

IL COMITATO PER LA LEGISLAZIONE E LE ANOMALIE NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO: UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE SUI DECRETI GOVERNATIVI E MINISTERIALI “DI NATURA NON REGOLAMENTARE”

di *Agata Anna Genna**

*L'uomo ama costruire, e tracciare strade, è pacifico.
Ma da che viene che ami appassionatamente anche la distruzione e il caos?*
Fëdor Michajlovič Dostoevskij

SOMMARIO: 1. – Considerazioni introduttive: gli “a-sistematici” decreti “di natura non regolamentare” nel caotico “sistema” delle fonti del diritto - 2. I principali nodi problematici posti dai decreti “di natura non regolamentare” - 3. L’ambito di applicazione dei decreti non regolamentari nella XVI legislatura e l’emersione di alcuni profili problematici dai Pareri del Comitato - 3.1. L’attuazione della recente riforma del sistema universitario per il tramite dei decreti “di natura non regolamentare” - 3.2. L’esame dello schema di decreto legislativo di attuazione del c. d. federalismo fiscale - 4. Le anomalie nel sistema delle fonti vs il “corretto metodo della legislazione”. Due ipotesi sintomatiche: il provvedimento ministeriale “in deroga alla vigente normativa” e il decreto del sottosegretario di Stato - 5. Osservazioni conclusive. Il tentativo del Comitato di mettere ordine nel caos delle fonti, due esperienze con esiti opposti: il codice del processo amministrativo e la legge di riforma del sistema universitario - 6. (segue) L’esistenza di un principio costituzionale implicito come canone sufficiente per il rispetto dei limiti della potestà regolamentare.

1. Considerazioni introduttive: gli “a-sistematici” decreti “di natura non regolamentare” nel caotico “sistema” delle fonti del diritto.

I decreti ministeriali e governativi “di natura non regolamentare” sono l’oggetto di studio di questo contributo congiuntamente ad altri profili problematici emersi dalla lettura dei pareri del Comitato per la legislazione (di seguito, Comitato) resi nel corso della XVI legislatura ai sensi degli artt. 16-bis, comma 6-bis e 96-ter, comma 3 R.C.¹. Tali atti si innestano nell’orizzonte ormai caotico e piuttosto disordinato del “sistema” delle fonti del diritto² che sembra da tempo stia procedendo appassionatamente nella

* Dottoranda di ricerca in “Diritto comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione, attività” presso l’Università di Palermo, Dipartimento IURA. Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.

Relazione esposta al Seminario *La Delegificazione e i decreti di natura non regolamentare. Un esame di casi concreti nella XVI legislatura*, 18 febbraio 2011, Università di Firenze.

¹ Si precisa, tuttavia, che ulteriori interessanti considerazioni sui decreti “di natura non regolamentare” sono state formulate dal Comitato anche nei pareri del 19 gennaio 2010 (C. 3097), 21 luglio 2010 (C. 3638) e 17 febbraio 2011 (C. 4086) resi ai sensi dell’art. 96-bis, comma 1 e nel parere del 24 giugno 2010 (C. 2505) reso ai sensi dell’art. 96-bis, comma 4.

² Autorevole dottrina evidenzia che il “sistema” delle fonti, “sottoposto a tensioni in grado di innescare processi di trasformazione della prassi o, al limite, di elusione e rottura dello stesso modello costituzionale”, sta vivendo una fase di difficoltà che ha portato come conseguenza tangibile anche il “tramonto della stessa nozione di “sistema”. Così, E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti*

direzione di un assetto caratterizzato da una sempre più evidente anomalia ed atipicità, quando invece una costruzione ordinata dovrebbe continuare a tracciare i rapporti tra le fonti. Al centro dell'attività consultiva del Comitato, infatti, si pone particolare attenzione per il sistema delle fonti, con specifico riguardo ai loro rapporti ed intrecci, talvolta anomali³.

La congruità di tali decreti, che potrebbero definirsi “a-sistematici”, come idonei strumenti giuridici spesso prescelti – e non senza abusi – per l'esercizio del potere normativo del Governo in funzione di disciplina attuativa di un ambito di intervento legislativo, talvolta anche ampio, è stata sovente messa in discussione, soprattutto sotto forma di osservazioni, nella “giurisprudenza” del Comitato maturata nella legislatura in corso⁴, disappunto che peraltro trova riscontro anche nella dottrina più autorevole⁵.

del nostro “sistema” delle fonti, in *www.osservatoriodellefonti.it*, fasc. 2/2010; Cfr., altresì, A. RUGGERI, *È rimediabile il disordine delle fonti?*, in *www.osservatoriodellefonti.it*, fasc. 2/2010; ID., *Verso un nuovo ordine delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2000, p. 396 ss.

Sulle trasformazioni del sistema delle fonti e, di conseguenza, ordinamentali, insigne dottrina osserva che “l'edificio neoclassico dell'ordinamento giuridico ereditato dall'illuminismo, fondato sulla legge, si è trasformato in una costruzione barocca di figure non tutte inserite in modo armonioso”. Così, G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica e diritto*, 1987, p. 149 (corsivo aggiunto).

I dati sulla produzione normativa della XVI legislatura, dai quali è possibile estrapolare alcune tendenze del sistema delle fonti, possono reperirsi negli APPUNTI DEL COMITATO PER LA LEGISLAZIONE, *La produzione normativa della XVI legislatura. Aggiornamento al 15 settembre 2010*, in *www.camera.it*. Sul punto, si rinvia a L. LORELLO, *Brevi note sulla delegificazione e sul potere regolamentare del Governo nella “giurisprudenza consultiva” del Comitato per la legislazione. Il rilievo “esterno” delle sue determinazioni*, pp. 1-2.

³ Cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione – terzo turno di presidenza XVI legislatura (26 gennaio 2010 – 25 novembre 2010) – Presidente On. Antonino Lo Presti*, pp. 93-100.

⁴ Indicazioni per un inquadramento generale di tale fonte “anomala” si desumono dai Pareri del Comitato dell'11 giugno 2009 e del 29 settembre 2010. Il primo parere contempla, “un'anti-premessa”, la premessa, 4 condizioni, 9 osservazioni e 1 raccomandazione. Il secondo parere è strutturalmente composto dalla premessa, da 3 condizioni e 10 osservazioni, il testo esaminato è corredato da ATN e AIR. In generale, sull'ATN e sull'AIR, v. R. DICKMANN, *Le nuove “regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, pp. 723-737.

Nel parere reso in data 11 giugno 2009 (C. 1441-ter/B), il Comitato attraverso la sesta osservazione (p. 7) mette in luce che *sotto il profilo della chiarezza e della proprietà della formulazione*: “all'articolo 4, comma 1 – che affida ad un decreto ministeriale *di natura non regolamentare* l'adozione « delle prescrizioni relative alla organizzazione ed al funzionamento dell'unico organismo nazionale autorizzato a svolgere attività di accreditamento in conformità alle disposizioni del regolamento comunitario » – dovrebbe verificarsi la congruità dello strumento giuridico prescelto in relazione all'ambito di intervento ad esso demandato”. Sul parametro utilizzato dal Comitato per la formulazione della suddetta osservazione, v. L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 223-231.

Nel parere reso in data 29 Settembre 2010 (C. 3687), il Comitato nella prima osservazione (p. 5) – condotta alla luce del parametro dell'*efficacia del testo per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente*, sul quale cfr. L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 232-243 – invita a valutare la congruità dello strumento normativo prescelto “in relazione agli obiettivi che si intendono conseguire”, in particolare, “a) all'articolo 4 – finalizzato ad istituire il fondo per il merito a favore degli studenti meritevoli – l'intera disciplina di attuazione è demandata ad un

Una riflessione di carattere generale, utile substrato di questa introduzione, induce a sostenere che la funzionalità di un sistema delle fonti può comprendersi solo se si lega tale sistema alla forma di Stato e di governo e, quindi, se si tengono in considerazione le inevitabili trasformazioni da loro subite nel corso del tempo⁶. Ed invero, le fonti del diritto⁷, come è noto, sono i canali naturali attraverso cui trova espressione la volontà politica per mezzo di regole nell'ambito di un determinato assetto costituzionale. La modalità attraverso cui le fonti si articolano in concreto costituisce pertanto l'effetto diretto degli equilibri che si innescano tra gli organi e le istituzioni che hanno il compito di manifestare tale volontà.

E' indubbiamente vero che "esistono margini sufficienti di flessibilità per accordare l'evoluzione di ciò che resta del nostro "sistema" delle fonti con gli sviluppi fisiologici della nostra forma di governo e di Stato. Ma esiste anche il rischio molto vivo ed attuale che, attraverso l'uso patologico di determinate fonti, si vogliano in realtà forzare e colpire gli stessi equilibri sottesi al modello costituzionale espresso dalla forma di governo o di Stato di cui disponiamo"⁸.

Nulla di nuovo sotto il sole, potrebbe retoricamente affermarsi.

Invece, le riflessioni sopra esposte sono quanto mai attuali. Infatti, ancora ci si chiede perché non si riesca, nemmeno attraverso le reiterate "osservazioni", "condizioni" e "raccomandazioni" contenute nei pareri del Comitato, a frenare un'inarrestabile discesa verso il basso del "sistema" delle fonti.

La soluzione, se si vuol tentare di trovarla in un'ottica di semplificazione⁹, certamente non appare nemmeno quella di spostare la produzione normativa verso l'alto

"decreto di natura non regolamentare", risultando quindi quest'ultimo atto chiamato a definire tutti i principali elementi attuativi della nuova disciplina".

⁵ Cfr., da ultimo, A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. n. 6/2008, pp. 5075-5108.

⁶ Sulle trasformazioni recenti del sistema delle fonti, v., tra gli altri, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 25-27.

"Occorre chiedersi se il processo di mutamento della forma di governo, così inscindibilmente legato ad una modifica del sistema delle fonti, sia giunto al punto tale da legittimare l'atipicità degli atti normativi dell'esecutivo e da favorire il ricorso alla forma provvedimentale per introdurre nell'ordinamento atti di natura sostanzialmente normativa". Così, A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit.

Altra dottrina afferma che "ogni sistema di fonti del diritto è legato ad una forma di Stato e di governo, anche se non si può stabilire una corrispondenza precisa e totalizzante, ma bisogna procedere per convergenze di principi". Così, G. SILVESTRI, *"Questa o quella per me pari sono..."*. *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in www.costituzionalismo.it, 06/04/2005, p. 5.

⁷ In argomento, cfr., *ex multis*, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996.

⁸ Così, E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, cit.

⁹ In argomento, cfr. G. VERDE, *Alcune considerazioni sulla semplificazione normativa nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, consultabile in www.osservatoriosullefonti.it, in particolare, pp. 1-15.

"La stratificazione di disposizioni legislative (ipertrofia normativa) e regolamentari (*regulatory inflation*), i carichi amministrativi (*compliance costs*) e burocratici (*red tape*) che gravano sulle attività

– ossia privilegiare esclusivamente la legge ordinaria – ma quella di fermarsi e trovare un giusto equilibrio, che poi altro non è se non invitare ciascuna fonte a rispettare il suo ruolo, nonché i requisiti di forma e di sostanza che inevitabilmente le appartengono, invece di continuare a fuggire verso qualcosa di diverso. Ed invero, secondo un “decrecendo” davvero indicativo: il regolamento – soprattutto quello di delegificazione – costituisce una fuga dalla legge e il decreto “di natura non regolamentare” – atto normativo a metà tra un regolamento e un atto amministrativo generale – rappresenta una fuga dal regolamento¹⁰.

Quindi, in tale disordinato assetto, l’imporsi sulla scena delle fonti del decreto “di natura non regolamentare” sembra fotografare due istantanee: da un lato, la tendenza ad affidare sempre più spesso ambiti di disciplina alle fonti secondarie secondo storture più o meno evidenti (il decreto legge, in sostituzione della legge ordinaria, le ordinanze di protezione civile¹¹ invece del decreto legge, gli atti amministrativi generali che regolamentano senza dirlo e si pongono in alternativa ai regolamenti stricto sensu); dall’altro, i mutamenti nell’assetto del rapporto Parlamento-Governo, al ritmo di

dei cittadini e delle imprese possono essere ormai annoverati tra i fattori determinanti la crisi di competitività dei c.d. paesi “di democrazia aperta””. Così, A. GRECO, *La semplificazione nell’ordinamento democratico*, in www.federalismi.it, n.13/2009.

“Le politiche di semplificazione e di qualità della legislazione non possono e non devono limitarsi allo strumento del taglia-leggi, ma devono avvalersi di un insieme combinato di interventi che, sia pur distinti, devono rinviare dinamicamente l’uno all’altro e non devono essere scissi, ove si intenda cogliere l’obiettivo di una semplificazione non effimera né apparente. In particolare, accanto all’abrogazione della legislazione più risalente nel tempo, si devono prevedere strumenti che intervengano sulla nuova produzione normativa, se possibile limitandola al necessario e rendendola più chiara e comprensibile”. In questi termini, A. PASTORE, *Alcuni spunti in tema di semplificazione e qualità della regolazione ad un anno dalla costituzione della Commissione parlamentare*, in www.federalismi.it, n.18/2009. Sulle politiche per la semplificazione, cfr., altresì, il FOCUS “Le politiche per la semplificazione nel passaggio dalla XV alla XVI Legislatura”, in *Appunti del Comitato per la legislazione, L’ATTIVITA’ LEGISLATIVA ALL’AVVIO DELLA XVI LEGISLATURA. Aggiornamento al 15 luglio 2008* n. 1, in www.camera.it, pp. 13-19.

Sulle politiche di semplificazione attraverso la delegificazione, v., da ultimo, V. TONDI DELLA MURA, *All’origine di un ossimoro: il binomio delegificazione-semplificazione*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011.

¹⁰ I decreti governativi e ministeriali “di natura non regolamentare” emblematicamente costituiscono la c.d. “fuga dal regolamento” che, come è stato evidenziato in dottrina, ha due cause. La prima si individua con la volontà di non rispettare i vincoli normativi e procedurali posti dalla legge n. 400 del 1988, manifestatesi già all’indomani dell’entrata in vigore della suddetta legge e la seconda connessa all’esigenza di assicurare allo Stato una perdurante legittimazione normativa su materie sottratte, in virtù della riforma del Titolo V, sia alla sua potestà legislativa primaria sia alla sua competenza regolamentare. In argomento, cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, cit.

Autorevole dottrina osserva che “dopo l’entrata in vigore dell’art. 17 della l. 400/1988 atti a contenuto normativo adottati in violazione di questa disposizione (c.d. “regolamenti atipici” o “atti in fuga dal regolamento”) sono da ritenere, in linea di principio, illegittimi”. Così, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, cit., p. 39.

¹¹ Sul punto, si rinvia a L. LORELLO, *Brevi note sulla delegificazione e sul potere regolamentare del Governo nella “giurisprudenza consultiva” del Comitato per la legislazione. Il rilievo “esterno” delle sue determinazioni*, cit., p. 5.

un'invasione sempre maggiore dell'esercizio della funzione legislativa da parte dell'esecutivo in conseguenza anche della c.d. perdita della centralità parlamentare e della connessa "crisi della legge"¹². Tematiche, quest'ultime sulle quali non ci si soffermerà, ma che è parso opportuno richiamare per comprendere meglio il senso e la portata delle ricadute applicative che sul "sistema" delle fonti del diritto¹³ hanno avuto, e continuano ad avere, i mutamenti degli assetti istituzionali, consegnandoci un quadro dai colori sempre più sfumati, lontani da quelli nitidi e definiti del dettato costituzionale.

2. I principali nodi problematici posti dai decreti "di natura non regolamentare".

I decreti ministeriali e governativi "di natura non regolamentare", fonti atipiche ed anomale manifestazioni evidenti di dissociazione fra forma e sostanza, a metà strada tra il disporre e il provvedere¹⁴, pongono numerose problematiche di particolare rilievo evidenziate – soprattutto secondo il criterio dell'efficacia del testo per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente – nei pareri del Comitato resi nel corso della XVI Legislatura¹⁵.

¹² Cfr., tra gli altri, F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000; V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 29-54, cfr. p. 55 per i riferimenti bibliografici sulla c.d. crisi della legge. Ed invero, "a fronte della recessione del nostro Parlamento sul piano della legislazione, non ha corrisposto, almeno in questa fase, il potenziamento di una funzione reale di guida, di indirizzo e soprattutto di verifica nei confronti dell'esecutivo. In altre parole, il trasferimento in modo pressoché permanente al Governo dei processi decisionali [...] è avvenuto senza il necessario contrappeso della responsabilità politica che dovrebbe costituire uno dei pilastri della forma di governo parlamentare. E a tali disattenzioni e mancanze non sono stati in grado di sopperire proficuamente nemmeno gli organi di controllo e garanzia – Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Corte costituzionale – variamente deputati a mantenere il rispetto della legalità, inclusa la legalità costituzionale". *Ibidem*, pp. 91-92.

In dottrina si osserva che "i profili di questa crisi, tuttavia, appaiono indissolubilmente legati al modello di legge che connota lo Stato liberale, nel quale la disciplina costituzionale della funzione legislativa trova, fino ad un certo momento, i suoi tratti identificativi nella riserva di legge e nel principio di legalità, istituti che riflettono l'esigenza di tutelare e realizzare l'interesse di una sola classe sociale: la borghesia". Così, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 4-5.

¹³ Cfr., U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. XIII-XXIX, in www.osservatoriosullefonti.it.

¹⁴ Si vuol richiamare la nota distinzione crisafulliana tra il previo disporre con legge, in modo generale ed astratto, e il concreto provvedere. Cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti del diritto*, Padova, Cedam, 1984.

¹⁵ Nel parere del 21 luglio 2010 (C. 3638), reso ai sensi dell'art. 96-bis, comma 1, R.C., nel quinto profilo problematico (p. 8) della premessa attinente al "piano dei rapporti tra le fonti primarie e le fonti subordinate", si afferma che il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 "demanda, in numerosissimi casi, l'attuazione di previsioni legislative a successivi adempimenti del Governo, con riguardo ai quali in molti casi non viene indicato il termine preciso per la loro adozione (per esempio agli articoli 6, commi 20 e 21-quater; 7, commi 15, 18, 21, 25 e 31-quater; 8, commi 4, 11-bis e 14; 14, comma 14-bis; 16, comma 2; 19, commi 3 e 5-bis; 21, comma 1, 25 e 38, comma 5 – provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle entrate; 40, comma 2; 41, comma 2; 42, comma 2-quater; 43, comma 2; 46, comma 2; 55, commi 1, 2 e

Tali decreti, definiti “atti ministeriali privi di forma regolamentare e tuttavia abilitati a derogare alla legge e a stabilire regole innovative, i quali non possono non destare perplessità sul piano della legalità e della legittimità costituzionale”¹⁶, appaiono come uno dei tanti frutti perversi¹⁷ conseguenti all’alterazione del principio di separazione dei poteri che ha prodotto per la fonte che ci riguarda due fenomeni che a tratti sembrano simmetricamente speculari: per un verso, il legislatore ha mutato la sua veste in quella

5-*sexies*), mentre l’indicazione di un termine preciso sembrerebbe particolarmente utile quando si rimette a decreti ministeriali la definizione delle date e dei tempi di attuazione delle norme legislative (fattispecie frequente nel caso di soppressione di enti e trasferimento delle relative funzioni) ovvero quando si prevedono decreti a cadenza annuale o relazioni annuali da trasmettere al Parlamento (articolo 10-, comma 4); va peraltro evidenziato come venga frequentemente precisata la natura non regolamentare dei previsti decreti ministeriali (per esempio, agli articoli: 2, comma 1; 6, commi 20 e 21-*quinquies*; 7, commi 4, 15, 16, 18, 21 e 25; 8, commi 4, 14 e 15; 14, comma 14-*bis*; 19, comma 3; 37, comma 2; 41, comma 2; 46, comma 2)” (corsivo aggiunto).

Tale circostanza, cioè la presenza “di numerose disposizioni che demandano il compito di definire elementi attuativi della disciplina ad ulteriori adempimenti, rimessi a *non meglio precisati* decreti dell’Esecutivo, ingenera perplessità soprattutto per i casi in cui non sia preclusa l’incidenza di tali strumenti giuridici su fonti normative di rango sovraordinato” (Introduzione del Relatore, p. 4) (corsivo aggiunto).

Il contenuto del profilo problematico sopra richiamato viene poi ripreso nella prima osservazione (pp. 11-12) in cui si legge: “per quanto detto in premessa in ordine ai rapporti tra le fonti primarie e quelle subordinate, dovrebbe valutarsi la congruità del ricorso allo strumento normativo secondario al fine di incidere su effetti prodotti dalla normativa sovraordinata, in particolare in relazione alle seguenti disposizioni: [...]b) articolo 2, comma 1, ultimo periodo che demanda ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di natura non regolamentare la possibilità di una riduzione lineare ulteriore rispetto a quella già prevista qualora le misure finanziarie previste dall’articolo 9 per il personale delle pubbliche amministrazioni dovessero produrre risultati inferiori a quelli previsti; [...]h) articolo 37, comma 2 che – in relazione alla disciplina che subordina ad una specifica autorizzazione la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di lavori, servizi e forniture di operatori economici aventi sede, residenza o domicilio in paesi cosiddetti *black list* – consente ad un decreto ministeriale di integrare in modo sostanziale il precetto legislativo, estendendo o escludendo l’ambito di applicazione dell’obbligo statuito dal comma 1 del medesimo articolo”.

Il parere in oggetto si caratterizza per la presenza di un’ampia introduzione alla premessa vera e propria, articolata per profili problematici, che poi vengono riproposti nella premessa in senso stretto e diventano, successivamente osservazioni e condizioni. Sembra quasi che il Comitato per mezzo di tale *modus operandi* – attraverso il Relatore – desideri affermare le sue posizioni con una gradualità crescente, forse a voler raggiungere un risultato di maggiore incisività sulle Commissioni di merito.

Strutturalmente il parere è composto da un’ampia introduzione all’esame, una premessa, 6 condizioni, 9 osservazioni, 2 raccomandazioni, mancano sia l’ATN sia l’AIR.

¹⁶ Così, V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, cit., p. 77.

“I decreti di natura non regolamentare realizzano una illegittima lesione della sfera di autonomia regionale; inoltre non essendo regolamenti in senso proprio, ma piuttosto atti amministrativi generali, sfuggono alle garanzie procedurali previste dalla legge n. 400/1988 e non sono soggetti all’obbligo di pubblicazione nella gazzetta ufficiale, con le conseguenze facilmente immaginabili sotto i profili [...] della conoscibilità, della certezza del diritto e della tutela giurisdizionale dei cittadini”. *Ibidem*, pp. 103-104.

¹⁷I decreti in oggetto costituiscono, inoltre, una delle conseguenze delle numerose contraddizioni della riforma del Titolo V della Costituzione. In argomento, v. F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali “non aventi natura regolamentare”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2003, pp. 820-822.

di amministratore dando luogo alla c.d. amministrativizzazione della legge¹⁸ e, per altro verso, l'amministratore sembra aver cucito su se stesso quella di legislatore¹⁹, dando vita all'esercizio sempre più frequente della "funzione legislativa" da parte dell'amministrazione²⁰.

Prima di soffermarsi su tali profili problematici, si desidera proporre due possibili accostamenti emersi dalla lettura della giurisprudenza del Comitato ed inquadrarli come spunti tematici da verificare nel corso dell'indagine.

Il primo accostamento si può rendere nei seguenti termini: i decreti "di natura non regolamentare" si potrebbero considerare come una sorta di evoluzione "esasperata" dei regolamenti indipendenti²¹. Ed invero, mentre questi ultimi intervengono in luogo della legge, ma solo in quelle materie non coperte da riserva di legge e non disciplinate dalla legge al cui limite dunque soggiacciono, la fonte di cui si discute non solo elude i requisiti dettati dalla legge n. 400 del 1988 ma interviene senza nemmeno subire i vincoli e le limitazioni della riserva di legge²².

In chiave quasi "profetica" autorevolissima dottrina aveva in passato sostenuto: "questa attribuzione di competenza regolamentare al Governo, quella cioè dei

¹⁸ Cfr. V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, cit., p. 30. Una delle figure che è possibile identificare nel fenomeno della c.d. amministrativizzazione della legge è altresì la legge-provvedimento. In argomento, cfr., per un inquadramento generale A. SARANDREA, voce *Legge-provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3430-3434.

"Il problema della dissociazione fra forma e sostanza *si pone* per la disciplina sulla produzione del diritto in termini abbastanza peculiari. Nel senso che, se ancor oggi si discute se e quali possano essere i limiti che può incontrare nel nostro ordinamento il processo di amministrativizzazione della legge (o della fonte) – processo che se portato all'estremo pregiudicherebbe la stessa sopravvivenza nel tempo dell'ordinamento – mi sembra che nel campo in cui ci si sta muovendo essi appaiono particolarmente stringenti". Così, P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in www.costituzionalismo.it, 13/07/2004, p. 9 (corsivo aggiunto).

¹⁹ V. G. D'AURIA, *La "funzione legislativa" dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/1995, pp. 697-728.

²⁰ Cfr. G. D'AURIA, *La "funzione legislativa" dell'amministrazione*, cit. Nel suo scritto, l'Autore prende in considerazione due piani di indagine. In primo luogo, esamina i modi e le forme attraverso le quali l'amministrazione è coinvolta nel processo legislativo e, in secondo luogo, verifica gli "spazi di produzione normativa" che sono occupati "dall'amministrazione per attuare i comandi legislativi, per riempire i "vuoti" della legislazione e per razionalizzare il sistema normativo". [...]

In termini costituzionali, l'amministratore non *possiede* alcuna funzione legislativa in senso proprio; questa può spettare, con una serie di limiti e di garanzie (artt. 76 e 77 Cost.), al governo, non certo al suo apparato servente. Sempre al governo spetta, poi, il potere regolamentare, per l'esecuzione delle leggi del parlamento o per disciplinare oggetti e materie che il parlamento non è tenuto a regolare direttamente" *Ibidem*, p. 697-989 (corsivo aggiunto).

²¹ Peralto, già giudicati negativamente all'indomani della l. n. 400/1988. "La previsione di un potere regolamentare "indipendente" urta contro il principio di legalità ed è inammissibile nel nostro sistema. [...]. L'art. 17, lett. c) calpesta i principi e vanifica sotto ogni profilo le esigenze di uno Stato di diritto e democratico". Così, L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 9/1988, pp. 1480-1481 (corsivo aggiunto).

²² Sulla riserva di legge, v., *ex multis*, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969.

regolamenti indipendenti, cela una notevole potenzialità di estensione, dalla quale può derivare un grande ampliamento dell'oggetto rimesso alla disciplina del regolamento governativo. A questo fine, basta infatti la pura e semplice abrogazione delle disposizioni di legge ordinaria, purchè non si tratti di materie che la Costituzione riserva alla competenza esclusiva del legislatore ordinario.

Un potere regolamentare siffatto non è però compatibile col sistema costituzionale. Ostacolo insuperabile è il principio di legalità²³, nella sua valenza democratica prima che in quella garantista²⁴.

La proliferazione dei decreti “di natura non regolamentare” – quale forma “esasperata” dell'esercizio del potere regolamentare²⁵ – dunque mette in discussione il rispetto del principio di legalità²⁶ la cui effettiva tutela passa anche attraverso il rispetto delle norme sulla fonte regolamentare²⁷, qualificabili quali norme sulla normazione²⁸.

²³Cfr., tra gli altri, G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/1995, pp. 247-310.

²⁴ Cfr. L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, cit., p. 1477 (corsivo aggiunto).

²⁵ Cfr. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2005.

²⁶ “Ragionare sulle regole che definiscono le forme di produzione dello *ius è*, in definitiva, ragionare di (e sulla) legalità. Questa affermazione è largamente condivisibile, se non altro per quel tanto di idea di ossequio e rispetto di norme parametro su cui *giudicare* l'azione dei pubblici poteri che essa evoca, la quale non può non trovare applicazione anche con riferimento alla essenziale funzione normoproduttiva. Ed, anzi, si tratta in questo caso di una – per dir così – macro-legalità, perché metro della legalità”. Così, P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, cit., p. 1 (corsivo aggiunto).

²⁷ “Il vero problema sta nella spesso fragile garanzia che i limiti *derivanti dalle riserve di legge, dalle norme sulla produzione regolamentare, dalle specifiche prescrizioni di legge* siano davvero rispettati, dinanzi ad uso quantitativamente assai rilevante del potere regolamentare, ad un significativo grado di accentuata specializzazione di molte delle scelte operate mediante queste fonti e ad una sorta di tradizionale ritrosia degli organi giurisdizionali a sindacare la legalità delle fonti normative”. Così, U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Diritto pubblico*, n. 1/1996, p. 95 (corsivo aggiunto).

“Il principio di legalità ha valore costituzionale *e non può intendersi* in senso puramente formale. Più precisamente: a) la legge non può limitarsi alla mera attribuzione di un potere al Governo o alla Pubblica Amministrazione; b) non basta un'attribuzione generica, perché il vincolo alle scelte governative deve essere posto specificatamente in apposita considerazione della materia”. Così, L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, cit., p. 1480 (corsivo aggiunto).

²⁸ Anche se alle prescrizioni contenute nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 si riconosce generalmente carattere meramente direttivo, esse costituiscono indubbiamente norme sulla normazione. “L'aver tendenzialmente oscurato lo statuto teorico delle norme sulla produzione del diritto dietro quello proprio della normazione *tout court*, così come si è fatto e si fa, non è risultata un'operazione a vantaggio, bensì a detrimento della complessiva tenuta del sistema (*recte*: della superiore legalità) costituzionale”. Così, P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, cit., p. 3 (corsivo aggiunto).

“La questione della collocazione formale della normativa sulla produzione *non è irrilevante*, visto che solo una sovra ordinazione della fonte che la contenesse rispetto a quella che la assumesse ad oggetto assicurerebbe un pieno condizionamento, garantito dalla concorrenza del requisito della vincolatività logico-positiva della norma sulla normazione con quello della maggior forza dell'atto che la prevede,

Il secondo accostamento, invece, intende guardare la fonte in commento in parallelo con un'altra fonte sulla quale la dottrina ha molto dibattuto, ossia, la legge-provvedimento²⁹.

Peraltro le due fonti hanno in comune le problematiche relative alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive e al sindacato di costituzionalità.

Il richiamo si vuole articolare attraverso alcuni sintomatici passaggi ideali che mostrano come in entrambi i casi si è in presenza di una sorta di scollamento tra la forma e la sostanza dell'atto.

La legge-provvedimento costituisce uno strumento attraverso cui la legge interviene laddove fisiologicamente dovrebbe intervenire il provvedimento amministrativo, palesandosi come un atto che mantiene la forma della legge, ma nella sostanza si rileva un provvedimento.

Il secondo passaggio, o se si preferisce, termine di paragone, è costituito dal regolamento in senso stretto che, invece, nella forma è un atto amministrativo – in quanto promana da organi del potere esecutivo – ma nella sostanza manifesta un contenuto normativo. L'ultimo passaggio, quasi in una sorta di linea continua, è rappresentato dai decreti “di natura non regolamentare” per i quali la forma amministrativa maschera e tradisce la sostanza che – dichiaratamente non regolamentare – finisce, invece, per essere normativa³⁰.

Una valida “base giuridica” di quanto appena esposto può ritrovarsi nelle affermazioni dell'on. Antonino Lo Presti rese nella seduta del Comitato del 29 settembre 2010. Egli sostiene che “per la qualità dell'ordinamento, occorre preservare il principio della corrispondenza della forma dell'atto agli effetti dal medesimo prodotti, che invece risulterebbe compromesso se atti giuridici che si auto-qualificano come privi di natura regolamentare siano poi destinati a generare effetti normativi anche di ampia

mentre, nell'ipotesi di pari ordinazione il vincolo dovrebbe risolversi esattamente in questo: nella necessità di rispetto fintantoché non venga esplicitamente adottata una diversa norma sulla normazione, la cui adozione rientra, ad ogni modo, nella disponibilità dell'atto condizionato”. *Ibidem*, p. 14.

In argomento, v., altresì, A. RUGGERI, *Linee emergenti e prospettive di “razionalizzazione” in tema di norme sulla normazione (a proposito di un progetto di riordino “organico” del sistema delle fonti)*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2000, p. 379 ss.

²⁹ Cfr. l'opera monografica di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

³⁰ Nel tentativo di fornire una risposta riguardo alla ibrida natura giuridica di tali decreti è possibile effettuare degli accostamenti meramente esemplificativi a principi e a fattispecie afferenti ad altre discipline dell'ordinamento. Si potrebbe dire, mutuando il gergo processuale, che i decreti “di natura non regolamentare” violino il “principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato” (art. 112 c.p.c.). Nell'ipotesi che ci occupa, il “chiesto” è la “forma” del decreto ministeriale o governativo “di natura non regolamentare” – che nella fattispecie è quella di un atto amministrativo generale – e il “pronunciato” è costituito dalla sostanza normativa, cioè, dagli effetti normativi dal medesimo prodotti.

Proseguendo sulla scia degli accostamenti, il decreto “di natura non regolamentare” potrebbe qualificarsi come “negoziato indiretto” o come “contratto in frode alla legge”, dove il principio eluso, o meglio, aggirato è il principio della certezza del diritto che costituirebbe quella norma inderogabile ed imperativa dalla cui violazione – se fosse possibile mutuarne anche i civilistici profili sanzionatori – dovrebbe discendere *ex officio* ed *ex actis* la nullità dell'atto. Sugli istituti civilistici richiamati, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2004, pp. 802-804.

portata. Ne deriverebbe, infatti, non solo un contrasto con il sistema delle fonti ma anche una sostanziale violazione delle procedure e del regime dei controlli legislativamente statuiti. Il principio di legalità si declina anche come tutela dell'effettività del corretto uso delle fonti normative alle quali di volta in volta si sceglie di ricorrere³¹.

Un tentativo di ricostruzione dei principali nodi problematici posti della fonte in commento conduce inevitabilmente ad utilizzare come ausilio due termini di paragone – due “estremità” al centro delle quali sembra porsi tale fonte – da un lato, i regolamenti, dall'altro gli atti amministrativi generali³².

La difficoltà di distinguere i regolamenti dagli atti amministrativi generali basandosi soltanto su criteri sostanziali ha indotto il legislatore del 1988 ad introdurre dei contrassegni formali idonei ad evitare la persistenza delle difficoltà definitorie e discreitive.³³ Tuttavia, le distorsioni³⁴ che si sono evidenziate nella prassi già nei primi anni successivi alla legge 400 del 1988 hanno di fatto realizzato una “progressiva ibridazione dei due strumenti, mutuando tratti ora dell'uno ora dell'altro e conducendo alla necessità di verificare caso per caso, con l'ausilio della giurisprudenza³⁵, se un determinato atto emanato dall'amministrazione sia più vicino al modello dell'atto generale o di quello normativo³⁶”.

Se da un lato il fenomeno della “fuga dal regolamento” sottende il tentativo di aggirare la procedura di adozione dei regolamenti di cui all'art. 17 legge n. 400 del 1988³⁷, dall'altro trova una delle sue principali motivazioni nell'esigenza dello Stato di riappropriarsi delle sfere di competenza regolamentare affidate, in conseguenza della

³¹ *Resoconto della seduta* del 29 settembre 2010, p. 9

³² In argomento, cfr., tra gli altri, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.

³³ Il riferimento è alla disciplina contenuta nell'art. 17, commi 3 e 4, l. n. 400 del 1988, che riconoscendo in modo espresso il potere regolamentare dei ministri lo ha corredato di chiari elementi formali.

³⁴ Atipicità e distorsioni che hanno riguardato anche gli atti amministrativi generali in ambito tributario. Per alcuni profili di carattere generale, cfr., L. TOSI, voce *Atti amministrativi generali (Dir. Trib.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 498-504; in particolare, pp. 500-501.

Tali distorsioni si sono concretizzate nell'adozione da parte del governo o dei singoli ministri di atti dal contenuto normativo-regolamentare senza che venisse osservato il procedimento richiesto dalla legge, omettendo la richiesta del parere del Consiglio di Stato o la previa comunicazione del Consiglio dei ministri.

³⁵ I criteri seguiti dalla giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato sono misti, formali e sostanziali insieme. Tuttavia, prevalente risulta il criterio sostanziale, volto a definire i contorni della normatività, indipendentemente dal procedimento seguito dall'autorità e dalla forma tipica dell'atto.

³⁶ Cfr. M. C. ROMANO, voce *Atti amministrativi generali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 494 (corsivo aggiunto).

³⁷ Cfr. U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, cit., pp. 71-78.

riforma del Titolo V³⁸, alle Regioni. Il “nuovo” art. 117, comma 6, Cost. è stato letto dalla dottrina quale norma di riconoscimento del potere regolamentare del Governo, in tal modo è stato segnato un decisivo arresto sulla questione del fondamento del potere regolamentare³⁹, sebbene la questione non sembra essersi del tutto sopita⁴⁰. Quindi, la posizione di decreti “di natura non regolamentare” nelle materie di competenza legislativa concorrente contrasta con lo spirito della riforma costituzionale⁴¹.

“In materia di competenza legislativa concorrente la normazione regolamentare dello Stato, sia attraverso regolamenti ex art. 17, 1° e 2° comma, l. 400 del 1988, sia per il

³⁸ La letteratura sull’argomento è ormai vastissima, cfr., tra gli altri, G. FALCON, *Il nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 5 ss.; N. LUPO, *La riforma del Titolo V della Costituzione nelle valutazioni dei costituzionalisti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2002, pp. 567 e ss., nel quale l’Autore richiama le relazioni ed i numerosi interventi che hanno animato il seminario su *Il nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Bologna, 14.01.2002; A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V ed esperienze di formazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2005; Sulla riforma in senso critico, si veda altresì la lucida e tempestiva analisi mossa all’intera riforma del Titolo V da G. U. RESCIGNO, *La riforma da riformare*, in *La Rivista del Manifesto*, n. 16/2001, pp. 15-20.

Sulla giurisprudenza delle sezioni consultive del Consiglio di Stato sugli schemi di regolamento statale in materie ai confini della competenza regionale concorrente, cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, cit.

³⁹ Cfr. *ex multis*, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sul potere regolamentare delle regioni nel processo di riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 417 ss.

⁴⁰ “Il nuovo articolo 117, comma 6, Cost., non si è limitato a fornire un fondamento costituzionale alla potestà regolamentare, ma anzi si è proposto, come suo scopo più diretto ed immediato, quello di distribuire la competenza ad emanare regolamenti tra i diversi soggetti istituzionali in cui si articola la Repubblica, e cioè lo stato, le regioni, le città metropolitane, le province ed i comuni”. Così, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 442.

⁴¹ In dottrina si osserva che “l’elusione della norma di riserva della competenza regolamentare alle regioni anche se formalisticamente rispettosa del dettato costituzionale, è sicuramente contraria alla *ratio* della norma costituzionale e quindi anche le leggi – e non solo i provvedimenti – che attribuiscono potestà fittiziamente non regolamentare ad organi statali, in elusione dell’art. 117, 6° co., Cost., concretano – in sé – irrimediabilmente il vizio da cui sono tipicamente affetti gli atti conformi alla lettera, ma contrari allo spirito di altra norma (superiore e sulla competenza, in questo caso): l’eccesso di potere”. Così, F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un “non regolamento” statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2003, p. 357. Sono tre le problematiche emergenti in conseguenza all’attuazione delle leggi statali per il tramite di atti statali formalmente non regolamentari: il primo riguarda il regime dell’atto, per il quale non è previsto l’obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; il secondo fa riferimento all’impatto di tale tipologia di atti sul sistema delle fonti ed il terzo involge questioni di legittimità costituzionale dei suddetti atti. *Ibidem*, pp. 356-357. In argomento, v. inoltre, A. D’ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 318 ss.; G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del titolo V*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, pp. 1129 ss.

tramite di decreti “di natura non regolamentare” che tentano di aggirare tale limite alla potestà regolamentare statale, è vietata ed illegittima è la disposizione che la prevede”⁴².

In conclusione, due sono le principali problematiche poste dai decreti “di natura non regolamentare”.

La prima riguarda la loro normatività, ovvero in dottrina ci si è chiesti fino a che punto sia legittimo attribuire contenuti di tipo normativo ad atti che dal punto di vista formale sono amministrativi e che sul piano pratico vengono adottati o per eludere l’art. 117, comma 6, Cost.⁴³ oppure per aggirare il procedimento di adozione dei regolamenti⁴⁴.

La seconda riguarda la sede del controllo di validità di questi atti. Al riguardo sono state prospettate le seguenti soluzioni.

La legge che autorizza espressamente l’adozione di questi atti in deroga all’art. 17 della l. 400/1988 dovrebbe essere oggetto di sindacato costituzionale per eccesso di potere legislativo, quest’ultimo “riconducibile ad uno sviamento della funzione tipica della legge, che diventa strumento di illecita elusione delle competenze costituzionalmente assegnate”⁴⁵.

Il decreto, invece, “potrebbe essere impugnato in sede di conflitto tra Stato e Regioni e in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, disapplicato dal giudice ordinario ove contrario alla legge o alla Costituzione, annullato dal giudice

⁴² Così, L. CARLASSARE, “Norme regolatrici della materia” modificabili con regolamento? Un’ipotesi logicamente impossibile, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4/2009, pp. 2357-2360 (corsivo aggiunto).

⁴³ “Un percorso interpretativo dell’art. 117, comma 6, Cost., diretto a dedurre da tale disposizione la necessità di una tipizzazione della fonte regolamentare (interpretazione che attualmente però non ha trovato conforto nella giurisprudenza costituzionale), potrebbe contribuire a condannare definitivamente i fenomeni in questione”. Così, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, cit., p. 44.

Invece, sui decreti di natura non regolamentare come strumenti elusivi dell’art. 117, 3° e 4° comma, cfr. Corte cost. sent. n. 15/2010 punto 3.1 *ritenuto in fatto*, in www.giurcost.org.

⁴⁴ “Si tratta di un fenomeno che ancora non è stato formalmente condannato dalla Corte costituzionale la quale però ha insistito sul carattere “anomalo” o “indefinibile” di tali fonti (sent. 116/2006).

Certamente, gli atti “di natura non regolamentare”, se sono idonei a evitare il parere del Consiglio di Stato, non possono costituire la via per alterare il riparto dei poteri normativi tra Stato e Regioni: ed in effetti, se è vero che la Corte non ha censurato di per sé il ricorso a tali atti, è altresì vero che essa ha valutato comunque la loro potenzialità lesiva del riparto delle competenze di cui all’art. 117 Cost.

Sul piano della titolarità, in non pochi casi questi atti sono adottati dai dirigenti e ciò nella misura in cui essi siano sostanzialmente normativi, appare una deroga, assai problematica sul piano dei principi, rispetto alla distinzione tra compiti delle autorità politiche e compiti dei dirigenti, codificata, da ultimo, dal d.lgs. 165/2001”. Così, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, cit., p. 43.

Sulla portata dei limiti alla potestà normativa del Governo, v. A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 9/1988, pp. 1483-1493.

⁴⁵ Così, A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, cit.

amministrativo nella sede del sindacato di annullamento, non propriamente adatta al controllo di validità degli atti normativi⁴⁶.

Infine, dal punto di vista pratico, può aggiungersi che la prassi dei decreti “di natura non regolamentare” che si sostanzia, come si è già detto, nell’affidamento da parte del legislatore al governo e ai ministri della scelta discrezionale dell’atto da adottare per attuare un intervento legislativo realizza concretamente non tanto una delegificazione della materia quanto una flessione patologica della normatività a favore dell’“amministrativizzazione” della legge, ovvero la pericolosa cristallizzazione della tecnica del disporre attraverso il provvedere.

3. L’ambito di applicazione dei decreti non regolamentari nella XVI legislatura e l’emersione di alcuni profili problematici dai Pareri del Comitato.

Nel corso della XVI legislatura il Comitato, in presenza di decreti “di natura non regolamentare”, ha, in più occasioni, mosso alcuni rilievi, sotto forma di condizioni e di osservazioni, sull’idoneità e sulla congruità di tali strumenti normativi anomali ed atipici.

Le formule utilizzate dal Comitato per esprimere considerazioni su tali fonti sono varie.

Dalla lettura dei dati riportati nel Rapporto sull’attività svolta dal Comitato per la legislazione, relativo alla presidenza dell’on. Franco Stradella (26 maggio 2008 - 25 marzo 2009), si individuano le seguenti espressioni: “si valuti l’opportunità di verificare se, data l’ampiezza di contenuto, sia congrua la scelta dello strumento del decreto, con specifico riguardo alla natura non regolamentare, nonché l’opportunità di prevedere il coinvolgimento delle Camere”; “si invita la Commissione a verificare la congruità dello strumento prescelto per dare esecuzione a limitate finalità”; altre volte il Comitato ha evidenziato che “tale circostanza, cioè demandare la disciplina attuativa a decreti dell’Esecutivo senza descriverne adeguatamente presupposti procedurali ed ambiti di intervento, è suscettibile di ingenerare perplessità soprattutto per i casi in cui non sia preclusa l’incidenza di tali strumenti giuridici su fonti normative di rango sovraordinato”; oppure, “si valuti la necessità di introdurre meccanismi idonei ad assicurare un più penetrante ed incisivo ruolo delle Camere relativamente all’impiego (peraltro solo eventuale) di detto strumento” o, analogamente, ha affermato che “dovrebbe valutarsi l’opportunità di verificare se, data l’ampiezza di contenuto, sia congrua la scelta dello strumento del decreto, con specifico riguardo alla natura non regolamentare, nonché l’opportunità di prevedere il coinvolgimento delle Camere⁴⁷”.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Le formule sono riportate nei pareri citati nel *Rapporto sull’attività svolta dal Comitato per la legislazione – primo turno di presidenza XVI legislatura (26 maggio 2008 – 25 marzo 2009) – Presidente On. Franco Stradella*, pp. 43-48.

Formule analoghe sono state utilizzate dal Comitato per individuare tali strumenti normativi anche in altri pareri resi nella restante parte della legislatura⁴⁸ (Presidenze on. Lino Duilio, on. Antonino Lo Presti, on. Roberto Zaccaria).

Segnatamente, nella premessa del parere reso il 19 gennaio 2010 ai sensi dell'art. 96-bis, comma 1, R.C., si legge che “le successive variazioni determinate con decreto interministeriale, avente natura non regolamentare [...] non appaiono rispondenti al requisito, previsto dall'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988, della “immediata applicabilità” delle misure disposte dal decreto”⁴⁹. Il Comitato in un'osservazione ribadisce quanto già asserito in premessa, invitando a valutare l'opportunità di accompagnare il passaggio “dalla norma primaria a strumenti giuridici di rango subordinato con la formulazione di criteri e parametri di incremento prestabiliti”⁵⁰.

In un'osservazione contenuta nel parere reso il 24 giugno 2010, il Comitato rileva che “dovrebbe verificarsi la congruità della natura non regolamentare del decreto ivi previsto, atteso che esso ha il compito di definire elementi significativi delle fattispecie normative”⁵¹.

Anche nel parere reso il 15 marzo 2011⁵², il Comitato evidenzia tanto la non idoneità del ricorso ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in luogo di “un regolamento adottato ai sensi dell'art. 17 comma 1, della legge n. 400 del 1988”, per la disciplina del funzionamento del Comitato interministeriale per gli affari europei; quanto, inversamente, la non congruità dell'uso del regolamento ministeriale (art. 17.3) “al fine di porre in essere un'attività di carattere meramente amministrativo”⁵³, configurandosi in questa ipotesi un uso forzato del regolamento.

L'individuazione di tali formule ha consentito di selezionare la giurisprudenza del Comitato attinente al tema di cui si discute al fine di circoscrivere, nei paragrafi che seguono, l'ambito di applicazione di tali decreti ed i profili problematici emersi.

3.1. L'attuazione della recente riforma del sistema universitario per il tramite dei decreti “di natura non regolamentare”.

Un ambito in cui, di recente, i decreti “di natura non regolamentare” hanno trovato una discussa applicazione è quello afferente all'attuazione di alcuni aspetti del d.l. recante “norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del

⁴⁸ Si rinvia, tra gli altri, ai seguenti pareri resi il 19 gennaio 2010 (C. 3097), pp. 4-5, il 24 giugno 2010 (C. 2505), p. 3 e il 21 luglio 2010 (C. 3638), p. 8 e 11, 17 febbraio 2011 (C. 4086), p. 9.

⁴⁹ *Resoconto della seduta* del 19 Gennaio 2010, p. 4.

⁵⁰ *Resoconto della seduta* del 19 Gennaio 2010, p. 5.

⁵¹ *Resoconto della seduta* del 24 Giugno 2010, p. 3.

⁵² *Resoconto della seduta* del 15 Marzo 2011.

⁵³ *Ibidem*, p. 6 e p. 9. Nello stesso parere, tuttavia, in osservazione relativa all'efficacia del testo per la semplificazione e il riordino della legislazione vigente (p. 10), il Comitato suggerisce il ricorso ad un decreto di natura non regolamentare al posto di un regolamento ministeriale ex art. 17.3.

sistema universitario”⁵⁴, confluito nella legge n. 240 del 30 dicembre 2010⁵⁵. Tale disegno di legge è stato, anche con riguardo alla congruità dei decreti “di natura non regolamentare”, oggetto di esame da parte del Comitato nel parere reso ai sensi dell’art. 16-bis, comma 6-bis il 29 settembre 2010 (C. 3687)⁵⁶.

Nella prima osservazione, il Comitato, in relazione al parametro costituito dall’efficacia del testo per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente, invita la Commissione a valutare la congruità di tali decreti come strumenti normativi adeguati in considerazione degli obiettivi da conseguire con la riforma del sistema universitario.

In particolare, il Comitato osserva che all’art. 4 del d.l. in esame⁵⁷, “l’intera disciplina di attuazione è demandata ad un “decreto di natura non regolamentare”, risultando quindi quest’ultimo atto chiamato a definire tutti i principali elementi attuativi della disciplina”⁵⁸.

Particolarmente interessanti sono le riflessioni esposte dall’on. Roberto Zaccaria – e condivise dal Presidente on. Antonino Lo Presti – dopo l’esame del disegno di legge e prima della formula di chiusura. Tali riflessioni sono state nuovamente replicate, e con maggior decisione, nella Seduta dell’Assemblea n. 400 del 23 novembre 2010 avente ad oggetto il medesimo disegno di legge, in occasione della quale i decreti “di natura non regolamentare” sono stati definiti “una truffa o almeno una elusione della Costituzione” e uno strumento per espropriare le competenze delle regioni, nonché qualificati “atti che non hanno cittadinanza nel nostro ordinamento costituzionale”⁵⁹.

Il provvedimento oggetto di esame del Comitato nella seduta del 29 settembre 2010 è fonte di forti perplessità soprattutto con riguardo a due fenomeni critici che piuttosto di frequente è possibile riscontrare nella prassi.

“Da un lato, si assiste, ancora una volta, ad una massiccia e disinvolta attribuzione all’Esecutivo di ampi poteri normativi da parte di numerose disposizioni contenute nel provvedimento. Si riferisce, in particolare, alle norme che conferiscono deleghe legislative, nonché autorizzazioni all’adozione di regolamenti di delegificazione e finanche alla previsione di decreti di natura non regolamentare, tra i quali se ne rinviene uno (all’articolo 4) cui si demanda il compito di integrare, con amplissimi margini di autonomia, il precetto legislativo.

Dall’altro lato, questo fenomeno si combina con una evidente confusione nella scelta dello strumento normativo. [...]

⁵⁴ In argomento, cfr. W. TOCCI, *Quale riforma per l’università. Critica della proposta Gelmini e autocritica delle politiche di centrosinistra*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/2009, pp. 182-213.

⁵⁵ In G.U. n. 10 del 14 gennaio 2011.

⁵⁶ Cfr. *Rapporto sull’attività svolta dal Comitato per la legislazione – terzo turno di presidenza XVI legislatura (26 gennaio 2010 – 25 novembre 2010) – Presidente On. Antonino Lo Presti*, pp. 97-98.

⁵⁷ Articolo che ha ad oggetto l’istituzione del fondo per il merito a favore degli studenti meritevoli.

⁵⁸ *Resoconto della seduta del 29 settembre 2010*, p. 5.

⁵⁹ V. Resoconto stenografico dell’Assemblea, seduta n. 400 di martedì 23 novembre 2010, in www.camera.it.

Nelle sue osservazioni critiche, l'on. Zaccaria richiama l'attenzione sul ricorso ad una fonte del tutto atipica quale il "decreto ministeriale di natura non regolamentare" che sembra prendere sempre più piede nella prassi.

In conclusione, il ricorso a tale strumento si collega, come ritenuto in dottrina, ad una "fuga dal regolamento", finalizzata alla volontà di aggirare vincoli normativi e procedurali posti dalla legge n. 400 del 1988. Inoltre, nell'uso di tale strumento appare evidente l'intenzione di mantenere allo Stato una perdurante legittimazione normativa su materie in realtà sottratte dal nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione, sia alla sua potestà legislativa primaria sia alla sua competenza regolamentare, alla luce di quanto evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003. Se tali sospetti risultano fondati, deve ritenersi che lo strumento del decreto non regolamentare sia utilizzato dal Governo per l'esercizio di funzioni normative in violazione della Costituzione e del sistema delle fonti del diritto, pregiudicando così principi fondamentali dello Stato democratico quali quello della competenza normativa e della certezza del diritto"⁶⁰.

In altri termini, "le problematiche della legislazione che sono rinvenibili nel provvedimento in esame [...] vanno oltre la contingenza del caso specifico, in quanto investono in termini generali l'intero processo di produzione legislativa nella distribuzione di potere normativo tra Parlamento e Governo"⁶¹.

Tuttavia, nonostante l'emersione di numerosi rilievi in ordine alla stessa legittimità costituzionale dei decreti "di natura non regolamentare", sia attraverso lo strumento dell'osservazione nel citato parere, sia per il tramite delle riflessioni dell'on. Zaccaria in altra sede manifestate, il seguito del parere del 29 settembre 2010 lascia più di qualche perplessità, poiché nella stesura dell'art. 4, commi 3 e 5 della legge n. 240 del 2010 si è scelto di continuare a prevedere come atti attuativi della disciplina in materia di "fondo per il merito" i decreti "di natura non regolamentare"⁶².

Probabilmente, nel parere in esame, il Comitato per rendere la sua azione più efficace avrebbe dovuto utilizzare lo strumento più cogente "in termini di impatto"⁶³,

⁶⁰ *Resoconto della seduta* del 29 settembre 2010, pp. 8-9 (corsivo aggiunto).

⁶¹ *Resoconto della seduta* del 29 settembre 2010, p. 9 (corsivo aggiunto).

⁶² Art. 4 (Fondo per il merito), l. n. 240/2010

⁶³ "3. Il Ministro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con propri decreti di natura non regolamentare disciplina i criteri e le modalità di attuazione del presente articolo ed in particolare: [...]

5. Il coordinamento operativo della somministrazione delle prove nazionali, da effettuare secondo i migliori standard tecnologici e di sicurezza, e' svolto dal Ministero, secondo modalità individuate con decreto di natura non regolamentare del Ministro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che disciplina altresì il contributo massimo richiesto agli studenti per la partecipazione alle prove, con l'esenzione per gli studenti privi di mezzi, nonché le modalità di predisposizione e svolgimento delle stesse".

⁶³ La differenza tra condizioni e osservazioni si pone "in termini di impatto", [...] in concreto esse si distinguono solo per l'aspetto della cogenza. Così, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 294-295.

ovvero la condizione e magari elaborare prima della formula di chiusura una raccomandazione, tenuto conto che le riflessioni sull'atipicità ed anomalia di tali decreti non è confinata soltanto al caso specifico ma ha una portata per così dire generale, in modo da gettare le basi per un più decisivo orientamento giurisprudenziale del Comitato teso ad espungere – o almeno tentare – tale dubbio ed “a-sistematica” fonte dall'ordinamento.

3.2 L'esame dello schema di decreto legislativo di attuazione del c. d. federalismo fiscale.

Un altro settore in cui il Comitato ancora più recentemente ha avuto modo di pronunciarsi è quello del federalismo fiscale, disciplinato con legge 5 maggio 2009, n. 42. In particolare, la Commissione bicamerale per l'attuazione dello stesso ha richiesto il parere dell'organo, in base all'art. 96ter, comma 3, sullo schema di decreto legislativo⁶⁴ relativo a “Disposizioni in materia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario”. Sicuramente costituisce una novità il fatto che il Comitato sia stato chiamato a pronunciarsi da una Commissione bicamerale, che ha ritenuto di attivare la sua competenza consultiva su un atto di particolare rilievo.⁶⁵

Alla base della richiesta vi è probabilmente la natura complessa del provvedimento e la sua articolazione, nonché la presenza di numerose disposizioni che prevedono il ricorso a decreti di natura non regolamentare, dei quali la Corte costituzionale, come il Comitato ricorda, ha stigmatizzato il carattere di “atto statale dalla indefinibile natura giuridica”⁶⁶.

In particolare, sembrano emergere due più rilevanti aspetti problematici: uno che investe il rapporto tra i decreti di natura non regolamentare e il sistema delle fonti, nella prospettiva della forma di governo; l'altro che attiene ai casi in cui tali decreti possano incidere negativamente sulla configurazione dei rapporti tra stato e regioni, così come delineata dall'art. 117, comma 3, Cost. Così si richiede, in una condizione, che la definizione dei criteri attuativi della disciplina venga affidata a regolamenti di attuazione, da adottare ex art. 17, comma 1, lett.b) della legge 400 del 1988, e non invece a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, qualificati come atti di natura non regolamentare⁶⁷; ovvero si provveda direttamente con il decreto legislativo alla individuazione dei contenuti indicati dalla legge di delega, evitando il rinvio a decreti di natura non regolamentare o a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. Schema di decreto legislativo, atto n. 317 del Governo, assegnato all'esame della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale.

⁶⁵ In *Resoconto della seduta* del 23/3/2011, pp. 3-4.

⁶⁶ *Resoconto della seduta* del 23/3/2011, p. 5; nello stesso senso, *Resoconto della seduta* del 28/04/2011, pp. 7 e 8.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 11, lett. B) e D).

Sotto il secondo profilo il Comitato, in un'osservazione, invita la Commissione ad eliminare dal testo del provvedimento la previsione di un decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, "atteso che essa sembra incidere su ambiti di competenza riservati alla competenza legislativa regionale ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione"⁶⁹.

In sostanza, l'analisi dello schema di decreto legislativo sul c.d. federalismo fiscale offre al Comitato l'opportunità di tornare ad evidenziare, e proprio in riferimento ai rapporti tra lo stato e le autonomie locali, i nodi problematici più tradizionali che hanno accompagnato la comparsa dei decreti di natura non regolamentare, e cioè la loro incerta configurazione e collocazione nel sistema delle fonti e la loro potenziale capacità di incidere sull'autonomia delle regioni, con una compressione difficilmente compatibile con il disegno costituzionale.

4. Le anomalie nel sistema delle fonti vs il "corretto metodo della legislazione". Due ipotesi sintomatiche: il provvedimento ministeriale "in deroga alla vigente normativa" e il decreto del sottosegretario di Stato.

L'attività e le funzioni del Comitato per la legislazione, le cui linee guida emergono rafforzate dalla giurisprudenza prodotta nel corso della XVI legislatura, tendono a perseguire la realizzazione del c.d. "corretto metodo della legislazione" al fine di migliorare la qualità dei testi normativi sottoposti all'esame del Comitato secondo le disposizioni del Regolamento della Camera che di volta in volta vengono in considerazione.

Tale parametro investe sia i profili interni alle singole disposizioni – ovvero quelli attinenti al loro contenuto e alla loro struttura – sia i profili esterni – cioè i loro rapporti logici e sistematici con le altre disposizioni dell'atto normativo, ovvero le relazioni di questo con i provvedimenti che compongono l'ordinamento giuridico.

Si tratta di un parametro che assume una valenza generale per due ragioni.

In primo luogo, esso racchiude l'insieme dei parametri di riferimento del Comitato, che sono previsti espressamente dal Regolamento della Camera e, in secondo luogo, perché spesso viene inserito nelle premesse del parere per giustificare e fondare il contenuto successivo, oppure viene riportato nelle raccomandazioni finali in modo da fungere da sollecitazione i cui confini vanno oltre il singolo caso oggetto di esame⁷⁰.

Anche attraverso il parametro del "corretto metodo della legislazione, il Comitato "reinterpretando e rafforzando il proprio ruolo istituzionale [...] è diventato un osservatorio privilegiato dell'evoluzione del sistema delle fonti, del continuo rafforzarsi del rapporto Parlamento-Governo e dell'efficacia degli strumenti di semplificazione normativa nell'ordinamento giuridico"⁷¹.

⁶⁹ Ibidem, p. 12, così anche in premessa, p. 9.

⁷⁰ Sul parametro del "corretto metodo della legislazione", v., per tutti, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 257-261.

⁷¹ Cfr., *amplius* L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 199-203; in ordine al rapporto tra Comitato e Governo, v. *Ibidem*, pp. 276-281; nonché, sul rilievo "esterno" delle

Segnatamente, il richiamo alle tecniche legislative – formula equivalente a “metodo della legislazione” – viene utilizzato dal Comitato per verificare la possibilità e/o la correttezza – di ricorrere a fonti diverse dalla legge ed ancora al corretto metodo della legislazione si fa riferimento per valutare l’utilizzo proprio dei diversi strumenti normativi.

Quindi, la presenza di anomalie e distorsioni nel sistema delle fonti, più volte segnalata nel corso di questo scritto, manifesta non soltanto una violazione delle c.d. norme sulla normazione⁷² ma anche un deciso allontanamento se non una vera e propria violazione del corretto metodo della legislazione, come inteso dal Comitato.

Ulteriori casi sintomatici di tale allontanamento, oltre al decreto “di natura non regolamentare” sembrano rinvenirsi nei provvedimenti ministeriali “in deroga alla vigente normativa” – di cui si occupa il parere del 2 ottobre 2008 – e nei decreti del sottosegretario di Stato, che costituisce uno degli oggetti di esame del parere dell’8 aprile 2009.

Il relatore del parere del 2 ottobre 2008 nella parte che precede la premessa in senso stretto, dopo alcune puntuali osservazioni sulle disposizioni di delegazione legislativa presenti nel provvedimento in esame, ritiene che siano opportune ulteriori riflessioni “sulle modalità di redazione tecnica delle disposizioni ovvero sulla loro coerenza interna, nonché sul modo con cui esse vanno ad impattare sull’ordinamento vigente”⁷³.

Tale riflessione viene poi approfondita e specificata in premessa, nella parte in cui si sottolinea che il provvedimento in esame “reca una disposizione, all’articolo 67-ter che conferisce la facoltà per il Ministro dell’economia di disporre « in deroga alla vigente normativa », la concessione di trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, senza richiamare puntualmente le disposizioni cui si consente di derogare”⁷⁴.

Nel parere reso l’8 aprile 2009, di cui ci è già occupati in precedenza, nella riflessione “Sui lavori del Comitato”, il presidente on Lino Duilio⁷⁵ ritiene utile soffermarsi “su alcuni aspetti che si riconnettono al principale nucleo delle competenze istituzionali dell’organo, ovvero agli strumenti legislativi che involgono i poteri normativi del Governo”⁷⁶. Ed aggiunge che “l’analisi per ciascun settore dovrebbe quindi mettere in luce anche la nascita di nuovi ed atipici strumenti di decisione a carattere trasversale [...] difficilmente collocabili nel tradizionale quadro gerarchico delle fonti tipiche del diritto.

determinazioni del Comitato, cfr., *ibidem*, pp. 315-329. L’espressione virgolettata è di S. SPADA, *La qualità della normazione secondo la “giurisprudenza” del Comitato per la legislazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2010, pp. 1-2

⁷² Sulla legge n. 400 del 1988 come “norma sulla normazione”, cfr. E. LENZI, *Tra poche luci e molte ombre, il legislatore continua sulla via della semplificazione: le recenti innovazioni introdotte dalla legge 69/09*, cit., p. 21.

⁷³ *Resoconto della seduta* del 2 ottobre 2008, pp. 3-4 (corsivo aggiunto).

⁷⁴ *Resoconto della seduta* del 2 ottobre 2008, p. 5.

⁷⁵ Riflessioni rese in occasione della prima seduta del Comitato che si è svolta nel corso del suo turno di presidenza.

⁷⁶ *Resoconto della seduta* dell’8 aprile 2009, p. 3.

Per tale via si intende individuare e definire quale sia il metodo della legislazione praticato nei singoli settori di intervento pubblico. [...]

Infine, il presidente invita ad una riflessione sugli strumenti da utilizzare al fine di rendere più penetrante ed efficace l'attività consultiva del Comitato per la legislazione sugli specifici provvedimenti oggetto di esame, in vista dell'obiettivo di fornire gli elementi di valutazione emersi in seno a questo organo sia mediante proposte emendative che con appositi interventi da parte dei componenti del Comitato per la legislazione nel corso delle sedute delle Commissioni o dell'Assemblea⁷⁷.

Emblematicamente, uno strumento nuovo ed atipico "difficilmente collocabile nel tradizionale quadro gerarchico delle fonti tipiche del diritto" nonché posto in violazione delle disposizioni della legge n. 400 del 1988 che al riguardo nulla dispongono è costituito dal "decreto del sottosegretario di Stato", di cui il Comitato sottolinea la non opportunità in un'osservazione⁷⁸.

5. Osservazioni conclusive. Il tentativo del Comitato di mettere ordine nel caos delle fonti, due esperienze con esiti opposti: il codice del processo amministrativo e la legge di riforma del sistema universitario.

Nella parte introduttiva del parere reso l'8 aprile 2009 – curata dal Presidente on. Lino Duilio – che precede l'esame del testo normativo, è contenuto un invito volto a rafforzare l'efficacia della funzione svolta dal Comitato e a renderla più penetrante⁷⁹, un'esigenza quest'ultima particolarmente sentita dal Comitato la cui "cartina al tornasole" è costituita dal seguito dei pareri⁸⁰, ovvero dalla traduzioni in emendamenti⁸¹

⁷⁷ *Resoconto della seduta* dell'8 aprile 2009, pp. 3-4 (corsivo aggiunto).

⁷⁸ Il Comitato osserva sotto il profilo della chiarezza e della proprietà della formulazione che "all'articolo 19, comma 3 – ove si prevede che al riparto dei nove seggi del consiglio di amministrazione dell'Agenzia nazionale per il turismo si provveda con « decreto del sottosegretario di Stato con delega al turismo » – dovrebbe verificarsi se sia opportuno attribuire tale potestà direttamente al sottosegretario, atteso che la legge n. 400 del 1988, che disciplina l'attività del Governo, non attribuisce espressamente la potestà ai sottosegretari di emanare propri decreti (anche se risultano casi in cui ciò è avvenuto con riguardo al sottosegretario delegato per il coordinamento della protezione civile)". *Resoconto della seduta* dell'8 aprile 2009, p. 8.

⁷⁹ "Lino DUILIO, *presidente*, in occasione della prima seduta del Comitato che si svolge nel corso del suo turno di presidenza, [...] invita i colleghi ad una riflessione sugli strumenti da utilizzare al fine di rendere più penetrante ed efficace l'attività consultiva del Comitato per la legislazione sugli specifici provvedimenti oggetto di esame, in vista dell'obiettivo di fornire gli elementi di valutazione emersi in seno a questo organo sia mediante proposte emendative che con appositi interventi da parte dei componenti del Comitato per la legislazione nel corso delle sedute delle Commissioni o dell'Assemblea". V. Parere 8 aprile 2009 (C. 1441-bis-B), pp. 3-4.

⁸⁰ Cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione* – primo turno di presidenza XVI legislatura (26 maggio 2008 – 25 marzo 2009) – *Presidente On. Franco Stradella*, pp. 16-20 e *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione* – secondo turno di presidenza XVI legislatura (26 marzo 2009 – 25 gennaio 2010) – *Presidente On. Lino Duilio*, pp. 76-80.

⁸¹ Nel *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione* – primo turno di presidenza XVI legislatura (26 maggio 2008 – 25 marzo 2009) – *Presidente On. Franco Stradella*, p. 18 si legge che

dei suggerimenti più significativi contenuti nei pareri e dalla trasposizione in ordini del giorno⁸² allo scopo di porre all'attenzione dell'Assemblea questioni ritenute dal Comitato meritevoli di particolare riflessione⁸³.

Con riguardo al profilo relativo alla produzione di testi legislativi volti al riassetto di ampi settori dell'ordinamento, è opportuno richiamare il parere reso ex art. 96-ter, comma 3, il 15 giugno 2010 (Atto n. 212). In particolare, occorre riferirsi alla parte che precede l'esame dello "schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo", attuativo della delega prevista dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009, dove emerge un'interessante riflessione dell'on. Zaccaria sulla funzione di supporto del

“appare di indubbia utilità tradurre in emendamenti i più significativi suggerimenti contenuti nei pareri, naturalmente ove ciò sia possibile senza incidere sulle scelte di merito”.

Con riferimento agli emendamenti aventi ad oggetto disegni di legge collegati alla manovra finanziaria, cfr. *Il parere del Comitato per la legislazione sui disegni di legge collegati alla manovra finanziaria e l'ammissibilità degli emendamenti*

“Nel corso del secondo turno di Presidenza ha trovato formale riconoscimento un ulteriore strumento di attuazione dei pareri del Comitato per la legislazione, riferito ai disegni di legge collegati alla manovra finanziaria.

Su impulso di alcuni membri del Comitato per la legislazione, era stata infatti avanzata alla Presidenza della Camera la richiesta di introdurre una deroga al regime di ammissibilità degli emendamenti in Assemblea su tali provvedimenti (il Regolamento, come è noto, limita l'ammissibilità ai soli emendamenti respinti in Commissione e a quelli riferiti a parti del testo nuove o modificate dalla Commissione). Ciò al fine di considerare ammissibili anche emendamenti che – pur presentati direttamente in Aula – siano univocamente volti a recepire condizioni poste nel parere del Comitato e formulate in modo testuale, così da non lasciare alcun margine di discrezionalità in ordine alle modalità di accoglimento.

Tale facoltà, che ha avuto un primo riconoscimento da parte della Presidenza della Camera in attesa di una valutazione da parte della Giunta per il Regolamento, è adesso codificata nel citato parere della Giunta reso nella seduta del 6 ottobre 2009.

Come opportunamente evidenziato dai relatori nell'illustrazione della loro proposta in seno alla Giunta per il Regolamento, anche tale possibilità si inquadra “in una prospettiva di rafforzamento dell'efficacia dei pareri espressi dal Comitato per la legislazione e ne differenzia la disciplina, per questo aspetto, da quella relativa ai pareri resi dalle Commissioni di merito, considerandone la peculiare natura e finalità”. V. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione –secondo turno di presidenza XVI legislatura (26 marzo 2009 – 25 gennaio 2010) – Presidente On. Lino Duilio*, pp. 77-78.

⁸² È possibile ravvisare nella presentazione di ordini del giorno una triplice funzione/finalità. In particolare: a) “La presentazione di appositi ordini del giorno in cui sono formulate valutazioni di carattere generale sulle problematiche della legislazione, soprattutto se connesse all'utilizzo dei diversi strumenti giuridici, si è infatti rivelata una opzione strategica e complementare rispetto alla sistematica presentazione di emendamenti ai singoli provvedimenti”; b) “Sotto un diverso profilo, l'ordine del giorno si presta anche a sensibilizzare l'Esecutivo a dar corso ad un'attività di riordino e sistematizzazione della normativa concernente particolari settori disciplinari oggetto di sporadici interventi”; c) “Infine, l'ordine del giorno costituisce anche uno strumento idoneo a promuovere un successivo comportamento dell'Esecutivo, che ponga rimedio ad un uso degli strumenti giuridici non pienamente rispettoso delle caratteristiche di ciascuno e delle esigenze di semplificazione e delegificazione dell'ordinamento”. Cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione –secondo turno di presidenza XVI legislatura (26 marzo 2009 – 25 gennaio 2010) – Presidente On. Lino Duilio*, pp.78-80.

⁸³ Sui profili generali dell'attività del Comitato per la legislazione si rinvia a L. LORELLO, *Brevi note sulla delegificazione e sul potere regolamentare del Governo nella “giurisprudenza consultiva” del Comitato per la legislazione. Il rilievo “esterno” delle sue determinazioni*, cit.

Comitato per la legislazione alle Commissioni di merito in occasione dell'esame dei testi aventi ad oggetto il riassetto di interi settori dell'ordinamento che avvengano anche mediante codificazione, come è avvenuto per il nuovo, e primo, Codice sul processo amministrativo⁸⁴.

Tale affiancamento viene definito "metodo ottimale ai fini dell'espletamento delle funzioni di indirizzo e controllo che il Parlamento è chiamato ad esercitare sui provvedimenti governativi attuativi di norme di delegazione"⁸⁵.

Nell'intervento dell'on. Zaccaria (in qualità di relatore) di "presentazione" del parere, è interessante notare che, oltre alle considerazioni di merito relative al contenuto dell'atto in esame, vengono fornite numerose indicazioni sul metodo seguito per l'esame dell'atto, indicando anche le ragioni che hanno condotto all'introduzione della raccomandazione, delle condizioni e delle osservazioni⁸⁶.

⁸⁴ D. lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 attuativo della delega conferita al Governo dall'art. 44 l. n. 69 del 2009 in *Supplemento ordinario alla G. U. n. 148 del 7 luglio 2010*.

Sotto il profilo strutturale, il decreto legislativo contiene le norme di approvazione del Codice e quattro Allegati: di essi il primo (che consta di 137 articoli) costituisce propriamente il Codice del processo amministrativo; il secondo reca le norme di attuazione; il terzo le norme transitorie; il quarto, infine, le norme di coordinamento e le abrogazioni.

Il Codice è a sua volta articolato in cinque libri, recanti, rispettivamente, le disposizioni di carattere generale, la disciplina del processo di primo grado, la disciplina delle impugnazioni, la disciplina dell'ottemperanza e dei riti speciali, le disposizioni finali. In argomento, cfr., tra gli altri, P. DE LISE, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, in www.federalismi.it, n. 18/2010.

⁸⁵ *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, p. 3.

⁸⁶ "Si tratta di un provvedimento di ampio respiro, alla cui redazione ha contribuito una Commissione tecnica composta da studiosi altamente qualificati.

Deve però evidenziare il mancato esercizio da parte del legislatore delegato di alcuni rilevanti ambiti della delega a suo tempo

conferita dalla legge n. 69 del 2009, ai fini dell'organico riassetto della disciplina del processo amministrativo.

Si è infatti omesso di provvedere all'introduzione nell'ordinamento positivo dell'azione di accertamento, istituto su cui la dottrina ha in passato a lungo dibattuto, ritenendosi da parte di alcuni studiosi che la stessa sia da ritenere comunque implicitamente ammessa dall'ordinamento. Né vi sono disposizioni finalizzate a realizzare quell'ampliamento delle funzioni istruttorie da esercitare in forma monocratica, vanificando così un principio di delega strettamente connesso all'obiettivo di una ragionevole durata dei processi in attuazione del principio costituzionale del giusto

processo. Manca inoltre la disciplina sul contenzioso elettorale, anch'esso materia oggetto della delega. Infine, non è stato previsto il termine massimo entro cui deve essere fissata l'udienza di merito qualora si provveda in via cautelare con ordinanza di sospensione dell'atto.

Su tale ultimo punto ha inteso formulare un'espressa condizione (all'articolo 55, comma 11), mentre ha ritenuto di formulare

un'osservazione in relazione all'articolo 11, in materia di *translatio iudicii*, che pure non risulta pienamente conforme alla norma di delega in quanto prevede la « riproposizione » del giudizio e non la « riassunzione » del processo e dei relativi termini come disposto dal citato articolo 44, comma 2, lett. e).

Nella proposta di parere ha anche svolto una specifica critica sul metodo adottato dal legislatore, che, pur producendo sia l'AIR che l'ATN, non ha tuttavia fornito alle Commissioni parlamentari un testo corredato di un adeguato apparato di note e di documentazione: esso sarebbe stato essenziale per

Dalla lettura del parere del 15 giugno 2010 emerge che l'attività del Comitato si è rilevata particolarmente efficace per la codificazione delle disposizioni disciplinanti il processo amministrativo, poiché ha permesso di guidare al meglio l'attività di riordino di un settore dell'ordinamento – quello processuale amministrativo – che da moltissimi anni richiedeva un'esaustiva opera di codificazione.

Segnatamente in premessa, il Comitato mette in evidenza che “lo schema di decreto legislativo non è tuttavia corredato di un apparato di note e di documentazione adeguato a realizzare un pieno discernimento di ciò che è nuovo, ciò che cristallizza orientamenti giurisprudenziali consolidati e ciò che invece riproduce sostanzialmente il diritto già vigente; tale modalità di attuazione della delega legislativa non consente quindi agli organi parlamentari di effettuare un pieno controllo sull'esercizio della delega nei suoi contenuti innovativi e nella completezza dell'opera di abrogazione del diritto vigente

consentire agli organi parlamentari di effettuare un pieno controllo sull'esercizio della delega nei suoi contenuti innovativi e nella completezza dell'opera di abrogazione del diritto vigente.

È di tutta evidenza che tale profilo risulta particolarmente rilevante quando si agisce in attuazione di una delega finalizzata al riordino normativo di un intero settore ordinamentale, in cui l'attività meramente compilativa si combina necessariamente con l'introduzione di contenuti sostanziali. Pertanto, ha ritenuto di inserire nella proposta di parere una raccomandazione affinché ciò non si ripeta in futuro per provvedimenti di analogo tenore.

Sempre sul piano del metodo ritiene meritevole di attenzione il termine di entrata in vigore del provvedimento, che è fissato al 16 settembre 2010. Si tratta di un termine a suo avviso eccessivamente stringente in relazione all'esigenza degli operatori di acquisire i necessari elementi di conoscenza e approfondimento della procedura; ciò anche in relazione ai previsti effetti di perenzione semi-automatica per le controversie incardinate da più di cinque anni (allegato 3). Ricorda che tale valutazione è stata espressa a più riprese anche durante le audizioni svolte in Commissione Affari Costituzionali. [...]

Con riferimento alla parte dispositiva del parere, segnala che tre condizioni (all'articolo 18, comma 7, all'articolo 26, comma 1 e agli articoli 112, comma 4 e 113) mirano a rendere il testo conforme a pronunce della Corte Costituzionale, nonché al principio costituzionale del doppio grado di giudizio.

Ulteriori due condizioni, riferite all'Allegato 4, riguardano il mancato coordinamento con il decreto legislativo 10 dicembre 2009, n. 179 di ricognizione delle disposizioni legislative statali anteriori al 10 gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore. [...]

Altri rilievi formulati riguardano il raccordo del testo con norme costituzionali – che a suo avviso dovrebbero essere integralmente riprodotte oppure esplicitamente richiamate – nonché con norme processualcivilistiche cui si rinvia nonostante, nei loro meccanismi applicativi, esse non siano immediatamente trasponibili nel giudizio amministrativo. Si riferisce, in particolare all'articolo 63, comma 3, in materia di assunzione della prova testimoniale in forma scritta.

Rileva, ancora, che non appare opportuno che un provvedimento che si qualifica come «codice del processo amministrativo» utilizzi rinvii normativi formulati in termini generici ad «altri casi espressamente previsti» (come all'articolo 87) ovvero «salvo ulteriori previsioni di legge» (articolo 133). Ciò in quanto la normativa in esso contenuta dovrebbe essere connotata dal carattere di esaustività della disciplina generale ed all'emanando codice dovrebbe conseguire l'abrogazione di tutte le disposizioni preesistenti in tale ambito che non abbiano carattere di disciplina speciale o eccezionale.

Infine, oltre a numerose richieste di correzione di talune norme, su cui rinvia al testo della proposta di parere, segnala un ultimo suggerimento concernente l'integrazione dell'articolo 7 con l'espressione «tutela di interessi legittimi contro» atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni. È una richiesta di modifica del testo che sottende all'affermazione del principio secondo cui l'azione giurisdizionale in campo amministrativo deve anch'essa avere al centro la tutela di posizioni soggettive e non la mera protezione dell'interesse pubblico”. *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, pp. 3-5.

che è particolarmente rilevante quando si agisce in attuazione di una delega finalizzata al riordino normativo di un intero settore ordinamentale, in cui l'attività meramente compilativa si combina necessariamente con l'introduzione di contenuti sostanziali"⁸⁷.

Quanto espresso in premessa viene, infine, ribadito in una raccomandazione attraverso cui il Comitato, in relazione al parametro dell'efficacia del testo per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente, introduce una considerazione di carattere generale sottolineando la necessità che i testi legislativi volti al riassetto di ampi settori dell'ordinamento – disciplinati, il più delle volte, da stratificazioni normative e frammentarie – siano corredati da “note” e “documenti istruttori” idonei a consentire un adeguato svolgimento dell'istruttoria parlamentare, nonché siano utili al fine di discernere ciò che rappresenta opera di mera compilazione di disposizioni preesistenti (da abrogare) da ciò che costituisce, invece, contenuto innovativo⁸⁸.

Il criterio che giustifica tale raccomandazione è operativo sia nel caso specifico, ossia rendere conoscibile all'interprete la disciplina – nel suo complesso – che regola il primo codice del processo amministrativo, sia in generale per la futura operazione normativa di codificazione anche di altri settori dell'ordinamento, nel rispetto – in entrambi i casi – dei principi di conoscibilità e di certezza del diritto.

Il contenuto di tale raccomandazione svela anche chiaramente il suo scopo, ovvero permettere che i pareri abbiano una effettiva incidenza nel tentativo di riordino consapevole delle fonti del diritto, scopo che si può dire raggiunto nel testo del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 (c.d. Codice del processo amministrativo). Ed invero, l'esito di tale codificazione ha risposto alle indefettibili esigenze di unificazione, chiarificazione e coordinamento delle fonti disciplinanti il processo amministrativo.

Si osservi, peraltro, che in diverse parti del parere del 15 giugno 2010 era stata sottolineata la necessità che l'attuazione della delega legislativa di cui all'art. 44 della legge n. 69 del 2009 fosse rispondente all'obiettivo dell'attuazione del principio costituzionale del giusto processo⁸⁹.

Per un verso, l'on Zaccaria sostiene, nella parte che precede l'esame dell'Atto 212, che “mancano disposizioni finalizzate a realizzare quell'ampliamento delle funzioni istruttorie da esercitare in forma monocratica, vanificando così un principio di delega strettamente connesso all'obiettivo di una ragionevole durata dei processi in attuazione del principio costituzionale del giusto processo”⁹⁰.

⁸⁷ *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, pp. 6-7.

⁸⁸ *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, p. 11. Sulle raccomandazioni quali elementi strutturali del parere, v. L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, cit., pp. 296-301.

⁸⁹ “Il Codice offre un significativo bagaglio di novità e molti importanti strumenti, che, ci si auspica, possano contribuire (anche attraverso una maggiore chiarezza e certezza delle regole) ad un funzionamento sempre migliore della giustizia amministrativa, accompagnando i giudici e gli operatori in un percorso che garantisca in modo sempre più effettivo e sostanziale il valore primario del “giusto processo”, assicurando una reale garanzia del contraddittorio e una giustizia celere, ma qualitativamente adeguata alla rilevanza (non meramente economica) delle controversie”. Così, M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2010, p. 10.

⁹⁰ *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, p. 4 (corsivo aggiunto).

Per altro verso, l'on. Anna Maria Bernini Bovicelli, “effettua alcune precisazioni sulle critiche espresse in relazione all’attuazione delle garanzie costituzionali del giusto processo nelle disposizioni oggetto di esame”⁹¹.

Infine, nella seconda osservazione formulata sulla base del criterio della chiarezza e della proprietà della formulazione si afferma che: “agli articoli 2 e 3 – che costituiscono disposizioni volte a fissare i principi della giurisdizione amministrativa in ordine al “giusto processo” ed all’obbligo di motivazione dei provvedimenti – dovrebbe verificarsi l’esigenza di effettuare un espresso richiamo all’articolo 111 della Costituzione ed eventualmente adottare una locuzione assolutamente coincidente con l’articolo 111, sesto comma, della Costituzione che riferisce l’obbligo di motivazione ad ogni provvedimento giurisdizionale, mentre l’articolo 3 si riferisce al provvedimento decisorio del giudice”⁹².

Tale osservazione è stata parzialmente accolta⁹³. Ed invero, mentre nell’art. 2, “Giusto processo”⁹⁴, si è aggiunto il riferimento espresso all’art. 111, primo comma, Cost, nella formulazione dell’art. 3 “Dovere di motivazione e sinteticità degli atti”⁹⁵, manca l’indicazione dell’art. 111, sesto comma, Cost.

Come sopra evidenziato, l’esame congiunto dei pareri resi l’8 aprile 2009 e il 15 giugno 2010 presenta numerose connessioni, quella che infine si vuole evidenziare è che alle modalità di redazione dei testi unici compilativi indicate nel primo parere si è data ottemperanza – mutuando un termine della giustizia amministrativa – attraverso il successivo parere che ha avuto ad oggetto la difficile opera di codificazione del processo amministrativo.

In dottrina, a tal proposito si è sostenuto che “quella riguardante il processo amministrativo, più di altre, è soggetta a continue trasformazioni, in quanto il settore da cui ha origine e su cui deve operare è in evoluzione, in altre parole perché l’azione amministrativa di per sé non può avere carattere statico, ma dinamico, perché l’interpretazione giurisprudenziale si deve adattare a tali trasformazioni. Nello stesso

⁹¹ *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, p. 5 (corsivo aggiunto).

⁹² *Resoconto della seduta* del 15 giugno 2010, p. 8.

⁹³ “L’efficacia dei pareri del Comitato può essere senz’altro misurata sulla base del numero di condizioni ed osservazioni effettivamente recepite dalle Commissioni parlamentari o, al limite, della percentuale dei casi in cui queste ne abbiano motivato il mancato recepimento”. Così, M. P. TRIPALDI, *Il Comitato per la legislazione tra normativa ed effettivo svolgimento delle funzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 111, in www.osservatoriodellefonti.it.

⁹⁴ Art. 2, d.lgs. n. 104/2010

1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione.

2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo.

⁹⁵ Art. 3, d.lgs. n. 104/2010.

1. Ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato.

2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica.

tempo è necessario per garantire un miglior funzionamento della giustizia che l'utente sappia esattamente e precedentemente le regole del processo.

Ora, questa stabilità e, contemporaneamente, adattabilità del processo all'evoluzione storica è sicuramente obiettivo di questo disegno di decreto legislativo, ma forse vi sono delle norme che possono minare alla base questa stabilità [...]

Tutto ciò induce a constatare che quel comma 3 dell'art. 3 della legge n. 69 del 2009, oggetto di esame del Comitato nella seduta dell'8 aprile 2009, costituisca la giusta soluzione per indurre, al più tardi ogni sette anni, il Governo (e in questo caso anche il Consiglio di Stato) a precisare meglio il contenuto ed i caratteri del processo.

Non si tratta pertanto di una norma che sollecita ed induce a rendere l'ordinamento eccessivamente instabile e soggetto a continue trasformazioni, ma si limita a prendere atto che l'evoluzione normativa, specialmente in questo settore del processo amministrativo, impone di intervenire formalmente⁹⁶.

In conclusione, se dalla prospettiva di mettere ordine nel caos delle fonti, l'azione di affiancamento e di supporto del Comitato in vista della redazione del nuovo, e primo, codice del processo amministrativo, può dirsi indubbiamente efficace, non altrettanto positivo – per i motivi prima esposti – può essere il giudizio sul seguito della “giurisprudenza consultiva” del Comitato in merito alla legge di riforma dell'ordinamento universitario.

6. (segue) L'esistenza di un principio costituzionale implicito come canone sufficiente per il rispetto dei limiti della potestà regolamentare.

I decreti di “natura non regolamentare” e le altre anomalie nell'esercizio del potere regolamentare e pararegolamentare dell'Esecutivo rappresentano, come già detto, una fuga dal regolamento, ovvero un'evidente violazione dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988. Tale disposizione da sempre reputata fragile sul piano della forza vincolante sul legislatore futuro, proprio in virtù della sua natura di legge ordinaria, in realtà potrebbe essere rivestita di nuova luce se seguendo l'impostazione di un'insigne dottrina si concordasse nell'affermare che tale legge trova il suo fondamento nella sussistenza di un principio costituzionale implicito che come tale dovrebbe costituire sufficiente vincolo per ottenere il rispetto dei limiti della potestà regolamentare.

Immaginiamo, sostiene autorevole dottrina, di formulare il seguente principio costituzionale: “la legge può attribuire ad altre autorità potestà normative subordinate alle leggi, purché, a tutela dell'affidamento del cittadino, della certezza del diritto, del buon andamento dell'amministrazione, tutti i tipi di atti normativi siano elencati in una legge generale, non derogabile caso per caso neppure da successive leggi particolari, e nessun contenuto normativo sia ammesso se non introdotto con uno di tali atti normativi”. Se, inoltre, la Corte costituzionale condividesse l'esistenza e la portata di

⁹⁶ E. CATELANI, *La legge delega n. 69 del 2009 e il progetto di codice del processo amministrativo. Contenuto e limiti della delega legislativa*, cit. (corsivo aggiunto).

tale principio almeno implicitamente, si potrebbe sostenere che quella legge generale esiste già, essa è proprio la legge n. 400 del 1988, anzi più “in particolare l’art. 17 di tale legge che enumera tutti i regolamenti statali possibili cosicchè qualsiasi contenuto normativo subordinato alla legge o viene introdotto con uno di tali regolamenti, seguendo le prescrizioni ivi previste o è illegittimo”⁹⁷.

Dunque, le esigenze di ordine, chiarezza, coerenza e trasparenza in materia di fonti regolamentari era emersa anche nell’immediata vigenza della legge n. 400 del 1988 e il timore della violazione dell’art. 17 era già una preoccupazione insita in dottrina, quasi da palesarsi negli anni avvenire alla stregua – mutuando questa volta il gergo psicoanalitico – di “una profezia che si autoavvera” se, come si è cercato di evidenziare nella pagine precedenti, anche nelle recentissime riforme (per tutte, quella dell’ordinamento universitario) di cui è stato promotore il Governo, il decreto “di natura non regolamentare” – istituto giuridico ambiguo e ad “atto statale dalla indefinibile natura giuridica (cui peraltro si attribuisce la disciplina di materie che necessiterebbero di una regolamentazione tramite fonti primarie)⁹⁸ – stenta ad estinguersi.

La resistenza, o meglio dovrebbe dirsi, la sopravvivenza a censure di illegittimità costituzionale di tali fonti⁹⁹ è ancora più grave se si tiene conto che “attraverso l’uso di decreti autoqualificanti “di natura non regolamentare”, non solo si produce la violazione dell’art. 17 della l. n. 400 del 1988, il cui ambito di applicazione può anche ritenersi ridimensionato a seguito dell’entrata in vigore del nuovo art. 117, comma 6 Cost., ma non certamente abrogato, non solo si determina un vulnus dei limiti costituzionali delle competenze, ma si determina, assai più gravemente, una torsione in senso antidemocratico della forma di governo, garantendo al Governo il diritto all’atipicità dei provvedimenti e alla scelta del tipo, che appaia più adeguato all’indirizzo politico di maggioranza, in spregio ai principi della certezza del diritto e della corrispondenza della forma dell’atto agli effetti normativi dal medesimo ordinariamente prodotti”¹⁰⁰. [...]

“Quello dei decreti “di natura non regolamentare” costituisce, dunque, una conseguenza estrema della perdita di senso del principio di separazione dei poteri, dell’indifferenza per le forme, del prevalere di interessi particolari, insuscettibili di tradursi in una sintesi collettiva, sostenuta dal consenso”¹⁰¹.

⁹⁷ Così, G. U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 9/1988, p. 1523.

⁹⁸ Corte cost., sent. 116/2006, punto 7 del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

⁹⁹ Da ultimo, cfr. Corte cost. sent. n. 15 del 2010, cit. La Corte, pur essendosi imbattuta in questa recente pronuncia nei decreti “di natura non regolamentare”, non ha assunto provvedimenti sanzionatori nei confronti di tali strumenti normativi e non si è nemmeno soffermata ad indagare sulle ragioni “occulte” del ricorso da parte del Governo a tale fonte “a-sistemica”.

¹⁰⁰ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, cit.

¹⁰¹ *Ibidem*.

“Un atto va qualificato come “regolamento” non perché disciplini un certo oggetto o abbia un certo contenuto, ma in quanto sia venuto ad esistenza in applicazione e nel rispetto delle “norme sulla normazione” che lo riguardano”¹⁰². Ovviamente, ciò non significa che il rispetto rigoroso della forma, lasci assoluta libertà nella composizione del contenuto sottoposto comunque al rispetto di certi limiti (es., un regolamento non può disciplinare una materia coperta da riserva di legge).

I rilievi formulati nel parere del 15 ottobre 2008 (sul procedimento di adozione di un decreto ministeriale) – sotto forma di “condizione” e di “osservazione” – dimostrano, come sottolineato nelle riflessioni dell’on. Prof. Zaccaria¹⁰³, che “le modalità di svolgimento delle procedure non consentono ancora di sviluppare un metodo di produzione legislativa soddisfacente” nonché attestano un improprio utilizzo degli strumenti normativi.

Quindi, così composto il sistema delle fonti risulta contaminato da normativa “regolamentare” e “pararegolamentare” che nella forma e nella sostanza tradisce la disposizione di cui all’art. 17 della l. 400 del 1988 in un decrescendo che appare

¹⁰² Così, L. COSSU, voce *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5030.

¹⁰³ Parere 15 ottobre 2008 (C. 1441-ter), p. 7. “Non può esimersi dal segnalare, peraltro, come ancora una volta vengano in rilievo modalità di svolgimento delle procedure che non consentono di sviluppare un metodo di produzione legislativa soddisfacente. Una delle conseguenze risulta essere la necessità di tornare frequentemente su materie e su disposizioni oggetto di approvazione in tempi recentissimi, come testimoniato dall’articolo 3-bis del provvedimento in esame.

Dall’esame di tale norma e del complesso del provvedimento discendono una serie di riflessioni di ordine generale sull’utilizzo degli strumenti normativi, che reputa meritevoli di attenzione ed, eventualmente, di menzione nel parere.

Una prima considerazione riguarda, come detto, la frequenza con cui si modificano testi legislativi licenziati da appena qualche mese e con tempi di esame alquanto compressi (come si è verificato in occasione del decreto n. 112 del 2008), e sui quali appunto il Governo stesso si vede poi costretto a intervenire con finalità correttive già solo dopo pochi giorni dalla loro entrata in vigore.

Una seconda riflessione parte dal contenuto dell’articolo 3-bis, che dispone un’ennesima delega al Governo. Come a tutti noto, la Costituzione ha circondato di precauzioni gli istituti che consentono al Governo l’esercizio della potestà legislativa: se per i decreti-legge è stabilito un termine di vigenza e requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, anche per il conferimento di deleghe legislative sono comunque fissati specifici requisiti, nonché l’onere procedurale della « riserva di Assemblea » per l’approvazione della relativa legge. La cautela del legislatore costituzionale era probabilmente connessa alla necessità di assicurare la massima riflessione possibile sul conferimento al Governo di poteri propri del Parlamento cui, invece, nella recente prassi, non si dà corso. Al contrario, si assiste al fenomeno della compresenza in singoli disegni di legge di numerosissime deleghe al Governo, che vengono poi approvate senza che vi sia un’adeguata consapevolezza dell’ampiezza del fenomeno e delle sue inevitabili conseguenze, ovvero il trasferimento del potere legislativo dalle Camere al Governo.

Un terzo elemento di riflessione riguarda invece la tecnica normativa specificamente adottata sempre nel medesimo articolo 3-bis. Nella proposta di parere presentata dal relatore si segnala, sia pure in modo incidentale, che l’inserimento di una disposizione di delega nell’ambito di un decreto legge ormai convertito costituisce un fenomeno che, pur non configurandosi in violazione dei limiti sostanziali della legge n. 400 del 1988, non è comunque del tutto lineare, apparendo quindi, a suo avviso, opportuno collocare la norma al di fuori del predetto decreto legge”.

allontanare la norma che ne è di fatto prodotta dai tratti ad essa tradizionalmente attribuiti, cioè, la generalità, l'astrattezza e l'innovatività.

In conclusione, per chiudere il cerchio di fronte all'orizzonte ormai caotico e piuttosto disordinato del "sistema" delle fonti del diritto – incipit delle nostre riflessioni – “se alle disarmonie di sistema non metterà riparo l'interprete, si può infatti esser sicuri che ci penserà la “natura delle cose”¹⁰⁴. O almeno, questo è l'auspicio.

¹⁰⁴ F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali “non aventi natura regolamentare”*, cit., p. 822.