

A PROPOSITO DI REGOLAMENTI MINISTERIALI IN DELEGIFICAZIONE

di *Marco Ruotolo**

SOMMARIO: 1. Una premessa definitoria. – 2. I regolamenti ministeriali nella (e al di là della) legge n. 400 del 1988. – 3. Alcuni casi (o tentativi) di delegificazione mediante regolamento ministeriale. – 4. Le ragioni della incostituzionalità di leggi che autorizzino regolamenti ministeriali in delegificazione (e degli stessi regolamenti delegificanti). – 5. Decreti di natura non regolamentare in delegificazione? – 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. Una premessa definitoria.

Possono darsi regolamenti ministeriali (o interministeriali) in delegificazione?

Cercherò di rispondere a questa domanda non limitando il discorso a quanto positivamente previsto dall'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400¹, che, peraltro riferendosi esclusivamente ai regolamenti del Governo (e non del singolo Ministro), si atteggia a norma *sulla* normazione, predisponendo *un* procedimento, non necessariamente l'*unico* procedimento possibile, per operare quel *trasferimento-dimissione* dalla sede parlamentare a quella governativa, che usualmente denominiamo "delegificazione"².

Per meglio comprendere i termini del discorso che si sta per affrontare, ritengo utile richiamare una proposta definitoria, che mi sembra idonea a cogliere le principali implicazioni del fenomeno "delegificazione", distinguendo, anzitutto, le norme *sulla* delegificazione dalla norme *di* delegificazione³. La norma *sulla* delegificazione è quella

* Professore ordinario di Diritto costituzionale dell'Università di Roma 3.

¹ L'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 così dispone: "Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari".

² La delegificazione può operare, ovviamente, anche a favore di soggetti diversi dal Governo (es.: autorità indipendenti, enti pubblici). Sul tema della delegificazione la bibliografia è vastissima. Limitandosi alle opere monografiche e alle voci enciclopediche successive al 1988, si vedano, almeno, V. ITALIA, *La delegificazione*, Milano, 1992; V. COCOZZA, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1997, X, 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delegificazione*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, Milano, 1999, III, 492 ss.; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999; S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, 2001; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003; A. MORRONE, *Delegificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1771 ss.; V. COCOZZA, *Delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2010.

³ Cfr. F. MODUGNO – A. CELOTTO – M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, 23 ss. e poi F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 121 ss.

il cui contenuto consiste esclusivamente nel porre un procedimento per delegificare. La norma *di* sola delegificazione è quella che opera una delegificazione attuando il procedimento prescritto da una norma *sulla* delegificazione. Può anche darsi, però, che la norma che opera una delegificazione stabilisca al contempo lo specifico procedimento per delegificare, senza rifarsi (o derogando a) una previgente norma sulla delegificazione: in tal caso si avrà una norma *sulla e di* delegificazione.

In base a questa distinzione, possiamo, ad esempio, annoverare: a) l'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 tra le norme *sulla* delegificazione; b) le varie disposizioni di leggi istitutive della autorità indipendenti che si pongono come dispositive o suppletive rispetto a future regolamentazioni adottate dalle stesse autorità, specie con riguardo alla propria organizzazione o al proprio funzionamento, tra le norme *sulla e di* delegificazione (es.: art. 1, commi 9 e 22 della legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni); c) le singole disposizioni legislative che autorizzano il ricorso al regolamento governativo invocando l'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, come norme *di* sola delegificazione, in quanto realizzano la previsione di una norma *sulla* delegificazione.

Ma, nel caso *sub c)*, ove l'invocazione dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sia meramente formale, non essendo, ad esempio, determinate le norme generali regolatrici della materia o determinate le norme vigenti che saranno abrogate con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari, dovrebbe ritenersi che, magari surrettiziamente, sia stato introdotto un procedimento diverso e *ad hoc*, atteggiandosi le specifiche disposizioni abilitanti come norme non solo *di* ma anche *sulla* delegificazione. Ora, se si guarda alla prassi legislativa, peraltro non sanzionata, anzi avallata dal Consiglio di Stato, le ipotesi di delegificazione a favore di regolamenti governativi compiute “fuori” dal modellino dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sono tali e tante da indurre a dubitare della sua stessa tenuta. Qui non si pone soltanto il problema della resistenza – da parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza maggioritarie – a riconoscere ad una disposizione legislativa, in virtù del suo contenuto (cioè del fatto che pone norme sulla normazione), la capacità di condizionare future norme poste da fonti di pari rango (questione dei c.d. autovincoli legislativi)⁴. Si pone anche, e forse soprattutto, il problema della “ingenuità” del disposto di cui all'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, della “vaghezza” delle formule in esso utilizzate. Non si capisce, infatti, cosa mai siano “le norme generali regolatrici della materia” che la legge dovrebbe determinare nell'autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare; appare difficile, se non illusorio, preconizzare che la singola disposizione legislativa *di* delegificazione sia sempre in grado di indicare puntualmente quali “norme vigenti” siano abrogate “con effetto dall'entrata in vigore

⁴ Si dovrebbe ammettere, stando ad una certa ricostruzione, che il disposto vincoli il legislatore futuro, almeno nel senso che questi per derogarvi dovrebbe espressamente disporre in tal senso, introducendo una nuova norma *sulla* delegificazione (che potrà essere ovviamente anche *di* delegificazione). Sul problema degli autovincoli legislativi, sia in astratto sia con riferimento all'attuale ordinamento giuridico italiano, v. S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 1997, 61 ss., e ivi l'illustrazione delle diverse posizioni del problema con riguardo ai limiti procedurali e sostanziali.

dei regolamenti governativi”. Non sembra reggere, alla prova dei fatti, la tesi per cui l’effetto abrogativo sarebbe precisato nella sua estensione materiale dalla legge, pur essendo *sospensivamente condizionato* dall’entrata in vigore delle norme regolamentari⁵. Non è forse vero, almeno nella maggior parte dei casi, che è il regolamento stesso a individuare le norme di legge abrogande? Non è forse vero che le “norme generali regolatrici della materia”, quando vi sono, assomigliano tanto ai “principi e criteri direttivi” che, ai sensi dell’art. 76 Cost., la legge deve fissare affinché l’esercizio della funzione legislativa possa essere delegato al Governo? Non è forse vero che, sul piano dell’effettività, i regolamenti governativi in delegificazione si atteggiano ad atti aventi forza di legge? Atti sostanzialmente dotati di forza di legge che, esclusivamente in ragione della forma, sono però sottratti al controllo della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale⁶.

Si tratta, all’evidenza, di un paradosso: la Corte non può (non vuole?) sindacare i regolamenti perché formalmente atti privi di forza di legge, né, ove si tratti di delegificazione ex art. 17, comma 2, della legge 400 del 1988, sindacare il rispetto delle regole ivi sancite da parte della specifica legge di autorizzazione, non potendo il parametro essere costituito da una norma di rango primario. Anche se, in quest’ultima ipotesi, potrebbe benissimo affermarsi che, ancorché il predetto comma 2 dell’art. 17 “non funga per sé solo da parametro dei giudizi della Corte”, “il mancato rispetto dei criteri che lo informano potrebbe rappresentare il sintomo di un aggiramento della Costituzione, relativamente al riparto dei poteri normativi fra il Parlamento e il Governo”⁷ – e quindi dello specifico parametro costituito dall’art. 77, comma 1, Cost. – se non pure di una violazione dell’art. 113 Cost., in quanto l’assenza di qualsiasi determinazione in ordine all’esercizio del potere conferito renderebbe “la legge

⁵ Più precisamente, tende a prevalere la tesi, che sembra però smentita dalla prassi, secondo la quale si verificherebbe, nella specie, una ipotesi di *abrogazione differita*. La tesi fu elaborata in Italia da CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), Milano, 1964, 64, ma con riferimento al fenomeno abrogativo in generale, ritenendo che qualsiasi legge nascesse condizionata al sopravvenire del fatto di una legge posteriore. È curioso che questa tesi, abbandonata dalla prevalente dottrina con riferimento al fenomeno abrogativo in generale, sia invece utilizzata con esclusivo riferimento al caso della legge destinata ad essere abrogata dal regolamento. Sul punto v. F. BERTOLINI, *Profili interpretativi della costituzionalità del potere regolamentare in deroga alla legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 82 s.

⁶ Si ricordi la nota tesi di C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, Milano, 1964, 93 ss., che sosteneva la necessità di un sindacato della Corte costituzionale sui regolamenti “delegati”, in quanto, potendo abrogare la legge, dotati della stessa efficacia formale di quest’ultima. Tanto più che – diversamente da quanto previsto dall’art. 76 Cost. per la delega legislativa formale – il potere conferito non è solitamente limitato nel tempo. La Corte costituzionale è, come noto, di diverso avviso: v., da ultimo, sent. n. 58 del 2010, che ha dichiarato inammissibile una questione riguardante “principalmente un provvedimento che, seppur di delegificazione, è comunque atto di natura regolamentare”. Sulla questione v. già, C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi e oggettivi degli “atti aventi forza di legge”*, in *Giur. Cost.*, 1959, 1077 ss. (nonché, con specifico riferimento agli atti ministeriali, Id., *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, in *Giur. Cost.*, 1963, 538 ss.); V. CRISAFULLI, *Atti con forza di legge e regolamenti atipici*, in *Giur. Cost.*, 1963, 201 ss.; R. LA VALLE, *Se e perché alcuni regolamenti vadano qualificati come atti aventi forza di legge*, in *Giur. It.*, 1970, I, 1, 1289 ss.

⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 356.

inidonea a funzionare da parametro di legittimità del regolamento, rendendo impossibile ai giudici esercitare su quest'ultimo il necessario controllo”⁸.

Tuttavia, in assenza di una decisa presa di posizione della Corte costituzionale nel senso da ultimo indicato, non può negarsi che l'effetto delegificante finisca per essere imputato direttamente al regolamento. Con conseguenze anche sul piano definitorio, in quanto se è vero che alla luce della richiamata distinzione tra norme *sulla* e norme *di* delegificazione sarebbe più corretto definire tali regolamenti come *in* delegificazione, quali parti di un più ampio procedimento delineato appunto dalle norme *sulla* e *di* delegificazione, essi sembrano sempre più atteggiarsi come propriamente *delegificanti*, nella misura in cui, come si è detto, l'effetto delegificante pare ad essi (e non alla legge) direttamente imputabile⁹.

2. I regolamenti ministeriali nella (e al di là della) legge n. 400 del 1988.

Sulla base di queste premesse, che riguardano i regolamenti del Governo, passo ora ad esaminare la più specifica questione relativa ai regolamenti ministeriali.

L'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 stabilisce che i regolamenti ministeriali (o interministeriali) sono adottati con decreto del singolo Ministro (o con decreto interministeriale). Per essi – come per i regolamenti governativi – è richiesto il parere del Consiglio di Stato e la registrazione della Corte dei conti. Prima della loro emanazione devono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri, all'evidente scopo di consentire a quest'ultimo di esercitare i poteri connessi alla funzione di mantenimento dell'unità di indirizzo politico e amministrativo (art. 95 Cost.). Anche tali atti devono recare la denominazione “regolamento” e sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale.

Diversamente dai regolamenti governativi, la legge n. 400 del 1988 non delinea una tipologia di regolamenti ministeriali, limitandosi a prevedere che “possono essere adottati nelle materie di competenza del ministro” (ovvero, ove si tratti di decreti

⁸ L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, 47; e già ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 153 ss.

⁹ Il fatto che l'abrogazione finisca per essere disposta direttamente dal regolamento ha indotto la dottrina a mettere in evidenza i “punti di contatto” tra il fenomeno della delegificazione mediante regolamento a quello della delegazione legislativa. Come sottolineato da F. SORRENTINO, *A proposito di delegazione legislativa e di delegificazione*, in *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 602, “nel momento in cui il legislatore abbia, con formula del tutto generica, attribuito all'esecutivo il potere di abrogare, entro un certo termine, le disposizioni legislative preesistenti in una determinata materia, diviene impossibile ricorrere tanto all'idea dell'abrogazione condizionata, quanto a quella del carattere cedevole delle disposizioni soggette ad abrogazione, sicché l'idoneità del regolamento ad abrogare quelle disposizioni non potrebbe che ricondursi alla qualità stessa del potere così conferito”. Secondo l'Autore, “la diversa qualità del potere conferito ... impedisce che il conferimento di potere regolamentare produca gli stessi effetti della delega legislativa, esponendo le straordinarie riforme effettuate in questi anni attraverso la comoda scorcioia della legislazione ordinaria e dei regolamenti delegificanti a gravi censure di incostituzionalità” (603). Le medesime considerazioni sono ora riproposte dall'Autore in *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 320 ss.

interministeriali, di più ministri), “quando la legge espressamente conferisca tale potere” (art. 17, comma 3, che con riguardo ai regolamenti interministeriali precisa che resta ferma “la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge”), specificando, altresì, che tali atti “non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo”¹⁰.

Anche nella formulazione del terzo comma dell’art. 17 sono riscontrabili non poche “ambiguità”. Quale è il “potere” che deve essere espressamente conferito dalla legge al Ministro¹¹? Stante anche la precisazione riguardante i regolamenti interministeriali (“necessità di apposita autorizzazione da parte della legge”), dovrebbe ritenersi che essi possano essere adottati “solo quando la legge lo consenta in modo espresso e puntuale”¹².

¹⁰ Sul punto il legislatore ha seguito lo schema delineato nelle disposizioni preliminari al codice civile, ove è stabilito non solo che “il potere regolamentare di altre autorità [altre rispetto al Governo] è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità a leggi particolari” (art. 3, comma 2), ma anche che i relativi regolamenti “non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti del Governo” (art. 4, comma 1, secondo periodo). Sul piano costituzionale il fondamento generale della potestà regolamentare si rinviene, come è noto, nell’art. 87, comma 5, Cost., a norma del quale il Presidente della Repubblica “emana i regolamenti”, nonché, ora, nell’art. 117, comma 6 (nella formulazione risultante dalla legge cost. n. 3 del 2001), a norma del quale “la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni”. In entrambi i casi, il testo costituzionale fa generico riferimento alla potestà regolamentare, senza riferirsi espressamente ed esclusivamente a quella del Governo.

¹¹ Come è noto, la questione del fondamento della potestà regolamentare ha interessato la dottrina già in età pre-repubblicana. Ma il problema si è posto, soprattutto, con riferimento alla potestà regolamentare del Governo e non del singolo Ministro, contrapponendosi, fondamentalmente, due tesi: quella per cui i regolamenti dell’esecutivo dipendono da una attribuzione legislativa del relativo potere (G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, 1929, 150 ss.); quella per cui essi sono il frutto di una competenza propria del Governo, che si fonda su una autorizzazione “tacita o generale” o su “poteri direttamente conferiti al Re dalla Costituzione” ovvero sul criterio per cui il Governo deve avere in sé “la possibilità di adempiere al suo scopo” (F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, III, 157 ss.). L’attualità di queste argomentazioni e impostazioni è messa mirabilmente in evidenza da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 346 ss., con specifico riferimento alle possibili letture dei disposti contenuti nell’art. 17 della legge n. 400 del 1988. Partendo dall’assunto circa il “*carattere chiuso delle cosiddette fonti primarie*, inconcepibili in mancanza di un riconoscimento costituzionale (per non dire dello stesso art. 70 della Costituzione, che in via di principio assegna alle Camere l’intera ‘funzione legislativa’”, PALADIN, *op. cit.*, 348, si chiede se a istituire le potestà regolamentari del Governo, concretizzando gli artt. 95 e 97 Cost., bastino “*attribuzioni legislative disposte una volta per tutte*” oppure occorran “*conferimenti specifici* e rigorosamente circoscritti, fino al punto di riservare alla legge la determinazione delle norme fondamentali della materia”. La legge n. 400 del 1988 – osserva Paladin – sembra orientare nel primo senso: non sono necessari “*appositi conferimenti legislativi*, se non per quanto riguarda le potestà regolamentari dei ministri, nonché per i regolamenti [governativi] delegificanti o ‘delegati’, distintamente considerati dal comma 2. “*Tutto il resto* – prosegue Paladin – dai regolamenti [governativi] di esecuzione, attuazione, integrazione delle leggi e dei decreti legislativi, fino ai cosiddetti regolamenti indipendenti, viene fatto rientrare ... nell’ordinaria competenza regolamentare”.

¹² L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento*, cit., 39.

In effetti, già prima della legge n. 400 del 1988, il Consiglio di Stato aveva precisato che la potestà regolamentare dovesse intendersi ascritta al Governo nel suo complesso¹³, non potendo essere delegata al singolo Ministro, pur non escludendosi che apposita legge potesse autorizzare l'adozione di regolamenti ministeriali¹⁴. D'altra parte, la legge 31 gennaio 1926, n. 100, nel disciplinare gli atti normativi del Governo si riferiva sempre ad atti deliberati dal Consiglio dei Ministri.

Se è vero che i regolamenti ministeriali necessitano di specifica autorizzazione legislativa dovrebbe escludersi la possibilità che essi possano essere indipendenti, ammettendosi, invece che possano essere di esecuzione e di attuazione. Resta impregiudicata la questione se essi possano essere *in delegificazione*, ancorché una parte della dottrina lo escluda proprio sulla base dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, facendo leva sulla previsione per cui essi non possono dettare norme contrarie ai regolamenti governativi e possono essere adottati solo se la legge espressamente conferisca tale potere al Ministro nella materie di sua competenza¹⁵. Ma anche ad ammettere tale esclusione, peraltro implicita, da parte della legge n. 400 del 1988, non potrebbe comunque darsi detta possibilità al di fuori di quanto previsto dalla su richiamata legge? In altre parole, se finora le leggi abilitanti e i relativi decreti si sono richiamati espressamente all'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, potrebbe invece accadere che il legislatore, senza alcun riferimento alla disciplina ivi contenuta o in espressa deroga ad essa, "autorizzi" l'adozione di regolamenti del singolo Ministro (o di più Ministri), abilitandoli espressamente alla abrogazione di norme primarie. Sarebbe la relativa legge di "autorizzazione" conforme a Costituzione?

3. Alcuni casi (o tentativi) di delegificazione mediante regolamento ministeriale.

Nella prassi esistono casi (o tentativi) di utilizzazione di tali regolamenti per realizzare delegificazioni, ancorché non manchi (nella legge "abilitante" e/o nel conseguente decreto) il costante riferimento proprio alla disciplina contenuta nell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988.

Ritengo opportuno illustrare, sia pure rapidamente, alcuni "casi", partendo da una disposizione "abilitante" contenuta nella legge finanziaria del 2002, scrutinata dalla Corte costituzionale nel 2003, per arrivare alla recentissima previsione contenuta nell'art. 1, comma 2, del decreto legge "milleproroghe" del 2010 (decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225).

A) Primo esempio: art. 11, comma 1, ultimo periodo, della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Tale disposizione attribuisce all'Autorità di Vigilanza (nella specie il Ministero

¹³ Ad es.: Cons. Stato, V, 4 marzo 1932 n. 134; Cons. Stato, VI, 12 dicembre 1939 n. 521. L'impossibilità di delegare la potestà regolamentare al Duce, quale capo di Governo o Presidente di comitato di ministri fu affermata da Cons. Stato, Ad. Gen., 1 aprile 1941, n. 311.

¹⁴ Cons. Stato, IV, 9.7.1932 n. 269 e 11.1.1935 n. 1.

¹⁵ Cfr., ad esempio, G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, ne *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007, vol. 13, 210.

dell'Economia) il potere di modificare le previsioni legislative riguardanti i settori in cui è ammessa l'attività delle fondazioni bancarie con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge n. 400 del 1988. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tale norma in riferimento agli artt. 70 e 117 Cost., ha affermato che essa, "accordando all'Autorità di vigilanza il potere di modificare, con regolamento, la legge in qualsiasi direzione, per di più senza indicazione di criteri, compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscriverne la discrezionalità, viola i parametri costituzionali evocati dal rimettente" (sent. n. 301 del 2003)¹⁶. E il rimettente aveva propriamente lamentato che la disposizione censurata si ponesse in contrasto con l'art. 70 Cost., "comportando una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti cosiddetti di delegificazione, espressamente contemplati dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988". L'indicazione fornita dalla Corte mi sembra abbastanza chiara, ancorché l'inciso "per di più senza indicazione di criteri" possa determinare qualche dubbio. Se fossero stati indicati i criteri sarebbe stato legittimo accordare al regolamento ministeriale capacità delegificante? Sembrerebbe di no, anche in considerazione del fatto che l'inciso in esame si apre con un "per di più", che sembra manifestazione della volontà di ulteriormente sanzionare una scelta legislativa (accordare al Ministero dell'Economia il potere di modificare la legge) già in sé incostituzionale.

B) Secondo esempio: schema di decreto ministeriale 7 dicembre 2007, adottato dal Ministero dell'Università e della Ricerca, "autorizzato" dall'art. 1, comma 647, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007) a disciplinare procedure concorsuali per il reclutamento "straordinario" dei ricercatori. Il regolamento si proponeva di ridisegnare *in toto* la materia del reclutamento, oggetto di disciplina legislativa. Sullo schema di regolamento si è espressa, in sede di controllo, la Corte dei conti, rilevando che l'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 "*non collega al decreto ministeriale o interministeriale alcun effetto abrogativo di leggi precedenti*, evidentemente perché tale effetto può determinarsi solo a seguito della rigorosa procedura" di cui al comma 2 dello stesso art. 17, che, come è noto, consente la delegificazione *a mezzo di regolamento governativo* e non già ministeriale¹⁷. Viene messo in tal modo in evidenza un elemento significativo, quale è quello della diversità della procedura seguita per l'adozione dei regolamenti governativi in delegificazione, che, peraltro, in quanto atti del Governo (e non del singolo Ministro) richiedono una ponderazione collegiale del contenuto dell'atto da parte del Consiglio dei ministri¹⁸. Si tratta di una risposta ben più

¹⁶ Punto 5 del Considerato in diritto.

¹⁷ Corte dei conti, osservazioni dell'ufficio di controllo sul d.m. 7 dicembre 2007, prot. C.d.c. n. 2 del 7 gennaio 2008.

¹⁸ Questo punto era stato messo in particolare evidenza dal Cun: v. il Parere del Consigliere Prof. Avv. Fiorella D'Angeli (Area 12 – Giuridica) sullo Schema di Regolamento recante modalità di svolgimento dei concorsi per ricercatore universitario, ai sensi dell'art. 1, comma 647, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (reperibile sul sito www.cun.it).

incisiva rispetto a quella fornita dalla Corte costituzionale nella su richiamata sent. n. 301 del 2003.

C) Terzo esempio: art. 13 del d.m. 22 gennaio 2008, n. 37 (adottato dal Ministero dello sviluppo economico), il quale, nel riordinare le disposizioni vigenti in materia di installazione degli impianti all'interno degli edifici, prevede che l'atto di trasferimento degli immobili riporti la garanzia del venditore in ordine alla conformità degli impianti alla vigente normativa in materia di sicurezza e contenga, salvo espressi patti contrari, la dichiarazione di conformità. Tale regolamento era stato in un certo senso "autorizzato" da una disposizione contenuta in una fonte di rango primario, la quale prevedeva l'adozione del d.m. per "il riordino delle disposizioni in materia di installazione degli impianti all'interno degli edifici (art. 11-*quaterdecies*, comma 13, del d.l. 30 settembre 2005, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 2 dicembre 2005, n. 248). Peraltro, con un successivo intervento normativo, sempre realizzato mediante fonte di rango primario, è stata disposta l'abrogazione espressa e pressoché intera del *corpus* delle disposizioni legislative e regolamentari disciplinanti la materia con effetto dall'entrata in vigore del regolamento ministeriale (art. 3 del d.l. 28 dicembre 2006, n. 300, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2007, n. 17, come modificato dall'art. 29 del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla legge di conversione).

Senza entrare troppo nel dettaglio, del quale mi sono occupato in altro studio¹⁹, mi limito a sottolineare che in base ad una certa lettura della richiamata disposizione contenuta nel regolamento ministeriale, questo avrebbe inciso, derogandovi, sulla disciplina del codice civile in materia di garanzia per i vizi (art. 1490), non consentendo nella specie la esclusione o limitazione della garanzia generalmente ammessa dal secondo comma dell'art. 1490 c.c.

Al riguardo si sono posti una serie di problemi, che di seguito riassumo: a) la questione, che maggiormente interessa questo studio, della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative di "autorizzazione", potendo ricavarsi dal complesso degli interventi normativi primari sopra richiamati una volontà del legislatore di abilitare il regolamento ministeriale a delegificare la materia relativa alla installazione degli impianti; b) il problema della legittimità dello stesso art. 13 del d.m., essendo questo "autorizzato" soltanto a "riordinare" le disposizioni in materia di installazione degli impianti e non già a introdurre disposizioni incidenti sulla contrattazione immobiliare; c) la questione, nel merito, della irragionevolezza della disciplina recata dal regolamento che, ove intesa come riguardante anche gli impianti di vecchia costruzione, avrebbe tra l'altro imposto al venditore di far analizzare gli impianti da un tecnico, il quale, risalendo alla data di costruzione o modificazione degli stessi avrebbe dovuto attestare la rispondenza alle norme tecniche vigenti all'epoca della costruzione o della modificazione.

¹⁹ M. RUOTOLO, *I limiti dell'incidenza della normazione secondaria statale e della legislazione regionale sulla disciplina privatistica del rapporto contrattuale (A proposito della normativa regolamentare sulla garanzia di conformità degli impianti e della legislazione regionale sul certificato energetico)*, in *Studi e materiali*, 2/2009, 483 ss., specie 491 ss.

Resta il fatto che la disposizione contenuta nell'art. 13 del d.m. – ancorché probabilmente sotto diversi profili illegittima – avrebbe esplicito i suoi effetti fintantoché non ne fosse accertata la invalidità, con la conseguenza pratica del blocco quasi totale dei rogiti²⁰. Per questo, sin da subito, sono state ricercate interpretazioni alternative, tali da non implicare una incidenza della disposizione sulla disciplina codicistica in materia di garanzia per i vizi, giungendo alla conclusione che l'obbligo di garanzia previsto dal decreto non sarebbe altro che quello già previsto dall'art. 1490 c.c.²¹, come tale derogabile dai contraenti. Si è, in particolare, sostenuto che, non potendo una norma di natura regolamentare derogare a fonti di rango primario, la disciplina relativa alla garanzia per vizi continuerebbe ad essere quella contenuta nell'art. 1490 c.c.²². In sostanza, l'art. 13 non avrebbe mutato nulla in materia di contrattazione degli immobili, non essendo peraltro previste sanzioni a carico dei contraenti in caso di inosservanza delle prescrizioni in commento. Insomma il precetto si risolverebbe in una “semplice raccomandazione, rivolta ai privati e forse, perché no, allo stesso notaio”²³, essendo finalizzato “a ridurre le asimmetrie informative nella contrattazione, avente ad oggetto immobili nei quali siano installati gli impianti menzionati nell'art. 1 del decreto”²⁴. D'altra parte la derogabilità dell'obbligo di garanzia, sia pure a particolari condizioni, sarebbe poi stata ammessa in una successiva nota dallo stesso Ministero dello Sviluppo Economico (nota del 26 marzo 2008, che succede ad una precedente di segno diverso dello stesso dicastero del 20 marzo). Infine, proprio in ragione dei problemi interpretativi derivanti dall'ambigua formulazione dell'art. 13 del d.m. 37 del 2008, il legislatore è intervenuto disponendo l'abrogazione espressa dello stesso (art. 35, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133²⁵).

²⁰ Cfr. A. BUSANI, *Immobili, la sicurezza degli impianti ingabbia i rogiti futuri*, in www.ilsole24ore.com, 20 marzo 2008: “ad una prima lettura del provvedimento ... si era temuto che l'obbligo di garanzia prescritto dall'art. 13 del decreto comportasse un blocco quasi totale dei rogiti, in quanto l'esperienza quotidiana della contrattazione di fabbricati non nuovi insegna che le vendite si fanno per lo più ‘nello stato di fatto’ in cui l'immobile si trova, quindi a prescindere dalla conformità degli impianti”.

²¹ Art. 1490 c.c. : “Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa”.

²² M. LEO – C. LOMONACO – S. METALLO, *Sicurezza degli impianti: nessun limite alla circolazione degli immobili*, in www.notariato.it, sezione attualità, marzo 2008.

²³ C. CACCAVALE, *La sicurezza degli impianti nella contrattazione immobiliare: irrilevante la previsione dell'art. 13 del d.m. 22 gennaio 2008, n. 37*, in *Notariato*, 2008, fasc. 3, 319.

²⁴ M. LEO – C. LOMONACO – S. METALLO, *Sicurezza degli impianti*, cit.

²⁵ Peraltro, il precedente comma 1 dello stesso art. 35 ha di nuovo autorizzato il Ministro ad adottare un regolamento in materia, nei seguenti termini: “entro il 31 dicembre 2008 il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, emana uno o più decreti, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, volti a disciplinare: a) il complesso delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici prevedendo semplificazioni di adempimenti per i proprietari di abitazioni ad uso privato e per le imprese; b) la definizione di un reale sistema di verifiche di impianti di cui alla lettera a) con l'obiettivo primario di

La vicenda qui sommariamente descritta dimostra, tra l'altro, come l'uso distorto del regolamento ministeriale possa determinare significativi problemi pratici sul piano della certezza dei rapporti giuridici, non sempre risolvibili attraverso interpretazioni "riduttive" volte a rendere "apparente" l'antinomia con la legge. Tant'è vero che, proprio a fini di certezza del diritto, il legislatore ha ritenuto di dover abrogare la disciplina recata dalla norma regolamentare.

D) Quarto esempio: art. 14, comma 2, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, c.d. legge Gelmini (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario), il quale affida ad un decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 400 del 1988, sentiti i Ministri competenti, la definizione delle "modalità attuative" e delle "*eventuali deroghe debitamente motivate* alle disposizioni di cui al comma 1" della legge n. 240, riguardanti i crediti formativi riferiti alle conoscenze e alle abilità professionali e alle altre conoscenze maturate dallo studente in attività formative di livello post-secondario. Le deroghe possono riferirsi anche al limite massimo di crediti riconoscibili per le attività formative svolte nei cicli di studio presso gli istituti di formazione della pubblica amministrazione, nonché alle altre conoscenze e abilità maturate in attività formative di livello post-secondario, alla cui progettazione e realizzazione l'università abbia concorso. Peraltro, il successivo comma 3 stabilisce che il decreto ministeriale in parola definisce pure i criteri per il riconoscimento dei crediti acquisiti dallo studente a conclusione dei percorsi realizzati dagli Istituti tecnici superiori nell'ambito dei progetti attuati con le università attraverso le federazioni di cui all'art. 3 della legge.

Oltre a porsi un problema di compatibilità con quanto previsto dall'art. 2, comma 147, del D.L. 262 del 2006, in merito alla valutazione di attività formative di livello post-secondario in termini di crediti formativi, la cui competenza è rimessa ai regolamenti didattici di ateneo, ciò che preme sottolineare è il fatto che il legislatore "autorizza" espressamente il Ministro a derogare, con proprio decreto, a quanto stabilito dalla stessa legge, limitandosi a richiedere una debita motivazione. Un decreto di tal fatta non sarebbe qualificabile come regolamento ministeriale in delegificazione?

E) Quinto e ultimo esempio: art. 1, comma 2, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. milleproroghe), che autorizza il Governo a modificare mediante uno o più decreti del

tutelare gli utilizzatori degli impianti garantendo una effettiva sicurezza; c) la revisione della disciplina sanzionatoria in caso di violazioni di obblighi stabiliti dai provvedimenti previsti alle lettere a) e b)". La Regione Emilia Romagna ha sollevato questione di legittimità costituzionale, ritenendo che l'art. 35, comma 1, del decreto-legge n. 112 del 2008 fosse lesivo delle competenze regionali (in particolare nelle materie "governo del territorio" e "tutela della salute". La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione, in quanto la disciplina è ascrivibile alla materia della "sicurezza", di potestà esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.: "spetta, quindi, allo Stato, contrariamente a quanto sostenuto dalla Regione ricorrente, adottare una disciplina applicativa dell'installazione degli impianti all'interno degli edifici anche attraverso un regolamento ministeriale" (sent. n. 21 del 2010).

Presidente del Consiglio dei ministri (da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1998, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze) il termine di vigenza di normative contenute in fonti di rango primario. Come è stato prontamente rilevato²⁶, la previsione in parola pone una serie di problemi: si può delegificare mediante decreto legge? atteso che l'effetto previsto è facoltizzante e comunque non immediato (il d.p.c.m. "può" disporre la proroga nei casi indicati), sussistono i presupposti di necessità ed urgenza? si può realizzare un'operazione di delegificazione in deroga alle procedure comuni e in particolare a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988? A quest'ultimo quesito ne è stato aggiunto un altro, anche in vista di una eventuale modifica da apportare in sede di conversione: potrebbe prevedersi un'apposita procedura, in deroga all'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, che consenta la delegificazione mediante regolamento ministeriale? Se lo chiede, in particolare, Stefano Ceccanti, invocando le "debite garanzie di cui al comma 2" [del predetto art. 17] o quanto meno l'esigenza di "ricostruire una procedura garantista *ad hoc*"²⁷, che comprenda "il parere delle Commissioni parlamentari ai fini della individuazione delle disposizioni legislative da prorogare"²⁸.

Il Governo sembra aver risposto al quesito, proponendo, in sede di conversione del decreto legge, una modifica del comma 2 dell'art. 1 che si sostanzia nella soppressione delle parole "ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400", nonché l'introduzione di un comma 2-*bis* che dispone quanto segue: "Le proroghe di termini di cui al comma 2 sono disposte previo parere della Commissione parlamentare per la semplificazione ... e delle Commissioni parlamentari competenti per le conseguenze di carattere finanziario. I pareri parlamentari sono resi entro il termine di dieci giorni dalla trasmissione degli schemi dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che, decorso il termine possono essere comunque adottati"²⁹. Non è forse questa una norma *di e sulla* delegificazione, che delinea una particolare procedura per delegificare mediante regolamento ministeriale?

4. Le ragioni della incostituzionalità di leggi che autorizzano regolamenti ministeriali in delegificazione (e degli stessi regolamenti delegificanti).

Anche alla luce di quest'ultima vicenda, occorre ora, finalmente, rispondere alla domanda se una disposizione legislativa, senza fare riferimento alla disciplina di cui alla legge n. 400 del 1988 o in espressa deroga ad essa, possa "autorizzare" l'adozione di

²⁶ Da S. CECCANTI, *Un regalo di Natale alquanto problematico: la delegificazione anomala nel decreto milleproroghe*, in www.forumcostituzionale.it, 7 gennaio 2011.

²⁷ S. CECCANTI, *op. ult. cit.*, 2.

²⁸ Cfr. l'intervento dell'On. Ceccanti nella seduta del 26 gennaio 2011 delle Commissioni riunite 1^a (Aff. Cost.) e 5^a (Bilancio) del Senato dedicate all'esame del ddl A.S. 2518 - Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie (c.d. milleproroghe).

²⁹ Tali modifiche, inserite in un maxiemendamento sul quale è stata posta la questione di fiducia, sono state approvate dal Parlamento in sede di conversione del decreto legge.

regolamenti ministeriali in delegificazione. O, meglio, occorre chiedersi se una siffatta disposizione possa ritenersi conforme a Costituzione.

Gli interventi più o meno timidi della Corte costituzionale, della Corte dei conti e, sia pure non senza oscillazioni, del Consiglio di Stato sembrano indurre ad una risposta negativa.

Dalle richiamate decisioni della Corte costituzionale e della Corte dei conti sembra infatti emergere che il potere di modificare con regolamento la legge non possa essere attribuito al singolo Ministro, ma esclusivamente al Governo nella sua collegialità.

Sembra quasi che il modello delineato dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sia inderogabile dal legislatore soltanto in un punto essenziale: la delegificazione a favore dell'esecutivo può essere realizzata esclusivamente mediante regolamento governativo. In tal senso pare emblematico un parere reso dal Consiglio di Stato poco dopo l'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988 riguardante la disciplina degli esami di procuratore legale³⁰. La legge 27 giugno 1988, n. 242, di poco antecedente alla n. 400 del 1988, aveva aggiunto all'art. 2 della legge 24 luglio 1985, n. 406, il seguente comma: "il ministro di grazia e giustizia, sentito il consiglio nazionale forense, determina, *con proprio decreto*, le modalità per l'espletamento della pratica e per l'accertamento del suo effettivo svolgimento". Il Consiglio di Stato rileva che il regolamento era in tal caso autorizzato a disciplinare ed innovare un istituto la cui disciplina è contenuta in norme di rango primario, non rilevando, peraltro, l'assenza nella legge di norme generali regolatrici della materia (potendosi trarre dalla disciplina di legge già in vigore e non delegificata, "la determinazione dei tratti e degli effetti essenziali" degli istituti da disciplinare), né l'omessa previsione dell'effetto abrogativo delle norme vigenti ("l'effetto di abrogazione condizionata è il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa"). Ciò che non può essere ammesso, invece, è che la delegificazione possa realizzarsi mediante regolamento ministeriale. Sul punto, l'organo consultivo considera addirittura tacitamente modificato l'art. 2 della legge n. 242 del 1988, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988. A ciò non osta il principio generale *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, affermandosi che il rilievo assunto dalla legge n. 400 del 1988 nell'ordinamento costituzionale – per l'espressa razionalizzazione dell'istituto della delegificazione, avente portata normativa e non meramente ricognitiva di un fenomeno già esistente – fa sì che assurga a principio generale dell'ordinamento che la degradazione della fonte sia impegnativa della responsabilità dell'intero governo, e non più di un solo ministro. La conclusione è che la disciplina riguardante gli esami di procuratore legale non può essere validamente dettata da un decreto ministeriale, ma deve essere necessariamente contenuta in un atto formalmente regolamentare ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, la cui responsabilità va ascritta all'esecutivo nella sua collegialità.

³⁰ Ad. Gen., 16 novembre 1989 n. 100, in *Foro it.*, 1990, III, 289 ss.

Analoga, e forse più radicale, risposta si dovrebbe dare ove si acceda alla ricostruzione secondo la quale i regolamenti governativi in delegificazione si atteggiano ormai ad atti sostanzialmente dotati di forza di legge.

Si potrebbe prefigurare analoga sorte per i regolamenti ministeriali? Potrebbero, in altre parole, darsi atti ministeriali con forza di legge? La Corte costituzionale in una lontana decisione (sent. n. 61 del 1963) affermò che ai decreti ministeriali non può attribuirsi quella “forza di legge” cui si riferisce l’art. 134 Cost., quando indica gli atti sottoponibili al giudizio di legittimità costituzionale. La questione, avente per oggetto un decreto del Ministro del lavoro concernente la concessione a determinate categorie di lavoratori del sussidio straordinario di disoccupazione, era stata sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. assumendo il giudice rimettente che il decreto ministeriale impugnato costituirebbe “provvedimento avente forza di legge”.

La Corte è nella specie pervenuta ad una decisione di inammissibilità non solo per ragioni attinenti al contenuto del decreto – che non avrebbe carattere innovativo del preesistente ordinamento legislativo – ma anche, e anzi primariamente, alla forma dell’atto. In particolare si sottolinea che “tanto i decreti-legge che i decreti legislativi delegati sono adottati non da un singolo Ministro – sia pure di concerto con altri – ma dal Governo”, previa “deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri (art. 95), e quindi dal Governo nella sua concreta accezione di organo unitario; e sono emanati, quali decreti aventi valore di legge, non dal singolo Ministro competente per materia, ma dal Presidente della Repubblica (art. 87)”³¹.

Probabilmente – come acutamente sottolineato da Carlo Esposito a commento della richiamata decisione³² – gli argomenti per giungere a tale conclusione potevano essere altri. Vale la pena riportare puntualmente le riflessioni di Esposito: “la Corte avrebbe dovuto argomentare che l’art. 77 prevede la responsabilità del Governo (cioè dell’intero Governo) per i decreti legge; e che, poiché la responsabilità collegiale dell’intero Governo sussiste, secondo l’art. 95, solo per gli atti del Consiglio dei ministri, così l’art. 77, quando prevede che il Governo adotta sotto la sua responsabilità decreti legge, stabilisce implicitamente che tale adozione possa avvenire solo ad opera del Consiglio dei ministri. La Corte avrebbe potuto aggiungere che, ammesso che i decreti-legge vanno adottati in Consiglio dei ministri, la congiunta regolamentazione dei decreti legge e dei decreti legislativi in Costituzione spinge a ritenere che anche i decreti legislativi debbono essere deliberati in Consiglio dei ministri. Su tale base la Corte avrebbe potuto concludere che, se pure oltre i decreti legge e i decreti legislativi contemplati dagli artt. 76 e 77 Cost., possono esistere in Italia atti di altri organi non governativi aventi forza di legge, tuttavia *tra gli organi di Governo solo il Consiglio dei ministri può provvedere*

³¹ Come si precisa nella successiva sent. n. 79 del 1970 della Corte costituzionale, nulla autorizza a ritenere che il decreto del Presidente della Repubblica sia richiesto anche per i regolamenti ministeriali: “se ... tali regolamenti potevano essere emanati con decreto ministeriale prima dell’entrata in vigore della Costituzione non si vede perché dovrebbero essere emanati con decreto del Capo dello Stato ora che la posizione costituzionale di quest’organo è diversa da quella che aveva nel precedente ordinamento”.

³² C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, cit., 538 ss.

*con forza di legge*³³. Peraltro, “anche così completata”, la decisione sarebbe stata inaccettabile, in quanto, come ancora sottolineato da Esposito, “altro significa che un singolo Ministro non possa avere ‘legalmente’ deliberato un atto avente forza di legge, altro è che non spetti alla Corte di proclamare tale illegalità”. Nella specie, dunque, la inammissibilità della questione doveva ricondursi non già alla constatazione della illegalità della deliberazione ministeriale di un atto avente forza di legge, ma al fatto che “l’atto ministeriale né si autoqualificava espressamente come atto avente forza di legge, né manifestava alcuna velleità o volontà di valere come legge o come atto avente forza di legge”³⁴. Quest’ultimo punto, che attribuisce rilievo all’elemento volontaristico, è di grande importanza, ma è purtroppo sottovalutato dalla giurisprudenza costituzionale. Come scrive ancora Carlo Esposito in una precedente nota, tra i criteri di identificazione degli atti aventi forza di legge determinante è “la volontà del soggetto ... di emettere atto con forza di legge”³⁵. Volontà che “può essere espressa oppure risultare dal comportamento o dal complesso degli elementi o delle circostanze dell’atto”, tra le quali ultime vi può essere quella che “una legge valida, o anche invalida, ma non ancora resa inefficace dalla decisione della Corte Costituzionale, *abbia attribuito ad un organo di Governo* (che potrebbe anche essere un *singolo Ministro* o un insieme di ministri) *di disciplinare con forza di legge o contro le leggi una determinata materia, e risulti che l’organo di governo, nella emissione di un atto (espressamente o implicitamente: per l’oggetto, per la materia, per il modo della disciplina) abbia inteso esercitare la ipotizzata competenza*”³⁶.

Ecco, allora, che, a prescindere da quanto disposto dalla legge n. 400 del 1988, possono trarsi diversi argomenti a sostegno sia, direttamente, della incostituzionalità di regolamenti ministeriali in delegificazione sia, a monte, della illegittimità costituzionale (non solo ex art. 70 Cost.) di un’eventuale disposizione legislativa che autorizzasse l’abrogazione di norme primarie da parte di decreti ministeriali. L’incostituzionalità potrebbe fondarsi, anzitutto, sul fatto che un atto ministeriale non può essere dotato di valore di legge (sia pure derivato), in quanto formalmente inidoneo ad assumerlo. Una legge che attribuisse ad un decreto ministeriale il compito di disciplinare un certo oggetto non potrebbe, infatti, mai essere riconosciuta come legge di delegazione ai sensi dell’art. 76 Cost. – il quale parla di delegazione “al Governo” e non al singolo ministro (o ad un comitato di ministri) –, risultando pertanto inidonea ad operare quel trasferimento di valore legislativo che tipicamente si realizza a favore del decreto legislativo delegato³⁷.

La conclusione della incostituzionalità, sia pure diversamente modulata, sembra insomma poter essere sostenuta quale che sia la ricostruzione del fenomeno delegificazione.

³³ C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 538, corsivi miei.

³⁴ C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 540.

³⁵ C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi e oggettivi degli “atti aventi forza di legge”*, cit., 1079.

³⁶ C. ESPOSITO, *loc. ult. cit.*, corsivi miei.

³⁷ Cfr. F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, vol. II, Milano, 1970, 96.

Se si accede alla tesi per cui il regolamento ministeriale delegificante – come d'altra parte quello governativo – sarebbe insindacabile della Corte costituzionale perché privo di forza di legge, potrebbe comunque sostenersi che “l'attribuzione al singolo ministro del potere di delegificare intere materie, fa venir meno, senza alcuna ragione costituzionalmente apprezzabile, non solo le garanzie connesse alla più solenne procedura dei regolamenti governativi, ma anche quella connessa alla responsabilità collegiale del Governo nei confronti del Parlamento”³⁸.

Se si ipotizza che il regolamento ministeriale possa nei fatti assumere carattere delegificante, ritenendolo per ciò stesso sottoponibile al sindacato della Corte costituzionale, quest'ultima potrebbe, ovviamente, dichiarare l'incostituzionalità sia della legge che attribuisce al Ministro di disciplinare con forza di legge o contro le leggi una determinata materia sia del decreto che, espressamente o implicitamente (per l'oggetto, per la materia, per il modo della disciplina) abbia inteso esercitare la ipotizzata competenza. Ciò in quanto, come si è detto, dalla Costituzione si ricava chiaramente che tra gli organi di Governo solo il Consiglio dei ministri può provvedere con forza di legge.

Peraltro, ove si ammetta che soltanto la Costituzione possa creare atti con forza di legge, non sarebbe nemmeno certo che il legislatore costituzionale sia libero di validamente attribuire un potere di tal fatto ad un Ministro. Bisognerebbe infatti chiedersi, come sottolineato da Ugo Rescigno, se possa dirsi rispettosa dei principi supremi una legge costituzionale che desse il potere di approvare un atto con forza di legge ad un Ministro³⁹. Probabilmente no, se si concorda sul fatto che la disciplina costituzionale riguardante le norme primarie, nella quale “viene in primo piano il rapporto tra gli organi”, è “funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso”. Lo ha detto la Corte costituzionale nella sent. n. 171 del 2007, contribuendo a delineare, forse con i contorni del “principio supremo”, quel rapporto tra la legge statale e gli atti con forza di legge del Governo che, alla luce degli artt. 70, 76 e 77 Cost., si esprime in termini di regola/eccezione. Laddove l'eccezione, costituzionalmente tollerata, non contempla l'ipotesi dell'atto con forza di legge del Ministro, né potrebbe contemplarla stante l'assetto dei rapporti tra Parlamento e Governo, che vuole quest'ultimo, nella sua interezza, destinatario della fiducia delle due Camere (art. 94) e “collegialmente” responsabile solo per gli atti del Consiglio dei ministri (art. 95)⁴⁰. Per ammettere espressamente atti ministeriali con forza di legge si dovrebbero rivedere, probabilmente, i “presupposti indeclinabili” del nostro sistema di governo, inquadrato nel tipo

³⁸ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 324.

³⁹ G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 163, che fa anche l'ipotesi di una legge costituzionale che desse analogo potere ad un giudice o al Capo dello Stato.

⁴⁰ Anche la dottrina che non aderisce alla costruzione per cui il sistema delle fonti sarebbe rigidamente chiuso non solo a livello costituzionale ma pure a livello primario, con conseguente non istituibilità di fonti “concorrenziali” da parte della legge ordinaria, ritiene che il c.d. principio di tassatività delle fonti primarie sia comunque *preclusivo* nei confronti del Governo (*argumentum ex artt. 70, 76 e 77 Cost.*): F. Modugno, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, 187 ss.

“parlamentare” sia pure “corretto” dalla presenza di forti limiti alla maggioranza⁴¹, che possono essere riassunti in quel *reciproco condizionamento dei poteri* che si esprime *strutturalmente* nel rapporto di fiducia che deve legare il Parlamento al Governo e *funzionalmente* nell’esigenza che l’indirizzo politico e amministrativo del Governo sia appoggiato dal Parlamento⁴². Ho più di un dubbio che ciò si possa perfino realizzare nella forma della legge costituzionale (per esprimersi con i termini usati dalla Corte nella sent. n. 1146 del 1988: non contrasterebbe questa con il “contenuto essenziale” di un principio supremo?), ma temo che l’effetto possa surrettiziamente prodursi attraverso una serie di leggi “abilitanti” che portino a consolidare la figura del regolamento ministeriale delegificante e per tale via quella dell’atto ministeriale sostanzialmente dotato di forza di legge. Per scongiurare tale esito è però necessario, come dirò tra poco e ribadirò alla fine, che non abbassino la guardia le istituzioni preposte, a diverso titolo, a garantire il rispetto della forma e l’osservanza dei limiti costituzionali.

Specialmente fintanto che il legislatore continuerà ad invocare il comma 3 dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988 ovvero fintanto che i decreti ministeriali saranno adottati con espresso richiamo, nel preambolo, alla suddetta disposizione legislativa, l’eventuale effetto delegificante potrà essere previamente “neutralizzato” dalla Corte dei conti, in sede di controllo sullo schema di regolamento, o “sconsigliato” dal Consiglio di Stato in sede di espressione del parere. Residua, ovviamente, la possibilità di un intervento della Corte costituzionale sulla legge di “autorizzazione” o per la via principale, ma soltanto ove la disposizione legislativa fosse lesiva di prerogative regionali, o per la via incidentale, ma, salva l’ipotesi di sollevazione della questione da parte della stessa Corte dei conti, solo a seguito dell’adozione del regolamento, difficilmente potendosi prospettare prima di tale momento la rilevanza della questione. Insomma, non solo la Corte costituzionale ma anche il Consiglio di Stato e, soprattutto, la Corte dei conti possono svolgere un ruolo importante per arginare quello che a me parrebbe un uso distorto del regolamento ministeriale. Sempre che il legislatore non cerchi di eludere l’intervento di questi ultimi due organi autorizzando l’adozione di decreti non regolamentari in delegificazione.

5. Decreti di natura non regolamentare in delegificazione?

⁴¹ Sulla presenza nella Costituzione repubblicana dei “principi” e “presupposti indeclinabili” che consentono di identificare il nostro “tipo astratto” di forma di governo nel sistema parlamentare, si veda il discorso inaugurale dell’anno accademico 1957-1958 pronunciato da Vezio Crisafulli nell’Aula Magna dell’Università di Trieste, pubblicato con il titolo *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, nonché, con integrazioni e aggiunta di note, negli *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960. Il fondamentale contributo può essere ora letto in V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo, illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 149 ss. Sulle implicazioni della riflessione crisafulliana mi sono soffermato in *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140 ss., specialmente, 153 ss.

⁴² Così, con molta chiarezza, F. CUOCOLO, *Forme di Stato e di governo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1989, 522.

Si potrebbe pensare che quest'ultima sia un'ipotesi frutto di un ragionamento per assurdo. Ma mi sembra che non si sia troppo lontani da essa se si guarda ad alcune scelte compiute nella recente legge di riforma dell'Università, nella quale si abbonda nel rinvio a decreti ministeriali di natura non regolamentare (v. art. 1, comma 2; art. 4, commi 5 e 9; art. 15, comma 1, della legge 30 dicembre 2010, n. 240)⁴³. Intendo in particolare riferirmi a quanto previsto dall'art. 1, comma 2, nel quale si dispone che, sulla base di “accordi di programma” con il Ministero e sempre che siano stati conseguiti stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca, le Università possono “sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo e forme sostenibili di organizzazione della didattica e della ricerca su base policentrica, diverse da quelle indicate nell' articolo 2”, dedicato a “Organi e articolazione interna delle università”. La definizione dei “criteri per l'ammissione alla sperimentazione” e delle “modalità di verifica periodica dei risultati conseguiti” è affidata dalla legge ad un “decreto di natura non regolamentare”.

Cosa vuol dire che il decreto non regolamentare definisce i “criteri per l'ammissione alla sperimentazione”? Si potrebbe pensare che esso sia abilitato a “quantificare” le condizioni di stabilità e sostenibilità di bilancio, nonché gli standard per qualificare i risultati conseguiti dagli Atenei nel campo della didattica e della ricerca in termini di “elevato livello” ovvero le condizioni che permettono alle Università, sulla base di accordi di programma con lo stesso Ministero, di derogare alle previsioni della legge. Se il decreto facesse più di questo – e già non è poco – anziché specificare, in attuazione della legge, le condizioni di ammissione alla sperimentazione, le fisserebbe esso stesso, compiendo (direttamente) una vera e propria opera di delegificazione. Ma anche tenendosi in questi limiti, non v'è dubbio che, complessivamente considerata, l'operazione porterebbe ad un esito di delegificazione: una delegificazione operata con un accordo di programma, adottato nella ricorrenza delle condizioni stabilite dalla legge per come definite con decreto non regolamentare del Ministro. Una sorta di delegificazione in materia di *governance* riferita al singolo Ateneo che abbia raggiunto

⁴³ Cfr. quanto sostenuto dall'On. Zaccaria nella seduta del 29 settembre 2010 del Comitato per la legislazione, dedicata all'esame del d.d.l. Gelmini, ove 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. Viene il sospetto, avanzato anche dalla dottrina, che il ricorso a tale strumento si colleghi 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”. Il rilievo si conclude con l'invito “a valutare iniziative efficaci per evitare che esso si manifesti nelle sue forme più deleterie per la qualità dell'ordinamento giuridico, già in relazione al provvedimento in esame”.

un “accordo” con il Ministero, sulla base di “criteri per l’ammissione alla sperimentazione” definiti da un “decreto di natura regolamentare”.

Si può dire che la legge abbia in tal modo adeguatamente definito i limiti entro i quali gli Atenei esercitano la propria autonomia? L’art. 33, ultimo comma, della Costituzione prescrive, appunto, che le Università hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi *nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*, escludendo che essi possano essere determinati da atti di natura diversa: né da un regolamento governativo, né da quello ministeriale, né, tanto meno, da un decreto di natura non regolamentare. Eppure mi sembra che la legge Gelmini dimostri che se non siamo già alla delegificazione mediante “decreto di natura non regolamentare” poco ci manca!

6. *Brevi osservazioni conclusive.*

Come si spiegano questi fenomeni? Come mai, più in generale, si accresce il ruolo e il peso degli atti normativi (e no) del Governo? La risposta è scontata se si assume una prospettiva di studio che guardi al concreto atteggiarsi delle fonti del diritto come portato delle dinamiche della forma di governo e delle trasformazioni del sistema politico. Ma tener conto delle predette dinamiche serve per spiegare meglio la realtà, non per giustificarla ad ogni costo. Tanto meno per giustificarla sul piano dei principi costituzionali, come si vorrebbe allorché si preconizza e si cerca di imporre un’idea di democrazia molto diversa da quella delineata dalla nostra Carta costituzionale: la democrazia di investitura, la quale presuppone che la sovranità *emani* dal (e non appartenga al) popolo⁴⁴. Con la conseguente rappresentazione che vuole il Governo e i singoli ministri dotati di una legittimazione democratica, forte e diretta. L’azione di Governo non deve incontrare limiti; se ci sono è meglio eluderli⁴⁵. In questa prospettiva, la sostanza – che, quando va bene, si identifica nell’esigenza di realizzare il programma di governo – non può che prevalere sulla forma.

Ma il diritto è anzitutto forma, la Costituzione è anzitutto limite al potere. C’è da sperare, allora, che le istituzioni preposte ad assicurare il rispetto della forma e l’osservanza dei limiti (tra i quali può ben comprendersi anche il Capo dello Stato) non abbassino la guardia. Altrimenti si dovrà prendere atto dell’emersione di nuove fonti, la

⁴⁴ Come sottolineato da L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, III ed., Padova, 2011, 81, nella formula dell’art. 1, comma 1, della Costituzione (“la sovranità *appartiene* al popolo”), “il verbo ‘appartiene’ non è scelto a caso, ma dopo approfondita valutazione sostituito a ‘emana’ (usato originariamente nel Progetto) che ha una ben diversa valenza: la sovranità che dal popolo emana, si *trasferisce* ad altri, dei quali con l’elezione si legittima il potere. Dire invece che la sovranità ‘appartiene’ al popolo significa che questo la *conserva*, significa escludere trasferimenti di potere, *deleghe in bianco*. Le varie forme della cosiddetta *democrazia immediata* – in verità un ‘democrazia delegata’ – che da alcuni decenni godono tanto favore nella classe politica, sono dunque contrarie alla Costituzione e al verbo ‘appartiene’”.

⁴⁵ Come sottolineato da F. SORRENTINO, *A proposito di delegazione legislativa*, cit., 603, “certamente le carte costituzionali esprimono valori ai quali la legislazione deve indirizzarsi, ma impongono anche fardelli che maggioranze poco coese e talora disinvoltate stentano a sopportare. Ma spesso i fardelli sono difficili da sopportare proprio da chi quei valori non condivide”.

cui idoneità a produrre diritto oggettivo, innovando perfino a quanto disposto da fonti primarie, troverà come unico, ma ahimè sufficiente, fondamento il principio di effettività.