solo giudizio della Corte costituzionale”, forza innovativa nell’ordine legislativo possiedono anche gli atti legali in deroga a norme dispositive, le ordinanze hanno una limitata e temporanea capacità innovativa mentre per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente l’ordinamento giuridico.

⁶⁷² Cfr CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pag. 70.

⁶⁷³ Cfr MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., pag. 2; cfr BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pag. 970.

norme contenute nella legge 225, all'interno della quale si evidenziano, da un lato, disposizioni riguardanti l'istituzione e la complessa articolazione del Servizio nazionale di protezione civile, dall'altro, emerge una disciplina che tocca punti nevralgici dell'ordinamento in relazione all'ampia ed indefinita possibilità derogatoria. Nella prassi si è imposta una natura normativa delle ordinanze di protezione civile che ha consentito di produrre diritto per ogni situazione possibile⁶⁷⁴; ci si trova dinanzi, quindi, ad una sospensione delle norme vigenti, per effetto della deroga contenuta nelle ordinanze, ossia da fonte subordinata, senza alcun termine prefissato⁶⁷⁵. Le disposizioni vigenti derogate assumono il carattere di norme "dispositive" o "suppletive", come quando "provvedimenti concreti e puntuali, od anche negozi privati, siano facoltizzati a derogare per singoli casi a norme di legge"⁶⁷⁶. Tuttavia, oltre a ribadire che è la singola ordinanza a derogare norme primarie⁶⁷⁷, è stato adeguatamente notato che non si tratta neppure di "singoli casi", in quanto concretamente si è dinanzi ad una parte rilevante dell'apparato amministrativo che, secondo queste modalità, gestisce complessi interventi anche di portata economica⁶⁷⁸. Da qui con più forza si è sottolineato l'emergere di "un'ampia

⁶⁷⁴ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 191.

⁶⁷⁵ Cfr MODUGNO, *Norma singolare*, in *Enc. dir.*, 1978, pag. 520, il quale sostiene che "deroga e sospensione, più che due strumenti diversi per la posizione dell'eccezione, costituiscono gli aspetti, per così dire, positivo e negativo di uno stesso fenomeno". Diversamente cfr RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pag. 304, il quale distingue deroga e sospensione, in quanto solo quest'ultima – anche se temporaneamente – priverebbe in tutto l'efficacia della norma sospesa; mentre nel fenomeno derogatorio, la norma derogata continua a dispiegare una qualche efficacia. Inoltre cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 59, per il quale occorre distinguere tra le leggi eccezionali d'emergenza e le leggi speciali in tempi normali; solo con riguardo alle prime vi sarebbe sospensione, ossia perdita di efficacia temporanea di una norma, mentre per le seconde opererebbe una deroga permanente, per cui l'efficacia della norma comune sarà di nuovo attuale non appena sopravvenga l'abrogazione della norma derogatoria. Infine, cfr ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, pag. 1571, secondo il quale la durata della sospensione è simile ad una deroga permanente, divenendo difficilmente individuabile la distinzione tra le stesse.

⁶⁷⁶ Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, VI ediz., pag. 222.

⁶⁷⁷ Cfr RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 92.

⁶⁷⁸ Cfr SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza, Annuario dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo 2005*, Milano, 2006, pag. 97.

zona sostanzialmente franca da controlli giuridici, in cui organi privi di investitura democratica o democraticamente legittimati ad esercitare poteri ordinari, nell'osservanza della normativa vigente, operano invece con potere di ordinanza in deroga ad ogni disposizione vigente"⁶⁷⁹. Questo quadro mette in luce le contraddizioni della legge 225/92, in cui da un lato sembra trovare applicazione il principio di legalità⁶⁸⁰, dall'altro sono le ordinanze a prevalere sulla legge anche per lunghi periodi; calzante risulta l'impostazione di chi ha paragonato queste situazioni alle problematiche relative alle cosiddette norme penali "in bianco"⁶⁸¹ o alle delegificazioni compiute senza che l'intervento del legislatore si articoli nella determinazione di norme generali regolatrici della materia⁶⁸². Di conseguenza, dal momento che è stato segnalato che le deroghe alle leggi sono tante e tali da divenire deroghe ai principi, che invece dovrebbero costituire un limite per le ordinanze stesse⁶⁸³, si rafforzano i dubbi sulla costituzionalità della legge 225/92, e queste perplessità possono essere così sintetizzate: l'indeterminatezza del presupposto richiesto per la dichiarazione d'emergenza, l'assenza di condizioni per la proroga e per il controllo, da parte delle Camere, del commissariamento, e la mancanza di

⁶⁷⁹ Cfr STAIANO, *Note introduttive* al volume *Le autonomie al centro*, a cura di Scudiero, Napoli, 2007, XXII.

⁶⁸⁰ Cfr GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pag. 81; inoltre cfr MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, pag. 5, secondo il quale le "sue virtualità immanenti" sono ormai intrecciate con il processo di costituzionalizzazione. In tal senso anche cfr CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, cit., pag. 345.

⁶⁸¹ Cfr AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, pag. 490; inoltre cfr D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, pag. 391.

⁶⁸² Cfr MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi Biscaretti*, II, Milano, pag. 31; cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 153; cfr MODUGNO-CELOTTO-RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, pag. 23.

⁶⁸³ Cfr CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, cit., pag. 360, il quale rileva che i principi generali dell'ordinamento non hanno mai rappresentato un riferimento normativo sicuro ed apprezzabile per il sindacato sulle ordinanze contingibili ed urgenti. L'Autore ha evidenziato che i poteri straordinari disegnano "fattispecie del tutto aperte, sia in ordine all'imputazione soggettiva, sia in ordine alla disciplina sostanziale", e ha indicato come il principio dell'autonomia locale o quello della gara pubblica negli appalti sia costantemente violato nell'esercizio del potere necessitato d'ordinanza, senza alcuna sanzione giurisprudenziale.

previsione di un termine massimo per la durata dell'emergenza⁶⁸⁴. Il notevole ricorso ad ordinanze in deroga a numerose leggi e a interi assetti normativi si pone in contrasto anche con il principio dell'art. 70 Cost., secondo cui, come già più volte ricordato nel corso di questo studio, la funzione legislativa spetta al Parlamento. Persino le ordinanze, e non solo gli atti di decretazione d'urgenza, sono in concorrenza con la legge parlamentare, aumentando le criticità del fenomeno della "crisi della legge"⁶⁸⁵. Va poi aggiunta la lesione al principio di uguaglianza, dovuta al fatto che il territorio nazionale, a motivo delle varie emergenze, risulta amministrato in modo difforme ed estremamente eterogeneo, e questo avviene non per adempiere al principio di differenziazione⁶⁸⁶ ma per la permanenza di regimi straordinari, a prescindere da una effettiva valutazione dei risultati ottenuti e delle responsabilità. L'eccessiva centralizzazione operata dalla legge 225/92 conferma la violazione del principio autonomistico, sancito dall'art. 5 della Costituzione⁶⁸⁷.

Un punto particolarmente critico riguarda la possibile individuazione di una riserva di decreto-legge in tema d'emergenza e la conseguente lesione della forza di legge da parte del potere necessitato d'ordinanza. E' bene procedere con ordine in relazione a queste articolate argomentazioni. Si è già avuto modo di riflettere sul fatto che l'art. 77 Cost. esclude che le "leggi ordinarie

⁶⁸⁴ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 195, la quale inoltre nota che "contro la vaghezza del presupposto, nulla ha potuto l'espressa previsione del limite dei principi generali dell'ordinamento".

⁶⁸⁵ Cfr MODUGNO-NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, pag. 415 e 425, in cui si sottolinea come lo Stato sia "divenuto ormai amministrativo", ed anche in relazione a situazioni, gestite ancora in assenza della legge 225/92, si protraeva comunque l'emergenza e, con essa, un regime derogatorio.

⁶⁸⁶ Cfr POGGI, *Il principio di "differenziazione" regionale nel Titolo V e la "clausola di differenziazione" del 116, comma 3: modelli, prospettive, implicazioni*, Relazione tenuta al Convegno *Il regionalismo differenziato. L'esperienza italiana e quella spagnola a confronto*, Centro Studi sul Federalismo, Moncalieri 23-24 novembre 2007.

⁶⁸⁷ Cfr GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statalistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. e soc.*, 2001, pag. 111; cfr ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pag. 51; cfr ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. cost.*, 2003, pag. 635.

possano prevedere che organi diversi dal Governo possano essere parimenti e concorrentemente abilitati a prendere provvedimenti *extra ordinem* in caso di necessità ed urgenza”⁶⁸⁸, e che il richiamo costituzionale alla responsabilità governativa “vale anche ad escludere che possano in alcun modo equipararsi ai decreti-legge – ora per la loro natura, ora per il regime, ora per l’efficacia – le “ordinanze di necessità” e altri provvedimenti “contingibili e urgenti” che siano adottati da autorità diverse dal Governo sulla base di poteri loro conferiti dalla legislazione ordinaria”⁶⁸⁹. Lo sviluppo di queste impostazioni conferma l’individuazione di una riserva di decreto-legge dinanzi al fatto emergenziale, in conformità a quanto statuito dal Costituente, il quale ha voluto regolare la situazione in cui sia necessario intervenire con atti aventi forza di legge, ma non sia possibile, per la criticità della contingenza, ricorrere alla legislazione ex art. 70 oppure ex art. 76 della Costituzione, comportando che, in tal evenienza, non solo si può utilizzare il decreto-legge ma lo si deve fare esclusivamente. Ne consegue che l’art. 77 Cost. pone un limite invalicabile per l’ammissibilità di atti necessitati diversi da quelli di decretazione d’urgenza e dimostra che il Costituente consapevolmente ha inteso evitare che in circostanze emergenziali possano aver luogo pericolosi sovvertimenti del sistema delle fonti e della forma di governo. La riflessione, infatti, non si deve esaurire unicamente sull’ammissibilità o meno di una determinata categoria di atti ma deve ampliarsi alla più rilevante questione della derogabilità della stessa forma di governo parlamentare; le Camere, secondo l’impostazione costituzionale, sono sempre tenute ad intervenire, seppur in momenti e con modalità diverse, nella produzione giuridica del Governo, mentre nel caso dell’esercizio del potere di ordinanza, l’Esecutivo, avendo il monopolio di ogni decisione, assume un ruolo preminente esclusivo,

⁶⁸⁸ Cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 866.

⁶⁸⁹ Cfr CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pag. 6. Inoltre cfr FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto-legge*, in AA. VV., *Decreto legge e i suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, pag. 75, il quale afferma che “il Governo non può adottare provvedimenti normativi necessitati privi della forza di legge, che sarebbero sottratti al regime proprio di tali atti ed in particolare al controllo (politico) del Parlamento”.

esautorando *in toto* il Parlamento⁶⁹⁰. Questo aspetto merita di essere analizzato con attenzione, in quanto implica seri e fondati dubbi di legittimità costituzionale. Al contrario, la prassi ha optato per una sostanziale affinità tra il decreto-legge e le ordinanze; questa tendenza va respinta e non può ritenersi costituzionalmente conforme, e tra gli atti di decretazione d'urgenza e quelli del potere necessitato di ordinanza corre una notevole differenza, già rilevabile che, da un lato, si hanno atti con forza di legge, dall'altro, atti formalmente amministrativi. Ne deriva che la decretazione d'urgenza è riservata al Governo nella sua collegialità, mentre il potere di ordinanza è esercitato da organi amministrativi ad esso subordinato, ed anche quando, come nella legge 225/92, si prevede un intervento del Consiglio dei Ministri, questo è limitato a porre il presupposto per l'esercizio dello stesso potere di ordinanza, deliberando lo stato d'emergenza, per poi demandare ad altri soggetti l'adozione dei corrispondenti atti. A tale connotazione se ne aggiunge un'altra che merita maggiore considerazione e consiste nel fatto che, nel caso del decreto-legge, sussiste la precarietà dell'atto in mancanza di conversione da parte delle Camere; in questo modo, nel procedimento stesso delineato dall'art. 77 Cost., il legislatore costituente dimostra di avere come obiettivo la centralità del Parlamento e si premura di conferire a questa un ampio riconoscimento, dal momento che, senza un intervento parlamentare, l'attività con forza di legge del Governo risulta come non esistita, e spetta di nuovo alle Camere la disciplina, eventuale, dei rapporti giuridici sorti a causa dei decreti non convertiti. Diversamente e contrariamente, nel caso degli atti del potere necessitato di ordinanza al Parlamento non è data alcuna centralità⁶⁹¹, resta

⁶⁹⁰ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 446.

⁶⁹¹ Cfr AGOSTA, *Ruolo del Presidente della Repubblica e ordinanze con tingibili ed urgenti del Governo*, in www.forumcostituzionale.it, il quale evidenzia le gravose ricadute sul principio della separazione dei poteri e su quello della tipicità degli atti causate dallo spregiudicato uso governativo delle ordinanze di necessità ed urgenza, affermando che il sistema giuridico entra in sofferenza per la presenza di atti del tutto esulanti dal tradizionale circuito potere-controllo-responsabilità, in quanto "se ne avrebbe un'innaturale concentrazione di potere in capo alla persona del Presidente del Consiglio – in particolare, attraverso la c.d. "auto-attivazione" – ed un corrispondente, non meno patologico, esautoramento delle funzioni in

estraneo alla decisione sulle norme da sospendere e/o derogare, e non è quindi nelle condizioni di esercitare, in via preventiva o successiva, alcuna forma di controllo. Tutto questo si verifica al di fuori di ogni previsione costituzionale e in difformità con l'impostazione generale della Costituzione repubblicana che vuole conferire in qualsiasi situazione, e dunque anche in contesti emergenziali, un pieno ruolo decisionale all'organo che rappresenta direttamente la sovranità popolare, caratterizzando la forma di governo secondo questo principio inderogabile. In sintesi, al fine di garantire che "ciascun soggetto costituzionale concorra al "governo" dello stato di emergenza, secondo il ruolo e la funzione costituzionalmente previsti, il risultato del massimo rilievo si ottiene attribuendo al provvedimento di eccezione la forma dell'atto avente forza di legge"⁶⁹², anziché quella amministrativa⁶⁹³.

In relazione alla problematica intersezione tra gli atti del potere necessitato di ordinanza e i decreti-legge è utile rifarsi ad episodi concretamente verificatisi affinché sia dimostrata nella specificità del dato materiale la fondatezza delle argomentazioni giuridiche svolte. In tal senso, si pensi al caso della legge n. 62 del 2003, denominata "*Misure urgenti per il finanziamento di interventi nei territori colpiti da calamità naturali e per l'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 13, comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166. Disposizioni urgenti per il superamento di situazioni di emergenza ambientale*", di conversione del decreto-legge n. 15 del 2003, in cui si è "confermato" provvedimenti annullati dal giudice amministrativo. In precedenza, infatti, il Consiglio di Stato⁶⁹⁴ aveva accolto il ricorso di appello contro alcune ordinanze di protezione civile, ritenendo che la deroga al regime ordinario delle competenze fosse generica ed indeterminata nei suoi

danno del Parlamento, ben oltre il diffuso rafforzamento della posizione dell'Esecutivo pure maturata nei più recenti sviluppi dell'esperienza politico-istituzionale".

⁶⁹² Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 205.

⁶⁹³ Cfr CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del governo*, in Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Torino, 2007, pag. 248.

⁶⁹⁴ Cfr Consiglio di Stato, Sez. V, 13/11/2002, n. 6280; cfr Consiglio di Stato, Sez. V, 13/12/2002, n. 6809.

contenuti e in contrasto con il riformato Titolo V della Costituzione, specie in relazione alle funzioni amministrative dei Comuni. In sede di conversione, si è operata la sanatoria di questi provvedimenti derogatori annullati dal Consiglio di Stato, intervento criticato dalla Corte dei Conti, secondo la quale una disciplina di “salvezza” e di “conferma” di tale natura si pone in contrasto con il dettato costituzionale per la lesione delle prerogative di tutela giurisdizionale nei confronti di atti amministrativi illegittimi, sancite dagli artt. 24 e 113 della Costituzione⁶⁹⁵. Da questo episodio emerge una valutazione problematica del rapporto tra decretazione d’urgenza e potere necessitato di ordinanza e quanto riportato rappresenta una ulteriore forma di abuso di entrambi gli strumenti, con rilevanti implicazioni di livello costituzionale. In particolare, oltre al ripresentarsi dell’annosa questione della sussistenza e del controllo della necessità e dell’urgenza, si sottolinea il tema della responsabilità per le relative soluzioni, aspetto, che nel caso esposto, si intreccia con pronunce giurisdizionali, in un contesto di confusa sovrapposizione di ruoli.

Altro esempio significativo riguarda il decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, convertito nella legge n. 123 del 2008, recante “*Misure straordinarie per fronteggiare l’emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile*”. Con tale decreto-legge si è istituito e nominato un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per la specifica soluzione dell’emergenza rifiuti. Si è verificato una riorganizzazione di una emergenza da tempo irrisolta, e dunque non impreveduta, conferendole una spiccata rilevanza politico-istituzionale in quanto attratta nell’articolazione stessa del Governo⁶⁹⁶. In questa circostanza, si decide di superare il meccanismo predisposto dalla legge 225/92, data la comprovata inefficacia degli strumenti adottati nel tempo per risolvere l’emergenza in esame. Questo episodio mette

⁶⁹⁵ Cfr RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 232.

⁶⁹⁶ Cfr ELIA, *I sottosegretari di Stato rivestono “funzioni di governo”?*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, pag. 447; cfr RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, pag. 228. Cfr QUADRI, *I comitati di ministri*, Milano, 1965, pag. 306.

in particolare risalto la segnalata criticità, nella prassi delle gestioni commissariali, dell'assenza di una precisa responsabilità politico-istituzionale corrispondente ai poteri che la legge sulla protezione civile assegna al Governo. La designazione di un referente, come il Sottosegretario per l'emergenza rifiuti, evidenzia la necessità di individuare un soggetto politicamente responsabile, nei confronti del quale possa concretamente esercitarsi il controllo delle Camere sia in riferimento al ruolo politico che questo soggetto svolge sia in riferimento agli atti di ordinanza adottati. In questo frangente la decretazione d'urgenza è quindi utilizzata per predisporre un meccanismo che permetta la verifica delle azioni compiute dal potere necessitato di ordinanza. Resta tuttavia la questione che il fatto emergenziale rappresentato dalle problematiche dei rifiuti campani è privo del requisito dell'imprevedibilità, trattandosi infatti di una situazione permeata dai caratteri della cronicità.

Infine, merita attenzione il caso del decreto-legge n. 39 del 2009, recante *“Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile, convertito con modificazioni nella legge n. 77 del 2009*; si ha qui un atto di rinforzo dell'emergenza, in quanto quest'ultima era già stata dichiarata, ai sensi della legge 225/92, in base al decreto del 6 aprile 2009, avente quindi ad oggetto la *“Dichiarazione dello stato di emergenza in ordine agli eccezionali eventi sismici che hanno interessato la provincia dell'Aquila ad altri comuni della regioni Abruzzo il giorno 6 aprile 2009”*. La vicenda segnala come l'intervento del decreto-legge sia finalizzato anche a consentire l'adozione di ordinanze di protezione civile dalle caratteristiche peculiari e diverse da quelle previste dalla legge 225 del 1992, dal momento che emerge l'esigenza di una emanazione effettuata di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, a causa delle forti implicazioni di natura fiscale e finanziaria. Nello specifico il decreto-legge disciplina interventi mirati, come la deroga del patto di stabilità interno della Regione Abruzzo, le misure di prevenzione del rischio sismico, i piani d'azione per la ricostruzione, le

erogazioni liberali e lo spostamento della sede del G8. Questo conferma che il fatto emergenziale necessita di una disciplina normativa di valore maggiore rispetto alle ordinanze, e che quest'ultime possono intervenire con un ruolo ausiliare di supporto. La prassi ha invece visto spesso definire situazioni come emergenziali solo per comodità, per poter accedere ai meccanismi agili e privi di controlli sostanziali della legge 225/92. La vicenda, pertanto, dimostra la fondatezza di una interpretazione dell'art. 77 Cost. conforme all'impostazione originaria del Costituente, affinché il Governo adotti i provvedimenti con forza di legge aderenti alla concretezza dell'emergenza emersa e le Camere abbiano la possibilità di verificare i presupposti e le azioni intraprese. A questo si aggiungono i controlli di "merito costituzionale"⁶⁹⁷, in sede di emanazione, del Capo dello Stato, e di legittimità da parte della Corte costituzionale⁶⁹⁸. In tal modo, è salvaguardata la nozione stessa di Costituzione come fonte sulla produzione, la quale "crea essa stessa le fonti, le individua ma, al tempo stesso, le conforma e le condiziona"⁶⁹⁹. In riferimento all'emergenza per il sisma in Abruzzo la soluzione di un decreto-legge che disciplini anche l'adozione di ordinanze di protezione civile risulta una soluzione consona alla tenuta costituzionale di entrambi gli strumenti, e per alcuni rappresenta l'unica strada da percorrere⁷⁰⁰. La gestione del fatto emergenziale mediante atti di decretazione d'urgenza riconduce la questione, in sede di conversione, all'interno della logica parlamentare, consentendo l'operatività di principi quali la conoscibilità, la trasparenza e la pubblicità, che sarebbero inevitabilmente contraddetti dal ricorso esclusivo alle ordinanze di protezione civile. La procedura istaurata nel caso Abruzzo riafferma,

⁶⁹⁷ Cfr GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana, Note preliminari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 903.

⁶⁹⁸ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 245.

⁶⁹⁹ Cfr MODUGNO, *Principi di diritto costituzionale*, Torino, 2008, pag. 95, il quale svolge queste argomentazioni in relazione alla legge, sebbene il fenomeno della tipizzazione riguarda tutti gli "altri atti normativi, investendo tutti i cosiddetti "livelli" della gerarchia e comportando, almeno in linea di principio, più che l'integrazione, la vera e propria sostituzione del principio gerarchico con quello di competenza".

⁷⁰⁰ Cfr ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 866; PALADIN, *Decreto-legge*, cit., pag. 288; FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto-legge*, cit., pag. 75; cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 453.

nell'emergenza, il Parlamento nel ruolo di "centro delle decisioni d'eccezione"⁷⁰¹.

Riassumendo questi tre esempi riportati, si è visto che nel primo il decreto-legge interviene per confermare atti di ordinanza in precedenza annullati dal giudice amministrativo; nel secondo caso la decretazione d'urgenza istituisce un nuovo Sottosegretario di Stato che a sua volta sarà competente ad emanare ordinanze di protezione civile in riferimento ad una particolare situazione critica; nel terzo si è visto un decreto-legge che prevede e disciplina le ordinanze che saranno adottate. Come è già emerso e come sarà poi meglio argomentato, il rapporto tra atti di decretazione d'urgenza e atti del potere necessitato di ordinanza risulta più corretto, dal punto di vista costituzionale, nell'ultima esemplificazione analizzata.

Quanto esposto ripropone la validità del principio di legalità, secondo il quale i poteri dell'amministrazione devono essere vincolati in modo intrinseco alla legge⁷⁰². Questa riaffermazione non contraddice il fatto che possono aversi delle situazioni, le emergenze appunto, rispetto alle quali manca una disciplina legislativa ordinaria di dettaglio; in tali contesti, la lacuna normativa è la caratteristica di ogni circostanza emergenziale, ma essa non può di per sé legittimare alcuna attività normativa che non sia già tale in virtù delle norme sulla produzione. Pertanto, dinanzi ad una lacuna normativa, non qualsiasi rimedio è ammissibile ma soltanto quelle che è previsto

⁷⁰¹ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pag. 200.

⁷⁰² Cfr CARDONE, *Le ordinanze di necessità*, cit., pag. 254, il quale ritiene che il potere di ordinanza debba arrestarsi di fronte a riserve assolute di legge. Inoltre cfr PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del Gruppo di S. Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009, su "Recenti novità sull'uso dei poteri normativi del Governo", in *astrid-online*, il quale rileva il pericolo per la tenuta del principio di legalità a causa di una cattiva interpretazione della distinzione tra principi e norme, affermando che "un conto è distinguere gli uni dalle altre al fine di sostenere che il diritto per principi connota l'orizzonte di senso di uno Stato costituzionale, altro conto è presumere che in quel modello di convivenza organizzata la distinzione corrisponda drasticamente a quella tra legalità costituzionale e legalità ordinaria, trascurando il nesso di strumentalità al perseguimento dei principi di regole e istituti costituzionalmente previsti, a partire dalla riserva di legge". Nello stesso senso ancora cfr PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Padova, 2004, pag. 1683.

dall'ordinamento giuridico, e, di conseguenza, il fatto che le ordinanze di necessità siano in grado concretamente di rispondere alle esigenze dell'emergenza non risolve la questione della loro legittimità⁷⁰³. Infatti le ordinanze sono ammissibili fino a quando restano all'interno delle caratteristiche delle fonti secondarie, mentre le criticità si manifestano nel momento stesso in cui si riscontra una antinomia tra ordinanza e atto avente forza legge. Nonostante la dottrina abbia dato argomentazioni diverse sul concetto di forza di legge⁷⁰⁴, fino quasi a ritenerlo un tema ingannevole o meramente nominalistico⁷⁰⁵, va comunque affermata la sua nozione essenziale coincidente con la capacità di innovare nell'ordinamento legislativo non costituzionale preesistente e con la capacità di resistere alla "eliminazione, modificazione, sospensione, derogazione, dispensazione ad opera di atti non dotati della medesima forza"⁷⁰⁶. L'attenzione si concentra sulla disciplina derogata per verificare se la limitazione di forza che la legge subisce ad opera delle ordinanze sia compatibile con il sistema costituzionale. Va dunque indagato se l'efficacia di legge possa essere limitata, seppure temporaneamente, da un atto che è e resta amministrativo. Le ordinanze di necessità, secondo la prassi che si è vista essere maggioritaria, incidono pesantemente sulla sfera di efficacia dell'atto sospeso o derogato; gli effetti della deroga sono combinati con quelli della sospensione, in modo da porre una disciplina transitoria, destinata, intrinsecamente, a perdere efficacia indipendentemente da un termine fissato di vigenza. L'ordinanza, pertanto, impedisce che, per un determinato periodo, il contenuto dispositivo di una certa legge si rivolga a tutti o ad alcuni dei suoi destinatari; di conseguenza, i

⁷⁰³ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 449.

⁷⁰⁴ Cfr CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pag. 158. Inoltre cfr MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pag. 34; cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 326.

⁷⁰⁵ Cfr MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1973, pag. 891, il quale nota come il concetto di forza di legge sia stato ritenuto uno "pseudoconcetto" dal momento che non si rivela utile a graduare la diversa efficacia degli atti riconducibili a differenti tipologie e che la questione della prevalenza di un atto, rispetto ad un altro, riconducibile ad un diverso tipo va posto nei termini della sindacabilità dell'uno rispetto all'altro.

⁷⁰⁶ Cfr MODUGNO, *Legge in generale*, cit., pag. 890.

giudici e la pubblica amministrazione non sono nelle condizioni di applicare la norma sospesa o derogata e su di essa non potrà neppure essere sollevata l'eccezione di legittimità costituzionale, dato la mancanza del requisito della rilevanza. A questo proposito, va sottolineato che nemmeno in sede di applicazione per singole fattispecie è permesso al giudice di disapplicare una legge, persino se la ritiene incostituzionale, dovendo, in tal caso, attivarsi per sollevare la relativa questione. Questo peculiare sistema di garanzie che circonda la legge, generalmente inteso come il "valore di legge", non può consentire che una ordinanza basata su una "mera clausola autorizzativa"⁷⁰⁷, inidonea ad incidere sul contenuto del potere esercitato dall'autorità amministrativa, sia in grado di limitare l'efficacia della normazione primaria⁷⁰⁸. Va inoltre ricordato che è emersa una significativa distinzione, elaborata sia dalla dottrina⁷⁰⁹ che dalla giurisprudenza⁷¹⁰, tra abrogazione e modifica, da un lato, e sospensione e deroga temporanea, dall'altro. Si è affermato che soltanto le prime due innovano l'ordinamento giuridico, mentre le altre non comportano una vera e propria innovazione; tuttavia, ad una analisi precisa, non appare rilevabile una differenza apprezzabile tra le due categorie⁷¹¹. È stato, infatti autorevolmente sostenuto che l'abrogazione non

⁷⁰⁷ Cfr CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 622, la quale, analizzando il diverso significato che il principio di legalità assume nell'ordinamento statutario e nell'ordinamento costituzionale vigente, evidenzia che mentre "nella prassi statutaria la disposizione legislativa legittimante poteva limitarsi al mero conferimento di potere", nella Costituzione repubblicana "la legalità viene ad assumere un valore sostanziale" e "lo stesso potere regolamentare deve trovarsi condizionato almeno dalle indicazioni di fondo e muoversi, appunto, in conformità della legge i cui principi deve rispettare e alle cui opzioni deve attenersi"; di conseguenza, il principio di legalità inteso in senso sostanziale viene "così a distinguersi solo quantitativamente dalla riserva di legge relativa".

⁷⁰⁸ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 453.

⁷⁰⁹ Cfr RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. Dir.*, XII, pag. 305.

⁷¹⁰ Cfr Corte cost., sent. n. 201/1987, in *Giur. Cost.*, 1987, pag. 1501, in cui si ammette un "effetto di deroga", contrapposto alla "abrogazione" ed alla "modifica", che sarebbe consentito da "una specifica autorizzazione legislativa".

⁷¹¹ Cfr PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale*, cit., pag. 62, secondo il quale la provvisorietà e la limitazione dell'efficacia sono gli elementi che caratterizzano la sospensione e valgono a distinguerla dall'abrogazione, in forza della quale "la norma legale perde ogni efficacia, e non può più riacquistarla in nessun modo, poiché se una legge ulteriore la richiama in vita non si ha reviviscenza della legge abrogata e riacquisto

estingue le norme, ma solo ne limita ai rapporti antecedenti a una certa data l'efficacia qualificatoria, ossia l'obbligatorietà⁷¹²; le norme abrogate non scompaiono dal diritto oggettivo e, al momento dell'entrata in vigore della norma abrogante, subiscono una progressiva riduzione della propria efficacia che, con l'esaurirsi dei rapporti giuridici ancora pendenti, porta alla loro totale quiescenza. Anche la disciplina contenuta nelle ordinanze di necessità ed urgenza riducono l'efficacia qualificatoria delle norme sospese o temporaneamente derogate ma, rispetto all'abrogazione, si verifica che, da un lato, la limitazione d'efficacia, dovuta allo stato di emergenza, dispiega, immediatamente e in modo non graduato, la sua operatività, incidendo istantaneamente su ogni rapporto giuridico aperto durante la fase eccezionale, dall'altro, la stessa limitazione di efficacia è compresa tra il momento di entrata in vigore dell'ordinanza e il momento di cessazione dello stato emergenziale. Si è già rilevato che la durata del periodo eccezionale può essere anche indeterminata, e questa indeterminatezza rende la situazione più critica di quanto possa sembrare parlando di "provvisorietà" della deroga e della sospensione in contrapposizione alla modifica ed alla abrogazione. Pertanto in entrambi i casi, ci si trova dinanzi a parte del diritto oggettivo che, pur rimanendo nel sistema normativo, subisce una attenuazione della propria forza, cronologicamente delimitata e differenziata. I dubbi sulla legittimità delle ordinanze di deroga a norme primarie emerge proprio dalla loro possibilità di superare la forza di legge, con il rischio concreto di provare una lesione del sistema delle fonti.

dell'efficacia di essa, bensì un atto legislativo che assume a contenuto proprio il precetto della legge abrogata". Inoltre cfr PATRONO, *Legge*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, pag. 922.

⁷¹² Cfr CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 193, il quale precisa che la limitazione di efficacia dell'abrogazione ha un carattere definitivo mentre quella della sospensione ha un "carattere intrinsecamente provvisorio e temporaneo" per cui sarebbe inesatto dire che le norme sospese "tornano in vigore" essendo preferibile dire che "riprendono ad esplicare in pieno la loro efficacia". Inoltre, sul tema cfr CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in onore di Zanobini*, Milano, 1962, pag. 45; cfr PUGLIATTI, *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pag. 145; cfr MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, pag. 1; cfr GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, pag. 356; cfr SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. Dir. Pubbl.*, 1972, pag. 3.

4-POTERE NECESSITATO DI ORDINANZA CONFORME A COSTITUZIONE

L'analisi svolta consente di affermare che la legge 225 del 1992 si pone in una posizione di violazione della riserva di competenza sancita dall'art. 77 Cost., proprio perché crea una "dispensazione" dalle prescrizioni costituzionali a vantaggio di organi amministrativi, aspetto che non trova fondamento nelle norme sulla produzione e si pone in contrasto con gli stessi principi dello Stato di diritto. L'impostazione generale corretta è dunque quella di instaurare lo stato di emergenza mediante il ricorso ad atti di decretazione d'urgenza, i quali, in via eventuale, possono attribuire il potere di ordinanza a commissari delegati ed individuati in maniera precisa, stabilendo, nello stesso tempo, quali specifiche leggi sono oggetto di deroga. Si avrebbero, in questo caso, "ordinanze vincolate".

Come già ricordato, può essere idoneo rifarsi allo schema operato nell'istituto della delegificazione. In questo modo, le leggi derogabili sono individuate da una fonte avente forza di legge, e il potere necessitato di ordinanza è ricondotto nell'ambito della discrezionalità amministrativa. Va precisato che, al fine di conservare la natura provvedimentale dell'atto di decretazione d'urgenza, l'individuazione delle leggi derogabili deve avvenire in maniera circoscritta e precisa, senza comportare una generale e sistematica rivisitazioni di interi settori dell'ordinamento.

Una delle patologie più gravi dello Stato moderno consiste nella ridotta differenza tra organizzazione ordinaria e straordinaria, e non può più essere accettato un simile stravolgimento delle competenze costituzionali. Nell'ordinamento vigente, infatti, la priorità va data, anziché alla salvezza dello Stato inteso come una qualsiasi organizzazione della sovranità, alla salvezza della Costituzione, interpretata come una particolare tipologia di organizzazione della sovranità in cui si concretizza il patto sociale tra

posizioni politicamente e socialmente eterogenee. La questione della continuità costituzionale va recepita come una tematica centrale ed imprescindibile all'interno del fatto emergenziale⁷¹³. Secondo questa linea di pensiero, dall'art. 77 della Costituzione è consentito desumere un principio organizzatore inderogabile anche, e a maggior ragione, nelle situazioni eccezionali, ovvero la tutela della forma di governo democratica nella sua specificazione parlamentare. In ogni contesto le Camere devono essere chiamate a svolgere il ruolo principale nella determinazione dell'indirizzo politico, assieme al Governo; potranno essere modificati le tempistiche, le modalità, l'articolazione formale di questo incontro di volontà, ma non vi può essere l'esclusione del Parlamento, come invece si è rilevato nell'esercizio del potere necessitato di ordinanza.

Vanno dunque sottolineati i correttivi sostanziali che permettono di armonizzare il ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza con il sistema delineato dall'attuale assetto costituzionale. La questione deve essere impostata secondo un rapporto di adeguatezza e proporzionalità tra l'insorgere del fatto emergenziale e l'adozione degli strumenti previsti dal cosiddetto "diritto straordinario". Le ordinanze di protezione civile ex art. 5 della legge 225/92 sono da intendere per quello che realmente sono, una anomalia normativa che introduce elementi di alterazione delle normali competenze dei soggetti istituzionali, con un evidente rischio di disarticolazione del sistema delle fonti del diritto, causato dalla neutralizzazione sostanziale della forza del controllo giuridico, mediante il riconoscimento di poteri di deroga normativa. Pertanto, ai fini di valutare la legittimità di un decreto dichiarativo dello stato di emergenza, emesso in base all'art. 5 della legge 225/92, va verificata la sussistenza dei relativi presupposti, quali l'effettiva impossibilità di fronteggiare la situazione emergenziale da parte degli organi istituzionalmente competenti attraverso i meccanismi previsti dalla vigente legislazione⁷¹⁴. Anche in questo caso, come si era evidenziato nell'accertamento

⁷¹³ Cfr CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. internazionale*, 1964, pag. 363.

⁷¹⁴ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 456.

dell'emergenza per consentire l'adozione del decreto-legge, occorre interrogarsi se lo strumento straordinario rappresenti davvero l'*extrema ratio*⁷¹⁵.

Una volta acquisito il dato che il Governo è dotato del potere straordinario della decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost., è possibile individuare una serie residuale di situazioni nelle quali è costituzionalmente corretto ipotizzare il ricorso a strumenti aventi la forma e il grado gerarchico dell'atto amministrativo.

Una ipotesi significativa consiste nell'adozione di ordinanze che siano effettivamente amministrative, ossia ne presentino i requisiti formali e sostanziali, in modo da non instaurare situazioni di sospensione o di deroga provvisoria della normativa primaria. Questo può realizzarsi in un contesto emergenziale nel quale le ordinanze siano in conformità con la vigente legislazione ordinaria. La loro eventuale capacità innovativa rimane nella sfera sub-legislativa. Accanto a questa situazione, deve essere posta un'altra, più frequente e, nell'ottica del presente studio, più consona alle esigenze sia di legittimità costituzionale sia di interventi mirati. Come già detto in precedenza, si sceglie l'ipotesi in cui le ordinanze di protezione civile siano meramente esecutive e prive di capacità innovative, dipendenti in tutto e per tutto da un decreto-legge⁷¹⁶ adottato dinanzi al fatto emergenziale, il quale, oltre a disporre direttamente concrete misure operative, attribuisce ad organi subordinati la potestà di provvedere ai singoli interventi in deroga a norme legislative, in modo che la derogabilità è ricondotta ad una fonte di livello

⁷¹⁵ Merita attenzione la decisione della Corte dei Conti, Sezione di controllo, del 19 novembre 1996, n. 151, secondo la quale "l'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992 n. 225 riserva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di emanare ordinanze anche in deroga alla legislazione vigente relativamente alle calamità di interesse nazionale, e consente di affidare a commissari straordinari esclusivamente l'attuazione degli interventi previa fissazione dei limiti all'esercizio dei relativi poteri. Ciò comporta che non è conforme a legge un'ordinanza con la quale il predetto potere di derogare alla normativa – di esclusiva competenza, come si è detto, del Presidente del Consiglio dei ministri – viene delegato al commissario straordinario nominato per fronteggiare l'emergenza".

⁷¹⁶ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 237.

primario⁷¹⁷. In questo modo, l'atto di decretazione d'urgenza individua direttamente, e con forza di legge, gli ambiti in cui debbono intervenire le ordinanze, mentre nel caso dell'art. 5, legge 225/92, difficilmente è realizzabile un intervento sistematicamente strutturato, in quanto la disposizione legislativa autorizzante è pensata in via generale, slegata dai singoli e materiali ambiti di azione. Il decreto-legge, invece, nasce in concomitanza dell'emergenza, e si presta ad essere modulato e "ritagliato" sul caso specifico. Il rispetto della sua natura provvedimentale consente di operare nella particolarità del fatto emergenziale e di predisporre quelle misure, come ad esempio l'utilizzo immediato di alloggi e di edifici pubblici, il transito su strade, ponti e autostrade, le espropriazioni e l'urbanistica, che poi le singole ordinanze, disciplinate dallo stesso decreto-legge, possono gestire nella loro operatività pratica, in quanto poi adottate da autorità che anche fisicamente si trovano in prossimità dei contesti eccezionali e che pertanto sono nelle condizioni di calibrare via via gli interventi secondo le esigenze richieste dall'evolversi delle situazioni. Un ulteriore correttivo è offerto dalla posizione di chi ritiene che possa essere utile una estensione del sindacato giurisdizionale al presupposto dell'adozione delle ordinanze d'urgenza; come infatti la Corte costituzionale è pervenuta a sindacare una "evidente mancanza" dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza, così il giudice amministrativo potrebbe sindacare una "evidente mancanza" della necessità di ricorrere alle ordinanze di urgenza⁷¹⁸.

Altra ipotesi può consistere nel ricorso ad ordinanze a contenuto vincolato, nei confronti delle quali, nonostante la norma legislativa attributiva della competenza non indichi espressamente le leggi derogabili, la decisione sulla derogabilità è comunque fissata da una fonte primaria, all'interno di un ristretto margine di discrezionalità amministrativa⁷¹⁹. Infine vanno segnalate

⁷¹⁷ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pag. 457.

⁷¹⁸ Cfr PINELLI, *Un sistema parallelo*, cit., in *astridonline*.

⁷¹⁹ Alcuni casi di scuola possono essere individuati nel testo unico sanitario, R.D. 27 luglio 1934, il cui art. 129 prevede un potere condizionato al "caso di sospensione o interruzione di un servizio farmaceutico" che è a contenuto vincolato, in quanto il titolare del potere può

quelle situazioni che attualmente l'art. 2 della legge 225/92 denomina come “altri eventi che per intensità ed estensione debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari” e “grandi eventi”, le quali necessitano di importanti correttivi. Infatti, tali ipotesi andrebbero decisamente sottratte all'ambito applicativo di una legge sulla protezione civile, per essere piuttosto oggetto di un decreto-legge, dopo averne verificato la sussistenza dei presupposti dell'art. 77 della Costituzione⁷²⁰. Questa esigenza è confermata dal fatto che la giurisprudenza non offre segnali incoraggianti nel momento stesso in cui esprime una tendenza a sostituire il criterio della imprevedibilità, che costituisce il più sicuro indice di assimilabilità degli eventi di volta in volta considerati alle calamità naturali, con quello della pericolosità⁷²¹, che “può protrarsi anche per un lungo periodo senza cagionare il fatto temuto”⁷²². Questa sostituzione compromette non soltanto la fattispecie degli “altri

ricorrere solo alle misure capaci di ripristinare il servizio, come ad esempio le sostituzioni o le precettazioni del personale. Nello stesso senso gli artt. 217, 258 e 261. Si veda inoltre l'art. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, di abolizione del contenzioso amministrativo, che attribuisce genericamente alla “autorità amministrativa” il potere di procedere a requisizioni ed espropriazioni, nonché l'art. 20 del vecchio T. U. L. C. P., le cui “ordinanze di carattere contingibile ed urgente”, seppure sostanzialmente generali, possono incidere soltanto sulla disciplina ordinaria dell'edilizia, della polizia locale e dell'igiene.

⁷²⁰ Cfr RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., pag. 250, nota 51, la quale riporta un passaggio della deliberazione della Corte dei Conti resa il 4 marzo 2010 e relativa alla *Louis Vuitton World Series*, che il giudice contabile non ha ritenuto essere un “grande evento”, nonostante la dichiarazione in tal senso effettuata con D.P.C.M., ex art. 5 bis, comma 5, della legge 401/2001. La Corte dei Conti afferma che “ove realmente sussistano i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza di cui all'art. 77 della Costituzione, il Governo può adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, peraltro sottoposti a verifica da parte del Parlamento e del Capo dello Stato, mentre le ordinanze di protezione civile, pur avendo l'effetto di derogare alle leggi, sono sottratte a qualsiasi controllo che non sia quello giurisdizionale”.

⁷²¹ Cfr PINELLI, *Un sistema parallelo*, cit., in *astridonline*.

⁷²² Cfr Cons. Stato, Sez. V, n. 1904/2001, in relazione al potere di ordinanza contingibile ed urgente attribuito al sindaco dall'art. 153 t. u. n. 148 del 1915, che al pari della legge 225/92, presupponeva la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibili. Inoltre cfr Cons. Stato, Sez. V, n. 6352 del 2009, che respinge il ricorso contro la dichiarazione dello stato di emergenza in riferimento agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle Regioni Campania, Lombardia e Lazio, desumendo la congruità dell'intervento normativo adottato da precedenti atti amministrativi attestanti un aumento dell'allarme sociale nelle zone in questione; infine cfr Cons. Stato, sez. V, n. 3765 del 2009, secondo cui la ragione giustificatrice delle ordinanze straordinarie “non consiste tanto nell'imprevedibilità dell'evento quanto nell'impossibilità di utilizzare tempestivamente i rimedi normali offerti dall'ordinamento”.

eventi”, rendendone difficilmente comprensibile la comparazione alle calamità naturali o alle catastrofi, ma anche la prescrizione posta dalla legge di predisporre una delimitazione temporale e territoriale dei poteri straordinari, “in stretto riferimento alla qualità e alla natura degli eventi”⁷²³.

⁷²³ Cfr ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, pag. 244.

CAPITOLO QUINTO

LEGGI PROVVEDIMENTO

1-DALLO STATO LEGISLATIVO ALLO STATO AMMINISTRATIVO

Come annunciato in precedenza, in questo capitolo l'attenzione si pone sul fenomeno delle leggi-provvedimento, aspetto che, assieme alla tematica del potere necessitato di ordinanza, risulta, nell'ottica di questa ricerca, più in correlazione con l'istituto della decretazione d'urgenza. Per comprendere quindi l'oggetto dei prossimi paragrafi occorre ora riprendere brevemente le concezioni, anche di natura storica, che si pongono alla base del ricorso alle cosiddette "leggi-provvedimento". Infatti, già sul finire dell'Ottocento, il modello dello Stato liberale, borghese e legislativo mostra i segnali di una crisi evidente⁷²⁴, in quanto incapace ormai di conciliare i movimenti popolari di massa, che vanno sempre più organizzandosi nella forma "partito", con la struttura legislativa statale, con la conseguenza che il Parlamento non rispecchia più le attese di una società complessa, e non è in grado di operare una sintesi di interessi così differenti per provenienza ed articolazione interna⁷²⁵. In questa delicata ridefinizione del concetto di Stato, va ricordata la

⁷²⁴ Per una ricostruzione generale della questione cfr ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, (1910), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, pag. 23; cfr FIORAVANTI, "Stato giuridico" e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909), in *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, pag. 294; cfr BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, pag. 183; cfr SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'"eclissi dello Stato"*. *Sei scritti di inizio secolo XX*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pag. 80.

⁷²⁵ Cfr NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, (1988), ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1976, il quale ricorda come nell'Ottocento "si realizza e si consuma un duplice passaggio: un primo passaggio (durato forse tutto il secolo) dalle istituzioni giuridiche e sociali dell'*Ancien Régime* a quello dello Stato liberale, e un secondo (cominciato

posizione di chi, lucidamente, sottolineava “l’impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona (...) immateriale, ma pur reale”, capace di manifestazioni di volontà per il tramite di “delicati e meravigliosi congegni giuridici”, “non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante (...) col sussidio di un insieme di istituzioni atteggiata ed armonizzata a questo scopo”⁷²⁶. Tra la fine del XIX secolo e l’inizio del XX, si coglie la percezione della trasformazione dello Stato liberale di diritto in Stato amministrativo, dove l’amministrazione rappresenta l’espressione vitale della sovranità statale, superando così la concezione dello Stato legislativo inteso come “formalistico e astratto”⁷²⁷. Anche oggi si nota la crescente difficoltà dello Stato di diritto di costituire realmente quel “particolare tipo di sistema politico, la cui peculiarità consiste nel fatto che esso scorge l’espressione più alta e decisiva della volontà comune in formazioni, che vogliono essere diritto, che perciò pretendono di avere determinate qualità, e alle quali quindi devono essere subordinate tutte le altre funzioni, competenze e attività politiche”⁷²⁸. Queste criticità comportano il fatto che viene meno la divisione tra potere legislativo ed esecutivo, che rappresenta il requisito imprescindibile dello Stato legislativo; la rappresentanza politica non è più in grado di collegare le esigenze della società alle risposte dello Stato, limitandosi ad essere una semplice rappresentanza di interessi, incapace di pensare lo Stato in termini di collettività ampia ed integrale. Questo si evidenzia, ora come allora, nella ristrettezza di vedute del Parlamento che, trasformando la natura

a metà del secolo e finito – anche qui, forse – con il termine della seconda guerra mondiale) dalle istituzioni dello Stato liberale (c.d. “monoclasse”) a quelle dello Stato democratico (c.d. “pluriclasse”) e sociale”. Sulla distinzione tra Stato e società “polemico e che aveva davanti a sé come contro rappresentazione il concreto Stato monarchico, burocratico e militare, allora esistente” di fronte al quale “ciò che non apparteneva ad un simile Stato, si chiamava appunto società” cfr SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di Caracciolo, Milano, pag. 116.

⁷²⁶ Cfr ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pag. 100.

⁷²⁷ Cfr NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, pag. 1770.

⁷²⁸ Cfr SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, a cura di Miglio e Schiera, Bologna, 1972, pag. 211.

stessa della legge parlamentare, si dedica alla cura di tematiche particolari, circoscritte, mirate, spesso espressione di attese corporativistiche, snaturando il sistema delle fonti del diritto. In relazione a quest'ultimo tema, l'affermazione dello Stato amministrativo non comporta soltanto che il potere statale si concentri nelle autorità amministrative, in primo luogo nel Governo, ma implica inoltre una disarticolazione degli atti normativi, che non rispondono più alla loro naturale funzione; se infatti il carattere provvedimentale degli atti prodotti dall'apparato amministrativo non è più ben riconoscibile, si perde la concezione di provvedimento intesa come "misura amministrativa correlata alla condizione delle cose ed effettiva per la sua idoneità a soddisfare le esigenze derivante da tale condizione"⁷²⁹. Il venire meno di questa concezione si riscontra sia a livello di atti, indipendentemente dal grado gerarchico, e quindi, facendosi rientrare anche il decreto-legge, sia a livello di struttura e di suddivisione delle competenze dello Stato, nel senso che il Parlamento tende ad amministrare mediante le leggi-provvedimento, e il Governo a legiferare, attraverso la decretazione d'urgenza e, come già visto, le ordinanze di protezione civile. Questo passaggio costituisce il compimento di quanto aveva preso avvio nell'Ottocento, e la legislazione si contraddistingue per contenere disposizioni rivolte all'amministrazione, "un ammasso incoerente di articoli, dove tutto è mescolato, quello che appartiene ai principi e quello che riguarda i dettagli, quello che è transitorio e quello che è definitivo", in modo che le leggi appaiono "come un vasto arsenale che fornisce armi a tutti i partiti, a tutti gli interessi, a tutti i sofismi"⁷³⁰. Questo segna il definitivo riconoscimento del peso istituzionale della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione quale soggetto pubblico⁷³¹. Tuttavia, se lo scopo principale dello Stato di diritto consiste nella riconduzione alla legge dei poteri dell'Esecutivo, quest'ultimo, a sua volta,

⁷²⁹ Cfr NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, cit., pag. 1775.

⁷³⁰ Cfr DELAHAYE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Bruxelles, Imprimerie de Ode et Wodon, 1834, *Prolegomènes*, V, come riportato da MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pag. 272.

⁷³¹ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, pag. 42.

esegue la legge interpretando l'interesse generale. Il difficile equilibrio tra questi due aspetti vuole evidenziare che la "legge è il fondamento e la misura dell'azione amministrativa, ma il principio di legalità ha la funzione di limitare e incanalare l'attività dello Stato nell'interesse dello Stato medesimo; e l'amministrazione si pone anch'essa come interprete e attuatrice, subordinata ma essenziale, dell'interesse obiettivo"⁷³². Quest'opera di mediazione ha come suo ambito d'azione preferito proprio il sistema delle fonti del diritto, insieme alla "totale e generale permeabilità dell'amministrazione alle disposizioni della legge, o, addirittura, a quelle della Costituzione"⁷³³. Nel momento stesso in cui lo Stato diviene sempre più amministrativo, l'amministrazione si rafforza fino al punto di rivendicare un ruolo parzialmente autonomo anche dal suo organo apicale, ossia il Governo, e, in questo, "il diritto amministrativo che nello Stato liberale di diritto dell'Ottocento era apparso il luogo del conflitto tra autorità pubblica e libertà privata, diventa il luogo della prevalenza, del plusvalore, della supremazia della pubblica amministrazione sui diritti degli individui privati"⁷³⁴. La maggiore criticità dello Stato amministrativo è rappresentata nella sostanziale "amministrativizzazione"⁷³⁵ delle sue funzioni statuali, proprio in quanto comando e volontà non vogliono essere "semplici applicazioni di normazioni superiori, bensì solo disposizioni concrete", prive, quindi, di ogni progettualità legislativa. Quando il Parlamento si arroga il compito di amministrare entra in crisi una organizzazione normativa che vede nel criterio di competenza uno dei suoi requisiti ineludibili.

⁷³² Cfr NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, a cura di Cardi e Nigro, pag. 28.

⁷³³ Cfr NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, (1988), ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1977.

⁷³⁴ Cfr CIANFERROTTI, *Storia della letteratura amministrativa italiana*, I, Milano, 1998, pag. 389.

⁷³⁵ Cfr SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, pag. 23, il quale lo definisce neologismo "certo sgraziato" che tuttavia esprime "in modo che appare insostituibile, per l'immediatezza della sintesi e la precisione dell'effetto, la evoluzione in atto nel contenuto della legge".

2-LA FORMULA “LEGGI-PROVVEDIMENTO” E I SUOI SIGNIFICATI

L'espressione “legge-provvedimento” ha una origine risalente nel tempo, e viene inizialmente concettualizzata come appartenente alle “funzioni amministrative del Parlamento italiano”, mediante una catalogazione di leggi che non prevedono un “comando generale accompagnato da sanzione”, ma recano un “comando individuale non contrario al diritto vigente”⁷³⁶. Si comincia, pertanto ad individuare alcune categorie di atti, come, ad esempio, le leggi di classificazione di monumenti nazionali e di opere pubbliche quali strade nazionali, opere idrauliche e opere di bonifica; a queste si aggiungono anche le leggi “portanti dichiarazione di pubblica utilità”⁷³⁷, oltre alle leggi per le concessioni⁷³⁸, con particolare riferimento all'esercizio delle ferrovie, e

⁷³⁶ Cfr CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1907, pag. 92, il quale fu il primo a coniare l'espressione “legge provvedimento”, in riferimento alle “leggi-provvedimento 4 luglio 1886 per riordinare la circoscrizione delle province di Bologna e Ravenna; 19 luglio 1904 per l'erezione del Comune di Campo dell'Elba colla riunione di frazioni di Comuni diversi”.

⁷³⁷ Cfr CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., pag. 96, il quale afferma che non vi è differenza in relazione agli effetti della dichiarazione di pubblica utilità “ove la dichiarazione avvenga per legge o per decreto. Solo ove la dichiarazione si faccia per legge non si fa luogo all'inchiesta preliminare [...] il che è un inconveniente deplorato anche dal Consiglio di Stato nel suo parere 20 febbraio 1869”.

⁷³⁸ Cfr RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, (1895-1896), ora in *Scritti giuridici scelti*, III. *Gli atti amministrativi*, a cura di Ferrari e Sordi, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, Napoli, 1992, pag. 650, il quale afferma che “per le concessioni è possibile una larga competenza del potere legislativo, che si svolgerebbe evidentemente nella sua funzione impropria, giacché gli atti di concessione rientrano nella funzione propria del potere esecutivo”; inoltre l'Autore aggiunge che “il potere legislativo è il solo competente per le concessioni di cittadinanza (grande naturalità), per le concessioni perpetue di derivazione di acque pubbliche, per le concessioni perpetue di pertinenze del demanio marittimo, per le concessioni delle ferrovie principali”. E' interessante la sottolineatura della distinzione intercorrente, operata dal diritto positivo, tra competenza del potere legislativo e competenza del potere esecutivo in relazione alle concessioni di beni sul criterio della divisione “tra atti di amministrazione ed atti di disposizione” che “spettano [...] come regola generale, quelli al potere esecutivo, questi al potere legislativo; difatti una concessione perpetua di una cosa demaniale è un atto di disposizione”.

a quelle che approvano contratti⁷³⁹. Parimenti rilevanti per la definizione delle leggi-provvedimento furono nell'Ottocento lo studio degli atti legislativi aventi ad oggetto la leva annuale militare e marittima, la variazione di circoscrizioni comunali, circondariali e provinciali. Queste prime tipologie hanno consentito di studiare le leggi-provvedimento attraverso una suddivisione in due macrocategorie: le leggi in senso materiale e le leggi in senso formale. Le prime si contraddistinguono per avere come contenuto un precetto giuridico od un complesso di precetti, le seconde, invece, presentano un contenuto di ordine diverso, trattandosi di deliberazioni, pronunzie, provvedimenti, contratti, ossia atti che siano espressione di esplicazione di funzioni amministrative, aventi la forma di legge in quanto approvate dal Parlamento, ma prive della capacità di innovare il diritto obiettivo⁷⁴⁰. Secondo alcuni alla serie delle leggi-provvedimento andrebbe aggiunta un'altra, costituita da leggi che, seppure generali ed astratte, si rivolgono a soddisfare esigenze particolari per scopi specifici e transeunti, destinate a cessare una volta conseguite tali finalità; la particolarità risiederebbe nella estraneità di tali leggi ai valori oggettivi della giustizia, che sarebbero, per loro natura, stabili nel tempo⁷⁴¹. L'elemento comune che emerge da queste classificazioni

⁷³⁹ Cfr ARANGIO-RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia, 1848-1898*, (1898), ristampa con presentazione di Elia e introduzione di Carlassare, Napoli, 1985, pag. 221, il quale, con riferimento alla legge n. 4544 del 24 agosto 1868, concernente la convenzione stipulata "con una società privata, abbandonandole per un numero stabilito di anni il monopolio dei tabacchi, con partecipazione dello Stato negli aumenti progressivi dell'introito", rileva che "questa regia interessata si obbligava di anticipare la somma di centottanta milioni di lire, di fargli il rimborso di altri cinquanta milioni, che occorrevano alle esigenze del bilancio per lo scorcio del 1868".

⁷⁴⁰ Cfr FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, pag. 101, il quale inoltre precisa che "questa separazione non è sempre così assoluta, perché può avvenire che uno stesso atto del Parlamento sia per certi rapporti soltanto, legge formale, cioè atto di amministrazione, per altri, legge materiale, cioè importi un regolamento giuridico". In seguito l'Autore afferma che "si tratta di atti, che nonostante la forma di leggi, non sono alle leggi equiparabili, ma mantengono il loro carattere ed effetti amministrativi (perciò non sono denunziabili in Cassazione per la loro violazione, non importano abrogazione dei diritti quesiti dei terzi, perdono efficacia indipendentemente dalla loro abrogazione, coll'estinguersi dei diritti che hanno creato". Per quanto riguarda le ferrovie, l'Autore ricorda "le antiche leggi sulle concessioni ferroviarie, le quali pur essendo un contratto contenevano l'ordinamento di questo servizio pubblico".

⁷⁴¹ Cfr ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. cost.*, 1962, pag. 48; cfr CAPPELLETTI, *La*

è dato dalla concretezza che si presenta a seconda che sia conferita alla legge-provvedimento dalla determinatezza dei soggetti che ne sono i destinatari oppure dalla specificità della situazione che, benché interessi una pluralità di soggetti e conferisca alla legge stessa il carattere della generalità, è presa in considerazione quale evento speciale o transeunte⁷⁴². Seguendo questa impostazione, le leggi-provvedimento sono caratterizzate anche da una molteplicità di fattispecie legislative e di interpretazioni⁷⁴³ fornite dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale; in relazione a tale molteplicità, è opportuno procedere ad una scomposizione delle fattispecie, al fine di evidenziare alcune tipologie dai caratteri comuni, che permettano di mantenere unitario l'insieme⁷⁴⁴. In primo luogo emerge il dato della scissione tra forma e contenuto, in quanto legato al fatto che la legge-provvedimento “riguarda regole che mirano e sono subordinate alla realizzazione di uno scopo. La legge-provvedimento nasce perciò da una determinata situazione e sta con essa in un rapporto prevedibile e logicamente realizzabile”⁷⁴⁵. Si assiste, dunque, ad una trasformazione di situazioni giuridiche soggettive determinate in modo analogo a ciò che si realizza mediante i provvedimenti dell'amministrazione, con l'aggiunta fondamentale del valore di legge⁷⁴⁶, dalla quale scaturisce l'efficacia costitutiva⁷⁴⁷. A differenza delle leggi-

pregiudizialità costituzionale, Milano, 1957, pag. 67, il quale, riferendosi alla posizione del Carnelutti, attribuisce al termine “provvedimento” il significato generale di atto di esercizio di una *potestas*, di comando *super partes*, e propone di designare gli atti legislativi col nome di leggi speciali.

⁷⁴² Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pag. 5.

⁷⁴³ Cfr PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, pag. 308, il quale parla di “multiforme insieme delle leggi provvedimento”.

⁷⁴⁴ Cfr BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Padova, 1992, pag. 128, il quale definisce la tipologia come “schema costitutivo (e in questo senso come “matrice”) della loro individualità, del loro essere percepibili all'interno dell'esperienza come entità dotate di specifica rilevanza”; l'Autore prosegue affermando che “i tipi esprimono [...] delle funzioni, e cioè il ruolo che l'oggetto è chiamato a svolgere nei confronti degli altri oggetti o che i singoli aspetti dell'oggetto vengono a svolgere fra loro”.

⁷⁴⁵ Cfr FORSTHOFF, *Le leggi-provvedimento*, ora in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di Amirante, Milano, 1973, pag. 111.

⁷⁴⁶ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 133.

⁷⁴⁷ Cfr FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, pag. 488, il quale nota che l'efficacia costitutiva, in relazione alle situazioni giuridiche, si articola “nelle tre figure di trasformazione: costituzione, modificazione, estinzione”.

norma, il cui effetto finale è affidato agli organi di interpretazione e di applicazione del diritto, le leggi-provvedimento ottengono direttamente ed immediatamente l'effetto giuridico voluto. In questa maniera, la legge si svincola dalla sua funzione di garanzia permanente e di base legittimante per l'azione di altri poteri; infatti, il legislatore si sostituisce ad alcuni di questi poteri, "facendo evidentemente leva sull'*autorità* della legge e intendendone la valenza casuale in termini di strumento più forte attraverso il quale perseguire determinati risultati"⁷⁴⁸. La maggiore garanzia offerta dal procedimento legislativo ordinario strutturato nelle forme costituzionalmente previste subisce una vistosa contraddizione nel momento stesso in cui la legge subentra ad altri poteri non legislativi; si assiste pertanto ad una disarmonia tra la funzione tipica dell'atto, scaturente dalla forma di atto legislativo, e lo scopo reale posto alla base dell'adozione dell'atto medesimo. E' stato opportunamente rilevato che le leggi-provvedimento costituiscono "una delle lame della tenaglia che sta progressivamente appiattendo ogni distinzione tra legislativo ed esecutivo per quanto riguarda la funzione legislativa"⁷⁴⁹, il tutto aggravato dall'affermazione della cosiddetta "democrazia maggioritaria" che ha introdotto nuove regolarità, mediante le quali si è giustificata la nascita di un "monismo sostanziale" finalizzato ad esprimere un potere unitario di direzione politica, articolatosi in "un *continuum* reale tra maggioranza parlamentare ed esecutivo, saldamente coesi da un flusso decisionale che ha nel Governo il centro propulsivo"⁷⁵⁰. Questi

⁷⁴⁸ Cfr DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/1999, pag. 923.

⁷⁴⁹ Cfr RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 2024, il quale afferma che "da un lato l'immiserirsi del ruolo delle assemblee che si sostituiscono all'amministrazione (per ragioni nobili e meno nobili), dall'altro lato l'abnorme estensione dei decreti-legge e della decretazione legislativa (rispetto alla quale la prescrizione di criteri e principi direttivi si riduce sempre più a poche frasi generiche e vuote), e soprattutto la dilatazione senza limiti delle c.d. delegificazioni, che sono oggi una vera frode della Costituzione (dal momento che, sulla base di pochi, generici e vaghi criteri direttivi, viene trasferito all'esecutivo il compito di individuare le leggi e le disposizioni di legge da abrogare). Queste sono le lame della tenaglia: l'una giustifica e sostiene l'altra".

⁷⁵⁰ Cfr CHESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pag. 19.

fattori favoriscono lo svilimento della differenziazione dell'esercizio delle potestà pubbliche in funzione di reciproco controllo e pone sotto una forte pressione l'amministrazione e lo stesso concetto di "provvedere", in quanto su questi da un lato vi è una forte ingerenza esercitata dal Governo che ne fa il suo apparato, dall'altro vi è la pressione del Parlamento mediante la sua "selva di leggi e leggine"⁷⁵¹.

3-LA LEGGE PERSONALE E I SUOI CARATTERI

Un carattere particolare delle leggi-provvedimenti si constata quando queste dispongono in relazione ad un singolo e determinato soggetto; si è parlato, pertanto, di "diritto singolare", o di "legge singolare"⁷⁵², in contrapposizione al diritto regolare, considerato avverso allo Stato di diritto, in quanto "il diritto singolare è il diritto contrario ai principi. Mentre le norme regolari di fronte alle norme generali che esse specializzano ricevono spiegazione e chiarimento da queste, ed alla loro volta ad esse ne danno, all'incontro il diritto singolare non completa il principio generale che esso interrompe, né è da questo completato, ma è con esso in collisione"⁷⁵³. Il termine "legge personale" esprime meglio tale peculiarità e risulta più comprensivo rispetto ad altri, come ad esempio quello di "individuale", utilizzabile più propriamente in relazione a persone fisiche, o quello di "nominativo", da riservare nel caso in cui la legge enunci il nome del soggetto, affinché venga posto in risalto la determinatezza del soggetto cui le leggi hanno riguardo⁷⁵⁴. Analogamente

⁷⁵¹ Cfr NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzionale materiale*, (1985), ora in *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, pag. 1852.

⁷⁵² Cfr ORESTANO, *Diritto singolare*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pag. 746.

⁷⁵³ Cfr FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pag. 86. Inoltre cfr WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Di Fadda e Bensa, vol. I, Torino, 1930, pag. 85, il quale definisce l'applicazione più rilevante del diritto eccezionale il fatto che "con esso si stabilisce, per una certa classe di persone, o cose, o rapporti giuridici, alcunché di non avente vigore rispetto alle altre persone, o cose, o rapporti giuridici simili".

⁷⁵⁴ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pag. 5.

quando la legge si riferisce ad una pluralità di persone, essendo irrilevante il numero, così come è irrilevante il fatto che l'indicazione delle stesse sia effettuata con rinvio ad altre fonti di conoscenza, o mediante l'indicazione della categoria in cui sono ricomprese. L'unica distinzione importante nei casi di riferimento a categorie concerne il carattere di astrattezza o di concretezza che esse rivestono, a secondo che gli elementi assunti a contrassegnarle permettano o meno l'accertabilità di coloro che concorrono a comporle. L'analisi del testo normativo, quindi, deve essere particolarmente attenta, in quanto la qualificazione "personale" di una norma non può compiersi esclusivamente in base alla sua formulazione, alle tipizzazioni risultanti dalla sua struttura logico-formale, bensì deve desumersi dall'effettivo ambito della sua applicabilità, quale appare dallo studio del contenuto delle sue disposizioni, dal momento che ogni provvedimento concreto può essere occultato mediante l'utilizzo di formule generali ed astratte, in modo da snaturarne la reale essenza⁷⁵⁵. Secondo questa impostazione, non può essere conferito alcun valore, in relazione all'accertamento del carattere personale e concreto, al fatto che una legge attribuisca ad un soggetto una posizione destinata ad esaurirsi con un solo atto d'esercizio, o sia, al contrario, suscettibile di una indeterminata pluralità di tali atti, limitati nei loro effetti al soggetto stesso che li compie nei confronti dell'autorità che li ha consentiti o prescritti. Allo stesso modo non rileva il fatto che la situazione regolata sia esistente o solo possibile, risultando idonea anche dinanzi a disposizioni che riguardano contesti determinati e destinati ad aver vigore sotto condizione dell'avverarsi di eventi futuri ed incerti. Ne consegue che il concetto di legge personale è composto dalla presenza di due elementi: l'individuazione del soggetto o dei soggetti cui essa si rivolge e la concretezza del rapporto che ne

⁷⁵⁵Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pag. 7, il quale precisa che "per lo meno nel caso in cui i contrassegni della fattispecie normativa attengano esclusivamente a rapporti svoltisi in passato, e non più ripetibili, l'applicazione della medesima risulta necessariamente limitata a coloro che erano parti di quei rapporti ed identificabili in virtù di tale connessione. Unicità e irripetibilità della situazione personale regolata e astrattezza appaiono termini non conciliabili tra loro".

è oggetto, aspetto che non viene meno anche nell'eventualità in cui l'oggetto medesimo abbia una natura tale da richiedere o rendere possibile una successione nel tempo delle attività regolate, a patto che siano riconducibili agli stessi soggetti individualmente determinati⁷⁵⁶. Si tratta, dunque, di una concretezza soggettiva ed oggettiva.

Accanto a queste considerazioni ne vanno poste altre ugualmente significative; va, infatti, ripresa quella corrente di pensiero che vede nella norma singolare una contiguità con la norma eccezionale sotto il punto di vista della medesima matrice e della difficoltà di operare una apprezzabile distinzione⁷⁵⁷. Aspetto rilevante è costituito dall'ulteriore categoria delle norme speciali, dove la qualificazione "speciale" vuole indicare "quelle leggi (nel senso di complesso di norme, che rispetto ad altri diritti, leggi e norme stanno in rapporto di specie a genere"⁷⁵⁸. Tra norme eccezionali e norme speciali è stata sottolineata la comune caratteristica di "derogare o sospendere la forza prescrittiva (e quindi l'applicazione) di norme (più generali) che, nel caso di loro mancanza, avrebbero dovuto essere applicate"⁷⁵⁹. Interessante è dunque ancora il riferimento a chi escludeva dagli atti amministrativi attribuiti al Parlamento "gli atti che importano deroga ad una legge generale per un caso particolare, senza che questa deroga abbia fondamento in altra regola giuridica generale"⁷⁶⁰. A titolo di esempio, meritano di essere ricordati alcune

⁷⁵⁶ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pag. 12.

⁷⁵⁷ Cfr MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pag. 506.

⁷⁵⁸ Cfr GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Milano, 2002, pag. 518, il quale afferma che "stabilire se un diritto è speciale, serve più che altro a fini didattici e di primo orientamento scientifico, per l'inquadramento di materie di studio; si tratta di nozione approssimativa [...]. Anche lo stabilire se una norma presenta o meno carattere speciale può spesso farsi solo per approssimazione; neppure la nozione di norma speciale ha grande interesse pratico [...]. Invece presenta maggior importanza la nozione di legge speciale, perché essa può assumere rilievo ai fini dell'abrogazione, espressa o tacita".

⁷⁵⁹ Cfr *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pag. 517, il quale, inoltre, precisa che le norme speciali andrebbero equiparate a quelle eccezionali, previste ex art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, quali norme "che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi".

⁷⁶⁰ Cfr CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., pag. 93, il quale escludeva "le leggi che prorogano o dispensano dal

situazioni che hanno assunto particolare rilievo⁷⁶¹, anche in una prospettiva storico-giuridica; provvedimenti particolari furono adottati per migliorare le condizioni economiche e sociali del Mezzogiorno, ponendo l'attenzione sulla questione delle leggi speciali richieste per soddisfare le necessità della "graduatoria delle province sofferenti"⁷⁶². A proposito del disegno di legge concernete alcune misure speciali per la Regione Sardegna, si affermò che "a torto si parla di disparità di trattamento", in quanto "queste leggi devono corrispondere a condizioni speciali, particolari delle varie regioni, e non si può dire che si sia speso di più per le une e le altre, poiché le spese sono differenti"⁷⁶³; nello specifico, in questo provvedimento, venivano diminuiti i contributi a favore degli enti locali e contemporaneamente erano stabilite agevolazioni ed esenzioni fiscali per la costruzione di infrastrutture⁷⁶⁴. Altrettanto meritevoli di nota gli interventi della legislazione emergenziale conseguente al terremoto del 1908 di Reggio Calabria e Messina, mediante i quali si introdusse la sospensione delle imposte e una agevolazione per la concessione dei mutui ipotecari⁷⁶⁵. Sulla base di queste considerazioni, le norme eccezionali possiedono una capacità derogativa "non già nei confronti di un principio generale dell'ordinamento, bensì della norma (più generale) della propria fattispecie, di quella norma cioè che, qualora essa mancasse, si

pagamento delle tasse territori colpiti da gravi disastri; che prolungano il termine per l'ufficio di commissario regio, che dispensano i promotori di una lotteria dal pagamento della tasse del 10 % stabilita dalla legge 2 aprile 1886, e simili".

⁷⁶¹ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 56.

⁷⁶² Cfr COCCO-ORTU, *Discorso parlamentare*, Camera dei Deputati,, seduta del 13 febbraio 1904, in *Aspetti della politica liberale (1881-1922)*, vol. II, Roma, 1974, pag. 1007, l'espressione riportata si deve all'Onorevole Chimirri.

⁷⁶³ Cfr COCCO-ORTU, *Discorso parlamentare*, cit., pag. 1022.

⁷⁶⁴ Cfr MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993*, Bologna, 1996, pag. 258, il quale afferma che "la difformità vista come valore in sé (nella cultura liberale immediatamente postunitaria era stata considerata un disvalore) avrebbe in effetti costituito l'esito più vistoso e duraturo della nuova legislazione: ne sarebbe derivato un primo sfaldamento del rassicurante quadro legislativo postunitario e crispino, l'appannarsi dei caratteri di astrattezza e universalità della legge, l'emergere sempre più frequente, invece, della legge-provvedimento, mirata a regolare situazioni peculiari con il ricorso a strumenti e soluzioni tecniche di volta in volta calibrate su specifici interessi".

⁷⁶⁵ Cfr MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993*, cit., pag. 250; cfr CINGARI, *Storia della Calabria dall'Unità ad oggi*, Roma-Bari, 1982, pag. 168.

applicherebbe in sua vece alla fattispecie stessa”⁷⁶⁶. La legge che deroga all’ordinamento generale diviene personale soltanto laddove arrivi a vulnerare la generalità del principio e concretamente si riferisca ad un caso particolare, concettualmente definito come “*constitutio personalis*”⁷⁶⁷. Questo a conferma che la concretezza di una determinata situazione non conduce automaticamente all’insussistenza della generalità ed astrattezza delle disposizioni legislative, ed “è un errore dedurre la non generalità e astrattezza di una disposizione dalla sua natura eccezionale e temporanea”⁷⁶⁸. Ne consegue che l’ordinamento giuridico, per evitare sovrapposizioni e confusioni, disciplina una determinata fonte, la decretazione d’urgenza, appositamente finalizzata a collegare precisi effetti giuridici a fattispecie spazio-temporali determinate o a situazioni soggettive individuate o individuabili; si tratta di interventi ammissibili e giustificati dall’ordinamento stesso in quanto riconducibili ad uno stato di grave necessità ed urgenza. Ciò si verifica, ad esempio, quando gli atti di decretazione d’urgenza producono effetti giuridici sia ampliativi di determinate sfere giuridiche soggettive, come nel caso di agevolazioni fiscali riconosciute a soggetti residenti nella zona colpita da un evento sismico, sia restrittivi, come mediante l’emanazione di misure straordinarie poste in ricorrenza di episodi di terrorismo. Questo primo collegamento tra le tematiche della legge-provvedimento e quelle del decreto-legge rafforza la tesi esposta nel presente studio che soltanto lo strumento ex art. 77 Cost. è idoneo a porre una “disposizione singolare” nel

⁷⁶⁶ Cfr MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pag. 520; inoltre cfr SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, cit., pag. 174.

⁷⁶⁷ Cfr FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pag. 91, il quale afferma che “in antitesi alle norme generali ed astratte si hanno disposizioni individuali (*lex in privos lata*), di contenuto vario. Oggetto di esse è la concessione di un beneficio, di carattere pubblico o privato, personale o patrimoniale, ma può essere anche una restrizione, una incapacità o sanzione (c.d. *privilegium odiosum*)”.

⁷⁶⁸ Cfr RESCIGNO, *Forma e contenuto di regolamento*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 1434, il quale sostiene che “si danno tranquillamente, per ammissione unanime, disposizioni eccezionali che vengono considerate generali e astratte (tutte le deroghe che una legge generale e astratta pone rispetto ad altra legge generale e astratta); disposizioni temporanee che ugualmente vengono considerate generali e astratte (se non fosse così, non potremmo avere leggi temporanee in materia penale); disposizioni che sono ad un tempo eccezionali e temporanee, e che però ugualmente sono considerate generali e astratte”.

suo pieno significato di regola del caso singolo, che concerne “un solo soggetto, un solo oggetto, un solo caso”⁷⁶⁹. Infatti, se non vi fosse una precisa *ratio* giustificatrice, come i presupposti indicati ex art. 77 Cost., la trasformazione di posizioni giuridiche soggettive, individuate o individuabili, riferite a fattispecie determinate o a condizioni personali creerebbe situazioni di privilegio, vere e proprie leggi *ad personam*.

4-LEGGI PROVVEDIMENTO INNOVATIVE E LEGGI-PROVVEDIMENTO ESECUTIVE O IN LUOGO DI PROVVEDIMENTO

L’indagine del fenomeno delle leggi-provvedimento è stata sistematizzata da autorevole dottrina⁷⁷⁰ in modo da individuare due categorie di leggi aventi contenuto concreto; da un lato, nel caso di leggi rivolte “a dare applicazione concreta ad altre leggi”, e tali da conferire all’atto carattere di legge solo formale, in quanto carente dei requisiti tipici della generalità ed innovatività, dall’altro, nel caso di leggi provvedimento che, con riferimento a singoli soggetti e a specifici rapporti, derogano al diritto comune e “per le quali quindi l’elemento della singolarità [...] si presenta sotto il duplice e congiunto aspetto della personalità e della eccezionalità”⁷⁷¹. Da questo consegue che la prima categoria di leggi-provvedimento concerne la valutazione del principio della separazione dei poteri, mentre per la seconda è il principio di eguaglianza a porsi come fondamentale parametro di giudizio⁷⁷². Tale importante distinzione è stata poi nuovamente ripresa da quella corrente di pensiero che separa tra l’ipotesi in cui la legge apporta una deroga per una situazione particolare e concreta rispetto ad una precedente disciplina generale

⁷⁶⁹ Cfr MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pag. 511.

⁷⁷⁰ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pag. 1.

⁷⁷¹ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pag. 2.

⁷⁷² Cfr SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, cit., pag. 137.

e l'ipotesi in cui la legge si limita a provvedere alla semplice applicazione od alla esecuzione per un caso specifico di norme già esistenti oppure si verifichi l'approvazione di un atto o l'autorizzazione di una attività che risultano essere legittimi anche secondo il diritto vigente⁷⁷³. Il primo aspetto riguarda la situazione in cui "il fine concreto, il bene della vita perseguito dal legislatore non potrebbe essere realizzato direttamente dalla P. A., ma occorre un atto avente forza di legge che innovi, sia pure per un singolo e determinato caso, alla normativa vigente, apportandovi una deroga particolare", mentre il secondo identifica le ipotesi in cui "quel dato assetto dello specifico rapporto o della situazione concreta potrebbe essere realizzato anche direttamente dalla P. A., salvi ovviamente gli effetti e le conseguenze derivanti dalla diversa efficacia e forza dell'atto"⁷⁷⁴. Ne deriva che la categoria delle leggi-provvedimento innovative comprende quella serie di atti legislativi che comportano una deroga alla vigente disciplina generale, dal momento che si ritiene di dover ricorrere alla forza di legge al fine di realizzare un effetto abrogativo ed innovativo nei confronti dell'ordinamento giuridico in relazione alla situazione giuridica da disciplinare. Diversamente la categoria delle leggi-provvedimento esecutive indicano gli atti legislativi adottati in violazione del principio di legalità, inteso come necessaria presenza di una legge di previsione astratta dalla quale consegue la predisposizione e l'adozione di un provvedimento per il caso concreto sindacabile dal giudice amministrativo⁷⁷⁵. In questa maniera la legge-provvedimento si configura come una mera sostituzione di un atto legislativo ad un provvedimento amministrativo, e gli effetti raggiunti potrebbero essere ottenuti anche dalla Pubblica Amministrazione nell'ordinario esercizio dei suoi poteri, nonostante la

⁷⁷³ Cfr FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principi del giusto procedimento (in margine all'innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, pag. 1056.

⁷⁷⁴ Cfr FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principi del giusto procedimento (in margine all'innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, cit., pag. 1056.

⁷⁷⁵ Cfr RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pag. 264.

carenza del valore di legge che invece questa sostituzione garantisce⁷⁷⁶. Le leggi-provvedimento esecutive descrivono la relazione che intercorre tra una legge-provvedimento e una preesistente legge generale, e comprendono tutte quelle disposizioni legislative con le quali si modificano direttamente parti definite e circoscritte di provvedimenti normativi emanati da un potere amministrativo⁷⁷⁷. In base a questa tipologia di intervento si sono spesso apportate modifiche a regolamenti governativi o decreti ministeriali, e si sono abrogati regolamenti governativi e ministeriali. Questi interventi comportano alcune considerazioni sul piano della coerenza dell'ordinamento giuridico basate sul fatto che si possa creare una artificiosa situazione di disparità del legislatore nei confronti del giudice amministrativo e della Pubblica Amministrazione, i quali possono annullare un provvedimento amministrativo con efficacia *ex tunc*, possibilità che invece è preclusa al legislatore. Al fine di esemplificare alcuni casi di legislazione in luogo di provvedimento di autorità amministrative, si ricorda l'annosa questione della riforma agraria attuata

⁷⁷⁶ Cfr RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., pag. 383, il quale afferma che "il Parlamento applica puramente e semplicemente" quando "dopo aver approvato una legge di carattere generale che disciplina un certo oggetto, pretende poi di applicare la sua stessa legge a questo o a quel caso ([...] immaginiamo una legge che concede un sussidio alle famiglie che si trovano nella situazione X indicata dalla legge, e immaginiamo che il Parlamento sulla base della sua legge conceda il sussidio a questa o a quella famiglia): il Parlamento in questo caso pretende, con una o più leggi successive, di eseguire in concreto la sua stessa legge generale già approvata".

⁷⁷⁷ Cfr DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, cit., pag. 924. Inoltre cfr PALADIN, *In tema di leggi personali*, in *Giur. cost.*, 1961, pag. 1267, il quale critica la distinzione fra leggi provvedimento innovative e leggi provvedimento esecutive formulata da Mortati, sul rilievo che la tesi che siano ammissibili leggi personali esecutive "mira a rispondere ad interrogativi marginali e di rarissima verifica, né offre un criterio di valutazione della massa degli atti legislativi concreti, che hanno per loro natura carattere derogatorio". In tema di prima distinzione tra norma ritenuta esecutiva, pur essendo innovativa, cfr CRISAFULLI, *In tema di rapporti tra competenza legislativa, competenza amministrativa e competenza regolamentare*, in *Giur. cost.*, 1960, pag. 969, nota a Trib. Roma, Sez. I, 19 marzo 1959, con la quale veniva ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 301 del 1951, "in quanto il potere legislativo non ha con tale articolo realizzato una attività di competenza della pubblica amministrazione, ma ha provveduto ad emanare direttamente una norma di esecuzione o di attuazione di precedente legge formale". Questa affermazione è giudicata dall'Autore "del tutto fuori luogo", poiché la disposizione "stabilendo che certe sostanze siano "equiparate" ad altre, anteriormente disciplinate, lungi dal determinare l'appartenenza di esse al genere indicato da norme di legge, poneva e pone una disposizione innovativa rispetto a queste, caratterizzata da evidente generalità".

mediante la legge n. 230 del 1950, recante *Provvedimenti per la colonizzazione dell'Altopiano della Sila e dei territori contermini*, con particolare attenzione per l'art. 5 in cui si delegò il Governo a provvedere con decreti legislativi “all’approvazione dei piani particolareggiati di espropriazione”, definiti dall’Opera per la valorizzazione della Sila, prevista dalla legge n. 1629 del 1947, e “alle occupazioni di urgenza dei beni sottoposti ad espropriazione ed ai trasferimenti dei terreni indicati nell’articolo 3 a favore dell’Opera”. Sul punto si espresse la Corte costituzionale, la quale, anticipando ora quanto poi meglio si analizzerà, escluse la violazione dell’art. 113 Cost., prospettata in base al fatto che il procedimento legislativo di espropriazione sarebbe stato previsto in luogo del corrispondente procedimento amministrativo per eluderne i condizionamenti procedurali e il regime di impugnazione dei provvedimenti conclusivi; la Corte riconobbe gli interventi adottati come espressione della funzione legislativa, la quale, prevista senza ulteriori specificazioni dall’art. 70 Cost., legittima, in via generale, il ricorso alle leggi provvedimento⁷⁷⁸. Tuttavia, la questione è ancora estremamente attuale e pone dubbi e rilievi significativi; si pensi alla previsione di cui al comma 101 dell’articolo 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, con la quale, prevedendo che “per l’assunzione di mano d’opera da utilizzare nei reparti di lavoro del Genio militare, continuano a trovare applicazione le disposizioni contenute negli articoli 51, comma 1, lettera a), e 52 del regolamento approvato con regio decreto 17 marzo 1932, n. 365”, si conferma la sussistenza di una norma regolamentare, mai pubblicata e che dispone, nelle citate disposizioni, la possibilità di chiamata diretta di tali lavoratori al di fuori di ogni forma di selezione e concorso⁷⁷⁹. In questa circostanza, data la contraddizione con l’art. 97, comma 3, Cost., il fatto che

⁷⁷⁸ Cfr Corte cost., sent. 60/1957, in *Giur. cost.*, 1957, pag. 677.

⁷⁷⁹ Cfr DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, cit., pag. 930. Inoltre cfr FOIS, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1966, pag. 605, il quale dubita della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che si limitano con singola disposizione a recepire in tutto o in parte il contenuto di un regolamento, nel momento stesso in cui con esse si eludono riserve di legge per effetto della sottrazione della materia oggetto di normativa regolamentare al vaglio parlamentare da svolgere in sede di procedimento legislativo.

in sede legislativa se ne sia salvaguardata la vigenza può evidenziare un eccesso nell'uso dello strumento legislativo, al quale si è ricorsi allo scopo di preservare l'applicabilità di una normativa amministrativa in deroga alla legislazione vigente. Si ricordi, inoltre, la legge n. 381 del 1988, con l'articolo unico della quale si prevede che "in deroga a quanto stabilito dall'art. 12 del decreto legislativo luogotenenziale n. 518 del 1945, relativo alla presentazione di proposte di ricompense al valor militare per la Resistenza, per le province di La Spezia, Alessandria, Asti, Caserta, Pordenone e Brescia, e per i comuni di Verona, Castellino Tanaro (VR), Guardiallo (PI), Fivizzano (MS), Acervia (AN), Feletto Canavese (TO) e Palagano (MO), possono essere prese in esame le proposte di concessione di medaglie d'oro al valor militare per la Resistenza, presentate entro sei mesi dalla data di entrata in vigore di quella legge". Il legislatore ha inteso individuare una serie di enti locali ai quali assicurare il conferimento di una onorificenza specifica e particolare, sostituendosi all'organo amministrativo appositamente costituito per tale valutazione e violando lo stesso art. 87, ultimo comma, della Costituzione. Infine si riporta la previsione di cui all'articolo 1, comma 1, della legge n. 224 del 1998, recante *Trasmissione radiofonica dei lavori parlamentari e agevolazioni per l'editoria*, la quale recita: "allo scopo di garantire la continuità del servizio di trasmissione radiofonica delle sedute parlamentari, e confermando lo strumento della convenzione da stipulare a seguito di gara pubblica, i cui criteri saranno definiti nel quadro dell'approvazione della riforma generale del sistema delle comunicazioni, in via transitoria la convenzione tra il Ministero delle comunicazioni e il Centro di produzione S.p.a., stipulata ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 28 ottobre 1994, n. 602 ed approvata con decreto del Ministro delle poste e delle telecomunicazioni del 21 novembre 1994, è rinnovata con decorrenza 21 novembre 1997 per un ulteriore triennio, intendendosi rivalutato in L. 11. 500. 000. 000 l'importo di cui al comma 4 dello stesso articolo 9. I contratti collettivi nazionali di lavoro, ivi compreso, per i redattori, il contratto unico nazionale di lavoro dei giornalisti, si applicano ai dipendenti del Centro di

produzione S.p.a. fino alla scadenza della convenzione”. Questa lunga disposizione citata è un caso paradigmatico di legge in luogo di provvedimento, con particolare riferimento alla parte in cui, pur confermando il regime convenzionale, dispone un nuovo termine di durata rispetto a quello originariamente definito ed integrazioni al regime negoziale ivi indicati⁷⁸⁰.

Queste esemplificazioni consentono di soffermarsi sul significato del termine “esecutivo”, ed è utile richiamare gli studi di chi afferma che “letteralmente “esecutivo” significa “di esecuzione”, ed esecuzione significa (derivando etimologicamente da *ex* e *sequi*) il far seguire ciò che è contenuto in qualcosa di principale”, ma si potrebbe dire che “tutta l’attività giuridica è sempre, in questo senso, esecuzione”, in quanto “realizza in concreto qualche cosa già esistente in astratto”. Ne consegue che questo “qualche cosa non può essere che una proposizione generale che abbia già una esistenza giuridica e che sia suscettiva di essere realizzata: tale quindi è una legge quando, da un lato, determini un mutamento nella posizione giuridica di un soggetto, ovvero quando determini la possibilità di realizzare quel mutamento al verificarsi di alcune circostanze; ma, d’altro lato, non sia essa stessa sufficiente ad attuare quella modificazione”⁷⁸¹. In questo senso, si pone il tema che “funzione legislativa e attività necessariamente esecutiva sono concetti i quali si escludono a vicenda”⁷⁸², e si sottolinea che il potere legislativo esercitato dalle Camere è una estrinsecazione di una potestà idonea ad innovare, in quanto “l’atto legislativo, anche allorquando non rappresenta che l’applicazione in un caso singolo di una regolamentazione preesistente, non può mai essere considerato un mero atto di esecuzione. Esso rappresenta infatti sempre, necessariamente, la libera estrinsecazione di una determinazione che avrebbe potuto orientarsi diversamente”⁷⁸³. Tuttavia, un altro aspetto che ridimensiona quanto appena riportato consiste nel fatto che,

⁷⁸⁰ Cfr DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, cit., pag. 933.

⁷⁸¹ Cfr BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, pag. 37.

⁷⁸² Cfr SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe in materia di riforma fondiaria*, in *Foro amm.*, 1952, IV, pag. 5.

⁷⁸³ Cfr SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe in materia di riforma fondiaria*, cit., pag. 5.

sempre nel caso di precetti legislativi meramente esecutivi, avviene una semplice modificazione del titolo giuridico, frutto di una sostituzione di norma a norma, come quando il legislatore riproduce integralmente i contenuti di una legge preesistente attraverso una legge nuova, conservando la stessa *intentio legislatoris* e introducendo alcune innovazioni formali o di dettaglio. In relazioni quindi alle tipologie di leggi provvedimento viste nel corso del presente paragrafo, va affermato, quale elemento tipico e distintivo della funzione legislativa, il carattere della novità sostanziale⁷⁸⁴, non potendo risultare sufficiente la considerazione secondo la quale ogni atto giuridico è in grado di apportare elementi di novità nel sistema preesistente con forza più o meno intensa⁷⁸⁵.

5-AMMISSIBILITA' DELLE LEGGI-PROVVEDIMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Alla luce di quanto fin qui delineato, occorre ora accertare con maggiore attenzione se e in quali limiti le leggi-provvedimento siano ammissibili nell'ordinamento giuridico; la questione assume caratteri in parte diversi a seconda che si tratti delle cosiddette "esecutive" o "innovative". Per le prime viene soprattutto in rilievo il principio della separazione dei poteri, con il quale è fondato il dubbio di un contrasto con l'assunzione da parte delle Camere di competenze istituzionalmente proprie dell'Amministrazione; per le

⁷⁸⁴ Sul carattere della novità cfr CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1974, pag. 279; cfr SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970, pag. 89; cfr D'ATENA, *Aldo M. Sandulli ed i confini della normatività*, in *Dir. e soc.*, 2004, pag. 470.

⁷⁸⁵ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 141; cfr ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, pag. 95, il quale afferma che non vi è "atto dello Stato, valido e giuridicamente rilevante che non crei diritto, anche se poi esso, per ragioni formali od estrinseche, sia caratterizzato come "amministrativo" o "giurisdizionale"; cfr FODERARO, *Il concetto di legge*, Milano, 1948, pag. 143, il quale sottolinea come il carattere della novità non possa "riguardarsi come carattere esclusivo della norma, essendo possibile di riscontrare tale elemento anche in manifestazioni differenti dell'attività dello Stato".

seconde, invece, è l'esigenza dell'eguaglianza che si fa valere, nel presupposto che questa non sia diversamente tutelata se non con il conferire alla legge i caratteri della generalità e dell'astrattezza⁷⁸⁶. La tematica prospettata è soltanto un aspetto della più ampia questione che sorge dall'attribuzione a "poteri" distinti delle due funzioni della formazione della legge e della sua attuazione a casi concreti, visto come l'esercizio della seconda possa far conseguire il risultato di alterare il significato e la portata delle norme. La giurisprudenza costituzionale⁷⁸⁷ ha, nel tempo, avallato un indirizzo favorevole alle leggi-provvedimento, ammettendone la legittimità anche quando sono l'espressione di un legislatore regionale. L'argomento principale, infatti, con il quale si è soliti partire per sostenerne la legittimità riguarda il mutamento strutturale e funzionale che si è verificato all'interno dei moderni ordinamenti giuridici in relazione all'organizzazione del potere⁷⁸⁸. Si argomenta, inoltre, dai dati specifici ricavabili dalla Costituzione, che una generalizzata riserva di provvedimento che fondi, a favore dell'Amministrazione, una pretesa all'esercizio esclusivo della potestà amministrativa sia da escludere, in quanto non è individuabile alcuna disposizione costituzionale che preveda un ambito specifico a favore dell'apparato di Governo⁷⁸⁹, né è ricavabile dal principio del giusto procedimento⁷⁹⁰. Questo incentivato dal fatto che autorevole dottrina⁷⁹¹ sostiene che l'elemento che distingue la legislazione non risiede nel

⁷⁸⁶ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pag. 47.

⁷⁸⁷ E' difficile sintetizzare la giurisprudenza costituzionale in tema di legge-provvedimento; si considerino, senza pretesa di esaustività, tra le altre le sentenze n. 60/1957, n. 68/1961, n. 13/1962, n. 40/1964, n. 3/1965, n. 95/1966, n. 190/1986, n. 143/1989, n. 369/1990, n. 66/1992, n. 62 e 250/1993, n. 437/1994, nn. 62, 248, 347/1995, nn 2 e 153/1997, n. 211/1998.

⁷⁸⁸ Cfr MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pag. 50.

⁷⁸⁹ Cfr SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 271; cfr VIGNOCCHI, *Il potere regolamentare dei Ministri*, Napoli, 1957, pag. 64.

⁷⁹⁰ Cfr CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, pag. 130, il quale afferma che "la circostanza che, in molti casi, la stessa Costituzione riservi il concreto provvedere ad autorità non amministrative, ma giudiziarie, e che talvolta, nel diritto positivo vigente, proprio per fini di maggiore tutela e garanzia, compiti di natura amministrativa siano affidati ad organi giudiziari, induce a ritenere che il principio del giusto procedimento non implichi una riserva in favore dell'amministrazione come apparato".

⁷⁹¹ Cfr MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1973, pag. 888.

particolare contenuto dell'atto ma nella sua forma, ossia nel procedimento di formazione⁷⁹². Questa posizione si ritrova nella sentenza n. 190 del 1986 della Corte costituzionale con la quale si dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge regionale siciliana n. 90 del 1976, che disponeva la decadenza dei Consigli di amministrazione di tre enti regionali, in riferimento agli artt. 24, 25 e 113 Cost. che attengono a garanzie apprestate rispetto ad atti diversi da quelli legislativi. Tale pronuncia, come, del resto, l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento, non appare tenere nella giusta considerazione il fatto che al cittadino, all'interno della strutturazione procedimentale dell'azione amministrativa, devono essere riservati alcuni spazi di intervento che gli consentano di esprimere le proprie ragioni, in modo che principi di valore costituzionale, quali l'audizione degli interessati e il contraddittorio, non siano sminuiti. Ne consegue che nel momento stesso in cui lo Stato decida di intervenire nell'ambito socio-economico lo deve fare secondo le modalità proprie del procedimento amministrativo e non nella forma della legge-provvedimento, pena "la vanificazione di alcune garanzie costituzionali la cui importanza è senz'altro pari a quella della tutela dei valori giurisdizionali assicurata dagli artt. 24, 25 e 113 e consistente principalmente nella configurazione del c.d. diritto alla giurisdizione"⁷⁹³. Questo significa che quale che sia il contenuto di un atto legislativo esso non può annullare lo spazio tutelato dalla Carta costituzionale a favore dell'iniziativa soggettiva per difendere i propri diritti soggettivi e i propri interessi legittimi. Ne deriva che la legge parlamentare non può assumere i caratteri di norma individuale e concreta, poiché verrebbe meno quel margine che, al contrario, la norma generale ed astratta crea tra sé ed il provvedimento di attuazione del suo

⁷⁹² Cfr PIRAINO, *Ancora sulle leggi-provvedimento*, in *Le Regioni*, 1-2, 1987, pag. 170, il quale afferma che "poiché riferimenti ad un presunto e necessario carattere normativo delle leggi mancano anche in tutte le altre disposizioni costituzionali che regolano la funzione legislativa ed anzi vi sono numerosi articoli che prevedono espressamente leggi con contenuto concreto, non c'è dubbio che si può affermare che la Costituzione non impone alle leggi nessun carattere di generalità ed astrattezza e quindi non impedisce nessuna legge dal carattere provvedimentoale".

⁷⁹³ Cfr PIRAINO, *Ancora sulle leggi-provvedimento*, cit., pag. 174.

precetto e che permette al cittadino di ricorrere ai rimedi giurisdizionali che l'ordinamento ha approntato per una efficace salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive. Tale impostazione è espressione piena della concezione della democrazia secondo la quale i diritti di libertà, nello loro tradizionale configurazione di diritti pubblici soggettivi, subiscono una decisa trasformazione⁷⁹⁴ e diventano “*modo di emersione dei processi di liberazione che uniscono gli individui e la comunità nello sforzo di ordinare la convivenza*”⁷⁹⁵. Altro dato rilevante concerne la difficoltà di ricorrere allo strumento di tutela nei confronti di una legge ritenuta dal cittadino incostituzionale, visto il carattere non immediato del ricorso al sindacato della Corte costituzionale. L'orientamento del giudice delle leggi, tuttavia, non muta e sul tema sono particolarmente significative le pronunce n. 225 e 226 del 1999⁷⁹⁶, le quali, sebbene diverse per tipologia di giudizio, dato che la prima segue una questione incidentale di legittimità e la seconda giudica un conflitto di attribuzione, esprimono una ricostruzione giuridica unitaria, individuabile nella complementarietà delle due motivazioni, agevolata dal riferimento alla medesima situazione normativa. Il sindacato, infatti, verteva sugli artt. 17, 18 e 19 della legge regionale n. 86 del 1983 che disponeva che per ciascun parco regionale lombardo venga “formato un piano territoriale di coordinamento, avente natura ed effetti di piano territoriale regionale”; le questioni sottoposte alla Corte costituzionale non riguardano il procedimento di approvazione dei piani dei parchi lombardi in sé considerato, quanto l'atto conclusivo dello stesso, ossia, la circostanza che l'atto finale di approvazione del piano da parte del Consiglio regionale sia una legge⁷⁹⁷. Nel caso affrontato dalla sentenza n. 225, il Piano è stato approvato e il Tar Lombardia, dubitando della costituzionalità della legge di approvazione, ha sospeso il giudizio

⁷⁹⁴ Cfr AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pag. 274; cfr COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, pag. 9.

⁷⁹⁵ Cfr PIRAINO, *Ancora sulle leggi-provvedimento*, cit., pag. 176.

⁷⁹⁶ Cfr Corte cost., sent. 225 e 226/1999, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 2010.

⁷⁹⁷ Cfr SIMONCINI, *La legge “senza valore” (ovvero, della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 2027.

rinviano la questione incidentale alla Corte costituzionale, mentre nella situazione della sentenza n. 226 il Tar lombardo aveva dinanzi un piano ancora *in itinere*, semplici deliberazioni di giunta e procedeva ad annullarle, da qui il conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Lombardia. I due giudizi, come si evince, vertono sulla stessa questione giuridica consistente nel dubbio di compatibilità con il sistema costituzionale del procedimento di approvazione per legge dei piani territoriali predisposti dalla Regione. Di nuovo il quesito se una legge-provvedimento leda o meno il diritto di difesa costituzionalmente garantito dagli artt. 113 e 24 della Costituzione. In questo caso, la Corte costituzionale rigetta l'istanza non perché abbia giudicato la ragionevolezza della legislazione lombarda ma per aver svolto una valutazione che si concentra sulla struttura stessa della legge intesa come atto giuridico piuttosto che analizzandone il contenuto; infatti, la Corte muove da un attento esame della legislazione lombarda, la quale prevede un procedimento per la formazione, l'adozione, la verifica e l'approvazione del piano territoriale di coordinamento del Parco naturale, suddiviso in due fasi distinte aventi natura e finalità diverse. La prima fase, di natura prettamente amministrativa, si sostanzia nella delibera di adozione della proposta di piano elaborata dall'ente gestore e nella delibera adottata dalla giunta regionale, attività che sono oggetto del sindacato del giudice amministrativo nella misura in cui siano suscettibili di ledere immediatamente le posizioni dei soggetti interessati per la cogenza degli strumenti di salvaguardia che esse comportano. La seconda fase, invece, di carattere legislativo, prende avvio con la presentazione al Consiglio regionale del progetto di legge da parte della giunta e assume il valore di formale iniziativa della legge di approvazione del piano. L'indagine, dunque, vuole evidenziare il rapporto esistente tra le due fasi e la modalità mediante la quale si realizza il principio costituzionale di garanzia dei diritti; la Corte afferma che “configurate le due fasi, l'una amministrativa (...) e l'altra legislativa di mera approvazione del piano (...) è evidente che gli eventuali vizi della fase amministrativa di formazione, adozione e modifiche del piano del parco non sono sanati né comunque

coperti dalla approvazione con legge regionale del piano stesso”⁷⁹⁸. Si introduce quella che è stata definita la “terza via”⁷⁹⁹, argomentando la pronuncia di rigetto sulla base di una interpretazione adeguatrice della legislazione sottoposta a giudizio, differente da quella avanzata dal giudice *a quo*, secondo la quale la legge regionale non viola il principio costituzionale di tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica Amministrazione poiché consente l’impugnazione delle delibere di adozione del piano. Il potenziale annullamento che ne deriverebbe comporterebbe l’effetto di privare la legge del suo oggetto, prefigurando, quindi, una legge che, come afferma la Corte costituzionale, non fa assumere al suo contenuto “valore di legge”. Si evince che la Corte ritenga, per la parte del piano approvato coincidente con la delibera di adozione annullata, che la legge non debba essere più applicata⁸⁰⁰; viene scardinato il principio per cui la forma di legge attribuisce necessariamente il valore di legge, con la conseguente sindacabilità della Corte costituzionale. Nelle pronunce in esame si pone una distinzione tra adozione e approvazione, e i soggetti che nel giudizio *a quo* si sono ritenuti lesi nel loro diritto di difesa dall’approvazione del piano con legge regionale si sentono rispondere dalla Corte che questo loro diritto è garantito dalla legge stessa perché avrebbero potuto impugnare l’atto di adozione, autonomo da quello di approvazione per ciò che concerne il procedimento, il contenuto e gli effetti⁸⁰¹. Questa presa di posizione accresce l’esigenza del ricorso ad un giudizio sulla ragionevolezza della scelta normativa, a patto che tale valutazione abbia una sua precisa e definita consistenza, e non venga, invece, considerata come una sorta di vizio di legittimità residuale, invocabile soltanto quando altre violazioni specifiche, di tipo formale o materiale, non

⁷⁹⁸ Cfr Corte cost., sent. 225/1999, cit., punto 4 considerato in diritto.

⁷⁹⁹ Cfr SIMONCINI, *La legge “senza valore”*, cit., pag. 2035.

⁸⁰⁰ Cfr MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. giur.*, 1973, pag. 893, il quale argomenta sul concetto di legge senza “valore di legge” e lo considera in riferimento ad un atto legislativo che può essere sindacato nel suo oggetto da altre autorità giudiziarie e non esclusivamente dalla Corte costituzionale.

⁸⁰¹ Cfr SIMONCINI, *La legge “senza valore”*, cit., pag. 2037 e 2046, il quale definisce la legge “senza valore”, come “un nuovo fantasma destinato a vagare indefinitamente nel panorama del nostro sistema delle fonti, già popolato di non pochi mostri”.

siano imputabili. Nel caso riportato, infatti, appare irrazionale prevedere una procedura che coinvolga i cittadini e permetta loro di impugnare atti fondamentali della stessa procedura e poi non considerare tali eventualità nell'approvazione legislativa finale dell'atto. L'episodio, nell'ottica della presente ricerca, richiede un nuovo giudizio di ragionevolezza, particolarmente attento alla logica e alla razionalità del sistema delle fonti, intesi anche come valori costituzionali. Queste considerazioni, ora solo enunciate, saranno in seguito meglio articolare; al momento, occorre rifarsi al concetto di ragionevolezza impiegato dalla Corte costituzionale mediante l'esposizione di un altro caso giurisprudenziale significativo in tema di leggi-provvedimento. Nella sentenza n. 137 del 2009 il giudice delle leggi argomenta riguardo la particolare attenzione con cui il legislatore deve applicare il canone della ragionevolezza affinché il ricorso ad una legge-provvedimento non costituisca una violazione dei principi di eguaglianza e di imparzialità. Nel caso di specie, il Tar del Lazio sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 e della Tabella B della legge regionale laziale n. 28 del 2006, recante il bilancio di previsione della Regione Lazio per l'esercizio finanziario 2007, che stabilivano il concorso della Regione alle iniziative di carattere sociale, culturale e sportivo a livello locale, mediante la previsione diretta sia dei soggetti destinatari dei contributi sia dell'importo specifico del contributo assegnato a ciascun beneficiario. Sempre il Tar del Lazio, dopo aver evidenziato che si era in presenza di una legge-provvedimento, affermava la lesione degli articoli 3, 97 e 117 della Costituzione, in quanto non era riscontrabile nella disposizione la delineazione di una procedura idonea e trasparente dell'azione amministrativa regionale per la ripartizione dei contributi tra gli enti individuati, con conseguente violazione del principio di eguaglianza. In relazione all'art. 117 Cost., che impone alla potestà legislativa regionale concorrente il rispetto dei principi generali cui si informa la legislazione statale, il Tar Lazio richiamava l'art. 12 della legge n. 241 del 1990, secondo la quale la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e l'attribuzione di vantaggi economici di

qualunque genere a persone ed enti pubblici sono subordinate alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. La Corte costituzionale, nel suo giudizio, conferma la qualificazione della disposizione impugnata come legge-provvedimento, evidenziando che si tratta di un norma idonea ad incidere su un numero determinato di destinatari, con contenuto particolare e concreto. Poi, la Corte ritorna su quanto già consolidato nella sua giurisprudenza, ossia che non è preclusa alla legge ordinaria, e neppure alla legge regionale, la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati alla Pubblica Amministrazione, non riscontrando un divieto di adozione di leggi di siffatta natura. Tuttavia, la Corte sottolinea che queste leggi sono ammissibili entro limiti non solo specifici, come il rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione della controversie in corso, ma anche generali, finalizzate alla salvaguardia del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà, in modo che la loro legittimità vada valutata in relazione ad un contenuto specifico. Pertanto, qualora il legislatore ponga in essere una attività di tipo particolare e concreto devono risultare i criteri ai quali si sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione⁸⁰². Ciò premesso, il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 e della tabella B della legge della Regione Lazio n. 28 del 2006 rilevando il contrasto con l'art. 3 della Costituzione, posto che non è stato rispettato il principio di eguaglianza nella sua nozione di parità di trattamento. In questa sentenza, si rileva che la norma impugnata pone un percorso privilegiato per la distribuzione di contributi in danaro, con prevalenza degli interessi di alcuni soggetti collettivi a discapito di quelli, parimenti meritevoli di tutela, di altri enti esclusi, con pregiudizio per l'interesse generale.

Infine, con la sentenza n. 190 del 2011, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione degli obblighi comunitari, e

⁸⁰² Cfr DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, cit., pag. 917, e *Processo legislativo e limiti della legge*, Napoli, 2006, pag. 237.

quindi per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., delle disposizioni contenute in due leggi regionali, rispettivamente della Regione Lombardia e della Regione Toscana, in materia di "caccia in deroga"⁸⁰³. La Corte ricorda che la direttiva comunitaria n. 147 del 2009 consente determinate deroghe al divieto generale di cacciare le specie protette, ma richiede, in linea con la giurisprudenza comunitaria della sentenza 8 giugno 2006, causa C-118/94, che le misure derogatorie siano accompagnate da una adeguata e puntuale motivazione, idonea a far riferimento, in modo esplicito e circostanziato, alla sussistenza di tutte le condizioni prescritte dalla direttiva, la quale persegue il fine di limitare le deroghe allo stretto necessario e di permettere la vigilanza degli organi comunitari⁸⁰⁴. Pertanto la Corte afferma che il rispetto del vincolo europeo "impone l'osservanza dell'obbligo della puntuale ed espressa indicazione della sussistenza di tutte le condizioni in esso specificamente indicate, e ciò a prescindere dalla natura (amministrativa ovvero legislativa) del tipo di atto in concreto utilizzato per l'introduzione della deroga al divieto di caccia e di cattura degli esemplari appartenenti alla fauna selvatica stabilito agli articoli da 5 a 8 della medesima direttiva". Sulla base di queste considerazioni, i giudici costituzionali riscontrano un vizio di motivazione nelle due leggi impugnate dal Governo; infatti, per quanto concerne la legge della Regione Lombardia n. 16 del 2010, la Corte osserva che "vi è la completa omissione di qualsiasi cenno in ordine alla sussistenza delle condizioni e dei presupposti richiesti dalla direttiva", mentre con riferimento alla legge della Regione Toscana n. 50 del 2010, riguardante il prelievo di richiami vivi, sottolinea che il preambolo contiene "lo sviluppo di qualche ulteriore linea argomentativa" rispetto alla precedente legge toscana sullo stesso oggetto, già dichiarata illegittima con la sentenza n. 266 del 2010. Tuttavia, in relazione a quest'ultimo caso, la Corte giudica insufficiente, perché apodittica, la motivazione, in quanto "non diversamente che per il

⁸⁰³ Cfr Corte cost., sent. n. 190/2011, in www.giurcost.org

⁸⁰⁴ Cfr MASSA, *L'istanza cautelare è assorbita e qualcuno (forse) ci lascia le penne*, in www.dirittiregionali.org

passato, è fondata su di una mera petizione di principio la affermazione secondo la quale “Non esiste al momento altra condizione soddisfacente a fronte delle richieste pervenute se non quella del metodo delle catture” (punto 11 del preambolo della legge regionale n. 50 del 2010), non essendo affatto chiarito perché una campagna di allevamento in cattività, tempestivamente promossa e realizzata, non sia idonea a fornire il fabbisogno necessario di richiami vivi, in tal modo costituendo, (...) una valida alternativa alla cattura dei medesimi”. Questa sentenza è importante perché collega al carattere provvedimentale di un atto legislativo l’onere di una adeguata motivazione, riconoscendo, implicitamente, che l’intervento siffatto si inserisce nell’ambito dell’azione amministrativa. Per il momento è sufficiente evidenziare questo collegamento che introduce un’argomentazione che nell’ultimo capitolo di questo studio sarà sviluppato e avrà, come conseguenza, la riconsiderazione, nell’ottica di una diversa collocazione, dell’intera tematica della legge-provvedimento.

In conclusione, nonostante la giurisprudenza costituzionale sia di segno diverso, si pone con forte criticità la questione che l’attività amministrativa esercitata dalla legge formale comporti un grave depauperamento delle garanzie poste a tutela degli amministrati, a sostegno della tesi che questo fenomeno, nell’ordinamento costituzionale italiano, rappresenti una preoccupante anomalia⁸⁰⁵. Infatti, l’avocazione a livello legislativo della cura in concreto di interessi collide con il “sistema di amministrazione pubblica *sub lege*”, in cui “la definizione dell’interesse pubblico è rimessa al legislatore”⁸⁰⁶, e con la definizione di amministrazione in senso funzionale,

⁸⁰⁵ Cfr SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, cit., pag. 283.

⁸⁰⁶ Cfr CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pag. 1, il quale afferma che la realizzazione degli interessi pubblici astratti fissati dal legislatore “è, di volta in volta, l’interesse pubblico concreto dell’amministrazione”. Inoltre cfr GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pag. 75, il quale riflette sul carattere modale dell’attività amministrativa rappresentata dal suo essere attuazione della legge; cfr CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, pag. 367, il quale sostiene che l’interesse primario non sempre

secondo la quale essa consiste in un “procedimento di messa in atto di norme [...] grazie al quale determinate regole sono tradotte in decisioni specifiche, per casi singoli”⁸⁰⁷. Ne consegue che la qualificazione dell’azione amministrativa come “esecutiva” va intesa come indicativa di un’attività che presuppone la legge, perché da essa trae origine, legittimazione, ragione⁸⁰⁸. La legge-provvedimento, dunque, non risulta compatibile con l’attribuzione che l’ordinamento costituzionale effettua a favore dell’Esecutivo o di altro soggetto del potere amministrativo di provvedere concretamente alla cura degli interessi pubblici⁸⁰⁹. Il concetto che ne è alla base richiede che sia un soggetto diverso dal legislatore ad avere il compito della cura degli interessi della collettività mediante un potere che, se esercitato correttamente, sia in grado di soddisfare il confronto tra quegli interessi e le specificità mostrate dal caso concreto e rappresentate dagli stessi interessi coinvolti nella fattispecie⁸¹⁰. Come già si è avuta occasione di riflettere nel corso di questo studio, la funzionalità istituzionale dell’amministrazione viene modellata dalla carattere costituzionale dell’interesse pubblico, il quale va considerato dalla Pubblica Amministrazione nel processo di contemperamento degli interessi individuati dalla legge con gli interessi degli amministrati e, a volte, anche

è chiaramente individuato dalla norma attributiva del potere ma da tutto il contesto normativo nel quale la norma è collocata.

⁸⁰⁷ Cfr PETERS, *The Politics of Bureaucracy*, (1995), traduzione italiana *La pubblica amministrazione*, Bologna, 1999, pag. 7.

⁸⁰⁸ Cfr GASPARRI, *I concetti di legislazione, amministrazione e politica nella terminologia della Costituzione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Perugia*, 1959, pag. 28, il quale afferma che “nel concetto dell’“eseguire” (da *ex* e *sequor*) è compresa non solo l’idea del “venir dopo” nello spazio o nel tempo; ma anche, contrassegnata appunto dall’“*ex*”, l’idea del “trarre origine” oppure, sul piano logico, “ragione” (esecuzione di un progetto) o ancora, sul piano giuridico, che qui ci interessa, “legittimazione” (esecuzione di un comando)”.

⁸⁰⁹ Cfr SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, cit., pag. 284.

⁸¹⁰ Cfr RANELLETTI, *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, (1948), ora in *Scritti giuridici scelti, II. La giustizia amministrativa*, a cura di Ferrari e Sordi, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, Napoli, 1992, pag. 345, il quale afferma che “quella libertà non si può eliminare ed è normale nell’attività di amministrazione, poiché non è possibile regolarne con precisione lo svolgimento in tutti i campi e le direzioni dell’attività dello Stato, non essendo possibile prevedere tutte le circostanze di fatto, tutti gli atteggiamenti e le esigenze dell’interesse pubblico, alla soddisfazione del quale l’amministrazione deve dirigere la sua attività”.

con altri interessi pubblici che per legge vanno integrati nella valutazione discrezionale amministrativa. Tutti questi interessi devono, pertanto, essere acquisiti e valutati dal potere amministrativo, e il caso concreto va inteso “non come una entità suscettibile di mera rilevazione e descrizione, sibbene come il risultato di un’attività che è conoscitiva e creativa al tempo stesso, in quanto ha inizio con l’esame di una situazione ancora indefinita e tende innanzitutto a discernere i “dati” da impegnare nella formulazione del problema”⁸¹¹. La legge-provvedimento, secondo questa impostazione, produce una alterazione della legalità procedimentale e una compressione del procedimento amministrativo, il quale è stato autorevolmente definito “giuridicamente necessario”⁸¹²; tale concettualizzazione parte dal fatto che il processo di traduzione degli interessi pubblici previamente fissati dalla norma ha avuto nel tempo un arricchimento di garanzie procedurali offerte dall’ordinamento, in modo da assicurare la piena partecipazione degli interessati alla determinazione amministrativa, unita ad una maggiore verificabilità delle scelte operate dall’amministrazione⁸¹³. La legislazione è dunque andata in questa direzione: si pensi alla legge sul procedimento amministrativo, alla ridefinizione dell’organizzazione amministrativa, anche’essa oggetto di significative riforme finalizzate a meglio precisare la definizione del rapporto tra indirizzo politico e gestione amministrativa, nell’ottica della responsabilizzazione dell’amministrazione. Ancora, si ricordi la legge n. 205 del 2000 che ha innovato mediante l’introduzione di nuovi istituti in tema di tutela cautelare e di risarcimento del danno procurato dalla lesione dell’interesse legittimo, rispondendo in maniera più adeguata alle

⁸¹¹ Cfr LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, pag. 959.

⁸¹² Cfr SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, pag. 98, il quale osserva che “è in crescita la rilevanza giuridica dell’attività amministrativa come tale, la quale da nozione meramente ricognitiva evolve in nozione giuridica (ponendosi come fattispecie accanto all’atto e al provvedimento)”.

⁸¹³ Cfr NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pag. 252. Inoltre cfr SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pag. 1376.

aspettative di tutela degli amministrati⁸¹⁴. Emerge la diversità giuridica dell'attività legislativa rispetto all'attività amministrativa; infatti l'amministrazione ha il compito di individuare con completezza, mediante l'istruttoria, tutti gli interessi coinvolti nella propria determinazione, valutandoli comparativamente con gli interessi pubblici che la norma le affida e motivando le sue scelte anche in relazione a proposte eventualmente formulate dai soggetti coinvolti nel procedimento. Questi elementi non sono riscontrabili nei confronti dei destinatari della legge-provvedimento, il cui *iter* di formazione parlamentare non prevede affatto un dovere giuridico di prendere in considerazione gli interessi coinvolti dalla legge, non configurandosi un dovere di contemperamento dell'interesse pubblico con gli interessi privati. A questo si aggiunge che, in ossequio al principio di imparzialità ex art. 97 Cost., un atto amministrativo che incide direttamente sulla sfera giuridica soggettiva del destinatario deve essere assunto con la garanzia della neutralità della valutazione compiuta, il cui rispetto è salvaguardato dalla legge a contenuto generale ed astratto che consente lo svolgimento del procedimento amministrativo. La legge-provvedimento si pone inoltre in contrasto con l'art. 28 Cost., che impone la responsabilità diretta in capo ai funzionari e dipendenti pubblici per gli atti condotti in violazione di diritti, in quanto annulla il suddetto meccanismo di imputabilità. Va poi riaffermata la lesione degli artt. 24 e 113 della Costituzione e la centralità della questione delle aspettative di tutela giurisdizionale⁸¹⁵. La denuncia del fatto per il quale la forma legislativa degli atti provvedimentali preclude l'accesso alla tutela davanti al giudice amministrativo è rafforzata dai “marginì sempre più adeguati e penetranti ricavati dal giudice

⁸¹⁴ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 288, la quale afferma che “la forza del principio di differenziazione tra previa legge generale recante previsioni astratte ed esercizio della funzione amministrativa secondo specifiche modalità imposte dall'ordinamento non può che risultare più pregnante alla luce della consolidata esperienza della legge 241/90”.

⁸¹⁵ Cfr FERRAJOLI, *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica del diritto*, in *Logos dell'essere. Logos della norma*, Bari, 1999, pag. 907.

amministrativo nel sindacato sull'attività amministrativa"⁸¹⁶. Sul tema, si è analizzata la posizione della Corte costituzionale, ora si precisa che quest'ultima ha inteso la garanzia dell'art. 113 Cost. nel senso che contro gli atti amministrativi è sempre ammessa tutela giurisdizionale in sede ordinaria ed amministrativa e non nel senso che la garanzia stessa debba essere apprestata nei confronti degli atti a carattere puntuale e concreto in qualunque forma adottati⁸¹⁷. Altra questione rilevante riguarda poi l'art. 118 Cost., il quale può valere come parametro di legittimità costituzionale nei confronti della legge-provvedimento⁸¹⁸. Infatti, la revisione del Titolo V della Costituzione apre la strada per nuove interpretazioni delle relazioni tra legislazione ed amministrazione⁸¹⁹ e, in particolare, l'art. 118 Cost. salvaguardia non solo l'autonomia degli enti locali ma anche l'individualità della funzione amministrativa⁸²⁰. Tuttavia, questa posizione può prestarsi a critiche basate sul fatto che non è prevista, in capo agli enti locali, la

⁸¹⁶ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 291. Inoltre cfr MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pag. 239, il quale riflette sul tema del risarcimento del danno ingiusto anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, in riferimento alla sentenza della Consulta n. 204 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, pag. 2181, in cui si afferma che il potere riconosciuto al giudice amministrativo dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 costituisce "uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio (e/o confermativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

⁸¹⁷ Particolarmente importante sul tema la sentenza di Corte costituzionale n. 143 del 1989 e n. 331 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, pag. 1359.

⁸¹⁸ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 291.

⁸¹⁹ Cfr PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Considerazioni introduttive*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, pag. 463; cfr CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, nel modello della sussidiarietà negoziata*, in *AA. VV., Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, a cura di Violini, Milano, pag. 231.

⁸²⁰ Cfr FERRARI, *I Comuni e l'urbanistica*, in *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno nazionale A.I.D.U., Pescara, 29-30 novembre 2002, a cura di Civitarese Matteucci, Ferrari, Urbani, Milano, 2003, pag. 135, il quale afferma che nel nuovo assetto costituzionale la salvaguardia del ruolo dell'ente locale e la sua tutela nei confronti dello Stato e della Regione si impernia "sulla generale riserva costituzionale delle funzioni amministrative ai Comuni [...]. La legge-provvedimento statale o regionale trova qui il parametro di giudizio"; inoltre cfr SPUNTARELLI, *La ratio della legge regionale in sostituzione di provvedimento amministrativo: tre argomentazioni non condivisibili di una sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2003, pag. 851, la quale afferma che si può prospettare "la possibilità di riconsiderare il principio di riserva di amministrazione fino a ritenerlo parametro di legittimità costituzionale delle leggi in sostituzione di provvedimento sotto il profilo del loro contrasto con il principio di sussidiarietà costituzionalizzato nel nuovo art. 118".

legittimazione processuale dinanzi alla Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 127 e 134 della Costituzione⁸²¹. In ogni caso, la tesi merita attenzione ed è stato autorevolmente rilevato che il problema delle leggi-provvedimento è strettamente legato con l'assetto costituzionale dello Stato⁸²², aspetto che risulta ulteriormente sottolineato dalla riforma del Titolo V che ha voluto evidenziare la posizione costituzionale dei livelli di governo locali e regionali⁸²³. La diversa formulazione dell'art. 118 Cost., infatti, pone che la funzione amministrativa è stata "pensata innanzitutto come funzione a se stante, in linea con l'intuizione già presente nell'art. 97 Cost., da organizzarsi secondo criteri e canoni propri"⁸²⁴, in modo da essere ripartita tra i vari livelli di governo, tutti dotati di pari dignità costituzionale, ai sensi dell'art. 114 Cost., secondo il principio di sussidiarietà. Si prospetta un sistema policentrico, destinato ad organizzarsi mediante fonti secondarie. In questo contesto, è stata teorizzata una riserva di amministrazione e si argomenta che, se Stato e Regioni potessero intervenire tramite leggi-provvedimento nell'ambito delle funzioni amministrative attribuite a Comuni, Province o Città metropolitane, la richiamata norma di cui all'art. 118 Cost. finirebbe per esserne sostanzialmente privata di significato⁸²⁵. Il riconoscimento

⁸²¹ Cfr BIN, *Il nuovo Titolo V: cinque interrogativi (e cinque risposte) su sussidiarietà e funzioni amministrative*, in www.forumcostituzionale.it, 2 gennaio 2002; in relazione al progetto di riforma costituzionale della Commissione Bicamerale cfr GUZZETTA, *L'accesso di Province e Comuni alla giustizia costituzionale nella prospettiva della riforma costituzionale. Profili problematici*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Firenze, 28-29 maggio 1999, a cura di Anzon, Caretti, Grassi, Torino, 2000, pag. 266.

⁸²² Cfr DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in AA. VV., *Legge in sostituzione di atto amministrativo – Atti preparatori e attuativi di atto legislativo – Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione e verso l'amministrazione*, Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 21-23 settembre 2000, Milano, 2001, pag. 98.

⁸²³ Cfr MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, in *Foro amministrativo*, CdS, 2003, pag. 1303.

⁸²⁴ Cfr PASTORI, *L'amministrazione del nuovo Titolo V della Costituzione: continuità e discontinuità*, Relazione al Convegno *Federalismo e regionalismo in Europa* organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria durante i giorni 22-23 novembre 2002, in www.uninsubria.it, il quale inoltre afferma che nella nuova formulazione costituzionale "si sancisce la competenza generale residuale di amministrazione dei comuni, a cui fa riscontro il carattere speciale della competenza amministrativa di tutte le altre istituzioni".

⁸²⁵ Cfr MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, cit., pag. 1303.

dell'esistenza di una qualunque forma di riserva di amministrazione rappresenta di per se stessa un limite al potere legislativo e richiama la netta distinzione concettuale tra legislazione e amministrazione. Questa impostazione conduce a far venire meno il primo presupposto logico su cui si basa la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale non possono ravvisarsi limiti contenutistici alla legge⁸²⁶.

Pertanto, la legge-provvedimento non mette in pericolo soltanto il principio di separazione dei poteri⁸²⁷ ma si scontra in maniera manifesta con il concetto stesso di "amministrazione" delineato dalla Costituzione, che impone compiti e modalità precise ai poteri pubblici, i quali sono tenuti ad esercitarli nel rispetto dei diritti e degli interessi della collettività.

⁸²⁶ Cfr MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, cit., pag. 1304.

⁸²⁷ Cfr SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione (riflettendo sul pensiero di Aldo M. Sandulli)*, in Aldo M. Sandulli (1915-1982). *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, pag. 196.

CAPITOLO SESTO

L'AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE E TIPOLOGIA DI "DECRETO-LEGGE PROVVEDIMENTALE"

1-ELEMENTI DI INCREMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE: RICHIAMO ALLA CRISI DELLA LEGGE E ALL'AFFERMAZIONE DELLA DEMOCRAZIA MAGGIORITARIA

La proliferazione dell'utilizzo del decreto-legge impone riflessioni che coinvolgono le fondamenta stesse dello Stato di diritto così come delineato dal diritto costituzionale; le leggi di conversione rappresentano ormai una parte cospicua della produzione primaria delle Camere e sollevano tematiche ricche di problematiche che investono la politica legislativa, la trasformazione della funzione legislativa nel sistema delle fonti e il mutamento della funzione della legge⁸²⁸. Si va verso una decisa accentuazione del carattere monistico della forma di governo italiana. Occorre dunque richiamare le questioni che già in precedenza erano state affrontate quando si parlava di "crisi della legge", reimpostato nello speculare "legge della crisi", espressioni che sono entrate a far parte del lessico giuridico accanto a termini come "de-

⁸²⁸ Cfr COLAVITTI, *Decretazione d'urgenza e forma di governo*, in *Diritto e società*, 1999, pag. 335, il quale afferma che "si potrebbe sostenere un'accentuazione del ruolo svolto dal Governo, a discapito del Parlamento, nei processi di individuazione e di svolgimento dell'indirizzo politico. Resteremmo pur sempre, dunque, nell'ambito di una forma di governo, quella italiana, che è sì parlamentare, ma anche monistica maggioritaria, cioè basata sulla titolarità dell'indirizzo politico in capo al polo Governo-maggioranza parlamentare". Inoltre cfr MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, pag. 430.

strutturazione” del sistema delle fonti, “sfrangiamento” del livello costituzionale, disarticolazione dei “tipi” normativi⁸²⁹. La fotografia della produzione normativa contemporanea riafferma la perdita unitarietà della legge in seguito all’utilizzo “estremamente variegato di essa”⁸³⁰, e, alla luce della degenerazione dell’istituto della decretazione d’urgenza, diviene imprescindibile un diverso esame tipologico della fonte normativa primaria basato sui suoi “aspetti materiali contenutistici e funzionali”⁸³¹. L’avvento della cosiddetta “democrazia maggioritaria”⁸³² ha ulteriormente sottolineato il tentativo di consolidare una consuetudine dotata della forza attiva sufficiente a derogare a norme scritte di rango costituzionale⁸³³; questa impostazione va respinta, sia perché risulta più corretto parlare di “convenzione”⁸³⁴ sia perché una concezione di tal genere è incompatibile con il sistema delle fonti posto dalla Costituzione repubblicana, la quale non può in alcun modo giustificare una “progressiva emersione di un nuovo tipo di fonte del diritto”⁸³⁵. I governi sorti da un contesto politico “maggioritario”, lungi dall’affrontare sistematicamente i punti critici e i fattori problematici del fenomeno, hanno perpetuato una sorta di “stato di emergenza cronica”, ricorrendo all’istituto della decretazione d’urgenza sia per perseguire percorsi “decisionisti” a

⁸²⁹ Cfr MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, pag. 154; cfr CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, pag. 32.

⁸³⁰ Cfr MODUGNO, *A mo’ di introduzione. Considerazioni sulla “crisi” della legge*, cit., pag. 30.

⁸³¹ Cfr ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, cit., pag. 156.

⁸³² Cfr BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. V, Milano, 2001, pag. 354.

⁸³³ Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, pag. 103; cfr MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova, 1998, pag. 53.

⁸³⁴ Cfr COLAVITTI, *Decretazione d’urgenza e forma di governo*, cit., pag. 337, il quale afferma che “anche a volere ammettere, poi, l’operatività *contra legem* della fonte consuetudinaria, nel caso di specie non risulta assolutamente integrata la fattispecie astratta della consuetudine: se è certo presente l’elemento materiale della ripetizione nel tempo del comportamento in questione, la cd *repetitio facti*, è invece assente l’elemento soggettivo della *opinio juris ac necessitatis*. A mio avviso è sempre mancata, in capo agli organi costituzionali coinvolti, la coscienza di porre in essere un contegno conforme a diritto, o giuridicamente doveroso”. Contrariamente cfr ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. del diritto*, vol. IX, cit., pag. 467, il quale sostiene che “...spetti alle consuetudini, ed in particolare alle consuetudini costituzionali, di offrire prova e conferma della validità delle disposizioni sulle fonti...”, e che “...l’accertamento della validità delle regole stesse sia subordinata alla constatazione della loro effettiva, generale, consuetudinaria vigenza...”.

⁸³⁵ Cfr CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, cit., pag. 313.

discapito della centralità del Parlamento sia per impostare un nuovo e diverso modo ordinario di funzionamento delle istituzioni rappresentative. Nel diritto costituzionale, invece, l'adozione di atti illegittimi non realizza innovazioni alla normativa costituzionale, la quale resta sempre il parametro dell'illegittimità predicata⁸³⁶. La situazione parlamentare attuale vede “da un lato l'immiserirsi del ruolo delle assemblee che si sostituiscono all'amministrazione (per ragioni nobili e meno nobili), dall'altro lato l'abnorme estensione dei decreti-legge e della decretazione legislativa (rispetto alla quale la prescrizione di criteri e principi direttivi si riduce sempre più a poche frasi generiche e vuote), e soprattutto la dilatazione senza limiti delle c.d. delegificazioni, che sono oggi una vera frode alla Costituzione (dal momento che, sulla base di pochi, generici e vaghi criteri direttivi, viene trasferito all'Esecutivo il compito di individuare le leggi e le disposizioni di legge da abrogare)”. L'innestarsi sulla forma di governo parlamentare di sistemi elettorali di natura “maggioritaria”, oltre ad incrementare quella che è stata definita una “nebbia concettuale”⁸³⁷, evidenzia come, a Costituzione invariata, l'introduzione di nuove regolarità politiche⁸³⁸ aprano la strada ad un “monismo sostanziale” che esprime un potere unitario di direzione politica, dove alla relazione fiduciaria tra Governo e Parlamento si aggiunge “un *continuum* reale tra maggioranza parlamentare ed Esecutivo [...] saldamente coesi da un flusso decisionale che ha nel Governo il centro propulsore”⁸³⁹. Quindi, ogni meccanismo finalizzato a rafforzare e razionalizzare il potere della maggioranza parlamentare pone interrogativi rilevanti sulla configurazione del sistema delle fonti, il quale non può tollerare modifiche dovute alla prassi che mettano eccessivamente in risalto gli atti aventi forza di legge del Governo. Sulla base delle relazioni tra legislativo, esecutivo ed

⁸³⁶ Cfr COLAVITTI, *Decretazione d'urgenza e forma di governo*, cit., pag. 340.

⁸³⁷ Cfr CHESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pag. 19.

⁸³⁸ Cfr BARBERA-FUSARO, *Maggioranza, principio di (Diritto)*, in *Enc. scien. Soc.*, vol. V, Roma, Ist. Enc. it., 1996, pag. 399.

⁸³⁹ Cfr *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, cit., pag. 19.

amministrazione il sistema maggioritario si caratterizza per l'effetto di svilimento e di ridimensionamento dell'esercizio delle potestà pubbliche in funzione di reciproco controllo⁸⁴⁰, ponendo, inoltre, il tema della sussistenza di idonee garanzie a sostegno dell'espressione del pluralismo e della tutela delle minoranze⁸⁴¹.

2-IL DECRETO-LEGGE COME ATTO RECANTE PROVVEDIMENTI

L'inserimento del termine "provvedimenti" all'interno della statuizione dell'art. 77 Cost. ha nel tempo alimentato diverse interpretazioni non tutte in linea con gli intendimenti del Costituente; è bene ora riflettere sulla portata concettuale e applicativa di questa terminologia. Il riferimento principale rileva nella nozione di "provvedimento" la prescrizione dell'adozione di testi aventi forza di legge dal contenuto puntuale e concreto, finalizzato a predisporre soltanto comandi giuridici specifici ed immediatamente necessari. Rinviando a quanto nel corso di questo studio si è già analizzato, qui va ripreso e precisato che l'utilizzo della nozione di "provvedimento", dal significato ricordato, vuole, con evidenza, porsi in contrapposizione con il concetto di "atto normativo", che richiama una normazione generale ed astratta, e rileva come "non sembra affatto impropria la terminologia adottata, ma anzi perfettamente idonea, sul piano letterale, ad esprimere l'intenzione e il concetto del Costituente"⁸⁴². Questa impostazione mette in luce quanto il

⁸⁴⁰ Cfr LIJPHART, *Patterns of Democracies. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, (1999), trad. It. *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001, pag. 137.

⁸⁴¹ Cfr BARBERA-FUSARO, *Maggioranza, principio di (Diritto)*, pag. 407.

⁸⁴² Cfr QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977, pag. 95, il quale poi precisa che "gli atti previsti dall'art. 77 sono veri e propri provvedimenti che intervengono per fronteggiare fenomeni eccezionali e hanno contenuto concreto". Inoltre cfr CIAURRO, voce "Decreto-legge", in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, pag. 8, il quale ribadisce che "il carattere di "provvedimento" indicato dalla Costituzione come proprio del decreto-legge dovrebbe

requisito della provvedimentalità venga trascurato dalla prassi applicativa della decretazione d'urgenza, e questo aspetto è rafforzato dal pensiero della dottrina prevalente⁸⁴³ che ha generalmente inteso ridimensionare tale qualificazione costituzionale degli atti governativi ex art. 77 Cost., sottolineandone invece la provvisorietà, affermando che “la voluta improprietà della dizione serve ad accentuare il carattere della provvisorietà, ad eliminare l'idea che la norma emessa possa valere a regolare una serie indeterminata di casi futuri”⁸⁴⁴. Pertanto, il fatto che non si sia ricorsi al termine “norme” è stato visto come una negazione di una duratura applicazione nel tempo della disciplina introdotta mediante decreto-legge⁸⁴⁵ e, in questo modo, il tema della provvedimentalità viene stemperato nella più generale questione della necessaria provvisorietà dei decreti-leggi, in riferimento alla legittimità o meno di decreti che eludano il termine di decadenza costituzionale e pongano effetti irreversibili⁸⁴⁶.

Tale posizione non è accolta in questa ricerca e si è già affermato, e qui ribadito, che provvisorietà e provvedimentalità sono requisiti necessari del decreto-legge, e non può sussistere l'uno senza l'altro, a pena di snaturare l'istituto ex art. 77 Cost. e aprire la via all'abuso. Il carattere della provvedimentalità, pertanto, rileva anche sotto il profilo dell'omogeneità dei decreti-legge e ne costituisce il fondamento costituzionale⁸⁴⁷. Questo requisito consente di evitare di sottoporre al Parlamento atti composti⁸⁴⁸ ed è stato aggirato non solo mediante la predisposizioni di testi estremamente eterogenei comprendenti le materie più disparate ma anche ricorrendo

estrinsecarsi in un contenuto normativo semplice ed omogeneo, atto a far fronte provvisoriamente a situazioni eccezionali”.

⁸⁴³ Cfr PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, pag. 148; cfr CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi “forza di legge”*, cit., pag. 187; cfr LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 322.

⁸⁴⁴ Cfr MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ediz., Padova, 1976, pag. 704.

⁸⁴⁵ Cfr BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, XV ediz., Napoli, 1989, pag. 571.

⁸⁴⁶ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, pag. 454.

⁸⁴⁷ Cfr DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, pag. 20

⁸⁴⁸ Cfr LABRIOLA, *Il Governo della repubblica. Organi e poteri: commento alla L. 400/88*, Rimini, 1997, pag. 180.

all'artificio della finalizzazione unitaria di norme diverse⁸⁴⁹; in tal modo, l'omogeneità è stata intesa e valutata nell'ottica della coerenza del mezzo, il decreto-legge, con i fini perseguiti, per cui vengono ritenute illegittime soltanto le disposizioni che vadano al di là della ragione giustificativa del decreto⁸⁵⁰. Questa tendenza di misurare l'omogeneità in maniera teleologica, quale concetto di relazione, magari prendendo a paragone il giudizio costituzionale in materia referendaria⁸⁵¹, sposta l'attenzione dal carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza, allontanando l'impostazione dal tema dell'amministrazione con forza di legge e introducendo rimedi, o, meglio, tentativi di giustificazione, richiesti da mere esigenze pratiche, dovute ad una prassi che ha ampiamente destrutturato l'istituto previsto dall'art. 77 della Costituzione. Nel pensiero di questo lavoro, pertanto, occorre riportare il concetto di atto provvedimentale nel suo significato originario, come espressione di momento di autorità, attraverso il quale l'amministrazione cura l'interesse pubblico di cui è attributaria. La forza di legge, come si è avuto modo di argomentare, colloca l'atto di decretazione d'urgenza in un contesto particolare e specifico di alta amministrazione, in cui il Governo è chiamato ad adottare un atto autoritativo tipico e nominato, preordinato alla realizzazione dell'interesse preciso individuato dalla norma costituzionale. Il decreto-legge è dunque idoneo ad incidere unilateralmente e immediatamente nelle situazioni soggettive del privato, esprime una immediata direzione verso la cura dell'interesse pubblico, e in queste caratteristiche risiede la sua omogeneità. Questa nozione spiega il concetto del carattere provvedimentale come manifestazione della pubblica amministrazione, sia nel senso di atto di esercizio di un potere riconosciuto dalla Costituzione stessa al Governo sia nel senso di espressione della supremazia dell'amministrazione, atto di diritto pubblico per eccellenza. Questa impostazione, in linea con quanto fin qui

⁸⁴⁹ Cfr DI CILOLO, *Riflessioni in tema di decreti-legge non convertiti*, in *Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Milano, 1996, pag. 127.

⁸⁵⁰ Cfr ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, cit., pag. 294.

⁸⁵¹ Cfr CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., pag. 459.

studiato, da un lato, influisce sul piano dell'efficacia del provvedimento con forza di legge, in modo da descriverne le modalità di produzione dei suoi effetti o la natura degli stessi, dall'altro, permette di trasportate su tale tipologia provvedimentale le diverse immagini dell'amministrazione, ispirate ora all'idea di supremazia, ora a quella di funzione o di potere di scelta. Nel caso della decretazione d'urgenza è particolarmente valorizzato l'aspetto della scelta e la stessa formulazione dell'art. 77 Cost., con il richiamo alla responsabilità governativa, evidenzia che il potere del Governo è un potere di scelta, formulato sulla base di una valutazione che dovrebbe essere esclusivamente di alta amministrazione. Si ripropone, dunque, il tema del potere giuridico come potere di scelta in relazione a un certo assetto di interessi posti dalla Costituzione.

Secondo questa concezione di potere ne consegue che la posizione di supremazia del Governo, organo apicale della Pubblica Amministrazione, conduce a dettare unilateralmente disposizioni vincolanti finalizzate alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Il provvedimento provvisorio con forza di legge è dunque l'atto mediante il quale l'organo apicale della Pubblica Amministrazione dispone in ordine all'interesse pubblico individuato dalla clausola generale dell'art. 77 Cost. e, correlativamente, incide su determinate situazioni giuridiche soggettive; in questa definizione risultano complementari le nozioni di supremazia dell'Amministrazione e di interesse pubblico. La provvedimentalità lega tra loro le diverse componenti che costituiscono il concetto di provvedimento con forza di legge, in modo che ad essa, in quanto sue forme di manifestazioni, si ricollegano l'imperatività e l'esecutorietà.

Nell'ottica dell'attività di alta amministrazione, come è stata intesa nel corso di questa ricerca, il decreto-legge è l'atto che possiede il massimo di forza giuridica possibile, poiché unilateralmente costituisce, modifica o estingue situazioni giuridiche soggettive di altri soggetti, possedendo piena imperatività e il più elevato grado di autorità. L'avverarsi della costituzione,

modificazione, estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui si sviluppa indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che le subisce; questo sottolinea sia gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento con forza di legge sia il modo attraverso il quale essi vengono realizzati e in un tale contesto la provvedimentalità appare prima sinonimo di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, poi sinonimo di unilateralità. Mutuando gli schemi della dottrina amministrativistica,⁸⁵² è possibile affermare che il provvedimento ex art. 77 Cost. così inteso è espressione di autorità non perché idoneo ad incidere su libertà protette, ma perché finalizzato a disporre dell'interesse pubblico, e in quanto tale assoggettabile a controlli, nel nostro caso al sindacato di costituzionalità.

Questa impostazione consente di giuridicizzare il potere di amministrazione con forza di legge, e quindi di sottoporlo a controlli e limiti; la nozione di provvedimentalità che si vuole proporre è fin dall'origine legata all'immagine di un potere vincolato e limitato, non arbitrario.

⁸⁵² Cfr MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, pag. 178; Cfr GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pag. 36.

3-LO SCHEMA NORMA-FATTO E MODALITA' DI PRODUZIONE GIURIDICA

All'interno di un atto di decretazione d'urgenza di carattere provvedimentale si osserva da un lato una modalità di produzione giuridica riferibile a quella di un provvedimento amministrativo, ma con l'efficacia formale della forza di legge, dall'altro opera l'istituto della deroga, in conformità a quella linea di pensiero che riconosce nella deroga stessa un effetto giuridico⁸⁵³. Pertanto, al fine di comprendere gli effetti giuridici che scaturiscono da un decreto-legge provvedimentale occorre riprendere la teorica che ritiene la struttura del sistema normativo organizzata nei due schemi fondamentale della norma-fatto e della norma-potere⁸⁵⁴. Secondo questa impostazione, si sostiene che “è essenziale notare che il diritto non si esaurisce nelle norme, onde evitare di scambiare il diritto con le (sole) proposizioni normative, estratte dall'esperienza della vita e cristallizzate fuori dalla realtà quotidiana”⁸⁵⁵; se, dunque, il diritto è norma nei termini ora precisati, “quel che invece non è esatto [...] è che il diritto sia (soltanto) regola di condotta”⁸⁵⁶, in quanto sono rilevabili due tipologie di norme: le regole dell'attività, che si riferiscono

⁸⁵³ Cfr RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1964, pag. 303, il quale afferma che “se sullo schema logico deroga si innesta il momento tempo, se cioè si prende in considerazione il fenomeno “sopravvenienza di nuova norma derogante”, allora si produrrà un effetto giuridico deroga, individuato da un mutamento normativo obiettivamente riconoscibile e temporalmente definito [...] la parola deroga, quindi, [...] designa anche l'effetto giuridico in forza del quale una norma sopravvenuta esclude rispetto ad ipotesi di specie la forza qualificatoria di una norma anteriore, che rimane in vigore rispetto alle ipotesi di genere per l'innanzi da essa prevedute. La deroga in quanto effetto giuridico è individuata dai seguenti elementi: sopravvenienza di una norma di specie rispetto a norma di genere preesistente, contemporanea vigenza di ambedue le norme secondo il rapporto *lex generalis lex specialis* che si istituisce fra esse. Si spiega in tal modo perché la deroga in quanto effetto (e non la deroga in quanto mera relazione fra norme) porti con sé a volta a volta fenomeni di retroattività, di applicazione differita (o, il che è lo stesso, di ultrattività della norma derogata) o infine di applicazione immediata”. Inoltre cfr CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 1997, pag. 108.

⁸⁵⁴ Cfr CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, (1963), ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pag. 170.

⁸⁵⁵ Cfr CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, pag. 7. Inoltre cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, pag. 142.

⁸⁵⁶ Cfr CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 11.

all'organizzazione e alla condotta, e le "regole di valutazione, o di giudizio della stessa attività considerata *ex post* o delle situazioni oggettive; in una parola dei fatti in genere", e queste sono definite come "norme di valutazione o di qualificazione dei fatti"⁸⁵⁷. Lo schema norma-fatto indica una relazione tra norma e fatto, grazie alla quale la norma disciplina direttamente il fatto, secondo una sequenza che vede assenza di poteri di scelta, "dunque diritti e obblighi, dunque giudizio di accertamento"⁸⁵⁸; invece, lo schema norma-potere-fatto mette in luce la relazione per cui la norma attribuisce ad un altro soggetto "il potere di provvedere lui alla disciplina del fatto"⁸⁵⁹, in modo che "anziché regolare il fatto in maniera diretta e compiuta, attribuisce ad un soggetto o organo il potere di provvedere all'assetto delle situazioni oggettive"⁸⁶⁰. Tra questi due ambiti, occorre distinguere e scegliere quale sia il sistema normativo in grado di regolamentare, anche se in modo non esclusivo, il fatto, così da giungere alla norma individuale del caso concreto; la disposizione assume caratteristiche diverse sia perché prodotto di un procedimento particolare sia perché differente è il contesto verso il quale è indirizzata, a seconda che sia molteplice o individuale.

L'art. 77, comma 2, della Costituzione indica il fatto emergenziale e regola lo strumento per fronteggiarlo, e rientra nello schema norma-potere-fatto, nel senso sopra esposto, e questo conferma che legge ed amministrazione sono concetti separabili, soggettivamente e funzionalmente, in base agli schemi generale-particolare o concreto-astratto, e dunque la

⁸⁵⁷ Cfr CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 11., il quale parla di norme di azione, da distinguere dalle norme di relazione. Sul punto cfr GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, (1942), Padova, 1994, pag. 30, il quale afferma che le norme di relazione "sono dirette a regolare i rapporti intercorrenti fra l'Amministrazione e il cittadino. Tali norme sono della medesima natura di quelle che regolano, ad esempio, i rapporti interindividuali; ed hanno rispetto a quelle la medesima funzione, cioè la risoluzione di conflitti d'interessi fra i soggetti ai quali si rivolgono, la medesima struttura, in quanto consistono in un comando rivolto ad una volontà di fare, non fare o consentire qualche cosa in favore di un'altra".

⁸⁵⁸ Cfr CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 359.

⁸⁵⁹ Cfr *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., pag. 170

⁸⁶⁰ Cfr *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., pag. 359.

risoluzione della situazione da disciplinare può essere costituzionalmente riferita all'uno o all'altro schema. Ne consegue che se l'ordinamento produce diritto in ognuna delle sue funzioni, questo si produce "in modo diverso; e questo modo diverso condiziona la varia efficacia delle singole attività"⁸⁶¹.

Lo Stato di diritto si caratterizza anche per la differenziazione della modalità di produzione giuridica, in chiave garantista, e "l'organizzazione costituzionale dei poteri ha nel suo centro strutturale questa *ratio* giuridica immanente: un vincolo degli organi statuali, anche sovrani, nei riguardi delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli"⁸⁶².

Il disegno costituzionale, infatti, pone in tema di decretazione d'urgenza spazi vietati al potere del governo, affinché quest'ultimo operi entro determinati limiti.

⁸⁶¹ Cfr ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, pag. 526.

⁸⁶² Cfr ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, cit., pag. 557.

4-INDIVIDUAZIONE DI DIVERSE “TIPOLOGIE” DI DECRETI-LEGGE ALL’INTERNO DELLA CATEGORIA DECRETO-LEGGE PROVVEDIMENTALE. DECRETI LEGGI PROVVEDIMENTALI AUTOAPPLICATIVI, DI APPROVAZIONE, DI VALUTAZIONE DISCREZIONALE AMMINISTRATIVA, DI NATURA ABLATORIA

Nel paragrafo precedente si è visto che la disciplina dell’art. 77, comma 2, Cost. può essere ricompresa all’interno dello schema norma-potere-fatto; ora i singoli decreti-legge provvedimentali posti in essere dal Governo possono a loro volta, nella produzione di effetti giuridici, rifarsi al suddetto schema oppure, e più in sintonia con una autentica natura provvedimentale, strutturarsi secondo la modalità disposizione-fatto, ossia disciplinare il fatto senza ricorrere all’attribuzione ad altri soggetti del potere di valutare e decidere la regolazione del caso concreto. Occorre, dunque, specificare meglio gli effetti giuridici prodotti dai decreti-legge provvedimentali unitamente alle modalità di produzione degli stessi effetti; va approfondita l’individualità di alcune “tipologie” di decreti-legge provvedimentali, a seconda che abbiano l’effetto giuridico di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive a prescindere dall’esercizio di un determinato potere amministrativo, decreti-legge auto applicativi, di attribuire forza di legge ad atti amministrativi presupposti, decreti-legge di approvazione, di imporre un obbligo di esecuzione all’amministrazione predeterminando tutti o alcuni dei profili dell’*an*, del *quando*, del *quid* e del *quomodo*, in modo tale da escludere l’esercizio del potere discrezionale amministrativo di cui l’amministrazione è attributaria in situazioni analoghe, decreti-legge di valutazione discrezionale amministrativa, di incidere negativamente sulla sfera giuridica del destinatario, decreti-legge di natura ablatoria. Queste tipologie, poi, sono accomunate dal fatto di trasformare situazioni giuridiche di soggetti individuati o individuabili in relazione a fattispecie spazio-

temporali emergenziali, in relazione anche a condizioni personali degli stessi soggetti. Codesta classificazione, pur strumentale ed abbozzata, consente di comprendere meglio gli effetti giuridici posti dai decreti-legge provvedimentali, riassumibili come atti aventi forza di legge che amministrano. Tale suddivisione vuole, da un lato, recuperare precise argomentazioni sviluppate in tema di legge-provvedimento⁸⁶³ e, dall'altro, all'interno di un contesto emergenziale, contribuire ad esprimere concretamente e ad identificare il concetto di amministrazione con forza di legge, senza escludere che il medesimo decreto-legge provvedimentale possa produrre effetti giuridici riconducibili a più di una delle categorie proposte, ad ulteriore dimostrazione del fatto che il provvedere è imprescindibilmente legato a situazioni concrete, particolari e materiali.

Occorre ora vedere meglio la tipologia dei singoli atti all'interno della classificazione proposta. Il "decreto-legge autoapplicativo" indica l'idoneità di tale atto avente forza di legge di produrre gli effetti giuridici della trasformazione di situazioni giuridiche soggettive, prescindendo dall'esercizio del potere amministrativo⁸⁶⁴. Questa tipologia, infatti, ricomprende quei decreti-legge che esauriscono l'intera fase dell'attività amministrativa provvedimentale, dall'iniziativa alla valutazione discrezionale, al merito della scelta, fino alla produzione degli effetti costitutivi, modificativi, estintivi di situazioni giuridiche soggettive che si realizzano istantaneamente al momento della loro entrata in vigore. L'efficacia costitutiva e innovativa viene posta in essere, rispetto alle situazioni giuridiche soggettive, attraverso lo schema disposizione-fatto. Con il decreto-legge autoapplicativo si compie la valutazione discrezionale dei fatti sottesi alla situazione emergenziale e produce gli effetti giuridici di trasformazione delle situazioni giuridiche soggettive disciplinando il caso concreto. L'individualizzazione e la

⁸⁶³ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 144.

⁸⁶⁴ Per una critica al concetto di "autoapplicabilità" cfr CAMMELLI, *Premesse allo studio delle leggi-provvedimento regionali*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1971, pag. 1366.

concretizzazione della disciplina da introdurre è compiuto direttamente dall'atto avente forza di legge e si constata che in questo il nesso tra disposizione e fatto non risulta diverso dal nesso tra provvedimento amministrativo e fatto. Un esempio pratico consiste in una situazione di espropriazione operata mediante decretazione d'urgenza in cui si verifica la produzione di effetti giuridici senza la necessità di ricorrere ad una fase di attuazione da parte delle singole amministrazioni dei territori coinvolti, in quanto si ottiene il duplice effetto della automatica estinzione del diritto di proprietà in capo agli espropriati e del contestuale trasferimento dello stesso diritto in capo a nuovi soggetti. In simili contesti, originati da fatti emergenziali, la forza di legge dei decreti consente di derogare alle formalità procedurali disciplinate dalle leggi sull'espropriazione.

Allo stesso modo possono costituire casi esemplificativi l'adozione di misure urgenti di salvaguardia del territorio come il divieto di edificazione in determinate zone costiere oppure la decadenza delle licenze edilizie rilasciate.

Altra categoria individuabile è data dai decreti-legge provvedimentali di valutazione discrezionale amministrativa, i quali si distinguono da quelli autoapplicativi in quanto rinviano l'efficacia costitutiva di situazioni giuridiche soggettive al momento dell'adozione di un provvedimento amministrativo; a seguito, dunque, della loro emanazione, e proprio in virtù di questa, viene svolta una fase amministrativa e la particolarità è costituita dal fatto che tale fase è dominata dalla valutazione discrezionale contenuta nell'atto avente forza di legge e i suoi effetti sono già predeterminati. Di valutazione discrezionale amministrativa sono ad esempio i decreti-legge che, per interventi infrastrutturali in zone colpite da calamità naturali, dichiarano di preminente interesse, di pubblica utilità e di somma indifferibilità ed urgenza progetti ed opere in essi indicati. Questi decreti-legge arrestano la propria produzione di effetti giuridici nel compiere, esaurendola, la valutazione discrezionale dell'atto amministrativo che in seguito verrà emanato; le singole amministrazioni, infatti, saranno chiamate soltanto a procedere all'adozione

formale dei provvedimenti amministrativi, dei quali sono già predeterminati tutti o alcuni dei profili dell'*an*, del *quid*, del *quando*, del *quomodo*. In questo modo risulta evidente che l'atto avente forza di legge costituisce la premessa indispensabile per l'adozione dei successivi atti amministrativi ed assorbe ogni elemento che, in fase di esecuzione, sia espressione di discrezionalità. Si verifica, pertanto, una imposizione di un obbligo di esecuzione alla singola amministrazione, la quale svolge una attività procedimentale amministrativa la cui scelta e valutazione degli interessi è già stata compiuta in sede di decretazione d'urgenza. Ne consegue che l'atto amministrativo adottato non è la fonte degli effetti che dall'atto stesso ne derivano, poiché è la disposizione avente forza di legge che disciplina il fatto in via immediata invece di attribuire ad un soggetto il potere di provvedere caso per caso⁸⁶⁵. Da questo quadro risulta confermata la modalità di produzione di effetti giuridici secondo lo schema disposizione-fatto, e le singole amministrazioni hanno il compito di verificare la presenza, nella situazione concreta, dei requisiti posti direttamente dall'atto con forza di legge. In questo caso, siamo dinanzi "ad una competenza esclusiva e non ad un potere in senso proprio discrezionale"⁸⁶⁶, in quanto la discrezionalità è già stata esercitata dal Governo, organo apicale della P.A., nell'adozione del decreto-legge.

Una ulteriore categoria dotata di autonoma rilevanza può essere denominata "decreti-legge provvedimentali di approvazione"; si tratta di un ambito che vede, nell'*iter* procedimentale, una fattispecie a formazione progressiva, intervenendo su atti amministrativi già dati. Anche in questa categoria è riscontrabile una particolare relazione tra atto avente forza di legge e atto amministrativo secondo modalità di esercizio sempre riconducibili allo schema disposizione-fatto. Infatti, i decreti-leggi di approvazione

⁸⁶⁵ Cfr CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, pag. 248.

⁸⁶⁶ Cfr CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., pag. 248, il quale definisce la discrezionalità come "qualità della posizione di potere per cui al titolare è demandato per l'appunto di decidere, volta per volta, nei singoli casi concreti, la soluzione adatta onde soddisfare l'interesse pubblico per la cui tutela detta posizione è attribuita dalla legge".

conferiscono forza di legge alle determinazioni amministrative trasformandone l'efficacia legale, in quanto dal momento dell'adozione del decreto-legge gli effetti precettivi di questi atti amministrativi saranno uniti non più agli effetti tipici del provvedimento amministrativo bensì agli effetti legali caratteristici di un atto avente forza di legge. La decisione di procedere in tal modo va giustificata sulla base della sussistenza di un fatto emergenziale, in base ad una valutazione particolarmente ponderata della situazione, poiché la sussunzione, da parte del decreto-legge, a livello di fonte primaria del contenuto dell'atto amministrativo consente solo un sindacato di legittimità costituzionale sui profili di irragionevolezza. Si verifica un assorbimento dell'atto amministrativo nel decreto-legge che lo approva, del quale acquista il valore e la forza formali e sostanziali. Tali affermazioni evocano la struttura giuridica della categoria dell'atto complesso nella parte in cui si riferiscono al concorso di più volontà nella formazione di un atto giuridico⁸⁶⁷. L'equiparazione tra decreti-legge di approvazione ed atti complessi è possibile solo per il carattere comune che "la volontà che si esprime nell'atto non è una volontà semplice, ma una volontà risultante da un complesso di volontà"⁸⁶⁸, tuttavia "il soggetto o l'organo che approva non coopera alla formazione dell'atto sottoposto all'approvazione, non vuole ciò che nell'atto ha voluto il soggetto o l'organo che l'ha compiuto; ma, esaminando il contenuto dell'atto, vuole semplicemente dichiarare l'atto sottoposto al suo esame utile e opportuno per rendere così verificata la condizione dalla quale dipende l'efficacia dell'atto. Nell'atto complesso, invece, sia esso eguale o ineguale, i diversi soggetti od organi che cooperano

⁸⁶⁷ Cfr DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, (1903), ora in *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1966, pag. 395, il quale riflette sul fatto che per la formazione dell'atto complesso "è necessario e sufficiente che la volontà nell'atto manifestata risulti dall'unificazione di più volontà singole".

⁸⁶⁸ Il tema è ampio; in relazione all'aspetto che qui interessa cfr DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, cit., pag. 395, cfr BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, (1903), ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1976, pag. 191, cfr DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pag. 30, il quale propone l'abbandono del termine "atto complesso" che "ormai è causa di confusione, essendo usato per indicare fenomeni giuridici perfettamente eterogenei".

alla formazione della volontà complessa, esprimono volontà di contenuto identico, dirette ad unico effetto⁸⁶⁹. Dunque, non è pienamente sovrapponibile il concetto di atto complesso ed è più adeguato sottolineare l'effetto di assorbimento dell'atto amministrativo nell'atto avente forza di legge, dal momento che si fa riferimento ad un atto già formato e quindi perfetto.

Un'ultima categoria ricomprende i decreti-legge provvedimentali di natura ablatoria, i quali incidono negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari, e va sottolineato che proprio dal sopraggiungere di un fatto emergenziale devono porsi limiti e divieti ai comportamenti degli individui per garantire il raggiungimento dei fini essenziali della collettività. Caratteristica di interventi provvedimentali di tal genere è la sottrazione, la perdita di un qualcosa che in precedenza faceva parte della sfera giuridica del privato; ne consegue che l'aspetto privativo è il requisito principale di tali atti aventi forza di legge, mentre quello appropriativo risulta frequente ma solo eventuale⁸⁷⁰. Oggetto della privazione non è necessariamente una cosa secondo le categorie del diritto privato in quanto è possibile fare ricorso alla tecnica della separazione dell'*utilitas* dalla *res*, nel senso che l'effetto privativo concerne una particolare utilità legata alla cosa, una utilità che può non avere una separata evidenza prima del provvedimento governativo che la isola e la sottrae al soggetto interessato⁸⁷¹. Quindi, in relazione agli effetti che producono sulla

⁸⁶⁹ Cfr DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, cit., pag. 459.

⁸⁷⁰ Per una più approfondita analisi del concetto di provvedimento di natura ablatoria occorre rifarsi alla dottrina amministrativistica che maggiormente ha indagato sul tema; in tal senso cfr GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 696; GALATERIA, STIPO, *Manuale*, cit., pag. 295; MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., pag. 1558

⁸⁷¹ Cfr MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., pag. 1558, in cui si afferma che "il potere di fissare il prezzo di norma non ha connotazione giuridica separata nell'ambito delle situazioni soggettive dell'imprenditore; ma nel settore dei prezzi amministrati il potere di fatto dell'imprenditore viene isolato e fatto oggetto di un provvedimento ablatorio; ove ai fini di mascheramento di un edificio il proprietario di un'area sottoposta a vincolo paesistico sia obbligato a piantare un filare di alberi, del pari si evidenzia l'aspetto privativo di un'*utilitas* connotata e separata dalla *res*".

sfera giuridica soggettiva del privato, i provvedimenti di decretazione d'urgenza di natura ablatoria si distinguono in reali, che incidono sui diritti reali limitandoli o estinguendoli, personali, con cui si limita un diritto costituzionalmente garantito, obbligatori, con cui si obbliga il privato ad una data prestazione.

All'interno dei decreti-legge ablatori reali occorre ricomprendere le espropriazioni, le occupazioni, le confische, le requisizioni e i sequestri. L'espropriazione, di cui si è già detto in precedenza, rappresenta il trasferimento del diritto di proprietà o di un altro diritto reale dal soggetto precedente titolare ad un altro in vista della realizzazione delle finalità di interesse generale sorte, nel caso della decretazione d'urgenza, dal fatto emergenziale. Ci si trova dinanzi a due effetti distinti, l'uno privativo-estintivo in capo al precedente titolare, l'altro appropriativo-costitutivo in capo al soggetto in cui favore l'espropriazione è disposta, il quale acquisisce il nuovo diritto a titolo originario e non derivativo⁸⁷². L'espropriazione, di norma, ma non sempre, è pronunciata a favore della Pubblica Amministrazione, accompagnata da un indennizzo che costituisca, pur se inferiore al valore venale, un serio ristoro. Le occupazioni incidono sul godimento e sull'uso del bene, che viene sottratto, previa corresponsione di una indennità, al privato proprietario o titolare di altro diritto reale. Nel caso specifico di un atto di decretazione d'urgenza che sia conseguenza di un fatto emergenziale è possibile avere una occupazione d'urgenza con due caratteristiche diverse: nel primo caso si fa riferimento, ad esempio, alla rovina di argini, al rovesciamento di ponti per impeto delle acque o altre simili calamità, situazioni nelle quali può essere disposto che una P.A. possa introdursi in immobili di proprietà privata per porre rimedi a codesti eventi calamitosi, per poi restituire, al termine dell'intervento, il bene al privato; nel secondo caso, l'occupazione d'urgenza è finalizzata alla realizzazione di un'opera pubblica, nel senso che permette l'immissione nel possesso di

⁸⁷²Cfr GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 720; cfr GALATERIA, STIPO, *Manuale*, cit., pag. 304; cfr CASSETTA, *Manuale*, cit., pag. 321.

immobili privati, dei quali si inizia subito la trasformazione. Ne deriva che il fatto emergenziale comporta l'indifferibilità ed urgenza dei lavori. Le requisizioni, invece, mirano a soddisfare esigenze dell'autorità militare per far fronte ad eventi bellici ma sono possibili anche ipotesi di requisizioni civili. A seconda, poi, della tipologia di diritto reale costituito coattivamente si distinguono le requisizioni in proprietà, che riguardano cose mobili, e le requisizioni in uso, che possono estendersi anche agli immobili. Questo istituto si presta ad essere oggetto di un atto di decretazione d'urgenza in quanto risulta fortemente caratterizzato dall'urgenza e dalla temporaneità; infatti, la durata della requisizione è o predeterminata direttamente o in funzione dell'evento eccezionale, terminato il quale il bene deve essere derequisito, a meno che non si tratti di beni immobili consumabili. Anche le confische e i sequestri rientrano tra le possibili caratteristiche di un decreto-legge provvedimentale di natura ablatoria, nonostante presentino aspetti particolari sotto il profilo funzionale: rispettivamente sanzionatorio, la confisca, e cautelare, il sequestro. La confisca, oltre a svolgere un ruolo repressivo, è in grado di soddisfare esigenze di interesse pubblico originate dal fatto emergenziale, come, ad esempio, l'eliminazione di sostanze pericolose costituite da una partita di alimenti avariati. La natura cautelare del sequestro è idonea a correlarsi ad istanze di difesa della collettività dinanzi alla pericolosità di un bene, data una situazione di emergenza. In tali casi, il decreto-legge soddisfa l'esigenza della presenza di una specifica previsione di rango primario che permette il ricorso ad un atto di sequestro; come esemplificazione, l'utilizzo di questo strumento è riscontrabile in materia di medicinali, cibi e bevande, a tutela della salute pubblica laddove sussista una situazione di incertezza circa la loro pericolosità.

In relazione ai decreti-legge provvedimentali di natura ablatoria personale, l'effetto privativo incide sui diritti personali, isolando un potere ricompreso in una più vasta situazione soggettiva di tale natura e sottraendolo al precedente titolare. Pertanto gli atti appartenenti a questa categoria assumono le caratteristiche degli ordini, secondo i requisiti elaborati dalla dottrina

amministrativistica⁸⁷³. In questo modo, l'atto avente forza di legge prescrive un determinato comportamento ai soggetti privati e si possono distinguere in comandi, che impongono un obbligo positivo di dare o fare, e in divieti, che prescrivono un dovere di astenersi da specifici comportamenti. Si evince che, proprio perché l'effetto privativo è elemento caratterizzante di un potere normalmente ricompreso nella sfera giuridica del destinatario, l'obbligo deve trovare la sua fonte diretta ed esclusiva nell'ordine stesso e ne consegue che codesta potestà ordinativa necessita di un puntuale fondamento giuridico; questa esigenza è soddisfatta dalla decretazione d'urgenza sia perché scaturisce da un fatto emergenziale sia perché richiede una specifica e particolare disciplina di un determinato rapporto. Il destinatario dell'ordine è sempre una persona fisica o giuridica, e questa talvolta è individuata in base alla sua relazione con una *res*; ad esempio, data una calamità naturale, l'ordine di sostituire un macchinario pericoloso in uno stabilimento industriale o di predisporre un nuovo impianto di abbattimento di sostanze nocive è rivolto al titolare dell'insediamento produttivo, anche se egli muta, in quanto il legame con la *res* identifica il destinatario dell'ordine. In un contesto emergenziale che richiede un atto straordinario avente forza di legge, dal punto di vista funzionale, si potranno avere ordini di tipo repressivo, ad esempio per porre riparo alla lesione già concretata agli interessi della collettività, come l'ordine di demolizione di edifici pericolosi, e di tipo prescrittivo, finalizzati a conformare l'attività dei destinatari. Quest'ultima tipologia può assumere una struttura alquanto complessa ed articolata, si pensi ad una calamità naturale che incide sul piano dell'inquinamento atmosferico e della tutela delle acque, situazione nella quale al decreto-legge provvedimentale è richiesto di imporre ai privati una nutrita serie di obblighi specifici, in modo che l'attività imprenditoriale ne risulti puntualmente conformata.

⁸⁷³ Cfr GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950; cfr BASSI, *Ordine*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pag. 995; SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; CAVALLO, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1994, pag. 434.

Infine, i decreti-legge provvedimentali di natura ablatoria e obbligatoria intervengono sui rapporti di obbligazione, imponendo un obbligo a rilevanza patrimoniale. Rientrano in questa categoria le imposizioni tributarie, i provvedimenti prezzi ed in genere tutte le vicende di conformazione da parte della P.A. dei negozi privati, il collocamento obbligatorio di mano d'opera e le assunzioni obbligatorie degli appartenenti alle categorie protette, purché siano situazioni nate da un fatto emergenziale. In tutti questi casi si ritrova l'aspetto privativo, ossia la sottrazione di un potere rientrante nella sfera giuridica del destinatario; l'intera materia, ricoperta da riserva di legge ex art. 23 Cost., richiede l'intervento di un atto avente forza di legge⁸⁷⁴.

In sintesi, i requisiti di atti di decretazione d'urgenza di carattere ablatorio sono: la riserva di legge, in quanto solo un atto di rango primario può riconoscere alla P.A., caso per caso, il potere di sottrarre un bene, di incidere sui diritti personali, di imporre una obbligazione a rilevanza patrimoniale, fissando limiti, oggetto e condizioni dell'atto ablativo, e tale requisito è soddisfatto dal decreto-legge; l'obbligo di un indennizzo, limitatamente alla categoria ablatoria reale, in quanto in tutte le ipotesi di appropriazione di un bene o di una facoltà da parte della P.A. è dovuta una indennità al proprietario, che si configura quale presupposto di legittimità, ma non nei casi in cui la natura ablatoria reale assume finalità sanzionatorie, organizzative o volte a realizzare una funzione sociale che si fonda sulla potestà sanzionatoria, organizzativa o conformativa; la necessità di motivi di interesse generale, ossia pubblici, a fondamento dell'atto di decretazione d'urgenza provvedimentale e ablatoria, e risulta evidente che questi motivi sono i presupposti ex art. 77 Cost., comma 2.

L'individuazione di diverse tipologie di decreti-legge provvedimentali operata in questo paragrafo non vuole avere in alcun modo carattere esaustivo; si è tentato di dare concretezza alla nozione di provvedere in relazione al decreto-

⁸⁷⁴ Cfr SORACE, *Diritto*, cit., pag. 88.

legge, oggetto di questo lavoro di ricerca ed elaborata nei capitoli precedenti. Non si vuole, poi, nascondere, il tema della tutela giurisdizionale avverso atti di tal genere, argomento che sarà approfondito nel capitolo conclusivo.

5-EFFETTI GIURIDICI ED ELEMENTI DEI DECRETI-LEGGI PROVVEDIMENTALI

Si è avuto modo di rilevare che, rispetto all'effetto giuridico, le leggi generali ed astratte, prodotte mediante l'ordinario *iter legis*, affidano l'effetto finale agli organi di interpretazione e applicazione del diritto e ai soggetti dell'ordinamento, mentre il decreto-legge provvedimentale intende ottenere direttamente ed immediatamente l'effetto giuridico voluto, attraverso la trasformazione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Al fine di sottolineare gli effetti giuridici dei decreti-legge provvedimentali è opportuno partire dal rilievo che la dogmatica configura l'efficacia giuridica quale l'idoneità di un atto giuridico alla produzione di determinate conseguenze, denominate effetti giuridici⁸⁷⁵. In questo senso, l'effetto giuridico "è una modificazione, quale che ne sia il tipo, che si produce nel mondo giuridico in conseguenza della verifica di un fatto, di un atto in senso stretto, di un atto che costituisca esercizio di potere"⁸⁷⁶. Da un lato, nelle leggi generali ed astratte l'effetto è previsto ipoteticamente come conseguenza della qualificazione giuridica di un determinato atto o fatto⁸⁷⁷, dall'altro, nella natura provvedimentale dell'atto avente forza di legge si pone l'immediata produzione di effetti giuridici come un carattere normale. Il provvedimento adottato dall'Esecutivo ex art. 77 Cost. si contraddistingue, oltre che per la forza di legge, per una peculiare autorità. A questo riguardo si può parlare di

⁸⁷⁵ Cfr FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, pag. 446. Inoltre cfr GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1954, pag. 55.

⁸⁷⁶ Cfr GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, a cura di Guarino, Milano, 1983, pag. 261.

⁸⁷⁷ Cfr GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, cit., pag. 54.

imperatività⁸⁷⁸, esecutività, eseguibilità, esecutorietà, attribuendo a tali termini, mutuati dalla dottrina amministrativistica⁸⁷⁹, significati non sempre coincidenti e ponendo sullo stesso piano fenomeni diversi in relazione alla produzione degli effetti giuridici e al conseguimento dei risultati pratici collegati a questi effetti. La tematica può essere dunque organizzata secondo due coordinate: l'imperatività, come specifica qualità del provvedimento provvisorio con forza di legge, e l'autonoma potestà finalizzata ad imporre l'osservanza. In particolare, per imperatività si vuole intendere la specifica forza del provvedimento, che lo pone sullo stesso piano gerarchico della legge formale, grazie alla quale le modificazioni delle sfere giuridiche dei destinatari e le regolazioni dei loro interessi non hanno bisogno di essere realizzate mediante la collaborazione dei destinatari stessi⁸⁸⁰. Per quanto concerne la seconda coordinata, si configura una autonoma potestà che permette all'Amministrazione, in questo caso impersonata dal suo organo apicale, di realizzare anche coattivamente le proprie situazioni di vantaggio sorte con il provvedimento avente forza di legge, concretizzando il regolamento autoritativo non ottemperato dal destinatario. Questo aspetto vuole sottolineare il profilo dell'esecuzione del provvedimento di decretazione d'urgenza, ossia la traduzione dell'effetto nel risultato pratico che concretamente soddisfa il pubblico interesse. All'interno di questa ricostruzione, l'esecutività del provvedimento avente forza di legge consiste nella produzione automatica ed immediata degli effetti nel momento stesso in cui il provvedimento stesso diviene efficace; l'esecutività rappresenta la particolare efficacia del provvedimento dovuta all'imperatività di questo, è

⁸⁷⁸ Cfr MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, pag. 203.

⁸⁷⁹ Cfr CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pag. 274; cfr MATTARELLA, *L'attività e il provvedimento*, in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I, pag. 629.

⁸⁸⁰ Cfr MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, cit., pag. 1486, in cui si afferma che "la produzione giuridica può coincidere con l'intento pratico (cura dell'interesse pubblico specifico) che ha indotto l'Amministrazione pubblica ad emanare il provvedimento: ma frequentemente siffatta coincidenza non sussiste (si parla anche a tale proposito di atti ad effetti strumentali).

l'efficacia del provvedimento in quanto imperativo. L'esecutività assume i caratteri di una qualità dell'efficacia; va poi distinta l'eseguibilità che designa la possibilità di realizzare in concreto gli effetti del provvedimento in quanto non sussistono impedimenti alla sua concreta attuazione. In questo modo si esprime la funzione del Governo chiamato ad emanare provvedimenti con forza di legge in vista del raggiungimento di un risultato pratico, costituito dalla cura dell'interesse pubblico posto dai presupposti di straordinaria necessità ed urgenza. In relazione a ciò si pone una alternativa, in parte già accennata e che ora va approfondita: in alcune ipotesi il risultato di pubblico interesse coincide interamente con l'effetto giuridico del provvedimento, in altre questo risultato richiede una ulteriore azione di attuazione delle statuizioni date dallo stesso provvedimento, al fine di adeguare la realtà fattuale all'effetto giuridico. Pertanto, si distinguono effetti finali direttamente soddisfattivi dell'interesse curato dall'atto, ed effetti strumentali, costituenti solo una fase dell'*iter* di realizzazione dell'interesse.

A titolo di esempio, e sulla base della esemplificazione proposta nel paragrafo precedente, casi del primo tipo possono riguardare gli atti preordinati allo svolgimento di attività ad opera dei privati previa verifica dei requisiti soggettivi e dei presupposti oggettivi posti dall'atto con forza di legge e la sussistenza del fatto emergenziale, come la regolamentazione dell'attività di vendita al minuto, le procedure di costruzioni di edifici antisismici o la circolazione stradale e la costituzione di vincoli paesistici ovvero storico-monumentali; casi del secondo tipo ricomprendono le espropriazioni, le occupazioni d'urgenza, le requisizioni, l'ordine di demolizione di edifici abusivi, ossia situazioni nelle quali l'interesse pubblico risulta soddisfatto soltanto in presenza della concreta attuazione dell'effetto provvedimentale. Se l'interesse pubblico non coincide con la semplice produzione dell'effetto giuridico diviene rilevante l'esecuzione del provvedimento e in questa situazione si colloca l'esecutorietà, che consiste nel potere dell'Amministrazione di portare ad esecuzione, anche coattivamente, le statuizioni poste dall'atto di decretazione d'urgenza. L'esecutorietà va distinta

dall'efficacia del provvedimento e non ne costituisce una qualità, ma è un distinto potere, strumentale, in quanto finalizzato a garantire l'imperatività delle disposizioni adottate ex art. 77 Cost.; in particolare, occorre distinguere tra i provvedimenti di decretazione d'urgenza le cui statuizioni si identificano con l'acquisizione di una *utilitas* legata ad una cosa, e che, di conseguenza, si perfezionano con l'impossessamento di questa, e quelli in cui si tratta di ottenere una prestazione personale o patrimoniale da parte del privato.

6-INQUADRAMENTO DELLA LEGGE DI CONVERSIONE NELLA TIPOLOGIA DELLA LEGGE-PROVVEDIMENTO

L'amministrazione con forza di legge costituisce una particolare specificazione del principio della divisione dei poteri al fine di sottolineare la distinzione tra posizione normativa generale e statuizione concreta. Nel corso di questo studio si è più volte criticata l'essenzialità della nozione di forma per la qualificazione dell'atto legislativo e nell'ambito della concezione di decreto-legge provvedimentale si è voluto evidenziare il contenuto di quest'atto inteso come un insieme di regole particolari e concrete poste rispetto ad un determinato oggetto rappresentato dal fatto emergenziale; in questo senso diversi possono essere i caratteri delle discipline introdotte, come vietare, obbligare, permettere, attribuire un potere giuridico, in modo che l'atto di decretazione d'urgenza assuma innumerevoli gradi di differenziazione contenutistica ma tutti accomunati da un contenuto di natura particolare, specifica e materiale.

A fronte di tale affermazione viene in risalto la relazione che intercorre tra la disposizione dell'art. 77, comma 2, Cost. e il decreto-legge: infatti, la prima impone al secondo di essere straordinario in più di un significato; la Costituzione impone agli atti di decretazione d'urgenza di assumere un contenuto necessario ed imprescindibile affinché il decreto-legge rappresenti

la realizzazione dell'interesse pubblico posto dalla disposizione costituzionale. Di conseguenza il decreto-legge non solo è limitato e disciplinato dalla Costituzione ma svolge anche un ruolo di primaria integrazione della Costituzione proprio grazie ai suoi presupposti di adozione e ai requisiti provvedimentali del suo contenuto. Ne risulta che è la Carta costituzionale stessa a delineare la struttura dell'atto avente forza di legge. Pertanto, se non fosse riconosciuto all'istituto della decretazione d'urgenza tale ruolo "la funzione legislativa consisterebbe nel riconoscimento alle Camere di rivestire della forma, e quindi della forza, di legge qualsiasi contenuto, normativo o precettivo, purché conforme a Costituzione e non riservato ad altre fonti o ad altri poteri"⁸⁸¹. Si vuole, in questo modo, rilevare la straordinarietà della disciplina introdotta mediante decreto-legge e risaltare la contrapposizione con la ordinarietà della legislazione prodotta dal Parlamento, intesa "non soltanto nel senso della normalità o semplicità delle forme e delle procedure, ma anche e soprattutto nel diverso e più pregnante significato della non eccezionalità delle sue manifestazioni"⁸⁸². Inoltre, la Costituzione, attraverso il controllo di costituzionalità, configura "un sistema di meta-regole destinate a tutti i pubblici poteri a garanzia dei diritti di tutti: regole non solo formali, sul *chi* e sul *come* delle decisioni, [...] ma anche sostanziali sul *che cosa* non si deve o si deve decidere"⁸⁸³, vera sostanza del costituzionalismo moderno. Queste prescrizioni conducono al tramonto definito del legislatore *onnipotente*⁸⁸⁴ e del principio "giuspositivistico della validità puramente formale delle leggi, indipendentemente dal loro contenuto"⁸⁸⁵ e richiedono che il sindacato di costituzionalità si concentri non

⁸⁸¹ Cfr MODUGNO, *La posizione e i ruoli della legge statale nell'ordinamento italiano*, relazione tenuta il 15 dicembre 2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo, nell'ambito del seminario su "Le fonti primarie statali", corso di dottorato in Diritto costituzionale e Diritto costituzionale europeo, *paper*.

⁸⁸² Cfr MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, pag. 164.

⁸⁸³ Cfr FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, pag. 53.

⁸⁸⁴ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 185.

⁸⁸⁵ Cfr FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, pag. 55, il quale precisa poi che viene a mutare "il paradigma dello stesso diritto positivo" perché la Costituzione "equivale a un diritto sul diritto".

solo sugli aspetti formali della legge e degli atti aventi forza di legge ma anche sui limiti sostanziali di essi.

Queste considerazioni che intendono qui riassumere le linee guida di questo studio sono funzionali al tema dell'inquadramento tipologico della legge di conversione. Richiamando quanto affermato nei capitoli precedenti, è possibile affermare che l'art. 77 Cost. prevede una situazione di autoattivazione controllata del potere emergenziale⁸⁸⁶, nella quale il Governo è sottoposto al vaglio di "merito costituzionale"⁸⁸⁷ del Capo dello Stato, al controllo politico delle Camere e al sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale. Questi aspetti completano il quadro di "limiti e cautele" attraverso cui i Costituenti volevano "impedire e colpire gli abusi"⁸⁸⁸.

Conseguentemente, la legge di conversione, quale fase di un unico procedimento secondo le argomentazioni svolte nel capitolo secondo, rappresenta un giudizio di fatto sull'esistenza dei "casi straordinari", una verifica dell'inadeguatezza del diritto vigente a contenere gli effetti antigiusuridici del fatto emergenziale, una analisi della necessità-adequatezza delle concrete misure emergenziali, una decisione riguardo l'opportunità di estendere la vigenza della disciplina straordinaria ad un tempo successivo, una valutazione sulla persistenza del rapporto di fiducia nei confronti del Governo. Questi elementi si collocano all'interno del medesimo contesto strutturale proprio della decretazione d'urgenza in modo che il contenuto provvedimentale di questa si riversa nella legge di conversione, la quale, a sua volta, assume le caratteristiche di una legge-provvedimento. L'esigenza di stabilizzare il contenuto provvedimentale del decreto-legge è soddisfatta dalla legge di conversione, in quanto, anche dopo la chiusura della fase emergenziale, si rende necessario "mantenere fermi" gli effetti prodotti

⁸⁸⁶ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 377.

⁸⁸⁷ Cfr BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., pag. 336.

⁸⁸⁸ Cfr *Atti. Ass. Cost.*, 19 ottobre 1946, pag. 1300.

mediante decretazione d'urgenza⁸⁸⁹. Pertanto le Camere possono stabilizzare gli effetti provvisori posti in essere dal Governo ed, eventualmente, estendere *pro futuro*, l'ambito di efficacia; in entrambi i casi si assiste ad un ampliamento dell'efficacia temporale delle misure emergenziali, ma nel primo caso si "conservano" gli effetti già prodotti dal decreto-legge, svolgendo una attività prettamente emergenziale, nel senso che viene perfezionato l'intervento straordinario, nel secondo si estende ad altre fattispecie particolari e concrete, in origine escluse, l'ambito di efficacia delle stesse misure, presupponendo la sussistenza del nesso di giustificazione col fatto emergenziale.

Il tema è ancora quello del potere di emendamento che in seguito sarà meglio precisato.

Occorre, ora, svolgere ulteriori argomentazioni per comprendere maggiormente la natura provvedimentale della legge di conversione. Infatti l'inquadramento nella tipologia della legge-provvedimento rappresenta il tentativo dell'interprete di non restringersi all'interno di un ambito meramente descrittivo e di non dedicarsi passivamente alla raccolta dei dati che emergono dalla vita pratica delle istituzioni⁸⁹⁰; al contrario, e in modo particolare sul delicato terreno delle fonti del diritto, lo studioso è tenuto ad identificare i mutamenti del sistema, a misurarne il grado di incidenza per poi distinguere quelli che il sistema stesso ammette da quelli che non ammette, quando sono prodotti fuori e contro le regole procedurali e sostanziali. E' una costante

⁸⁸⁹ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 379, il quale, a titolo di esempio, richiama "tutte quelle occasioni, come calamità naturali, emergenze criminali, interventi di polizia militare, nelle quali il Governo, per fronteggiare un caso straordinario, mobilita personale pubblico e privato attraverso un decreto-legge. in tali ipotesi, se il contenuto del provvedimento governativo non fosse convertito in legge, i pubblici dipendenti mobilitati perderebbero le indennità straordinarie attribuite, i premi assicurativi riscossi, l'anzianità maturata mentre i soggetti proprietari di beni espropriati potrebbero pretenderne la restituzione".

⁸⁹⁰ Cfr GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, pag. 955.

ricerca dell'individuazione e della verifica dei limiti che devono essere rispettati affinché il sistema costituzionale non cambi nelle sue qualificazioni essenziali⁸⁹¹. Il tema di una esauriente interpretazione ricostruttiva della legge di conversione ha un proprio rilievo specifico e racchiude sia l'esigenza di una rigorosa qualificazione giuridica di principio di questo atto, indagando se la sua tipicità sia in qualche modo alterata, sia la consapevolezza che dai caratteri costitutivi della legge di conversione derivano importanti contributi per una definizione più compiuta dell'istituto della decretazione d'urgenza. Nell'esame delle disposizioni dell'art. 77 Cost. emerge la volontà del Costituente di porre in capo al Governo potestà e funzioni che risultano indissolubilmente legate all'interesse pubblico generale dello Stato di fronteggiare i fatti emergenziali. Con la legge di conversione viene meno una delle caratteristiche costanti e tipiche dell'esercizio della potestà di iniziativa legislativa, ossia la discrezionalità piena nell'attivarla e nella scelta del tempo di attivazione da parte del Parlamento⁸⁹². Il Governo, presentando alle Camere il decreto-legge per la conversione, adempie ad un preciso obbligo costituzionale e la *ratio* costituzionale della legge di conversione consiste nella manifestazione di volontà, da parte del Parlamento, di convertire il decreto-legge, risolvendo in senso positivo la condizione posta dall'art. 77 Cost.; in mancanza di ciò non soltanto le disposizioni del decreto-legge perdono efficacia *ex tunc*, ma lo stesso *iter* parlamentare della legge di conversione si estingue. Questo significa che la manifestazione di volontà di convertire il decreto-legge è contenuto essenziale della legge di conversione e la qualifica specificamente.

L'analisi interpretativa della legge di conversione pone una questione nuova, consistente nella distinzione delle leggi in senso formale e delle leggi in senso

⁸⁹¹ Cfr MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale (Scritti in onore di C. Mortati)*, I, Milano, 1977, pag. 197.

⁸⁹² Cfr LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, Padova, 1981, pag. 233.

materiale⁸⁹³. L'iter di conversione, infatti, si caratterizza per la sussistenza di limiti relativi alle norme costituzionali sulla competenza delle Camere, al procedimento tipico per la deliberazione e per le condizioni del tempo di efficacia, e da questo si evince che l'antica contrapposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale non risulta più fondata su questioni tradizionali, per le quali la prima è atto solo formalmente legislativo ma sostanzialmente esecutivo, mentre la seconda è atto legislativo sotto ambedue i profili⁸⁹⁴. Ad una indagine più attenta, si nota che la legge in senso formale si distingue dalla legge in senso materiale in ragione dei limiti imposti alla volizione del soggetto titolare della potestà legislativa, in quanto nella prima situazione viene parzialmente meno la facoltà di determinare oggetto e contenuto dell'atto legislativo, aspetto che invece contraddistingue la seconda ipotesi. Pertanto, in base a questa impostazione è possibile ricomprendere nella legge in senso formale ogni atto legislativo che, per la natura sostanziale del suo oggetto, implica la inammissibilità di modificazioni radicali che siano prodotte durante il percorso parlamentare rispetto alle disposizioni contenute nella proposta di iniziativa legislativa; ne discende che alle Camere, nell'ottica di questa interpretazione, viene consentito, a parte una limitata facoltà di emendamento, soltanto di approvare o di respingere⁸⁹⁵. Tale ricostruzione assume una particolare consistenza se viene posta in relazione con il profilo della competenza a determinare il contenuto dell'atto legislativo e con il tema della imputazione soggettiva di questa competenza. Nel caso della sequenza decreto-legge – legge di conversione emerge proprio l'aspetto sopra delineato: infatti, da una parte rileva la questione del rapporto tra le

⁸⁹³ Cfr DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, I, pag. 289; cfr INGROSSO, *Sulla distinzione fra legge in senso materiale e legge in senso formale*, in *Studi Cammeo*, I, Padova, 1933, pag. 699.

⁸⁹⁴ Cfr LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, cit., pag. 243.

⁸⁹⁵ Questa teoria si è originariamente manifestata nel dibattito sul tema della legge piano; in tal senso cfr BARBERA, *Legge di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, pag. 130, cfr BARILE, *Aspetti giuridici del "Progetto di programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965-1969"*, in *Dir. ec.*, 1965, ora in *Scr. Dir. cost.*, pag. 566, cfr CHIARELLI, *Il disegno di legge sull'applicazione del programma di sviluppo economico*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1965, pag. 1012, cfr MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, pag. 679, cfr M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pag. 299.

Camere e il Governo al quale è devoluta la potestà di determinare il contenuto e le disposizioni dell'atto avente forza di legge, e, dall'altra, si evidenzia la necessità di individuare la natura sostanziale della legge di conversione ed il fine giuridico di cui è manifestazione. Il procedimento di conversione si concretizza in una deliberazione il cui oggetto è predeterminato, che si riferisce all'atto di decretazione d'urgenza posto in essere da un soggetto diverso dal Parlamento e nell'esercizio di una competenza sua propria. Il carattere strutturale concerne l'imputazione al Governo, soggetto distinto dal Parlamento e da questo controllato, della potestà di determinare autonomamente il contenuto di un atto che gerarchicamente si colloca sullo stesso piano della legge parlamentare. Sulla base di queste considerazioni, assimilare la legge di conversione ad una legge in senso formale significa conferire un più solido fondamento all'affermazione secondo la quale le Camere non possono adottare leggi in senso meramente formale se non per espressa attribuzione posta da una norma costituzionale. Il Parlamento, sotto questo profilo, svolge una attività di controllo e di accertamento, rivolta a perseguire un fine di rilevanza costituzionale, che si qualifica in rapporto alla natura della competenza di cui è manifestazione l'atto, e che, nel caso della conversione del decreto-legge, è costituito dal rispetto del vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico rappresentato dai presupposti giustificativi e del contenuto provvedimentale. Si può dunque osservare che la relazione tra i soggetti, ossia Governo e Parlamento, ai quali è attribuita rispettivamente la competenza di determinare il contenuto dell'atto e la sua assunzione in forma legislativa, esplica la sua efficacia durante l'intero *iter* di conversione e non è costituzionalmente consentito il verificarsi di alcun scostamento dalle relative attribuzioni. In questo modo la legge di conversione nel momento stesso in cui converte un decreto-legge provvedimentale assume a sua volta contenuto provvedimentale e presenta la natura tipica della legge in senso formale, avendo un oggetto e un contenuto determinato da un diverso organo costituzionale, l'Esecutivo, nell'esercizio di proprie competenze. Le disposizioni costituzionali, oltre a prevedere un

contenuto provvedimentale del decreto-legge, richiedono poi la conversione nella forma legislativa per finalità che si pongono direttamente ed essenzialmente sul piano della garanzia⁸⁹⁶ e non risultano sistematicamente collegate all'esercizio tipico della potestà legislativa. Appare netta la distinzione con l'atto legislativo in senso materiale, il quale può anche incontrare limiti per quanto riguarda la disponibilità dell'oggetto da parte delle Camere, ma questi limiti sono di diversa natura; si pensi ad esempio al caso della legge delega, ex art. 76 Cost. o alla legge cornice che disciplina la materia riservata alla competenza legislativa concorrente ex art. 117 Cost., situazioni nelle quali il Parlamento esercita una competenza propria nella determinazione del contenuto dell'atto legislativo, coordinata con la competenza di altri soggetti. Si coglie la differenza con la legge di conversione, la cui presentazione è un atto dovuto dal Governo, adempimento di un vero e proprio obbligo costituzionale⁸⁹⁷. Va inoltre sottolineato il fatto che la non deliberazione da parte delle Camere nel termine tassativo fissato dall'art. 77 Cost. produce effetti che il Parlamento non potrebbe, neppure se lo volesse, impedire, essendo questa una condizione risolutiva *ex tunc* dell'efficacia del decreto-legge. Le Camere possono soltanto regolare tali effetti ma con procedimento distinto rispetto a quello di conversione e unicamente dopo il compimento del termine costituzionalmente prescritto.

Le disposizioni del decreto-legge, oltre a quanto si è già detto e che poi si preciserà sul potere di emendamento, sono sottratte e restano sottratte alla efficacia di ogni atto di volizione delle Camere, eccettuata la manifestazione di volontà di conversione; il decreto-legge conserva la intera efficacia delle disposizioni in esso contenute fino alla deliberazione della legge di conversione e, comunque, fino alla perenzione del termine di sessanta giorni dalla sua pubblicazione, anche in mancanza di conversione. Il Governo,

⁸⁹⁶ Cfr CERVATI, *Interrogativi sulla sindacabilità dell'abuso del decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 1977, I, pag. 874.

⁸⁹⁷ Cfr LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, cit., pag. 250

durante la fase parlamentare di conversione, non può disporre liberamente dell'oggetto del decreto né del decreto stesso, tanto che correttamente è stata esclusa l'ammissibilità della facoltà di ritiro del disegno di legge di conversione⁸⁹⁸, pena il contrasto insanabile con l'art. 77 della Costituzione⁸⁹⁹. La legge di conversione ha un contenuto che deriva dal regime specifico assegnatole dalla Costituzione, ed in questo modo si conferma la sua natura di legge in senso formale.

Alla luce delle argomentazioni sviluppate, necessita ora di alcune specificazioni il tema della emendabilità del decreto-legge, che altrimenti potrebbe risultare in contrasto o in contraddizione con la natura formale della legge di conversione. Tenuto fermo quanto affermato nel capitolo secondo e posta l'attribuzione in via esclusiva al Governo della competenza di determinare l'oggetto dell'atto con forza di legge, occorre sottolineare che è l'assunzione in forma legislativa del decreto-legge stesso ai fini della conversione che apre la questione del potere di emendamento. Una delle cause di abuso dell'istituto della decretazione d'urgenza è costituita dal fatto di ritenere la potestà di emendamento⁹⁰⁰ in sede di conversione assimilabile a quella esercitata nei confronti di ogni disegno di legge all'esame delle Camere. Ne è derivato che, nel procedimento parlamentare di conversione, gli

⁸⁹⁸ Cfr MUSCARA', *Ritiro di progetti di legge*, in *Rass. Parl.*, 1959, n. 11, pag. 80; cfr PREDIERI, *Appunti sul potere del Presidente della Repubblica di autorizzare i disegni di legge di conversione*, in *Studi senesi*, Siena, 1958, pag. 279.

⁸⁹⁹ Cfr LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, cit., pag. 251, il quale nota che una situazione di tal genere porterebbe a delineare una potestà "certamente non voluta ed anzi esclusa dalla Costituzione, di cui disporrebbe pienamente l'esecutivo, cioè quella di porre in essere norme primarie ad efficacia limitata nel tempo, integrando esso stesso la condizione risolutiva *ex tunc* del rifiuto di conversione, che invece è esclusiva delle Camere, o della mancata approvazione della legge di conversione che non può aversi se non spirato il termine costituzionale. il Governo non può revocare il decreto-legge quando sia compiuto il procedimento di emanazione. L'autorizzazione presidenziale è contestuale alla autorizzazione del disegno di legge di conversione e una volta data si introduce il procedimento di conversione in Parlamento, essendo la presentazione del disegno di legge di conversione atto dovuto. Nemmeno con l'assenso formale del Presidente della Repubblica il decreto può legittimamente essere revocato, per la prevalente ragione della esclusiva competenza del Parlamento sulle vicende del decreto successive alla sua emanazione".

⁹⁰⁰ Cfr SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, in *Enc. dir.*, XIV, 1966, pag. 828.

emendamenti approvati assumono la forma di emendamenti alle disposizioni del decreto o di articoli aggiuntivi, finalizzati a porre una disciplina *ex novo*, che può modificare o sostituire, in maniera rilevante, quella del decreto, e introdurre misure non previste originariamente, su oggetto non regolato, estendendo la materia del decreto stesso.

Sotto questo aspetto assume una certa importanza la prassi per la quale il disegno di legge di conversione si compone di un unico articolo contenente la formula di conversione; le disposizioni del decreto-legge, infatti, continuano ad avere efficacia fino alla legge di conversione, ed i loro effetti non possono mutare, ma solo venir meno completamente in conseguenza di una delle condizioni risolutive inderogabilmente poste dall'art. 77 Cost., ossia il rifiuto di conversione, che può aversi anche per deliberazione di una sola delle due Camere, o compimento del termine costituzionalmente fissato senza che sia approvata la legge di conversione. Tra gli emendamenti apportati in sede di conversione⁹⁰¹ e gli emendamenti ad ogni altro atto di iniziativa legislativa insorgono almeno due differenze rilevanti: da un lato, la possibile estinzione del procedimento di conversione se le Camere non deliberano entro il termine ex art. 77 Cost., sicché gli emendamenti sussistono subordinatamente a tale condizione risolutiva⁹⁰², dall'altro, la diversità formale e sostanziale della legge di conversione in riferimento con ogni altro atto di iniziativa legislativa. Ne deriva, in via generale, che mentre è ammissibile che un qualsiasi atto di iniziativa legislativa può anche abbracciare materie diverse ed oggetti distinti senza soggiacere a rigidi vincoli di omogeneità sostanziale così non può dirsi per l'emendamento che, a causa della sua stessa natura, essendo una proposta di modifica delle disposizioni contenute nell'atto di iniziativa legislativa a cui si riferisce, deve necessariamente concernere il vincolo dell'oggetto e/o della materia⁹⁰³. Il caso della legge di conversione presenta, invece, altre caratteristiche, dal momento che manca la potestà del Parlamento di disporre

⁹⁰¹ Cfr MODUGNO-NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti del decreto-legge in conversione*, in *Dir. soc.*, 1973, 2, pag. 350.

⁹⁰² Cfr LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, cit., pag. 256.

⁹⁰³ Cfr SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, cit., pag. 828.

dell'atto di iniziativa legislativa quanto all'oggetto, in conseguenza del rapporto tra decreto-legge e legge di conversione, quali fasi di un unico procedimento. Pertanto, la potestà di emendamento in questa situazione diviene atipica. Infatti, la diversa natura della legge di conversione incide sul procedimento sotto il profilo della emendabilità, in quanto l'esercizio di questo potere in sede di conversione comporta la modifica di disposizioni di un atto con forza di legge già in vigore. La particolare configurazione dell'istituto della decretazione d'urgenza implica che l'emendamento apportato alla legge di conversione sia soggetto a limiti rigorosi per ciò che concerne l'oggetto e la materia.

Il fondamento di questo limite risiede nel fatto che la legge di conversione, rispetto alla quale gli emendamenti costituiscono le proposte accessorie, ha come contenuto tipico e formale non tanto l'innovazione dell'ordinamento quanto la clausola relativa all'efficacia di norme già poste ed operanti.

CAPITOLO SETTIMO

I LIMITI ALL'AMMINISTRAZIONE CON FORZA DI LEGGE

1-LEGGE 400/88 E FORMA DI GOVERNO

Va ora analizzata la portata della legge 400/88 in relazione alla disciplina dei poteri dell'Esecutivo in tema di decretazione d'urgenza, con particolare attenzione all'aspetto della forma di governo.

In via generale, la legge 400/88 può essere definita, quanto alla sua natura, come una legge di attuazione costituzionale, di razionalizzazione, di disciplina della forma di governo, mentre, quanto al suo contenuto, come una legge che regola la posizione degli organi dell'Esecutivo, le loro attribuzioni e le loro relazioni⁹⁰⁴. Le definizioni poste necessitano di alcune precisazioni, in primo luogo per ciò che concerne il concetto di “attuazione costituzionale”, il quale contiene in sé elementi di genericità e di indeterminatezza, essendo privo di una configurazione vera e propria sul piano del diritto positivo, e controverso è stato il tentativo della giurisprudenza costituzionale di delineare la categoria delle leggi di attuazione o di esecuzione costituzionale, per il limitato profilo dell'ammissibilità dell'istituto ex art. 75 della Costituzione. Tuttavia la questione esiste e investe direttamente il tema della interpretazione delle norme costituzionali e dell'effettività del loro contenuto. La legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, nell'ottica dell'art. 95 Cost., delinea un ambito dispositivo che residua al legislatore, entro i paletti posti dalle norme e dai principi della Costituzione, derivandone che l'effettività

⁹⁰⁴ Cfr LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica, organi e poteri: commento alla L. 400/88*, Rimini, 1997, pag. 32.

della norma costituzionale risiede anche nel contenuto della sua attuazione legislativa. La disciplina positiva della legge 400/88 riduce l'ammissibilità di ogni altra fonte o pseudo fonte, quali le regole convenzionali o di correttezza, interposta tra la norma costituzionale e la sua attuazione, esplicando una efficacia specifica, fino ad incidere sulla effettività delle norme costituzionali. Altro aspetto complesso, e particolarmente rilevante per l'istituto della decretazione d'urgenza, è rappresentato dalla individuazione dell'efficacia specifica della legge 400/88 nei confronti delle altre disposizioni di rango primario. Innanzitutto, è scontato che la legge 400/88 sia modificabile con successive disposizioni legislative, ed anche abrogabile, in tutto o in parte, poi, non risulta che la legge, o singole sue parti, siano in grado di resistere a successive disposizioni che ne integrino il contenuto dispositivo, anche se poste indirettamente, o nell'ambito di discipline che hanno oggetto distinto rispetto a quello che è compreso nella legge stessa. Inoltre, appare fondamentale la questione della rimozione o modificazione dei limiti e dei vincoli prescritti per l'esercizio dei poteri governativi posti in essere mediante decreto-legge. Ad un primo esame appare intrinsecamente inammissibile che il Governo ponga in essere un decreto-legge nel quale siano derogate le misure limitatrici dello stesso potere di decretazione d'urgenza; il tema va dunque affrontato in relazione alla disciplina della forma di governo. In questo senso la legge 400/88 pone norme di razionalizzazione che sono finalizzate a prevenire evoluzioni della prassi potenzialmente idonee ad alterare le attribuzioni del Governo, il corretto esercizio dei suoi poteri di rango primario e i lineamenti della disciplina di tale organo, posti dalle norme e dai principi costituzionali⁹⁰⁵. Non possono esservi dubbi circa il fatto che spetti alla legge 400/88 la qualificazione di disciplina che incide sulla forma di governo, dal momento che regola la struttura costituzionale del Governo,

⁹⁰⁵ Cfr RUGGERI, *Disciplina dell'attività di governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Profili costituzionali della legge n. 400 del 1988*, in *Autonomie e diritto*, 1989, n. 1-2, pag. 21; cfr CARLASSARRE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, in *Giur Cost.*, 1988, pag. 1476.

concorrendo anche alla regolamentazione del sistema delle fonti. Secondo questa impostazione, è stato osservato che la legge 400/88 “mira a sostituire il modulo contrattualistico, con altro, che da un lato devolve più poteri all’Esecutivo, pur limitandone l’esercizio di alcuni, come è per la decretazione legislativa d’urgenza, e da un altro lato presuppone (non pone) paralleli mutamenti nell’ordinamento parlamentare, e non solo per ciò che concerne il procedimento legislativo”⁹⁰⁶.

L’elemento che maggiormente qualifica la legge 400/88 come atto incidente sulla forma di governo è costituito dalla regolazione della potestà del Governo di adottare atti con forza di legge; ai fini del presente studio, rileva il tentativo di ricondurre la decretazione d’urgenza entro i limiti fissati dalla Costituzione, o da essa inequivocabilmente desumibili. Infatti, le disposizioni costituzionali non sono state in grado di rappresentare un argine sufficiente alla dilatazione dell’utilizzo dello strumento del decreto-legge, ed occorre chiedersi in che modo possano intervenire le norme di un legge ordinaria; ancora una volta risulta centrale il tema dell’effettività. La disciplina della potestà primaria dell’Esecutivo introduce sia limiti e vincoli alla decretazione d’urgenza sia un certo favore per il ricorso alla decretazione legislativa delegata. Le limitazioni del potere governativo ex art. 77 Cost. attengono al provvedere e al provvedimento, in quanto si legano alla sussistenza dei presupposti e ad una determinata caratteristica di contenuto ed oggetto. Ne consegue una particolare attenzione da parte del legislatore al fine di prevenire le più gravi e ricorrenti alterazioni che la prassi ha posto in essere in violazione del dettato costituzionale. La legge 400/88, pertanto, assume il tema della crisi della legge e pone lo scopo di avviare tale crisi a soluzione sistematica, conforme alla corretta configurazione della forma di governo parlamentare. In questo senso vanno comprese le disposizioni sulla disciplina dei poteri primari

⁹⁰⁶ Cfr LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica, organi e poteri*, cit., pag. 41, il quale precisa che “questa seconda parte è presupposta, non posta, e non potrebbe essere diversamente, poiché la sua disciplina appartiene ad altro ordine di fonti, che non è quello delle leggi ordinarie, ma esclusivamente dei regolamenti parlamentari”.

dell'Esecutivo⁹⁰⁷. Anche per l'aspetto delle fonti ex art. 77 Cost. la legge 400/88 si configura come atto di attuazione costituzionale non soltanto per il carattere organico e completo della disciplina ma per il fatto che si presenta come legge di regolamentazione del Governo, della sua struttura costituzionale, dei principi della sua organizzazione, dello svolgimento di ogni attività governativa di predisposizione dispositiva. Ne emerge, in via generale, un *continuum* nella attività di produzione delle fonti primarie, indipendentemente dalla qualificazione delle fonti stesse, e dalle attribuzioni delle relative competenze, poiché si tratta della regolazione dell'esercizio del potere di costituire, modificare, estinguere le disposizioni di cui si compone l'ordinamento giuridico, e quindi di un potere intimamente unitario, le cui manifestazioni sono interdipendenti, ciascuna rispetto alle altre⁹⁰⁸.

Poste queste argomentazioni, la questione va ora meglio collocata all'interno del filone concettuale che anima il presente studio, evidenziando il ruolo che la legge 400/88 svolge nel problematico rapporto tra Parlamento ed Amministrazione⁹⁰⁹. Va dunque ripreso e riaffermato il ruolo di controllo che le Camere esercitano sull'Amministrazione in modo da ricollocare al centro della riflessione il tentativo già operato dal positivismo giuridico⁹¹⁰ di creare una relazione tra il potere legislativo e quello esecutivo-amministrativo traducibile nella subordinazione dell'Amministrazione alla legge⁹¹¹;

⁹⁰⁷ Cfr PALEOLOGO, *L'attività normativa del governo nella legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Foro it.*, 1989, V, pag. 344; cfr LUPO, *Le deleghe del governo Amato in Parlamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pag. 85.

⁹⁰⁸ Cfr LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica, organi e poteri*, cit., pag. 227.

⁹⁰⁹ Cfr M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, 1961, ora in *Scritti*, vol. IV, 1955-1962, Milano, 2004, pag. 832.

⁹¹⁰ Cfr GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, pag. 87; cfr ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pag. 212, secondo il quale l'Amministrazione deve limitarsi a fare ciò che la legge le permette di fare; cfr RANELLETTI, *Principio di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pag. 269, secondo il quale l'Amministrazione ha il compito di perseguire gli interessi pubblici, non quello di realizzare la norma giuridica nei casi concreti, e pertanto il diritto opera come limite secondo ed entro il quale agire.

⁹¹¹ Cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 104, la quale sottolinea che "per svincolare l'amministrazione dal controllo politico e dalla corruzione, il positivismo

l'organizzazione e l'attività amministrativa, infatti, deve trovare nella legge il proprio fondamento e limite⁹¹². Lo schema previsione-legge, da un parte, e attuazione-amministrazione, dall'altra, è finalizzato ad assicurare che la costituzione, modificazione, estinzione delle situazioni giuridiche soggettive avvenga in modo concreto mediante l'attività di un organo di esecuzione, chiamato a compiere la verifica della sussistenza dei presupposti di applicazione della previsione legislativa in relazione ad una determinata situazione datasi, garantendo la raffrontabilità del provvedimento concreto rispetto alla previsione astratta, sotto il profilo della conformità alla legge⁹¹³.

Questa impostazione implica che la legge sia *ratio*, sia ordine costituito, rispetto al quale gli altri poteri e le loro singole manifestazioni vanno sottoposti.

Conseguentemente, esiste un obbligo di rango legislativo, rappresentato dalle disposizioni della legge 400/88, che si indirizza all'attività del Governo, cioè all'organo di vertice della Pubblica Amministrazione; alla luce di questa premessa, se l'Esecutivo non vi ottempera commette una violazione di legge, come qualsiasi organo dell'Amministrazione. Nel caso del decreto-legge, viziato da violazione della legge 400/88 e non essendo un atto amministrativo ma primario, il giudice amministrativo è privo del potere di annullarlo e il giudice ordinario non può disapplicarlo; si pone ancora il tema di come sia sanzionabile questa violazione, avendo come riferimento le seguenti opzioni: il piano della responsabilità politica, il fatto che la legge di conversione non ha alcuno effetto sanante e diviene, a sua volta, incostituzionale, e la

persegua l'invenzione di un sistema geometrico del diritto attraverso i principi di legalità in riferimento all'attività amministrativa, di divisione dei poteri, di riserva di legge e di generalità ed astrattezza dell'atto legislativo".

⁹¹² Cfr BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pag. 105; cfr MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002, pag. 50.

⁹¹³ Cfr FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pag. 660; cfr CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pag. 4.

considerazione che vede la legge 400/88, e nel caso specifico, l'art. 15, comma 1, assurgere al rango di norma interposta.

Queste soluzioni vanno ritenute tutte valide; tuttavia, visto lo scarso risvolto pratico della prima, una volta che la seconda viene affermata nella sentenza 171/2007 la sua conseguenza dovrebbe essere quella di ritenere l'art. 15 della legge 400/88 una norma interposta, intesa come una precisa esplicitazione delle condizioni dell'art. 77. Questa impostazione non trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale, e la Corte, quando si è espressa⁹¹⁴, ha affermato che “non si tratta di requisito costituzionalmente imposto seppur opportunatamente previsto”. Al contrario, considerare norme interposte quelle dell'art. 15 della legge 400/88 porterebbe a ritenere il decreto-legge, e a cascata la legge di conversione, incostituzionali per violazione del principio di legalità cui deve attenersi l'attività della Pubblica Amministrazione. La prescrizione della legge 400/88, pertanto, rappresenta una situazione nella quale la sovranità del Parlamento si espande nella sua pienezza perché disciplina le attività del potere esecutivo, per cui gli adempimenti posti dalla legge a carico del Governo, imponendo modalità particolari per l'adozione del decreto-legge, hanno valore di vincolo sia politico, in relazione al rapporto di fiducia che lega il Governo al Parlamento, che giuridico.

⁹¹⁴ Corte Cost. sent. 196/2004, in *Giur. Cost.*, 2004, pag. 1215.

2-L'ART. 15 DELLA LEGGE 400/88

La legge n. 400 del 1988, nel disciplinare la potestà del Governo in tema di decreto-legge, opera all'art. 15 un tentativo di classificazione degli oggetti che sono preclusi alla decretazione d'urgenza, nell'intento di limitare l'abuso di questo strumento. Il legislatore, quindi, ha esplicitato una serie di limitazioni direttamente desumibili dalla Costituzione⁹¹⁵, facendo rientrare in questo gruppo il divieto di conferire deleghe legislative ai sensi dell'art. 76 Cost., il divieto di rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione con il voto di una delle Camere, il divieto di regolare i rapporti giuridici sorti sulla base di decreti non convertiti, il divieto di ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento, trattasi questo di un limite comune anche alle leggi ordinarie, direttamente desumibile dal disposto dell'art. 136 Cost.; infine il divieto di emanare decreti-legge contenenti misure di non immediata applicazione. Quest'ultima limitazione è connessa alla sussistenza dei casi straordinari di necessità ed urgenza come presupposti per i decreti, rispetto ai quali la legge 400/88 richiede che vengano espressamente indicati nel preambolo del provvedimento governativo, costituendo così la motivazione dell'atto. Altre limitazioni sono state introdotte ad integrazione della disciplina costituzionale. Si tratta del divieto di provvedere nelle materie indicate dall'art. 72, comma 4, della Costituzione, mirante ad assicurare una deliberazione dell'intera assemblea, libera, non vincolata alla emanazione di un decreto-legge⁹¹⁶.

⁹¹⁵ Cfr CONCARO, *op. cit.* pag. 56.

⁹¹⁶ Tuttavia alcuni non hanno ritenuto condivisibile questa impostazione; ove infatti si verifici una situazione di assoluta ed urgente necessità, è parso difficile sostenere che a quelle materie non possa essere data una compiuta disciplina ad opera di un provvedimento governativo d'urgenza, semmai comportando la necessità di una verifica molto più accurata sulla sussistenza dei presupposti, in grado di ridurre notevolmente il potere di valutazione del governo. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui le Camere non abbiano provveduto per tempo all'approvazione del bilancio; è vero che l'art. 81 Cost. prevede la possibilità che il

Inoltre è interessante analizzare la prescrizione del punto 3 dell'art. 15, legge 400/88; il legislatore infatti si riferisce a un contenuto del decreto-legge che deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

Studiata più da vicino, questa statuizione, nell'intento del legislatore, vuole significare quanto segue.

La *specificità* richiede che la materia oggetto del decreto-legge sia ben determinata, individuata nei suoi elementi particolari, concreti, precisi, in modo che sia rilevabile nitidamente, priva di incertezze, approssimazioni o di elementi superflui; tutto ciò si richiama a un concetto di esattezza che vuole concretizzarsi in un atteggiamento diligente e scrupoloso, subito mirato a disciplinare una situazione immediatamente percepibile. Quest'aspetto diviene quindi la spiegazione del concetto fondamentale a cui fa per primo riferimento il punto 3 dell'art. 15, ossia "il decreto legge deve contenere misure di immediata applicazione". Questo significa che si vuole evitare un decreto-legge che preveda misure ad "efficacia differita"⁹¹⁷, che subordini i suoi effetti all'adozione di regolamenti governativi o ministeriali⁹¹⁸, finendo per essere queste fonti secondarie i veri regolatori della disciplina oggetto del decreto-legge. L'*omogeneità* richiede che le disposizioni del decreto-legge

Parlamento conceda l'esercizio provvisorio del bilancio, per periodi non superiori a quattro mesi, tuttavia, se questo termine decorresse inutilmente, l'intervento governativo sarebbe non solo pienamente legittimo, ma addirittura doveroso; sul punto Cfr AINIS, *Gli effetti irreversibili del decreto-legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, pag. 199. Analogamente, si ritiene comunemente che sia sottratta alla decretazione d'urgenza la materia delle relazioni internazionali; tuttavia, nel caso in cui la ratifica di uno dei trattati indicati dall'art. 80 Cost. fosse indispensabile per scongiurare il pericolo di una guerra, in mancanza di un tempestivo intervento parlamentare non si può escludere che l'autorizzazione venga data anche con decreto-legge; sul punto Cfr TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, pag. 959. Inoltre, in argomento, Cfr PALADIN, *La formazione delle leggi*, cit. pag. 65; PITRUZZELLA *op. cit.* pag. 408.

⁹¹⁷ CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo*, in *L'emergenza infinita*, cit., pag. 86

⁹¹⁸ Emblematico è il caso del d.l. 180/2008, meglio conosciuti come "decreto Gelmini" che, all'art 2, prevede espressamente l'adozione di regolamenti ministeriali per consentire l'operatività delle disposizioni del decreto.

siano tra loro affini, uniformi e logicamente connesse, prive di incongruenze o di discontinuità; il senso di questo requisito è quello di vietare il ricorso, purtroppo assai frequente, al decreto cosiddetto pluricomprendivo, destinato a regolare oggetti disparati, costituendo così un mezzo scorrettissimo per introdurre, in un'unica occasione, discipline comprendenti settori distinti e distanti tra loro. Considerato questo, anche il requisito della *corrispondenza al titolo* si inserisce nel contesto dell'omogeneità e dell'immediata applicazione; infatti tanto più il titolo sarà preciso e conciso tanto più sarà facile riscontrare il suo legame di interdipendenza con le disposizioni del decreto-legge.

Va osservato, tuttavia, che tutte queste preclusioni, essendo poste in essere da una fonte primaria, nella prassi difficilmente sono state in grado di vincolare giuridicamente la potestà del Governo, in quanto si ritiene che possano essere sempre derogate da un decreto-legge. Infatti, è generalmente disconosciuta la capacità della legge ordinaria di imporre vincoli al futuro legislatore⁹¹⁹; in un sistema a costituzione rigida, la potenzialità delle fonti primarie è necessariamente determinata dalla stessa Costituzione, e, di conseguenza, una legge non può imporre la propria inderogabilità ad altre leggi o ad atti avente forza di legge, nell'intento di limitare la loro efficacia o il loro ambito di operatività. Al massimo, una legge ordinaria, dalle caratteristiche della legge 400/88, "ben potrebbe costituire la base per l'introduzione di norme consuetudinarie idonee a stabilizzare diversamente gli attuali rapporti intercorrenti tra Camere e Governo"⁹²⁰. Questa posizione ignora la particolarità della legge 400/88, e a ciò si aggiunge il fatto che la proposta formulata di configurare l'art. 15 della legge n. 400 del 1988 come parametro interposto del giudizio di costituzionalità sui vizi specifici del decreto-legge⁹²¹ è rimasta isolata in dottrina, e non trova alcun riscontro nella giurisprudenza

⁹¹⁹ Cfr PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 179; ZAGREBELSKY, *op. cit.* pag. 288.

⁹²⁰ PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.* 1988, pag. 1483.

⁹²¹ Cfr MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, pag. 61, il quale sostiene che le prescrizioni ex art. 15 L. 400 del 1988 siano suscettibili di condizionare gli atti normativi pari ordinati, i quali non potrebbero discostarsi da essi se non espressamente e motivatamente.

costituzionale: anzi, con la sentenza n. 391 del 1995, la Corte precisa che i limiti introdotti dalla legge 400/88 sono da considerarsi “a integrazione dell’art. 77 Cost., come previsione indubbiamente giustificata, ma sprovvista della forza costituzionale”⁹²². In base a questa pronuncia, che rappresenta la prima presa di posizione della Corte costituzionale sulla idoneità della legge 400/88 a fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, si è sempre ritenuto che le prescrizioni sancite dall’art. 15, qualora siano disattese, non determinano l’illegittimità del provvedimento governativo. A questo proposito si è osservato⁹²³ che la formalizzazione dell’art. 15 può essere ammessa soltanto come un “*consiglio*”, privo di forza cogente, per non aversi una incostituzionale limitazione di un potere governativo posto direttamente dalla Costituzione.

Si è visto nel corso di questo studio, nell’analisi della recente giurisprudenza costituzionale, quale sia il ruolo che la Corte evoca nei confronti delle prescrizioni ex art. 15, legge 400/88; dalla posizione della Corte è possibile soltanto cogliere che il concetto di “*consiglio*” racchiude al suo interno quello di “*indicatore*”, di “*campanello d’allarme*”, nel senso che il mancato rispetto dei precetti qui esaminati può portare l’interprete ad essere particolarmente sospettoso riguardo l’effettiva presenza dei presupposti giustificativi richiesti dall’art. 77, comma 2, della Costituzione e del contenuto provvedimentale del decreto-legge adottato. In tal modo, uno strumento che avrebbe le caratteristiche per fungere da limite per l’amministrazione con forza di legge viene depotenziato e sostanzialmente ridotto ad un ruolo marginale.

⁹²²Corte cost., sent. 391/1995, in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 2825, con particolare riferimento al vincolo di omogeneità rispetto ai contenuti del decreto-legge posto dal terzo comma dell’art. 15 della legge 400/88.

⁹²³ Cfr ZAGREBELSKY, op. cit., pag. 290.

3-LA MOTIVAZIONE DEL DECRETO-LEGGE PROVVEDIMENTALE

Il tema della motivazione del decreto-legge paga il fatto di non aver mai avuto un'univoca sistemazione concettuale ed una nitida disciplina positiva; infatti, non è mai stato chiaro se il concetto giuridico di motivazione riguardi la complessiva ragionevolezza della decisione, e dunque la motivazione intesa in senso "materiale", o si riferisca al discorso giustificativo posto a sostegno della decisione, e dunque alla motivazione intesa in senso "formale". Non sono mai stati netti i rapporti tra i due fenomeni, che pur coesistono, né le conseguenze giuridiche delle possibili discrasie fra motivazione materiale e motivazione formale; ne è derivata l'incerta collocazione sistematica fra gli elementi dell'atto di decretazione d'urgenza o fra i possibili fattori condizionanti l'esercizio della amministrazione con forza di legge. Le soluzioni delle varie questioni poste sembrano dipendere dal ruolo che si attribuisce alla motivazione nell'ambito dell'esercizio del potere di decretazione d'urgenza, e quindi occorre riprendere le elaborazioni della concezione teorico-generale di motivazione cui aderisce, di volta in volta, il singolo interprete; infatti, qualificando la motivazione come enunciato discorsivo-formale anziché come giustificazione materiale della decisione variano tanto la struttura giuridica dell'istituto quanto le singole conseguenze applicative. Il requisito di motivare atti, come i decreti-leggi, consente un migliore espletamento del controllo di legittimità costituzionale alla luce delle ragioni sottese al contenuto della disciplina posta dal decreto-legge, in quanto "attraverso la motivazione si raggiunge il risultato di approfondire, all'origine stessa di determinate scelte dei pubblici poteri, quella presa di coscienza della realtà destinata a rendere più immediatamente percepibile, con la maggiore

ponderazione delle scelte medesime, la responsabilità che esse comportano⁹²⁴.

Prima di sviluppare ulteriormente l'argomento, è dunque necessaria una veloce precisazione in relazione alla nozione di “*motivazione del decreto-legge*”, alla quale si farà riferimento nel prosieguo.

Assumendo che la motivazione consiste nell'enunciazione in forma linguistica dei motivi e dei fini di una disposizione, o di un insieme di disposizioni⁹²⁵, l'espressione “*motivazione del decreto-legge*” può prevedere quattro distinti significati. Si potrebbe riferire alla motivazione generale dell'atto avente forza di legge nel suo complesso; alla motivazione generale della singola disposizione soggetta al giudizio di costituzionalità; alla motivazione specifica in relazione alla presenza dei presupposti giustificativi dell'atto complessivamente inteso; alla motivazione specifica in relazione alla sussistenza dei requisiti costituzionali di necessità ed urgenza della singola disposizione sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale.

E' bene soffermarsi, fra quelli proposti⁹²⁶, sul terzo e sul quarto significato.

A prescindere da quale sia la fonte dell'obbligo, l'art 77, comma 2, Cost⁹²⁷, o l'art. 15, comma 1, L. 400/88⁹²⁸, il Governo è tenuto giuridicamente a

⁹²⁴ Cfr LOMBARDI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Torino, 1964, pag. 954.

⁹²⁵ Cfr CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Dir. Pubbl.* 1937, pag. 415; Cfr LOMBARDI, voce *Motivazione (Diritto Costituzionale)*, cit., pag. 954.

⁹²⁶ La distinzione tra motivazione della norma e motivazione dell'atto normativo non è sempre colta con chiarezza dalla dottrina, che spesso usa in modo fungibile le espressioni “motivazioni della norma” e “motivazione della legge” Cfr CRISAFULLI, *op. cit.* pag. 422; IACCARINO, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, pag. 130; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pag. 156.

⁹²⁷ Alcuni autori hanno voluto leggere direttamente nell'art. 77, comma 2, Cost., la fonte dell'obbligo di motivare il decreto-legge; Cfr VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, pag. 195; CELOTTO, *op. cit.* pag. 428; CONCARO, *op. cit.* pag. 46; SALAZAR *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?* In *Rass. Parl.* 1996, pag. 430.

corredare l'atto con forza di legge di un preambolo, il cui contenuto ha la finalità di motivare le circostanze straordinarie di necessità ed urgenza che ne giustificano l'adozione. Questo aspetto va sottolineato con forza; infatti, ciò che il Governo scrive nel preambolo è l'unica motivazione della straordinaria necessità ed urgenza che lo ha indotto ad adottare lo strumento del decreto-legge. E' utile rilevare che la presenza del requisito della motivazione non smentisce il principio generale secondo il quale il Parlamento non ha alcun obbligo di motivare la legge⁹²⁹, anzi ne è una conferma al contrario⁹³⁰. Infatti, la motivazione del decreto-legge si basa sulla necessità di giustificare il fatto che il Governo esercita una prerogativa che è straordinaria e non sull'esigenza di giustificare complessivamente il contenuto dell'atto normativo; la presenza di una spiegazione rientra perfettamente nella logica della separazione dei poteri.

Una volta stabilito il quadro teorico di riferimento, ora occorre verificare la rilevanza della motivazione del decreto-legge nel giudizio di costituzionalità per carenza dei presupposti giustificativi. Si è visto che il requisito della motivazione consiste solo nell'indicazione nel preambolo dell'esigenza perentoria, che si pone in relazione ad una determinata situazione di fatto, del ricorso alla decretazione d'urgenza, avendo preso atto dell'impossibilità di ricorrere in modo soddisfacente ai normali strumenti di produzione

⁹²⁸Cfr MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della L. 400/88 relative alla potestà normativa del Governo. Considerazioni critiche*, in AA.VV., *Scritti in onore di Guarino*, Padova, 1988, p. 65, il quale riconosce che "rientra nella funzione di controllo del Capo dello Stato in sede di emanazione del decreto-legge di rifiutarla nel caso di presentazione di un testo privo delle indicazioni delle dette circostanza in preambolo".

⁹²⁹ La dottrina maggioritaria esclude nettamente un obbligo o un onere di motivazione della legge; Cfr PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 1957, pag. 654; PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1956, pag. 993; AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione*, Milano, 1964, pag. 378; ZAGREBELSKY, *op. cit.* pag. 152; AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia giurisdizionale: la vacatio legis*, Padova, 1986, pag. 214.

⁹³⁰ Cfr RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, pag. 160.

legislativa.⁹³¹ È chiaro che l'incentivazione a predisporre una motivazione il più possibile precisa e puntuale non può avvenire soltanto grazie al contributo della dottrina ma, soprattutto, può evolvere grazie a una precipua attenzione da parte del Governo e a un efficace controllo della Corte costituzionale. L'esperienza repubblicana, finora, si è caratterizzata per una interpretazione progressivamente sempre più ampia dei requisiti costituzionali della decretazione, in modo da ridurre le relative motivazioni a meri ornamenti formali espressi con vuoti orpelli linguistici.

La nozione di *evidente mancanza dei presupposti giustificativi*, affermata nella sentenza 171/2007, svolge un ruolo importante anche nell'ambito della motivazione. In tal senso sono necessarie alcune spiegazioni introduttive⁹³²: infatti o *l'evidenza* può essere intesa in senso *formale*, secondo una mera analisi linguistica del testo, in modo che, se il vizio non emerge da questa verifica, ne consegue il rigetto della questione di illegittimità costituzionale⁹³³. Pertanto, nella realtà fattuale, i presupposti di necessità ed urgenza potrebbero essere del tutto assenti o pretestuosamente adottati dal Governo ma la loro semplice enunciazione sarebbe sufficiente ad escludere la loro evidente mancanza. Oppure *l'evidenza* può essere meglio intesa in senso *sostanziale*, a prescindere da quanto sostenuto dall'Esecutivo e da quanto linguisticamente espresso nel preambolo o nel testo del decreto-legge, in modo da essere facilmente riscontrata nella situazione di fatto la palese assenza dei presupposti di necessità ed urgenza.

In base alla prospettiva che si intende seguire si hanno diverse conseguenze: l'evidenza formale porta ad un controllo sull'atto, sul documento, mentre

⁹³¹ Cfr CELOTTO, *op.cit.* pag. 401.

⁹³² Cfr BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza 171/2007*, in *federalismi.it* 2007.

⁹³³ In questo senso è interessante lo spunto dato da MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pag. 29, il quale afferma che "è da rilevare che il sindacato sui decreti-legge dovrebbe essere contenuto in un ambito assai più ristretto di quello di solito esercitato negli altri casi, rivolgendosi ai soli vizi che si concretano nell'assoluto difetto dei presupposti, o nella mancanza di ogni congruenza dei provvedimenti adottati con la necessità che viene collegata, semprechè l'uno e l'altra siano rilevabili dagli stessi elementi risultanti dai medesimi e perciò al di fuori di ogni apprezzamento che dovesse compiersi sulla base di circostanze risultanti aliunde.

l'evidenza sostanziale porta ad un controllo sull'attività. Nella sentenza 171/2007⁹³⁴ la Corte costituzionale prende a riguardo un posizione esplicita e unisce le precedenti impostazioni, affermando che le ragioni di necessità ed urgenza vanno ricercate mediante un esame attento di ogni elemento *intrinseco ed estrinseco*, in modo che l'evidente mancanza non dipende soltanto dall'assenza dell'indicazione dei presupposti giustificativi nel preambolo o in qualche altra parte del testo ma anche dalla verifica in concreto, nei fatti, della sua effettiva sussistenza. Se si vuole estendere l'indagine fino agli atti preparatori della legge di conversione si nota che la mancanza è evidente solo quando non si è in grado ragionevolmente di individuare alcun motivo di necessità ed urgenza che giustifichi l'emanazione del decreto-legge; non è quindi sufficiente limitarsi all'analisi dell'apparato di motivazione che correda l'atto, ma occorre prendere in considerazione ogni dato a disposizione dell'interprete⁹³⁵. Tutto ciò è sostenuto da un altro aspetto particolare della vicenda contemplata dalla sentenza 171/2007. Infatti, la disposizione censurata era stata modificata dalla legge di conversione, la quale aveva aggiunto una frase: "*per chiarire e definire i presupposti e le condizioni rilevanti per il mantenimento delle cariche pubbliche ai fini dell'ordine e della sicurezza pubblica*". La disposizione, quindi, era stata arricchita da una *specificata motivazione* in modo che l'interprete ne deducesse la necessità e l'urgenza di porre termine quanto prima a una lesione del principio di certezza del diritto, data l'incertezza esegetica che gravava sul d.lgs 267/2000. Non ci sono dubbi sul fatto che la proposizione aggiunta dalla legge di conversione costituisca la motivazione della disposizione: in questo senso si era già espressa la stessa Corte costituzionale. Infatti, nell'ordinanza n. 2/2005, con la quale venivano restituiti gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza si notava che "*che con tale legge di conversione sono state apportate modificazioni al testo del decreto e*

⁹³⁴ Cfr Corte Cost. sent. 171/2007, cit, punto 6 in diritto

⁹³⁵ Cfr CARNEVALE, *op. cit.* il quale sostiene che " l'evidenza è frutto di un'indagine a tutto tondo dalla quale emerga l'assoluta carenza di motivi giustificatori ex art. 77, comma 2, Cost."

sono state altresì enunciate le ragioni della emanazione della norma censurata".⁹³⁶ La motivazione specifica della disposizione esiste in modo dichiarato; per il Giudice delle leggi da questa motivazione si possono trarre dati sufficienti a riconoscere che la modifica è "giustificata" nel merito, ma non si può dedurre alcun elemento utile nella ricerca dei casi straordinari di necessità ed urgenza, di cui non vi è altro che una "*apodittica enunciazione*". Di conseguenza, il titolo, il preambolo, il testo del decreto-legge sono analizzati solo per scovare indizi al fine di verificare⁹³⁷, poi, se, *nella realtà dei fatti*, vi sia una "*evidente mancanza*" dei casi straordinari di necessità ed urgenza che giustificano il ricorso alla decretazione. Nessuno di questi indici, che riguardano direttamente o indirettamente la motivazione dell'atto, ha un valore definitivo, non esiste quindi una "*prova legale*", si tratta unicamente di segnalatori che avvisano l'interprete sulla possibile insufficienza dei presupposti giustificativi. Sarà proprio compito dell'interprete stabilire se il sintomo della carenza di motivazione porta ad una semplice o evidente mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza.

Le considerazioni fin qui svolte hanno come premessa ineludibile la tutela dell'assetto delle fonti del diritto quale elemento caratterizzante la forma di governo nel sistema costituzionale, finalizzata alla salvaguardia dei valori e dei diritti fondamentali. In questo senso è significativo che l'art. 77 Cost., al comma 1, stabilisca che "il Governo *non può*, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria". L'obbligo di motivazione, pertanto, consiste nell'indicazione, nel preambolo, dell'esigenza perentoria, che si pone in relazione ad una determinata situazione di fatto, del ricorso alla decretazione d'urgenza, avendo preso atto dell'impossibilità di ricorrere in modo soddisfacente ai normali strumenti di produzione legislativa⁹³⁸. La motivazione dei presupposti è la motivazione del decreto-

⁹³⁶ Corte Cost. sent. 171/2007, cit, punto 6 in diritto

⁹³⁷ Cfr BOCCALATTE, *op. cit.*

⁹³⁸ Cfr CELOTTO, *op.cit.* pag. 401.

legge, è la giustificazione del ricorso a questo particolare istituto e non la spiegazione del contenuto dell'atto, è uno strumento di controllo dei poteri del Governo. Tuttavia spesso accade che nel preambolo sia presente soltanto una individuazione sommaria dei "casi straordinari" e che quasi mai vengano esplicitate le ragioni per cui il Governo ritenga inadeguati i mezzi giuridici ordinari, rivendicando la necessità del decreto-legge; ci si limita, dunque, ad affermare tale necessità, senza spiegarla adeguatamente. All'interno della questione della motivazione del decreto-legge si inserisce il tema della responsabilità che consegue all'emanazione dell'atto; l'esplicito richiamo dell'art. 77 Cost. alla responsabilità governativa intende riaffermare, anche in contesti d'emergenza, la dipendenza fiduciaria dell'Esecutivo dalle Camere, e, in tal senso, l'espressione è ripetitiva-specificativa del principio generale posto dall'art. 95, comma 2, della Carta costituzionale⁹³⁹. Il concetto di responsabilità contenuto nell'art. 77 Cost. vuole indicare che il Governo deve essere sottoposto ad una verifica precisa sulla correttezza del suo operato e il fatto che, nella prassi, ciò non sia avvenuto non vale ad inficiare la norma. La Costituzione, infatti, non prevede la responsabilità quale mera conseguenza del solo ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza ma solamente qualora questo sia carente dei presupposti giustificativi⁹⁴⁰; si tratta, quindi, di una "ipotesi di responsabilità"⁹⁴¹ riscontrabile a seconda del *modus operandi* del Governo. In tal senso, il riferimento costituzionale alla responsabilità sottolinea che il ricorso al potere d'urgenza pone sempre una questione di giustificazione: infatti, se da un lato la responsabilità è eventuale, dall'altro è sempre presente l'obbligo di motivazione dell'adozione del decreto-legge e

⁹³⁹ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, pag. 365, il quale afferma che "la scelta di prevedere una competenza straordinaria, capace di fronteggiare qualunque tipo di emergenza, concentra nelle mani del Governo un potere assai ampio: egli è competente, tanto ad aprire la parentesi eccezionale, quanto ad esercitare il potere di emergenza; la modalità instaurativa del regime, secondo lo schema dell'autoapplicazione, permette all'Esecutivo di sospendere e derogare il diritto vigente con effetti immediati, mentre il controllo del Parlamento giunge soltanto in una fase successiva".

⁹⁴⁰ Cfr PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., pag. 255.

⁹⁴¹ Cfr MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 366.

questo deriva proprio dalla sua natura emergenziale. Pertanto, proprio perché l'Esecutivo ritiene di intervenire non nell'ambito dell'ordinaria discrezionalità ma in esecuzione del dovere costituzionale di tutelare l'ordinamento dagli effetti antigiusuridici del caso straordinario, è perentoriamente tenuto a fornire una ragionevole giustificazione della sua azione⁹⁴². L'onere spettante in capo al Governo di motivare il sorgere di un fatto emergenziale implica pure il dovere di argomentare l'inadeguatezza del diritto vigente ad evitare la lesione di beni ed interessi giuridicamente acquisiti e da ciò consegue che, in mancanza di una tale dimostrazione, è lecito interrogarsi sulla possibilità di un abuso del potere straordinario.

Questa considerazione ci interroga se si debba ritenere che l'art. 77 Cost. configuri un autonomo obbligo di motivazione formale. E' da ritenere che la risposta sia positiva, sebbene la Corte non si sia mai esplicitamente espressa in tal senso; tuttavia alla luce delle argomentazioni della sentenza 171/2007 emerge un quadro di insieme favorevole all'obbligo di motivazione formale. Questo però non è sufficiente, perché, sempre rifacendosi alle riflessioni della Corte sulla verifica dei "dati intrinseci ed estrinseci", va ritenuta necessaria la presenza anche di un motivazione sostanziale, riscontrabile nella realtà dei fatti. L'aspetto formale, quindi, si lega a quello sostanziale, si tratta di un legame reciproco. In linea con queste argomentazioni, e dal momento che la causa del decreto-legge è già prefissata nel testo della Costituzione, le illogicità, le contraddittorietà e i travisamenti evidenziati nella motivazione, costituiscono un sintomo significativo dello sviamento di potere esercitato. La motivazione del decreto-legge, quale che sia l'opinione che si abbia circa la fonte dell'obbligo, fornisce al giudizio di costituzionalità un elemento essenziale per accertare la effettiva coerenza tra il fine assunto dal Governo e quello prescritto dalla Costituzione. Mediante l'adozione di decisioni motivate non si fa che ribadire un principio-base dello Stato di diritto, lasciando poi al

⁹⁴² Cfr AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. Cost.* 1993, pag. 894.

giudice costituzionale il compito di valutare, in concreto, l'effettiva sussistenza della motivazione; egli, infatti, è tenuto a verificare e a chiarire, di volta in volta, se la motivazione vada preferibilmente intesa in senso materiale o in senso formale, o in ambedue i sensi, e se i vizi di una eventuale motivazione formale si traducano necessariamente in vizi della decisione, e viceversa. La giurisprudenza costituzionale ha finito, in questo modo, per legittimare tanto la posizione che valorizza un sindacato sostanziale dell'agire governativo quanto la posizione che valorizza un controllo formale, essenzialmente fondato sulla motivazione discorsiva, *medium* linguistico che costituisce il diaframma fra sindacato di legittimità e merito dell'azione amministrativa con forza di legge. Ad una indagine più approfondita si potrebbe affermare che la Corte ha finora operato secondo una interpretazione "funzionalistica" dell'istituto; infatti, la motivazione estrinseca sembrerebbe avere una rilevanza essenzialmente "pre-processuale", in quanto espressiva di una esigenza di autonoma comprensione della sussistenza dei presupposti, sulla base della quale impostare le eventuali censure di legittimità nei confronti dell'adozione del decreto-legge, mentre la motivazione intrinseca avrà un ruolo importante nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale ritualmente instaurato, consentendo al giudice delle leggi di valutare la conformità dell'atto ai parametri costituzionali, art. 77 Cost., e normativi, art. 15, legge 400/88, di riferimento.

In sintesi, si ribadisce che la motivazione formale costituisce uno dei possibili mezzi per dimostrare le carenze della motivazione materiale; il fatto che le carenze della motivazione materiale possano essere appurate anche a prescindere dalla motivazione formale non è sufficiente a ritenere irrilevante la seconda, posto che le dinamiche del sindacato di legittimità non possono riverberarsi in una interpretazione restrittiva delle garanzie previste dai principi costituzionali che impongono all'amministrazione con forza di legge il rispetto di canoni tali da rendere manifeste, conoscibili e contestabili le ragioni sottese alla scelta di ricorrere allo strumento del decreto-legge.

4-PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E SCRUTINIO DI RAGIONEVOLEZZA

Nell'ambito degli atti espressione dell'amministrazione con forza di legge particolare rilevanza assume la ricerca del criterio di valutazione giuridico-costituzionale immanente al loro contenuto prescrittivo. Si tratta di una attività ermeneutica⁹⁴³ finalizzata all'individuazione della disposizione particolare e concreta alla luce della *ratio* che disciplina l'istituto della decretazione d'urgenza. Questo aspetto permette un controllo di "razionalità giustificativa"⁹⁴⁴ del carattere provvedimentale del decreto-legge. Infatti, tra prescrizioni provvedimentali e contesti emergenziali si determina un reciproco condizionamento, in modo che la *ratio* del provvedimento incontri la *ratio* del contesto emergenziale; ne risulta che "l'utilizzazione razionale dei contesti, nei limiti in cui essa è, volta in volta, sollecitata dalla prescrizioni costituisce la *ragionevolezza* da usare nella costruzione delle norme"⁹⁴⁵. Si ripropone il tema del giudizio di ragionevolezza in riferimento sia al vizio di eccesso di potere sia al giudizio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, Cost.⁹⁴⁶. Anticipando quanto poi si dirà in tema di eccesso di potere, va ora sottolineato che questa figura è emersa già in passato nella giurisprudenza costituzionale; il riferimento è alla sentenza n. 14 del 1964 dove, pur trattando tematiche diverse dall'uso del decreto-legge, si individua un concetto di eccesso di potere legislativo inteso come una oggettiva deviazione del legislatore dalle finalità e dalle direttive costituzionali e, nel nostro caso, ciò significa che il

⁹⁴³ Cfr BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, a cura di Crifò, pag. 265; cfr ZACCARIA, *questioni di interpretazione*, Padova, 1996, pag. 177.

⁹⁴⁴ Cfr MOSCARINI, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza delle leggi*, Torino, 1996, pag. 9.

⁹⁴⁵ Cfr LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, pag. 1579, il quale precisa che il condizionamento si ha non solo nel momento legislativo di formulazione delle prescrizioni che non potrebbe essere effettuata senza riferirsi a reali o presunti contesti, ma "anche e soprattutto in sede di costruzione delle norme, ove si attua il loro concreto incontro, che non è detto debba essere e che anzi non è quasi mai quello previsto dal legislatore".

⁹⁴⁶ Cfr PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, pag. 899.

Governo non compie l'apprezzamento richiesto dei presupposti giustificativi oppure lo compie ma utilizzando criteri illogici e contraddittori che determinano la predisposizione di mezzi inadeguati agli scopi richiesti.⁹⁴⁷ La pronuncia fornisce interessanti spunti di riflessione riguardo il modo con cui l'interprete deve porsi dinanzi a concetti giuridici indeterminati. La logica inerente a tutte le clausole costituzionali imprecise ed elastiche sta infatti nel lasciare al legislatore una discrezionalità importante, consentendo poi alla Corte, nel quadro di un giudizio che voglia rilevare l'eccesso di potere, di accertare se lo strumento legislativo adottato possa essere adeguato allo scopo o se c'è un evidente discostamento. In relazione a ciò, si possono astrarre dal contesto specifico della sentenza 14/1964 alcune indicazioni di portata generale per sottolineare quando il legislatore, sia esso Governo o Parlamento, opera una deviazione dalle prescrizioni costituzionali. In primo luogo, si considera quando, in presenza di una clausola generale, come quella dell'art. 77, comma 2, Cost., l'apprezzamento si pone in palese contrasto con i dovuti presupposti di fatto; in secondo luogo, quando si ha la predisposizione di mezzi e di contenuti dispositivo del tutto inadeguati allo scopo; infine, quando l'atto con forza di legge persegue finalità differenti da quelle evocate dalla clausola generale.⁹⁴⁸ Proprio le caratteristiche della decretazione d'urgenza richiedono l'elaborazione di schemi di giudizio che rendano più consapevole il sindacato sulla costituzionalità della disciplina del caso concreto. Punto imprescindibile è la norma costituzionale ricavabile dall'art. 3 Cost., la quale "implicitamente vieta tutte quelle leggi che disciplinano casi particolari in modo difforme dalla generalità senza alcun fondamento razionale"⁹⁴⁹. L'eguaglianza non significa identità di due termini "in tutto ma solo sotto alcuni aspetti"⁹⁵⁰ e implica il diverso e il molteplice, consistendo in parità di

⁹⁴⁷ Cfr PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1964, pag 144

⁹⁴⁸ Cfr PALDIN, *Il sindacato della Corte costituzionale*, cit. pag. 157.

⁹⁴⁹ Cfr RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., pag. 384.

⁹⁵⁰ Cfr CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, pag. 13; cfr Corte cost., sent. n. 28/1957, in *Giur. cost.*, 1957, pag. 398, in cui si afferma che "non è concepibile

trattamento in pari condizioni e diversità di trattamento in diverse; in questo senso la norma può “differenziare in base a categorie oggettive” collegando “conseguenze eguali a fattispecie analoghe e diverse a fattispecie diverse”⁹⁵¹. Sebbene generalità ed astrattezza non siano sempre da sole in grado di garantire l’eguaglianza giuridica e pur tenendo conto che esse “sono soltanto normali e non indispensabili”⁹⁵², tuttavia si pone una questione di rispetto del principio di eguaglianza “là dove si presenti una differenziazione”⁹⁵³. Secondo questa impostazione, il principio di eguaglianza giuridica è un “imperativo di giustificatezza” nella ripartizioni degli atti aventi forza di legge, in quanto “la piena parità non si attua solamente quando la legge assume la veste della regola onnicomprensiva, bensì persiste in presenza di disposizioni che creino entro la classe più ampia, nell’ambito della categoria generale e livellatrice, una fattispecie più ristretta, purché [...] la distinzione sia giustificata”⁹⁵⁴. Questo è ciò che accade attraverso il contenuto provvedimentale della decretazione d’urgenza e il fatto emergenziale, causa della “rottura” della normazione generale ed astratta, sottolinea il carattere relativo che l’eguaglianza giuridica ha riguardo alla situazione di volta in volta assunta. Anche nel contesto emergenziale va comunque garantita la *ratio* dell’eguaglianza, ossia che a pari condizioni sia riconosciuto pari trattamento e a condizioni diverse una disciplina diversa. In tal modo i decreti-leggi provvedimentali operano nel rispetto del limite derivante dal principio di eguaglianza e ragionevolezza. Ne consegue che l’art. 3, comma 1, Cost., costituisce la base del giudizio di valutazione del rispetto da parte del decreto-legge provvedimentale del diritto di eguaglianza davanti alla legge

che il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sancito dall’art. 3 della Costituzione, debba intendersi nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso considera diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale”.

⁹⁵¹ Cfr CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, pag. 25.

⁹⁵² Cfr PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pag. 180.

⁹⁵³ Cfr PALADIN, *Considerazioni sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 1962, pag. 925, il quale rileva che una legge generale non può ledere “per definizione l’art. 3, comma 1, e non si presta in partenza a nessun sindacato dell’arbitrio”.

⁹⁵⁴ Cfr PALADIN, *Considerazioni sul principio costituzionale di eguaglianza*, cit., pag. 926.

oggettivamente inteso; questa impostazione sopravanza la prima interpretazione del disposto costituzionale quale norma che impone alla legge il divieto di disporre discipline diverse in ragione delle sole qualità soggettive dei destinatari sulla considerazione della pari sottoposizione formale di tutti all'ordinamento giuridico⁹⁵⁵. Il carattere provvedimentale dell'atto di decretazione d'urgenza impone una particolare valutazione alla stregua del principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, Cost., finalizzato ad accertare che non vi siano manifesti motivi di irrazionalità e distinzioni prive di fondamento giustificativo, aspetto che si verifica nel caso dell'evidente mancanza dei presupposti ex art. 77, comma 2, della Costituzione. Il principio di eguaglianza diviene un vincolo più stringente proprio laddove la disciplina con forza di legge sia a basso grado di generalità, assumendo così caratteristiche provvedimentali. Queste considerazioni sollevano la questione della relazione intercorrente tra principio di eguaglianza e principio di imparzialità ex art. 97 Cost. all'interno del contesto dell'amministrazione con forza di legge, in cui il vaglio del rispetto dei due principi costituzionali sotto la specie generale del principio di ragionevolezza emerge con una difficoltà di una chiara distinzione. Gli atti espressione dell'amministrazione con forza di legge, come detto, sono privi di generalità, potendo integrare per tale aspetto un presupposto di violazione del principio di eguaglianza qualora non assistiti dalla *ratio* giustificatrice della sussistenza dei requisiti dei casi straordinari di necessità ed urgenza; tuttavia, il loro sindacato di legittimità costituzionale coinvolge anche la valutazione del rispetto del principio di imparzialità. Infatti, in essi può accadere o che gli interessi privati rimangano irriducibilmente soccombenti rispetto a quelli pubblici, o che gli interessi privati prevalgano, mediante un canale immediato e privilegiato, su ogni altro interesse, anche a scapito dell'interesse generale. La disciplina con forza di

⁹⁵⁵ Cfr ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pag. 18, il quale ritiene che la norma dell'art. 3, comma 1, Cost., "innanzi tutto riconosce la eguaglianza di diritto di tutti i cittadini, e perciò che la situazione personale o lo status dei cittadini nei confronti dell'ordinamento giuridico italiano è identico".

legge del caso concreto impone uno scrutinio che verifichi il rispetto del principio di imparzialità così come il superamento dello scrutinio riguardante la salvaguardia del principio di imparzialità non integra l'automatico superamento di quello relativo al principio di eguaglianza. Nello specifico, il principio di eguaglianza, che “dispiega la sua forza ovunque ricorra una situazione soggettiva che comporti un potere, e in qualunque rapporto giuridico in cui una o più parti abbiano facoltà decisoria”, nell'ambito delle potestà amministrative, “si presenta specificatamente come parità di trattamento” rimanendo “troppo angusta” la “riduzione dell'imparzialità ed eguaglianza”⁹⁵⁶. Ne risulta che il principio di imparzialità non è una specie applicativa del principio di eguaglianza “poiché si può anche agire imparzialmente nell'ambito di trattamenti diseguali”⁹⁵⁷. In tema di decretazione d'urgenza, pertanto, l'applicazione dell'art. 3 Cost. non può sottovalutare l'art. 97 Cost., in modo da consentire un controllo più penetrante.

Lo studio delle questioni qui presentate comporta l'allargamento del punto di vista concernente l'amministrazione con forza di legge, dimostrando come quest'ultima sia legata al sistema di diritto amministrativo, all'individualità del potere amministrativo e alla sua doverosità costituzionale in termini di strumento democratico per il perseguimento degli interessi della collettività, rappresentati nel caso dell'art. 77, comma 2, Cost. dal sopraggiungere del fatto emergenziale. I profili fino a questo momento esaminati evidenziano la peculiarità e complessità dell'amministrazione con forza di legge e conferma che dinanzi al fatto emergenziale “la generalità astratta della norma giuridica non le consente di aderire, nella sua tendenza rettilinea, alle sinuosità della

⁹⁵⁶ Cfr M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 1. *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, pag. 25; cfr ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pag. 213; cfr SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, pag. 97; cfr SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., pag. 227.

⁹⁵⁷ Cfr M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 26.

vita vissuta, ai molteplici concreti aspetti di quest'ultima"⁹⁵⁸. Infatti il concetto di "amministrare" non può essere generalmente inteso ma è denso di contenuti giuridici, è funzionalizzato alla cura concreta dell'interesse pubblico e il suo impiego implica l'individuazione e la natura del soggetto che è chiamato a presiedere all'attività amministrativa, in base a modalità specifiche a seconda dell'attività posta in essere.

L'art. 77, comma 2, Cost., fissa in via astratta l'interesse pubblico e il Governo, mediante l'esercizio imparziale del potere discrezionale, disciplina in concreto l'assetto dei singoli interessi coinvolti. Nel sistema costituzionale a diritto amministrativo, e quindi anche nell'amministrazione con forza di legge, l'imparzialità si pone come regola della valutazione che precede la statuizione della disciplina del caso concreto. Più in particolare, la misura della valutazione della legittimità costituzionale dell'atto che disciplina il caso concreto risiede nella "giustizia" dello stesso caso concreto che coinvolge gli arbitrii oggettivi e soggettivi compiuti dal Governo⁹⁵⁹; proprio perché il decreto-legge provvedimentale rappresenta la disciplina del caso concreto, può osservarsi che se il diritto dell'emergenza tende alla realizzazione della disposizione individuale, della regola del caso concreto, è tuttavia altrettanto vero che esso impone regole sulle modalità di produzione della disposizione del caso concreto e, specialmente, la regola dell'imparzialità è pensata per limitare "il potere stesso come tale".⁹⁶⁰ Nell'adozione dell'atto di decretazione d'urgenza le regole sulla produzione della disposizione del caso concreto individuano le modalità dell'esercizio di questa peculiare funzione amministrativa, le garanzie procedurali, all'interno di una concezione in cui

⁹⁵⁸ Cfr BARASSI, *I limiti della norma giuridica*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Milano, 1951, pag. 53.

⁹⁵⁹ Cfr PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, pag. 165, nota 30, il quale afferma che "mentre l'eguaglianza abbraccia soltanto una parte del concetto aristotelico di giustizia, l'espressione dell'art. 97 per un verso lo comprende interamente, per l'altro addirittura lo trascende, vietando non solo gli arbitrii oggettivi della pubblica amministrazione, ma gli stessi arbitrii soggettivi, i quali pure denotano imparzialità, indipendentemente dagli effetti dannosi od iniqui che possono produrre".

⁹⁶⁰ Cfr PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., pag. 169.

l'amministrazione con forza di legge è chiamata ad operare come responsabile dell'interesse pubblico⁹⁶¹. Anche sulla base di queste considerazioni, la rinvenibilità della sussistenza dei presupposti ex art. 77, comma 2, Cost., che giustifica il ricorso al decreto-legge non è sufficiente ad esaurire lo scrutinio di costituzionalità su di esso. Infatti, seguendo il filo conduttore di questo studio il sindacato della Corte costituzionale deve richiedere non solo l'accertamento della effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi ma anche una valutazione positiva della congruità ed adeguatezza dello strumento utilizzato rispetto al fine perseguito. In questo senso, se "nell'ordinamento italiano vigente, al pari che in vari altri sistemi giuridici contemporanei, l'esigenza di soddisfare un minimo grado di ragionevolezza è un imperativo che riguarda l'esercizio di tutte le pubbliche funzioni"⁹⁶², e se anche le scelte discrezionali dell'amministrazione con forza di legge sono sindacabili in base al parametro della ragionevolezza, tuttavia ciò non è sufficiente. Infatti, nel momento stesso in cui il giudice costituzionale affronta il giudizio di ragionevolezza come una verifica di accettabilità della ponderazione degli interessi operata dal Governo, quale organo apicale della P.A., volta all'accertamento dell'equo bilanciamento degli stessi, risolvendosi questo sindacato in un giudizio di non manifesta irragionevolezza della ponderazione stessa, la valutazione del giudice costituzionale è tenuta a spingersi a verificare anche la proporzionalità della scelta governativa. In particolare quest'ultima attiene alla misura del potere amministrativo con forza di legge esercitato e sottolinea che, da un lato, attraverso la verifica di ragionevolezza, il Governo valuta la "qualità" degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, compiendo un percorso volto alla "giustificabilità" della scelta, dall'altro, mediante la valutazione di proporzionalità, l'Esecutivo indaga la adeguata "intensità" dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto

⁹⁶¹ Cfr CANNADA BARTOLI, *Ente pubblico ed immunità*, in *Foro amm.*, 1965, pag. 59, in cui si rileva che la responsabilità giuridica "è l'idea centrale del diritto amministrativo".

⁹⁶² Cfr PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., pag. 899.

all'interesse privato per il soddisfacimento del fine pubblico⁹⁶³. In tal modo, il giudizio di proporzionalità dell'azione amministrativa con forza di legge non rappresenta un profilo del giudizio di ragionevolezza; al contrario, esso è un giudizio autonomo correlato alla misura del potere amministrativo, rappresentando una ulteriore articolazione dei principi di ragionevolezza ed imparzialità.

L'attenzione è posta sul sacrificio sopportato dal privato dinanzi all'esercizio del potere pubblico; infatti il sindacato sulla proporzionalità è diretto a sanzionare "la non equilibrata relazione tra i mezzi e i fini dell'azione statale"⁹⁶⁴, nel tentativo di contenere il potere statale e di preservare spazi di libertà individuale da misure, adottate tramite decreto-legge, "inutili" o "eccessive" e "sovradimensionate" rispetto alla finalità che debbono realizzare.

Pertanto, la proporzionalità implica una analisi relativa alla corretta intensità della misura del potere, compiuta mediante la valutazione di conformità ai parametri di idoneità, necessità, adeguatezza; questo perché potrebbe accadere che una soluzione astrattamente congrua risulti poi essere priva di proporzione, in quanto la valutazione di ragionevolezza-congruità si colloca, nel processo di scelta della soluzione da adottare, in un momento logico antecedente rispetto alla valutazione di proporzionalità. L'amministrazione con forza di legge, infatti, è sempre tenuta a compiere una analisi di

⁹⁶³ Cfr SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pag. 318.

⁹⁶⁴ Cfr SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pag. 297; inoltre cfr MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, intervento al Convegno di Studi *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2-4 ottobre 2006, *paper*, pag. 55, il quale, a proposito del controllo di proporzionalità vero e proprio, rileva: "il mezzo, pur idoneo e necessario, deve essere "proporzionato" al fine che si intende raggiungere, nel senso di perseguire bensì il fine, ma senza recare (eccessivo) nocumento ad altri "valori". Qui, il *giudizio di proporzionalità si risolve, in definitiva, in un giudizio di bilanciamento tra il fine perseguito ed altri valori "sacrificati"*. Il giudizio di proporzionalità, una volta stabilito che il mezzo non è idoneo o insufficiente (compatibile, pertinente) al perseguimento del fine, che esso è, anzi, necessario, (congruo in senso stretto), si spinge a valutare la "misura" della sua predisposizione, nel senso di "una valutazione comparativa" delle utilità e dei costi dell'attività legislativa".

proporzionalità, considerando se la soluzione prescelta sia o meno idonea al perseguimento dell'obiettivo con il minimo sacrificio degli altri interessi. L'interesse pubblico di fronteggiare il fatto emergenziale si confronta, ad esempio, con diritti sociali particolarmente rilevanti, i quali, a loro volta, si trovano contrapposti a diritti inviolabili o libertà individuali anch'essi meritevoli di tutela, dando così luogo ad una complessa ponderazione tra valori costituzionalmente qualificati. Si tratta di una attività valutativa che non potrebbe compiersi se non attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità, ossia per mezzo di una verifica di tutte le possibili alternative e la scelta, tra queste, di quella in grado di raggiungere risultati significativi, tutelando al meglio i diritti individuali.

In tema di decretazione d'urgenza, il Governo è chiamato a svolgere una attività proporzionata quando la soluzione adottata sia rispettosa di tre elementi, idoneità, necessarietà, adeguatezza, che fungono da parametri di riferimento per la corretta esplicazione dell'amministrazione con forza di legge e, in un secondo momento, anche per l'eventuale sindacato di legittimità costituzionale. L'utilità di questa tradizionale categorizzazione⁹⁶⁵, mutuata dal diritto amministrativo, consiste, soprattutto, nell'evidenziare come rivesta rilevanza centrale, in sede di formazione di una decisione proporzionata dinanzi ad un fatto emergenziale, il requisito dell'individuazione dello strumento ideale per il conseguimento dell'obiettivo, laddove il termine "ideale" va inteso come una sintesi atta ad indicare lo strumento che sia suscettibile di raggiungere, dato il contesto emergenziale, un grado idoneo di soddisfacimento dell'interesse generale e, contemporaneamente, di equilibrare, in modo adeguato, le esigenze dei titolari di interessi compresenti e di esercitare la "giusta misura" del potere amministrativo con forza di legge.

⁹⁶⁵ Cfr SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pag. 365; cfr CERRI, *Dalla garanzia del "giusto procedimento" in sede disciplinare al criterio della "proporzionalità": spunti problematici e riflessioni a partire da una interessante sentenza della Corte*, in *Giur. cost.*, 1995, pag. 1649; cfr TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, pag. 57.

La proporzionalità, in questo senso, rappresenta un concetto unitario, ma, al contempo, scomponibile in tre parti, in stretta connessione tra loro.

Vanno ora brevemente analizzate le caratteristiche dei tre elementi costitutivi della proporzionalità.

L'elemento della *idoneità* pone due questioni di carattere definitorio; la prima attiene alla natura ed agli effetti della verifica della idoneità dell'azione, la seconda ha ad oggetto il tipo di rapporto che si instaura, nel complesso processo applicativo del principio di proporzionalità, tra la valutazione di idoneità e quella di proporzionalità in senso stretto o adeguatezza. Riguardo a quest'ultimo aspetto occorre verificare se l'idoneità costituisca un elemento del principio di proporzionalità o, piuttosto, un presupposto intrinseco ai fini dell'esplicazione dello stesso; vanno dunque studiati i contenuti dell'analisi di idoneità dell'azione, e questo implica la valutazione della relazione tra il mezzo impiegato, il decreto-legge, ed il fine che si intende perseguire, la gestione del fatto emergenziale. Tale valutazione è volta alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa con forza di legge, e significa che è questa peculiare funzione amministrativa, che presiede alla dinamica dell'azione, condizionando il corretto svolgimento della stessa, che influenza in modo decisivo la selezione tra le possibili alternative. Nel perseguimento del fine pubblico individuato dall'art. 77, comma 2, Cost., il Governo è tenuto a verificare se lo specifico mezzo del decreto-legge sia in grado di perseguire in maniera soddisfacente il risultato atteso. Il rapporto che si instaura, quindi, è di tipo bilaterale, tra atto e funzione, tra mezzo impiegato e fine predeterminato; lo scopo della valutazione è quello di stabilire la capacità dell'atto di decretazione d'urgenza di perseguire la finalità determinata, considerando anche gli aspetti di tutela e di garanzia degli altri interessi per i profili che attengono ai possibili effetti derivanti dall'adozione dello strumento prescelto. La valutazione di idoneità attiene, pertanto, alla coerenza del mezzo adottato, il decreto-legge, e consente al Governo di individuare le

soluzioni suscettibili di perseguire il risultato prefissato. Attraverso il carattere dell'idoneità si esplica una scelta tra le alternative possibili, implicante l'analisi del fatto emergenziale, il computo dei risultati che ci si aspetta di ottenere dall'azione. Definiti i contenuti del criterio di idoneità si può affrontare il profilo relativo all'individuazione dell'idoneità come elemento del principio di proporzionalità; l'idoneità, richiedendo la già sottolineata valutazione di un rapporto bilaterale tra mezzo impiegato e funzione amministrativa sotto l'aspetto della coerenza dell'azione al fine del perseguimento del risultato, comporta il completamento di una successiva e più articolata valutazione multilaterale, che coinvolge mezzo impiegato, fine pubblico, altri interessi pubblici e privati, allo scopo di verificare se il perseguimento del risultato comporti pregiudizi sproporzionati nei confronti dei titolari degli interessi coinvolti e contrapposti. Dopo la valutazione della coerenza dello strumento, i successivi riscontri rappresentano gli elementi per vagliare la giusta misura dell'esercizio del potere amministrativo con forza di legge. Ne risulta la tendenziale sequenzialità del processo di verifica della proporzionalità dell'azione, dal momento che non può effettuarsi una valutazione concernente l'equa distribuzione dei sacrifici tra interessi della collettività e quelli dei privati, se non dopo aver individuato le possibili opzioni con giudizi di idoneità dell'azione. Infatti, qualora la soluzione della decretazione d'urgenza, dato il contesto fattuale emerso, non sia coerentemente suscettibile di raggiungere e consolidare gli obiettivi prefissati non avrebbe senso esercitare il bilanciamento degli interessi e calibrare la misura del potere amministrativo. In sintesi, il principio di proporzionalità è composto da due poli, l'idoneità e l'adeguatezza, e da un elemento fluttuante, la necessità, che funge da fondamentale collante tra i primi e rappresenta il nucleo attorno a cui ruota l'intero principio.

All'interno di questa elaborazione, la *necessarietà* comporta la conformità dell'azione amministrativa alla "regola del mezzo più mite"⁹⁶⁶, ossia l'obbligo di scelta della soluzione implicante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso

⁹⁶⁶ Cfr SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pag. 371.

il minimo sacrificio degli interessi confliggenti. La necessarietà rappresenta un limite “quantitativo” al potere amministrativo con forza di legge, volto a garantire, al contempo, mediante la ricerca di una adeguata “misura” nell’esercizio dello stesso, la soddisfazione dell’interesse pubblico con il minor pregiudizio degli altri interessi in conflitto. Ne consegue che la necessarietà o “regola del minimo sacrificio possibile” richiede che, nella scelta dello strumento del decreto-legge e nella misura del potere di decretazione d’urgenza, il Governo opti per la soluzione meno pregiudizievole nei confronti degli interessi compresenti. Questo comporta che, qualora non si realizzi, ove possibile, il *favor* per la misura meno incidente sugli interessi, pubblici o privati, in conflitto, l’azione amministrativa con forza di legge risulta viziata da illegittimità. Sono evidenti le implicazioni dirompenti laddove si attribuisca vigenza generale al principio di proporzionalità nel contesto dell’amministrazione con forza di legge; per comprendere meglio la portata del parametro di necessarietà è utile assumere come riferimento una fattispecie concreta già vista come paradigmatica del decreto-legge provvedimentale. Si tratta dell’espropriazione, in cui, dato il fatto emergenziale, dinanzi a più soluzioni relative alla localizzazione di un’area da espropriare va scelta la zona che comporta sacrifici minori rispetto agli interessi oppositivi dei titolari del diritto di proprietà e agli interessi pubblici configgenti con quello teso alla effettuazione dell’opera di pubblica utilità. Il parametro di necessarietà, dunque, incide sull’azione dell’amministrazione con forza di legge con portata più ampia. Infatti, la necessarietà esplica rilevanti effetti anche anteriormente all’esercizio del potere di decretazione d’urgenza, combinandosi con il parametro dell’idoneità. Questo significa che la necessarietà incide anche sulla preliminare scelta volta a valutare se si debba esercitare il potere con strumenti diversi rispetto al decreto-legge. Tornando all’esempio dell’espropriazione, per la realizzazione di un’opera pubblica non vi è un’unica soluzione per acquisire un immobile; esso può essere espropriato, ma può anche essere acquistato dalla P.A., mediante un negozio di diritto

privato. Tra le due soluzioni, quella che comporta minori sacrifici per l'interesse configgente è sicuramente la seconda e, pertanto, anche in contesti emergenziali, si dovrà innanzitutto tentare di seguire tale direzione, per quanto possibile e compatibile con le esigenze del pubblico interesse di fronteggiare l'imprevedibile. Questo aspetto del parametro della necessità è particolarmente rilevante, in quanto non si incide soltanto sulla misura del potere amministrativo con forza di legge, ma sul ricorso alla potestà stessa e, quindi, sulla scelta dello strumento idoneo, comportante il minor sacrificio. Ne consegue che non è sufficiente l'astratta legittimazione ex art. 77, comma 2, Cost. perché il governo ponga in essere una attività conforme ai crismi di legittimità, ma occorre che tale legittimazione trovi un conforto concreto nel rispetto del principio di proporzionalità dell'azione, inteso quale espressione "triadica" dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza.

Il parametro di *adeguatezza* è strettamente collegato a quello di necessità. L'adeguatezza dell'atto di decretazione d'urgenza si pone come vincolo "quantitativo" della scelta e si erge a "misuratore" del grado di soddisfazione, o di minor compressione, degli interessi meritevoli di tutela e, in particolare, degli interessi deboli, per quanto concerne l'aspetto del "giusto equilibrio" in sede di bilanciamento. L'adeguatezza permette al Governo di operare una ponderazione discrezionale che conduca ad una soluzione che, non provocando agli interessi incisi un sacrificio superiore al minimo necessario, sia non soltanto ragionevolmente bilanciata, ma giunga alla definizione della giusta misura dell'azione dell'amministrazione con forza di legge. Essa, quindi, è finalizzata alla determinazione della quantità di potere esercitabile nella dinamica degli interessi. L'adeguatezza dell'atto di decretazione d'urgenza è volta a calibrare il potere esercitato anche in funzione del criterio del minor sacrificio possibile per gli interessi compressi dalla decisione, con ciò operando in un rapporto stretto con la necessità. Tuttavia, l'adeguatezza presenta anche un aspetto autonomo, dal momento che sono ascrivibili ad essa alcune caratteristiche che permettono di identificarla come un ulteriore passo nella verifica della proporzionalità dell'azione. In sede di

valutazione dell'adeguatezza, viene ad assumere una posizione centrale il valore sottostante ai singoli interessi compresenti, ossia l'essenza stessa degli interessi. Questo significa che, una volta che si sia optato per lo strumento del decreto-legge ritenuto idoneo ed una volta che sia individuata la soluzione provvedimentale che comporta il minor sacrificio possibile, la misura e l'intensità dell'amministrazione con forza di legge viene equilibrata dalla ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi. In questo modo si avrà la sottolineatura dell'interesse pubblico ex art. 77, comma 2, Cost. e la valutazione approfondita del valore intrinseco degli interessi compresenti, tesa ad indicare l'opzione implicante il "giusto equilibrio" tra gli stessi. Dunque, l'adeguatezza dell'intensità dell'amministrazione con forza di legge rappresenta la capillare unità di misura in sede di ponderazione "quantitativa" degli interessi, suscettibile di sintetizzare e portare a compimento il perseguimento di una proporzionata azione di decretazione d'urgenza.

Secondo queste considerazioni, il sindacato costituzionale sulla proporzionalità con riferimento al decreto-legge provvedimentale è suscettibile di sviluppi⁹⁶⁷; esso infatti risulta essere incentivato, dato che le fattispecie provvedimentali sottoposte al vaglio di costituzionalità presentano una tale complessità sul piano delle dinamiche fattuali da consentire l'esame del rapporto tra valutazione della finalità perseguita e mezzo utilizzato, in modo che dovrebbe essere censurabile un decreto-legge provvedimentale quando un altro mezzo, parimenti adeguato rispetto al fine, appaia ragionevolmente applicabile, ritenendo l'atto con forza di legge una *extrema ratio*. La conseguenza di questa interpretazione del giudizio di ragionevolezza *sub specie* di imparzialità e proporzionalità del decreto-legge provvedimentale, in cui si evidenzia una sorta di "onere della prova" a carico del Governo, consentirebbe al sindacato di costituzionalità di non arrestarsi

⁹⁶⁷ Sul tema è utile rifarsi alle elaborazioni prodotte in sede di analisi del tema della legge-provvedimento e, in questo senso, cfr CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 1136.

alla “non palese inadeguatezza” dello strumento avente forza di legge utilizzato. Ciò che ne risulta non è soltanto la verifica del raggiungimento dello scopo, indicato ex art. 77, comma 2, Cost., da parte dell’Esecutivo, ma anche la modalità attraverso la quale viene raggiunto questo scopo ed esercitato il potere di decretazione d’urgenza. Questo sindacato è chiamato a misurare il potere dell’amministrazione con forza di legge, a rilevare il suo “cattivo uso”, costituzionalmente censurabile laddove sia riscontrata la sua “sproporzionalità” in considerazione della violazione delle situazione giuridiche soggettive coinvolte.

In questa maniera, l’utilizzo del principio di proporzionalità nel sindacato sulle scelte del Governo che amministra con atti aventi forza di legge introduce una valutazione sulla effettiva necessità dell’intervento governativo in ipotesi non rientranti nella previsione costituzionale e rafforza la doverosa, imparziale e responsabile valutazione discrezionale amministrativa del temperamento proporzionato tra interessi pubblici e interessi privati sacrificati dall’azione pubblica. Si conferma la tesi di questo studio, ossia che il decreto-legge provvedimentale non può essere precisato partendo dalle caratteristiche formali del concetto di atto avente forza di legge dello Stato di diritto, ma va ricostruito ed interpretato sulla base della nozione di provvedimento. Questa posizione conduce ad affermare che le conseguenze giuridiche del decreto-legge provvedimentale sono analoghe a quelle determinate mediante i provvedimenti amministrativi, con l’aggravante della forza di legge e della sua collocazione gerarchica tra le fonti primarie.

Tale rilievo porta a ritenere che il sindacato di costituzionalità sugli atti di decretazione d’urgenza, sotto il profilo della loro natura provvedimentale, deve superare un ulteriore duplice scrutinio: uno relativo alla loro ragionevolezza ed un altro relativo alla loro imparzialità e proporzionalità⁹⁶⁸;

⁹⁶⁸ Cfr FERRARA, *Il “posto” del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in *Dir. e soc.*, 2004, pag. 152, il quale rileva che i principi di ragionevolezza e di proporzionalità si configurano quali “elementi di mitezza” capaci di limitare l’autoritarismo del diritto amministrativo e quali straordinarie conquiste dello Stato di diritto al punto da assumere la

di conseguenza l'art. 77, comma 2, Cost. va studiato e compreso in combinato disposto con gli articoli 3 e 97 della Costituzione.

5-APPLICABILITA' DEI VIZI DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI AGLI ATTI CON FORZA DI LEGGE. L'ECESSO DI POTERE

La nozione di eccesso di potere è ampia e controversa; a questo punto della ricerca si tenterà di argomentare riguardo alle regole che l'amministrazione con forza di legge deve seguire per conformare l'esercizio del proprio potere.

L'eccesso di potere esprime in negativo i principi che, in positivo, sono i criteri regolatori dell'attività amministrativa con forza di legge. Risulta quindi necessario porre una corrispondenza tra discrezionalità ed eccesso di potere, rifacendosi alle più significative riflessioni del pensiero amministrativistico⁹⁶⁹, alla luce del fatto che tale legame è ancora più rilevante ove si consideri che entrambe le nozioni sono state profondamente condizionate dal riferimento alla funzione e alla "funzionalizzazione" dell'attività amministrativa, ovvero dalla dominante rappresentata dall'interesse pubblico; questi aspetti vanno tenuti presenti e trasposti sul piano dell'amministrazione con forza di legge, in relazione alla quale per potere discrezionale amministrativo si intende il potere di apprezzare, in un margine determinato, l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma costituzionale dell'art. 77 Cost. e, anticipando quanto poi si dirà, l'eccesso di

connotazione di costanti del sistema "atte a caratterizzare gli ordinamenti politico-amministrativi conformati al principio della *rule of law*".

⁹⁶⁹ Cfr SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, in *Nss. Dig. It., app.*, III, Torino 1982, pag. 221; cfr MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pag. 148; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pag. 45; cfr CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, 1993, pag. 315.

potere è lo strumento che permette di rendere controllabile l'esercizio di tale discrezionalità, esso costituisce un limite al potere dell'amministrazione con forza di legge, affinché le sue scelte siano costituzionalmente compatibili. Il giudice costituzionale sarà dunque chiamato a svolgere il proprio sindacato assumendo come cardine la tutela dell'interesse pubblico ex art. 77 Cost., comma 2, in modo che l'applicazione delle regole sull'esercizio della discrezionalità sia condizionata dalla struttura del potere amministrativo con forza di legge. L'eccesso di potere rappresenta il portato naturale di un preciso criterio di intendere l'amministrazione con forza di legge nella sua interezza, e questa concezione vuole sottolineare il primato dell'interesse pubblico, al punto da condizionare non solo l'attività ma anche il soggetto preposto a svolgerla, ossia il Governo.

Per comprendere maggiormente il tema, è bene rifarsi alle posizioni emerse nel campo del diritto amministrativo; in origine, infatti, l'eccesso di potere additava il caso in cui l'amministrazione avesse invaso un potere altrui, inteso come straripamento di potere⁹⁷⁰; rapidamente, poi, si è appalesato il significato di sviamento di potere⁹⁷¹, secondo il quale un provvedimento è viziato in quanto emanato in vista del perseguimento di un fine diverso da quello giuridicamente stabilito e per conseguire il quale un determinato potere era stato conferito. Ne consegue che il provvedimento esercitato per uno scopo difforme è illegittimo⁹⁷². Al fine di rilevare con attenzione questo stato sono intercorse le figure sintomatiche, si costruisce l'eccesso di potere come una malattia della quale la diagnosi non si può compiere direttamente ma

⁹⁷⁰ Cfr CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, pag. 12; cfr SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, pag. 350.

⁹⁷¹ Cfr M.S. GIANNINI, *Discrezionalità e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, pag. 104, il quale sostiene che "l'ampliamento logico-giuridico dell'eccesso di potere non si svolge secondo una linea continua di sviluppo, ma secondo più linee, che è oltretutto impossibile fissare secondo un'ordinata cronistica".

⁹⁷² Cfr BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, pag. 4.

soltanto per sintomi⁹⁷³; tuttavia, le difficoltà di ravvisare un denominatore comune delle figure sintomatiche ha condotto a ritenerle “non necessarie né tipiche”⁹⁷⁴, identificandole come una sorta di catalogo aperto ed ampliato dall’elaborazione dottrinale e della giurisprudenza amministrativa. In linea con le posizioni emerse durante questo studio, appare utile attribuire alle figure in esame una valenza probatoria, fondata sulla strumentalità alla verifica del vizio dell’eccesso di potere. Le principali figure sintomatiche sono rappresentate dalla contraddittorietà interna a un provvedimento, l’eterogeneità, il travisamento dei fatti, i vizi della motivazione, quali una motivazione insufficiente, apodittica, dubbiosa, contraddittoria, perplessa, la disparità di trattamento, l’ingiustizia manifesta, l’assenza di presupposti, tutti elementi che bene si possono applicare anche all’ambito dell’amministrazione con forza di legge, e quindi all’atto di decretazione d’urgenza; si tratta di veri e propri sintomi che permettono di individuare una divergenza tra il fine istituzionale dell’atto⁹⁷⁵, e nel caso del decreto-legge è uno scopo posto a livello costituzionale, e il risultato concreto. Questi “sintomi” devono richiamare l’operatore del diritto, e nel nostro caso, in primo luogo il giudice costituzionale, sulla necessità di verificare se nel caso concreto alla riscontrata figura sintomatica si accompagni realmente una divergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale dell’atto, in modo che se tale divergenza non sussiste, nonostante la presenza della figura sintomatica, non è riscontrabile il vizio dell’eccesso di potere; ne consegue che quest’ultimo è sanzionabile soltanto laddove vi siano indizi che emergano in maniera chiara, univoca ed indubbia.

Tuttavia, proprio per preservare una unità di fondo del tema in esame ed evitare che il proliferare di figure sintomatiche crei disordine ed incertezza sulla sanzionabilità dell’eccesso di potere, l’argomento va strutturato maggiormente e ulteriormente articolato. E’ infatti possibile riconsiderare, per

⁹⁷³ Cfr CARNELUTTI, *L’eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, pag. 48.

⁹⁷⁴ Cfr CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., pag. 17.

⁹⁷⁵ Cfr SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 698.

poi collocarla nell'ambito dell'amministrazione con forza di legge, la tesi dell'eccesso di potere come vizio della funzione⁹⁷⁶. Tenuta presenta la ricostruzione amministrativistica della materia⁹⁷⁷, nell'ottica di applicare l'istituto dell'eccesso di potere all'atto di decreto-legge si ritiene compatibile che le figure sintomatiche vengano suddivise in tre filoni fondamentali, a seconda che vi sia una violazione dei canoni di giustizia sostanziale, come la manifesta irragionevolezza e la disparità di trattamento, di ragionevolezza, come l'illogicità e la contraddittorietà, di organizzazione dell'attività amministrativa con forza di legge, come l'inosservanza della legge 400/88. Va precisato che questi canoni sono norme giuridiche e non mere regole di buona amministrazione, e pertanto vanno considerati come condizioni di legittimità dell'amministrazione con forza di legge, del concretizzarsi di questo particolare potere normativo nel singolo atto di decretazione d'urgenza; si tratta di condizioni di legittimità che riguardano tutto il decreto-legge e i suoi contenuti. In questo modo è sottolineato l'interesse pubblico, che consiste nel caso dell'art. 77 Cost. nel fronteggiare l'imprevedibile, e in funzione di questo si pone la stessa attività dell'amministrazione con forza di legge, con la dovuta applicazione delle regole che la disciplinano. La costruzione che vede l'eccesso di potere come vizio della funzione permette di verificare l'applicazione delle regole sull'esercizio del potere attraverso l'interesse pubblico, il quale viene elevato a canone di legittimità costituzionale del provvedimento provvisorio con forza di legge non solo perché esige che il provvedimento stesso sia compatibile con il fine costituzionale del potere con forza di legge attribuito al Governo ma anche perché consente di rilevare le violazioni di tutte le regole sull'esercizio del potere di decretazione d'urgenza, anche quelle di livello ordinario come le disposizioni poste dalla legge 400/88. A queste considerazioni si accompagnano i canoni di logicità e ragionevolezza; il principio di

⁹⁷⁶ Cfr BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., pag. 26.

⁹⁷⁷ Cfr BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., pag. 26; cfr PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, pag. 291; cfr M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pag. 321.

ragionevolezza implica che le norme logiche non si pongono come regole di comportamento ma come parametri che permettono di verificare l'accettabilità delle soluzioni adottate nell'ambito della sfera di possibilità che le norme consentono⁹⁷⁸. Pertanto, anche la ragionevolezza, che può dirsi canone appartenente all'ordinamento generale, rimane regola sul potere, la cui applicazione è subordinata alle ragioni dell'interesse pubblico; la ragionevolezza del provvedimento provvisorio con forza di legge è rapportata al perseguimento dell'interesse pubblico e, in questo senso, ragionevole è una decisione compatibile con l'interesse pubblico individuato dalla clausola generale dell'art. 77, comma 2, della Costituzione.

Il tema dell'eccesso di potere richiama un ulteriore aspetto derivante dal suo essere una frontiera rivolta da un lato alla legittimità e dall'altro al merito e questa dicotomia si risolve nella distinzione tra sindacato di eccesso di potere e controllo sul merito. A livello generale, il merito individua l'ambito delle scelte che rimane libero dopo l'osservanza di tutti i principi e i limiti che vincolano l'esercizio della discrezionalità, e rileva ove sia possibile scegliere tra più soluzioni egualmente legittime. Nel contesto della decretazione d'urgenza, il merito richiama a considerazioni non giuridiche che sono sottratte al sindacato di costituzionalità, e questo aspetto rappresenta una caratteristica particolare rispetto al concetto di merito e alla sua giustiziabilità nell'ambito amministrativistico. Il piano che rileva nell'ottica del presente studio si sofferma sul rapporto tra eccesso di potere e legittimità costituzionale. Nonostante l'illegittimità costituzionale sia usualmente definita come il contrasto tra un atto di rango primario e la Costituzione, vi è la sensazione che nell'eccesso di potere essa abbia un connotato particolare, un qualcosa che necessita di una argomentazione più articolata rispetto alla divergenza dal quadro costituzionale di riferimento. L'anomalia che caratterizza l'eccesso di potere è infatti costituita dal costante riferimento alla funzione, nella misura in cui essa integra il parametro di validità

⁹⁷⁸ Cfr MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss dig. It.*, V, Torino, 1960, pag. 1098.

costituzionale dell'atto avente forza di legge e diviene pertanto costitutiva della nozione di legittimità, la quale emerge come una costituzionalità plasmata dall'interesse pubblico, interpretato dal Governo prima e dal giudice costituzionale dopo⁹⁷⁹. L'elemento nuovo è proprio questa articolazione della nozione di legittimità costituzionale calibrata sulle particolarità dell'atto di decretazione d'urgenza. Se l'amministrazione con forza di legge è "funzionalizzata", e i provvedimenti provvisori con forza di legge realizzano in via diretta la cura dell'interesse pubblico predeterminato dall'art. 77, comma 2, Cost., l'illegittimità è costruita non solo come inosservanza della normativa costituzionale ma anche come non conformità rispetto alla normazione di organizzazione o riguardo alle esigenze della funzione e alle norme di principio che la disciplinano; risulta dunque confermato il richiamo alla natura di norme parametro interposte delle disposizioni della legge 400/88. Questa concezione di legittimità deriva dal principio di legalità⁹⁸⁰ perché consente di sottolineare il rapporto di conformità o difformità tra l'azione amministrativa con forza di legge e il modello normativo di riferimento, divenendo così un valore, un principio che esiste e vive indipendentemente dalle norme che costituiscono il parametro dell'azione amministrativa; in questa distinzione tra forma e sostanza della legittimità⁹⁸¹ si annida la funzione e, nel caso del decreto-legge, crescono i poteri del giudice costituzionale nel momento stesso in cui assume come punto di riferimento finale l'interesse pubblico.

⁹⁷⁹ Proprio per questa particolarità, la gestione dell'eccesso di potere è stata poco perseguita dal giudice costituzionale, il quale, a differenza del giudice amministrativo, non è stato amministratore e quindi non è in grado di "sentire" l'interesse pubblico. Sul punto cfr CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., pag. 47.

⁹⁸⁰ Cfr M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pag. 525.

⁹⁸¹ Cfr LEVI, *Legittimità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Varese, 1974, pag. 136, il quale nota che la legittimità in senso formale è intesa come conformità ai parametri, legislativi o costituzionali, assunti come preesistenti; in senso sostanziale è invece ancorata ai valori della cultura giuridica, che si traducono in disposizioni non scritte variamente fondate, come, ad esempio, sull'interesse pubblico.

Nel passaggio dalla legalità alla legittimità il profilo sostanziale si arricchisce, in quanto il riferimento non è più soltanto il rispetto dello stretto diritto, ma dell'interesse pubblico e delle sue esigenze. La versione sostanziale della legittimità è concetto ampio, capace di aprire il sindacato di costituzionalità al mondo dei valori anche nei confronti dell'atto decreto-legge, senza pregiudicare i profili formali che sono essenziali per l'esperienza giuridica⁹⁸². Un ulteriore elemento che aiuta ad indagare questi aspetti è dato dal rapporto tra illegittimità ed illiceità; se si ragionasse in aderenza stretta con il principio di legalità, la violazione di una norma costituirebbe un fatto unitario, e spetterebbe al diritto positivo individuare la sanzione corrispondente a quella violazione, ossia l'invalidità o l'illiceità. L'interesse pubblico si inserisce in questo schema, in modo che illecito è il provvedimento di decretazione d'urgenza i cui elementi non corrispondono a quelli del potere di cui esso è espressione, essendoci carenza di potere, mentre illegittimo è il provvedimento non correttamente finalizzato rispetto ai fini pubblici che sono causa dell'attribuzione al Governo dei poteri emergenziali. La legittimità assume quindi i caratteri di una categoria concettuale che subordina al fine legale del potere la verifica della violazione di tutte le norme che disciplinano l'esercizio dello stesso; non si tratta della semplice conformità della fattispecie concreta alla fattispecie normativa astratta, ma della conformità del provvedimento con forza di legge a quelle norme che, per disciplinare le modalità di esercizio del potere, si confrontano con l'interesse pubblico, il quale è costitutivo sia della funzione sia del sistema di tutela.

In tema di decretazione d'urgenza, dunque, la nozione di legittimità si lega a quella di funzione e consente di inserire nel giudizio di costituzionalità l'interesse pubblico. Quanto può essere accertato dal giudice costituzionale, al fine di rilevare il vizio di eccesso di potere, attiene alla possibilità di ricondurre l'interesse pubblico perseguito col provvedimento con forza di legge all'interesse assunto dall'art. 77, comma 2, Cost., come scopo del potere attribuito; è una analisi sul rapporto di contenenza tra interesse pubblico

⁹⁸² Cfr BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *jus*, 1996, pag. 290.

astratto e interesse pubblico concreto, l'applicazione di un giudizio di tipo sussuntivo.

Un elemento particolare del decreto-legge che presenta una immediata ricaduta sul vizio riguardante l'eccesso di potere è rappresentato dalla causa; infatti, una volta studiato come l'interesse pubblico si riflette sulla legittimità del provvedimento provvisorio con forza di legge, parallelamente la causa viene configurata come elemento teleologico dell'atto decreto-legge, diventando il veicolo attraverso il quale la funzione muove dall'attività all'atto. Si cercherà ora di ragionare sul modo con cui l'eccesso di potere sia legato all'aspetto del difetto della causa, tenendo presente che, proprio perché il decreto-legge si colloca in una dimensione funzionale, al suo interno l'elemento causale assume una significativa rilevanza.

Già nella dottrina amministrativistica il concetto di causa è stato oggetto di articolate ricostruzioni⁹⁸³; mutuando in parte le considerazioni ivi formulate e focalizzando l'argomento sull'istituto della decretazione d'urgenza è possibile affermare che la causa del decreto-legge si collega sempre all'interesse pubblico alla cui tutela è prodromica l'emanazione dell'atto. L'art. 77, comma 2, Cost. conferisce al Governo l'attribuzione di un potere con forza di legge in vista di un interesse pubblico specifico e delineato dalla disciplina costituzionale, e, quindi, non sussiste la questione di valutare la meritevolezza dell'interesse pubblico perseguito, poiché questo interesse risulta individuato, in relazione al potere di cui il provvedimento con forza di legge è esercitato, direttamente dalla Costituzione, della quale sarà da accertare l'avvenuta osservanza.

Il vizio della causa entra nella patologia dell'eccesso di potere in quanto la causa stessa viene definita con riguardo sia all'interesse pubblico stabilito in astratto dalla norma costituzionale sia a quello concreto che risulta

⁹⁸³ Cfr RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1905, pag. 352; cfr RAGGI, *Sull'atto amministrativo, concetto, classificazione, validità*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, pag. 210; cfr GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942, pag. 42; cfr CAPRIOTTI, *La causa giuridica dei meri atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, pag. 186.

dall'attività amministrativa con forza di legge. Il tema è alquanto complesso e necessita di una particolare attenzione l'analisi del rapporto tra la nozione di causa, il principio di tipicità e tassatività delle fonti primarie e il concetto di discrezionalità amministrativa che qui si sostiene presente nell'amministrazione con forza di legge. Nel caso del decreto-legge il principio di tipicità prescrive che la norma costituzionale ne disciplini i presupposti, gli effetti autoritativi, ne individui l'organo competente ad emanarlo, specificando il procedimento da seguire; il punto di intersezione con la causa riguarda la prefigurazione dell'interesse pubblico astratto che sorregge l'attribuzione del potere, e questo interesse è il presupposto per l'esercizio del potere con forza di legge, è il collegamento con la tipicità. Il principio di tipicità, infatti, non esclude di per sé il valore dei profili finalistici espressi dalla causa, non la sopprime ma la tipizza, rendendo possibile il raffronto del fine perseguito in concreto dal provvedimento con forza di legge con lo scopo indicato dalla norma costituzionale.

Secondo questa impostazione, il provvedimento con forza di legge risponde all'interesse che risulta dalla individuazione e dalla ponderazione di una pluralità di situazioni giuridiche e che deve essere confrontato con quello prefigurato dalla disciplina costituzionale, in modo che sia sempre verificato se il fine astratto assorba anche il fine concretamente perseguito. Ritenerne che siccome il decreto-legge è un atto tipico perché tipizzato è il fine del potere, allora la causa, ossia la funzione concreta, di questo atto non ha rilevanza, conduce ad escludere la possibilità di controllare l'avvenuto rispetto del vincolo di scopo. Invero, proprio perché nel decreto-legge è presente la discrezionalità amministrativa e tramite questo atto con forza di legge l'interesse pubblico viene concretizzato, vi è spazio per l'accertamento della corrispondenza all'interesse pubblico fissato dall'art. 77, comma 2, Cost.; il principio di tipicità non rappresenta un ostacolo alla configurazione della causa come elemento essenziale del provvedimento con forza di legge, come la sua funzione concreta.

Poste queste argomentazioni, si evince che la causa, come già emerso nel pensiero amministrativistico, anche in tema di amministrazione con forza di legge ha un suo spazio preciso e si collega al fine stabilito dalla Costituzione in astratto, nella misura in cui questo si pone come vincolo per l'intervento del Governo. Verificare la conformità del decreto-legge al fine al quale il potere emergenziale è preordinato non significa misurare quanto il provvedimento con forza di legge risponda all'interesse pubblico di fronteggiare l'imprevedibile ma intende esaminare se il fine concretamente perseguito dall'atto sia o meno riconducibile al fine individuato dalla norma costituzionale attributiva del potere.

L'esercizio del potere con forza di legge per uno scopo diverso da quello per la cui cura il potere stesso era stato conferito viola la Costituzione e, di conseguenza, lo sviamento di potere è assimilabile all'esercizio del potere *ultra vires*, inteso come sconfinamento dei limiti oggettivo causali della fattispecie: esercizio di un potere per un interesse diverso ed incompatibile con quello posto dalla norma costituzionale. Se ricostruito in questo modo, lo sviamento corrisponde al difetto della causa, in quanto l'atto soddisfa un intento che non può essere sussunto nella fattispecie astratta ex art. 77, comma 2, della Costituzione. Vizio della causa e vizio della funzione non sono entità separate ma complementari nella definizione dell'eccesso di potere dell'amministrazione con forza di legge.

CONCLUSIONI

VERSO QUALE MODELLO DI DECRETO-LEGGE PROVVEDIMENTALE...

Lo studio dei poteri d'urgenza del Governo rappresenta il confine tra libertà ed autorità, da ricondurre nell'alveo del principio di legalità; da un lato, infatti, risulta indispensabile la predisposizione di strumenti che siano in grado di assicurare, in contesti emergenziali, la tutela dell'interesse pubblico, dall'altro, si pone la questione della compatibilità di questi strumenti con lo stesso principio di legalità e con l'ordinamento costituzionale inteso nel suo complesso⁹⁸⁴. L'analisi svolta nel corso di questo studio evidenzia la difficoltà nel giungere alla definizione di un quadro compiuto, a causa della particolare articolazione della nozione di fatto emergenziale e di urgenza, un insieme di problematiche che “nel diritto pubblico si presenta come un concetto giuridico indeterminato il cui significato, come quello di altri concetti indeterminati, è più facile intuire che definire”⁹⁸⁵.

L'evoluzione della società, dell'economia e del diritto hanno condotto ad un crescente bisogno per il Governo di intervenire in tempi ristretti, anche al costo di non rispettare tutte le garanzie procedurali previste dall'ordinamento, sia in tema di decretazione d'urgenza sia in tema di potere d'ordinanza. Si verifica un incremento di poteri emergenziali in un sempre più ampio numero di situazioni; ne consegue, per lo studioso di diritto costituzionale, la necessità di delimitare, il più possibile, di tipizzare queste

⁹⁸⁴ Cfr GNES, *I limiti al potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pag. 645.

⁹⁸⁵ Cfr GIANNITI, STELLA, RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc.dir.*, XLV, Milano, 1992, pag. 902, per i quali, inoltre, “questo carattere ha sovente ingenerato la confusione e la sovrapposizione della nozione d'urgenza con le nozioni di necessità, eccezione, emergenza, cui è spesso associata ed intrecciata negli enunciati legislativi”.

azioni governative. Si è dunque cercato di porre un progressivo restringimento sia dell'estensione dei poteri emergenziali sia della loro intensità.

La tesi del carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza, qui sostenuta, è finalizzata a predisporre una sostanziale tipizzazione dei provvedimenti d'urgenza con forza di legge. A questo si è rilevato il bisogno, in sede di prevenzione dell'emergenza, di sviluppare norme, regole e strumenti legislativi ordinari volti ad evitare, o quantomeno a ridimensionare, l'insorgere di situazioni di emergenza. Una concezione diversa degli strumenti ordinari e degli strumenti d'urgenza tipici, utilizzati in chiave preventiva, concorre ad evitare che sorgano quelle situazioni d'urgenza che inducono il Governo ad adottare i provvedimenti eccezionali ex art. 77 Cost., comma 2, e a renderli sempre più "atipici" ed eccessivamente derogatori dell'ordinaria ripartizione delle competenze legislative. In una simile confusione di ruoli e di funzioni, ci si trova ad intervenire in situazioni di emergenza ormai degradate, prive cioè dei requisiti che si sono analizzati in relazione al fatto emergenziale.

Questo tema, alla luce delle analisi svolte durante lo studio, merita maggiore attenzione ed approfondimento in relazione alle problematiche della decretazione d'urgenza, dal momento che sottolinea come l'esercizio di poteri emergenziali da parte del Governo deve essere sempre più circoscritto in quanto espressivo di una logica di intervento divenuta ormai difficilmente conciliabile con i principi costituzionali di riferimento, e, in primo luogo, proprio con l'art. 77 della Costituzione.

E' quindi lo stesso testo costituzionale che richiede una logica di cautela e di rafforzamento della funzione legislativa ordinaria nella sua più importante accezione di valutazione e di composizione preventiva di tutti i possibili interessi in gioco; ne consegue che il potere-dovere di agire, in sede legislativa, *ex ante* mira ad escludere la possibilità di interventi governativi contingenti *ex post*. La previsione in via di produzione normativa parlamentare di limiti chiari avrebbe il ruolo di ridurre significativamente sia

la possibilità di interventi mediante decreti-legge sia le oscillazioni e le divergenze della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d'urgenza.

Si è inoltre rilevato che l'accertamento della ricorrenza dei presupposti ex art. 77, comma 2, Cost. incontra difficoltà non trascurabili, relativamente sia alla sua stessa definizione sia alle modalità di individuazione e di verifica della sua ricorrenza. L'espressione "casi straordinari di necessità ed urgenza" costituisce una articolata combinazione di concetti che da un lato rimanda ad una nozione di contingibilità intesa come l'impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità ed eccezionalità della situazione intercorsa, ponendo in essere un intervento non rinviabile, dall'altro, e in termini più giuridici, pone la questione del fatto emergenziale e dei suoi requisiti specifici. Ciò che emerge è il dato materiale, concreto, una situazione di fatto che rende indispensabile intervenire, in considerazione delle presumibili, serie probabilità di pericolo nei confronti dello specifico interesse pubblico da salvaguardare.

L'accertamento di una fattualità di tale natura implica, in capo al Governo, l'esercizio del suo potere discrezionale. La verifica della sussistenza dell'urgenza, della necessità e della contingibilità comporta una analisi caso per caso e questo aspetto, particolare e concreto, si lega all'esigenza di un contenuto provvedimentale del decreto-legge. Secondo questa impostazione, altro limite del potere di decretazione d'urgenza è quello della residualità della misura adottata, stante l'impraticabilità di una diversa regolamentazione che disciplini il fatto emergenziale, ovvero l'insufficienza degli strumenti ordinari. In questo consiste la funzione di "valvola di salvezza dell'ordinamento" del decreto-legge, il cui utilizzo va ponderato e delimitato anche mediante l'emanazione di discipline d'urgenza di stretta specificità. I provvedimenti ex art. 77, comma 2, come indicato dalla stessa disposizione costituzionale, devono rispondere ad una precisa delimitazione temporale. Ne

consegue che la provvisorietà delle misure adottate va intesa come una impossibilità di conferire un assetto stabile e definitivo alle situazioni in atto e agli interessi coinvolti in modo che venga salvaguardato il carattere non definitivo della disciplina introdotta e la sua efficacia temporalmente circoscritta.

I criteri della temporalità e della residualità delle misure da adottare per fronteggiare il fatto emergenziale comporta una valutazione complessa in termini oggettivi e nella predisposizione del decreto-legge il Governo effettua una attività discrezionale, consistente nell'individuazione, tra più soluzioni possibili, di quella che, in quella determinata contingenza, più sembra rispondere all'interesse pubblico rappresentato dai casi straordinari di necessità ed urgenza. Il parametro di riferimento per valutare il corretto esercizio della discrezionalità si è visto essere dato dal principio di proporzionalità. Tuttavia, nell'ambito dei poteri di decretazione d'urgenza, il principio di proporzionalità tende ad assumere una funzione più ampia di quella di figura sintomatica per valutare un eventuale eccesso di potere dell'azione amministrativa con forza di legge.

Infatti, in questo contesto, il ruolo di parametro fondamentale di riferimento non è tanto svolto dal principio di legalità, il cui rispetto è assicurato sotto il profilo formale, quanto dal principio di proporzionalità. Di tale principio sono stati sottolineati i tre elementi che in stretta connessione ne costituiscono il concetto unitario ma scomponibile⁹⁸⁶: l'idoneità, la necessarietà e l'adeguatezza. Questi parametri assumono un ruolo particolarmente significativo in applicazione del principio di idoneità, che implica la verifica del rapporto tra il mezzo impiegato e la finalità che si intende perseguire; ne deriva che il mezzo prescelto del decreto-legge deve poter utilmente realizzare il fine dichiarato dalla norma costituzionale di fronteggiare l'imprevedibile. In secondo luogo, nel rispetto del parametro della necessarietà, che comporta la conformità dell'amministrazione con forza di legge alla regola del "mezzo" più mite, ossia implicante il minor sacrificio

⁹⁸⁶ Cfr SANDULLI, *Il procedimento*, cit., pag. 1073.

degli altri interessi confliggenti con quello tutelato, si ottiene che il sacrificio imposto al privato non deve andare oltre le esigenze di tutela che vanno garantite nell'immediatezza del fatto emergenziale. Strettamente legato alla necessarietà è il parametro dell'adeguatezza, in quanto si pone, al tempo stesso, come vincolo quantitativo della scelta operata dal Governo e come misuratore del grado di soddisfazione degli altri interessi meritevoli di tutela, al fine di operarne un equo bilanciamento. Nell'ottica delle argomentazioni sviluppate durante lo studio, è possibile affermare che vi debba essere proporzionalità tra le circostanze di fatto emerse, il contenuto provvedimentale dell'atto di decretazione d'urgenza e la finalità di interesse pubblico perseguita.

Il fatto emergenziale ha una importanza rilevante nella ricostruzione della portata prescrittiva e nella qualificazione giuridica della serie di atti e di attività che, funzionalmente collegati, costituiscono il complesso processo innescato dallo stesso evento imprevedibile⁹⁸⁷. Il radicamento del potere di decretazione d'urgenza deve poggiarsi su un evento che effettivamente presenti i caratteri dell'imprevedibilità e dell'urgenza e soltanto per tale via è dato mantenere all'istituto in esame una connotazione eccezionale. Come è stato rilevato, la parabola dell'utilizzo del decreto-legge delinea una traiettoria ampiamente divergente rispetto al paradigma disciplinato dalla Costituzione fino a giungere ad una "normalizzazione" dei poteri emergenziali. Per evitare questa prassi deleteria dell'intero sistema delle fonti, occorre ribadire che imprevedibilità ed urgenza di provvedere si pongono in stretto rapporto e si condizionano reciprocamente, in quanto la prima si pone alla base della seconda e ne plasma la portata e la fisionomia. Le caratteristiche dell'evento emergenziale vincolano e conformano il potere contingibile ed urgente; la Corte costituzionale si è espressa nella direzione di definire un quadro del

⁹⁸⁷ Cfr D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, a cura di Cartabia, Lamarque, Tanzarella, Torino, 2011, pag. 306.

sistema delle fonti in grado di porre effettivamente il potere esecutivo, titolare del potere emergenziale, nelle condizioni di individuare un punto di equilibrio tra gli interessi afferenti alla specifica vicenda che risulti calibrato sulle peculiarità nella stessa riscontrabili.

Il rapporto tra sindacato di costituzionalità e decreto-legge si caratterizza per la sua complessità, la quale fatica ad offrire una lettura coerente.

In tempi recenti si è visto come la Corte costituzionale sia stata chiamata ad affrontare le questioni riguardanti la verifica della sussistenza dei presupposti ex art. 77, comma 2, Cost., la relazione tra decreto-legge e legge di conversione, l'omogeneità del contenuto del decreto-legge, aspetto che, nell'ottica di questo studio, significa riflettere sul carattere provvedimentale. Non di meno interesse, come è stato sottolineato, è la problematica degli emendamenti approvati in sede di conversione. Quest'ultima tematica si è particolarmente accentuata per la prassi consolidata di inserire in sede di conversione disposizioni eventualmente anche del tutto estranee al contenuto del decreto-legge⁹⁸⁸.

La Corte costituzionale, dopo oltre quarant'anni di attività, arriva a riconoscere la possibilità teorica, nella sentenza 29 del 1995, di verificare l'esistenza dei presupposti di necessità ed urgenza e ci sono voluti, poi, altri dodici anni prima che mettesse in pratica quanto affermato. Ancora oggi, però, il quadro è frammentato e la Corte costituzionale continua a porre diversi paletti al proprio sindacato sui presupposti di cui all'art. 77, comma 2, della Costituzione. Inoltre, il Capo dello Stato ha ripetutamente sollecitato, negli ultimi anni, Governo e Parlamento affinché evitino di apportare modificazioni sostanziali del contenuto del decreto-legge in sede di conversione, proprio in ragione della natura straordinaria della fonte dell'art. 77 Cost. e delle conseguenze negative che tali modificazioni avrebbero

⁹⁸⁸ Cfr ZACCARIA-ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi* (22 giugno 2009), in www.forumcostituzionale.it.

nell'esercizio dei poteri presidenziali⁹⁸⁹. Va pertanto salvaguardata la tipicità della legge di conversione e dello stretto legame che costituzionalmente intercorre tra legge di conversione e decreto-legge, quali fasi di un unico e medesimo procedimento.

Questo studio sulla fonte del diritto ex art. 77 Cost. non ha inteso limitarsi ad una disamina teorico-dogmatica della potenziale dialettica tra lo strumento del decreto-legge e quanto emerge dalla prassi che oggi vede nel Governo il titolare effettivo e sostanzialmente esclusivo della legislazione, a discapito del Parlamento. Si è voluto, invece, fornire una soluzione e una prospettiva diversa a questa situazione di abuso, sottolineando la formulazione negativa degli articoli 76 e 77, comma 1, Cost., ossia il doppio e sonante “non può” con il quale la Costituzione rimarca l'eccezionalità e l'episodicità dell'esercizio del potere con forza di legge da parte del Governo. Nell'intenzione dei Costituenti la preferenza per la legge ordinaria era la conseguenza della precisa scelta di fondo di conferire una piena centralità al Parlamento nella delineazione della forma di governo, evidenziando in questo modo il sospetto con il quale si guardava all'Esecutivo⁹⁹⁰. Il forte legame voluto dalla Costituzione tra le fonti del diritto e la forma di governo è messo in pericolo, con riferimento alla decretazione d'urgenza, dal *continuum* politico Governo-Parlamento e dalla concentrazione, dal punto di vista dell'efficacia giuridica, sulla legge di conversione. Secondo questa prassi, il decreto-legge attenua la sua natura di fonte avente forza di legge, provvedimento ed emergenziale per diventare una alternativa rapida al procedimento legislativo ordinario, violando la sua peculiare struttura costituzionale. L'omogeneità politica che lega Governo e Parlamento ha

⁹⁸⁹ Cfr MONACO, “Necessità ed urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pag. 393.

⁹⁹⁰ Cfr SIMONCINI, *il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pag. 511.

consentito l'abuso di ritenere che alle Camere spettino sempre l'ultima parola sulla sanzione dell'azione dell'Esecutivo.

Pertanto, al fine di riaffermare e di porre con forza al centro del dibattito costituzionale, sia dottrinario che giurisprudenziale, la natura autonoma, provvedimentale ed emergenziale dell'atto di decretazione d'urgenza occorre superare il pratico affermarsi di una distinzione tra il trattamento dei vizi formali e di quelli sostanziali in sede di sindacato di costituzionalità, impostazione in base alla quale soltanto i secondi costituiscono vere e proprie violazioni dell'ordine costituzionale, mentre i primi rappresentano condizioni necessarie ma non sufficienti di incostituzionalità. Tale orientamento si è affermato per il fatto che si ritiene il vizio formale idoneo a colpire le disposizioni in quanto atto, a differenza del vizio sostanziale che riguarda una o più norme; ne consegue che il vizio formale provoca l'incostituzionalità dell'atto fonte, travolgendo le norme in esso contenute. Per questi motivi deriva la considerazione "realistica" secondo la quale la Corte costituzionale esita davanti a disposizioni che presentano unicamente vizi formali, finendo per dichiarare l'illegittimità costituzionale solo di quelle disposizioni che oltre a un vizio formale possiedono anche un vizio sostanziale⁹⁹¹. Questa impostazione racchiude una intrinseca debolezza, in quanto, di fatto, conduce a considerare il vizio formale un vizio meno rilevante e quindi minore. L'assenza di un contenuto provvedimentale e la mancanza in quanto tale, slegata cioè dal carattere di "evidenza", dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza costituiscono vizi formali del decreto-legge e qualora non vengano sanzionati si concretizza l'abuso di giudicare le statuizioni costituzionali che si pongono come norme sulla normazione, aspetto presente anche nell'art. 77 Cost., caratterizzate da un tasso di rigidità costituzionale inferiore.

⁹⁹¹ Cfr ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in *La delega legislativa: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2008, pag. 319.

Nel corso dello studio si è argomentato circa il rilievo che l'assetto del sistema delle fonti sia un indicatore anche del corretto equilibrio della forma di Stato, ossia la disciplina delle fonti è una questione che concerne la parte della Costituzione dedicata alla tutela dei diritti fondamentali⁹⁹²; la stessa Corte costituzionale ha inserito, seppur incidentalmente nella sentenza n. 171 del 2007, il riferimento ai valori fondamentali, con la formula per cui bisogna garantire il rispetto degli articoli 76 e 77 della Costituzione "a maggior ragione laddove siano coinvolti diritti fondamentali". L'attenzione data alla relazione tra il sistema delle fonti e la forma di Stato conduce ad un cambiamento di prospettiva nel rapporto tra decreto-legge e legge di conversione. Nell'ottica della forma di governo, come si è visto, ci si concentra essenzialmente sulla legge di conversione tendendo, da un lato, a sottovalutare l'atto di decretazione d'urgenza come dotato di peculiari requisiti e, dall'altro, a considerare la legge di conversione come espressione della ordinaria potestà legislativa delle Camere. Secondo l'impostazione di questo studio, si è inteso affermare le tipicità del decreto-legge e della legge di conversione, e quest'ultima è una fonte oggettivamente diversa dalla legge ordinaria, in quanto caratterizzata necessariamente da un antecedente, l'emanazione del decreto-legge, che diviene l'oggetto necessario di un effetto "tipico" che essa produce: la conversione⁹⁹³. Questo conferma che i vizi del decreto-legge, compresi quelli formali, inficiano le disposizioni poste da tale fonte, anche se esse non sono incostituzionali sul piano sostanziale; ne consegue che questi vizi non possono in alcun modo essere sanati dalla legge di conversione, la quale, data la sua natura di fonte primaria, non ha la facoltà di rimuovere tale violazione costituzionale.

⁹⁹² Cfr LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Studi Crisafulli*, a cura di, Padova, II, 1985, pag. 497.

⁹⁹³ Cfr SIMONCINI, *il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pag. 522.

L'amministrazione con forza di legge rappresenta, pertanto, un tema di confine tra diritto costituzionale e diritto amministrativo e le questioni che durante la presente ricerca si sono cercate di evidenziare dimostrano la fondatezza dell'esigenza di uno studio integrato tra questi due rami del diritto pubblico.

BIBLIOGRAFIA

AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002

AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia giurisdizionale: la vacatio legis*. Padova, 1986, pag. 214.

AINIS, *Sull'efficacia del comunicato che annunzia la mancata conversione di un decreto-legge*, in *Giur. Cost.* 1993, pag. 3297.

ALESSI, *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milano, 1978.

AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione*, Milano, 1964, pag. 378.

ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004.

ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. Dir. Cost.* 1996, pag. 230.

ANGIOLINI, *La Corte e i decreti-legge: decisioni politiche e garanzie costituzionali*, in *Le Regioni*, 1998, pag. 1146.

ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1984.

BARILE, *Presidente della Repubblica*, in *Nss dg. XIII*, 1996, pag. 722.

BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 118.

BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994.

BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.

BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Torino 1988.

BIN-PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2008, pag. 352.

BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza 171/2007*, in www.Federalismi.it, 2007.

CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del Governo*, in *Quad. cost.*, 2010. pag. 50.

CARLASSARE, *Amministrazione e potere e politico*, Padova, 1974.

CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, pag. 121-123.

CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1924, I.

CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1930.

CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in www.forumcostituzionale.it

CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 18 luglio 2007.

CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, pag. 408.

CARAVITA-LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Politica del diritto*, 1986, pag. 305.

CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 293.

CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, pag. 521.

CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, pag. 223.

CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo*, in SIMONCINI (a cura di) *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006, pag. 74.

CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, pag. 121.

CELOTTO, *La storia "infinita": ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Guir. Cost.* 2002, pag. 135.

CELOTTO-DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, Torino, 2006, pag. 1519.

CERULLI-IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pag. 377.

CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961.

CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pag. 460.

CHINNI, *Un passo avanti, con salto dell'ostacolo, nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Riv. Giur. It.* 2008.

CIARLO, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Dir. amm.* 1998, pag. 363.

CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. Giur. It. X*, Roma, 1988.

CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982.

CICCONETTI, *Decreto-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. Soc.* 1980, pag. 563.

CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005.

CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*. Milano, 2001.

CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003.

- COCOZZA, *Il Governo nel procedimento legislativo*, Milano, 1989.
- CONCARO, *Decreto-legge e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *L'emergenza infinita*, cit., pag. 139.
- CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità del decreto-legge*, Milano, 2000.
- CONSIGLIO DI STATO, *Attività amministrativa e tutela degli interessi: l'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997.
- CORSO, *L'Attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, VI edizione, Padova, 1993. pag. 126.
- CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Dir. Pubbl.* 1937, pag. 415.
- CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.
- CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.
- CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1961, pag. 187.
- D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *jus*, 1992, pag. 39.
- DE PAOLIS, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, Padova, 2002.
- DI CIOLO, *Questioni in tema di decreto-legge*, Milano, 1976, pag. 303.
- DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo (nota a Corte cost. 23 maggio 2007, n. 171)*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2007.
- ELIA, *Governo (forma di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970.

ESPOSITO, *Decreto-legge, in Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di NOCILLA, Milano, 1992, pag. 234.

ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pag. 832.

ESPOSITO, *La validità della legge*, Milano, 1964.

FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

FODERARO, *Il concetto di legge : studi sulla legge nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1948.

FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 41.

GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953.

GENESIN, *L'Attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, 2009.

GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it, 2009.

GIANPAOLINO, *Il Servizio nazionale di protezione civile. Commento alla Legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 2003.

GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pag. 704.

GROTTANELLI DE SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Diritto e Società*, 1978, pag. 241.

LA BARBERA, *Attività amministrativa dal piano al progetto*, Padova, 1990.

LA BARBERA, *La previsione degli effetti: rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001.

LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. e Soc.*, 1983, pag. 723.

LABRIOLA, *Il governo della Repubblica, organi e poteri: commento alla L. 400/88*, Rimini, 1997.

LAVAGNA, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, 1984, pag. 231.

LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000.

LOMBARDI, voce *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Nuoviss. Dig. It.* Torino, 1975, pag. 954.

LORELLO, *Decreto-legge e Comitato per la legislazione*, in *L'emergenza infinita*, cit., pag. 147.

LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti-legge "mille proroghe"*, in *L'emergenza infinita*, cit. pag. 177.

MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione: ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002.

MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, pag. 271.

MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di dir. amministrativo, parte generale*, tomo I, a cura di Cassese, Milano, 2003, pag. 797.

MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003.

MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della L. 400/88 relative alla potestà normative del Governo. Considerazioni critiche*, in *AA. VV., Scritti in onore di Guarino*, Padova, 1988, pag. 65.

MODUGNO, *Crisi della legge*, Milano, 2000.

MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Milano, 1970.

MODUGNO, *Validità (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993.

- MODUGNO, *Vincoli alla funzione legislativa*, Milano, 1999.
- MODUGNO-CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 1994, pag. 3249.
- MODUGNO-NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e Soc.*, 1989, pag. 411.
- MODUGNO-NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al Decreto-legge*, in *Dir. e Soc.* 1973, pag. 357.
- MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pag. 29.
- MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1970, pag. 23.
- MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.
- MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000.
- NASI, *Necessitas non habet legem. La decretazione d'urgenza fra Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, in *Diritto e Società*, 1995, pag. 271.
- NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991.
- NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, pag. 1708.
- NIGRO, *C. Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1986, pag. 765.
- PACE, *Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo*, in *Giur. Cost.*, I, 1975, pag. 1134.
- PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella Legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.* 1988, pag. 1483.

PACE, *L'incostituzionalità dell'emendamento "blocca processi"*, in www.associazionecostituzionalisti.it.

PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, Relazione presentata al Convegno annuale dell'AIDC, svoltosi a Parma il 24 e 25 novembre 1995, in *Quad. cost.* 1996.

PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1964, pag. 144.

PALADIN, *In tema di Decreti-legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1958, pag. 557.

PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1979.

PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, pag. 242.

PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 654.

PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1956, pag. 993.

PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, pag. 215.

PALEOLOGO, *L'Attività normativa del governo nella legge sull'ordinamento della presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1989, V, pag. 345.

PEDULLA, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge "Salva Eluana"*, in www.forumcostituzionale.it del 18 febbraio 2009.

PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del governo?*, Torino, 2009.

PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 2010, pag. 59.

PINELLI, Un sistema parallelo decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana, in *dir. pubbl.*, 2/2009, pag. 317.

PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989.

PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di "emergenza costituzionale"?*, in *Le Regioni*, 1995, pag. 1100.

PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale (Art. 1-9)*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, Bologna-Roma, 1977, pag. 268.

PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1986, pag. 795.

PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo*, in *Quad. cost.* 1986, pag. 217.

PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in CAZZOLA, PREDIERI, PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. XX.

QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977.

QUADRI, *La forza di legge*, Milano, 1979.

RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, pag. 1445.

RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

RESCIGNO, *Novazione (Diritto civile)*, in *Nov. Dig.* XI, Torino, 1968, pag. 432.

RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, pag. 93

RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, pag. 160.

RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pag. 271.

RODOTA', *L'abuso del decreto-legge- Fenomenologia dei decreti*, in *Politica del diritto*, 1980, pag. 380.

ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge e della legge di conversione per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it , 2007.

ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *L'emergenza infinita*, cit., pag. 128.

ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, pag. 81.

ROMBOLI, *Una sentenza storica: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Il Foro Italiano*, 2007.

RUGGERI, *Fonti e norme dell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione del sistema*, Torino, 1993, pag. 332.

RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, pag. 222.

RUGGERI, *I paradossi dell'esperienza di normazione attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti e dal punto di vista della forma di Stato e della teoria della Costituzione*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, pag. 109.

SALAZAR, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996, pag. 430.

SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it , 13 febbraio 2009.

SANDULLI, *Governo e Amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1966, pag. 737.

SANDULLI, *L'Attività normativa della P.A.*, Napoli, 1970.

SANDULLI, *Legge, valore di legge, forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 271.

SATTA, *Principio di legalità e Pubblica Amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.

SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. Dir.* 1999, pag. 387.

SEVERI SEVERO, *Le ordinanze della Legge 225/92 sulla protezione civile*, Milano, 1996.

SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, Relazione presentata al Convegno annuale dell'AIDC, svoltosi a Parma, 24-25 novembre 1995, in *Pol. Dir.* 1996.

SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Milano, 2003, pag. 453.

SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia*, in *L'emergenza infinita*, cit. pag. 23.

SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Soc.*, 1974, pag. 506.

SORRENTINO, *Spunti sul controllo di costituzionalità sui decreti-legge e sulla legge di conversione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977, pag. 749.

SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, pag. 325.

SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1973, pag. 1614.

VARI, *Decreto-legge e gestione della politica militare*, in *L'emergenza infinita*, cit., pag. 211.

VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, pag. 43.

VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.

ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963.

ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti*, Torino, 1987.

ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2007.

ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990.

ZANOLINI, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. Dir.* III, pag. 233.