

Osservatorio sulle fonti

CONSIDERAZIONI SUL PRIMATO DEL GOVERNO NELLA PRODUZIONE LEGISLATIVA¹

di *Ugo De Siervo*²

Anzitutto complimenti per la ricerca, analitica ed assai interessante, e quindi ringraziamenti sinceri al responsabile della ricerca, nonché a tutti i ricercatori: i dati presentati a questo convegno sono davvero tanti, interessanti, significativi. Bisognerà rifletterci insieme con un po' di calma, perché emergono molti problemi istituzionali da affrontare e possibilmente da risolvere.

Come ricordava il Professor Tarchi, questa ricerca in parte si ricollega ai tentativi di documentazione sullo stato effettivo delle nostre fonti del diritto che abbiamo iniziato a fare presso l'Università di Firenze dalla metà degli anni Novanta attraverso l' "Osservatorio sulle fonti". Non a caso, ho avuto l'occasione di ripensare a quell'epoca quando, in preparazione di questo convegno e volendo fare alcuni opportuni confronti con la realtà attuale, mi sono messo a ricercare alcuni dati sul passato e li ho trovati nelle tabelle che a quel tempo avevo inserito nell' "Osservatorio".

Da questa visione estesa ad alcuni decenni addietro scaturisce la consapevolezza che l'abnorme sviluppo della decretazione d'urgenza risale a ben prima dell'epoca attuale. Ciò peraltro non vuol dire che non sia rilevante il riferimento all' attuale contingenza politica ed economico-sociale: è, infatti, questo particolare contesto che spiega la particolare riespansione ed il contenuto dei decreti legge degli ultimi anni in tema di decretazione d'urgenza.

Si tratta, infatti, di uno strumento che più di altri risente della contingenza politica ed istituzionale: dobbiamo ricordarci, ad esempio, del contesto di profonda crisi politica ed istituzionale dell'inizio degli anni novanta per comprendere l'abnorme parossismo (lo voglio chiamare così) della reiterazione dei decreti-legge, al di là di ogni principio e regola, fermatosi nel 1996 per l'intervento di una nota sentenza della Corte costituzionale. In quegli anni, infatti, eravamo arrivati dinanzi ad un fenomeno del tutto fuori controllo, di utilizzazione della decretazione d'urgenza ben oltre ogni limite di accettabilità costituzionale.

Invece, a partire dagli anni 2007-2008, ciò che colpisce dei decreti-legge, ancor più del loro numero, è la loro enorme consistenza contenutistica e la disciplina delle più diverse ed eterogenee materie. Proprio nelle settimane trascorse ho cercato– a dir la

¹ Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento tenuto al convegno di studi dal titolo: "Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica", svoltosi a Pisa l'11-12 gennaio 2016. Il convegno ha rappresentato uno dei momenti conclusivi dell'unità locale pisana (coordinata dal prof. Rolando Tarchi) della ricerca PRIN 2010-2011 "Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica" (responsabile scientifico la Prof.ssa Alessandra Pioggia – Università di Perugia).

² Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze. Presidente emerito della Corte costituzionale.

Osservatorio sulle fonti

verità, con scarsi successi – di riordinare il mio studio con annessa biblioteca ed archivio di documentazione: alcuni grossi volumi (anche di centinaia di pagine) che ho dovuto eliminare sono proprio i testi di vari decreti-legge coordinati, pubblicati dalla Gazzetta Ufficiale, “libroni” molto utili anche perché hanno caratteri grafici differenziati che mettono in evidenza ciò che è stato emendato nella legge di conversione, i rapporti di varia integrazione delle norme, ecc. Riporto questo piccolo episodio per dare una misura esteriore e concreta, sebbene non quanto le vostre ricerche, di cosa siano stati e tuttora siano in concreto almeno alcuni decreti-legge.

Anche se siamo attualmente in una fase di loro relativa e provvisoria contrazione quantitativa, la decretazione d’urgenza costituisce ancora una delle maggiori fonti di produzione normativa primaria (circa un quarto delle fonti primarie).

Ma poi –come ben noto- il fenomeno va visto parallelamente alle caratteristiche ed all’uso della delegazione legislativa; un tema che opportunamente è stato anche oggetto di alcune comunicazioni di questa ricerca, pur non costituendone l’oggetto principale.

Ma esaminando le vostre tabelle, si trova conferma di un fenomeno sotto molti profili assai rilevante e già in parte emerso: fra le nuove fonti primarie circa un quarto degli atti sono leggi del Parlamento e circa altrettanti sono i decreti-legge, mentre invece circa il 50% sono decreti legislativi (ciò contando il loro numero e non la loro consistenza contenutistica, perché altrimenti i dati sarebbero assai più vistosi).

Questi dati, come accennato, non sono del tutto nuovi, ma confermano che la maggior parte della legislazione primaria entrata in vigore negli ultimi decenni (tenendo conto dell’arco di tempo investigato dalla vostra ricerca, nonché dal lavoro svolto precedentemente dall’ “Osservatorio sulle fonti” e da tutte le altre degnissime pubblicazioni degli Uffici studi delle Camere e dei singoli studiosi) non è costituita da leggi adottate dal Parlamento.

Occorre quindi ormai dire con assoluta tranquillità che non risponde a verità che il Parlamento elabori ed adotti la maggior parte delle fonti primarie.

È vero che il decreto legislativo presuppone un previo conferimento di poteri legislativi tramite legge, ma ben conosciamo che le prevalenti prassi in materia sono nel senso della modesta specificità della stessa definizione delle materie, per non parlare della usuale forte genericità dei principi e criteri direttivi.

Al tempo stesso, i poteri del Parlamento in sede di conversione dei decreti legge sono stati –specie nel periodo più recente- fortemente contratti anche da istituti come i macroemendamenti dei Governi e la apposizione della fiducia su di essi.

Dinanzi a fenomeni del genere, ormai lungamente consolidatisi, i costituzionalisti attenti alla realtà normativa, sono chiamati a riflettere su alcune conseguenze, in qualche misura impreviste, che ne sono derivate.

In primo luogo, la sostanziale atrofizzazione della legislazione parlamentare sta producendo conseguenze molteplici, fra cui perfino un evidente parziale degrado della professionalità dei parlamentari ed anche di quella della maggior parte dei funzionari parlamentari (non certo quella dei migliori, che fortunatamente continuano ad esserci, ma ormai purtroppo come eccezioni).

Osservatorio sulle fonti

Ancora non molti anni fa la qualità delle Commissioni parlamentari, nel loro *mix* di parlamentari e funzionari, era normalmente eccellente e le Commissioni erano in sostanza le sedi della migliore professionalità normativa.

Invece, fatte ovviamente tutte le debite eccezioni, questa professionalità sembra esser venuta degradando, mentre l'attività normativa si è sempre più spostata sul versante governativo, sia tramite decreti-legge o sia tramite decreti legislativi. Ed a livello governativo purtroppo non sembra esistere una qualità comparabile fra i funzionari addetti.

Il secondo fenomeno concerne invece l'enormità del sistema normativo e il disordine del sistema delle fonti primarie e secondarie. Quest'altro fenomeno negativo non dipende tanto da responsabilità dei Governi, quanto dall'oggettiva e dimostrata incapacità del Parlamento (professionalmente impoveritosi, come abbiamo appena detto) di provvedere normativamente in modo adeguato dinanzi alle esigenze di aggiornare il "libro delle leggi", di implementarlo in modo efficace e forse di progettare un rinnovato modello di produzione legislativa adeguato ai problemi della società contemporanea, nonché di riordinamento delle fonti esistenti.

Questi sono due fenomeni molto "a monte", di cui forse bisognerebbe farsi carico anche in sede di una buona riforma costituzionale (non mi riferisco quindi a quella in corso).

E, invece, noi insegniamo ancora agli studenti che è il Parlamento a fare le leggi: cosa sempre meno vera perché il Parlamento fa poche leggi, per lo più minori, salvo quelle eticamente più complesse. Al tempo stesso, non mancano però teorici delle riforme costituzionali ad ogni costo, al fine di rafforzare e stabilizzare i Governi, che ci raccontano che occorre dotare finalmente il Governo di poteri legislativi (quasi che qualcosa del genere, seppur confusamente, non esista già).

A mio parere, invece, ci si dovrebbe occupare seriamente dell'assetto organizzativo del Governo e dei suoi apparati serventi, anche nella consapevolezza che sono questi che elaborano ed adottano tanta parte degli atti con forza di legge.

Quando potevo occuparmi di studiare questi temi, ricordo di aver intitolato un mio articolino "Ma chi fa i decreti legislativi?" (eravamo nel 2001), dal momento che non ero riuscito ad individuare precisamente gli organi che avevano redatto alcuni discussi decreti legislativi.

Allo stesso modo, visti gli esiti disastrosi emersi da alcune delle comunicazioni presentate oggi e relative ai decreti legge, si potrebbe dire: "Ma chi fa i decreti-legge?". Perché, se non è il Governo, chi li scrive? Evidentemente qualcuno, in nome e per conto del Governo; probabilmente i partecipanti ai pre-Consigli: ma ne hanno la legittimazione giuridica e professionale o quanto meno godono di una piena copertura politica?

Forse dico banalità, ma forse sarebbe bene conoscere chi decide il contenuto di atti con forza di legge, che possono anche produrre danni gravi a singoli o ad istituzioni: mi sembra paradossale che ci si debba porre il problema di responsabilizzare la burocrazia più o meno alta che gestisce poteri amministrativi, mentre invece non vengono

Osservatorio sulle fonti

responsabilizzati i componenti delle Commissioni ministeriali o gli alti o altissimi componenti o collaboratori degli organi del Governo che scrivono le leggi.

Certo, i decreti legislativi, i vari regolamenti, gli atti attuativi ecc. sono firmati alla fine da un Ministro, da un Sottosegretario, in qualche caso da un Dirigente ministeriale: ma sono solo loro i responsabili, o forse, in un'ipotetica riforma del sistema delle nostre istituzioni repubblicane, c'è la necessità di rendere trasparenti le procedure e gli organi che esercitano i poteri legislativi e regolamentari del Governo?

Altrimenti, noi continuiamo a rappresentare vicende normative non vere e a non individuare mai i soggetti responsabili di grandi scelte. Tutti noi sappiamo che in questi contesti a volte intervengono alti esponenti burocratici, esperti, gruppi di pressione, se non gli interessati: ma la mancata precisa disciplina delle procedure rende tutto sostanzialmente oscuro e riduce in modo sostanzioso la responsabilità dei soggetti ministeriali per le scelte che possano essere loro attribuite. Restringendo ed alzando i livelli di responsabilità per atti normativi rilevanti si arriva in pratica a non far rispondere nessuno di quanto è stato deciso.

Ma, invece, se il potere legislativo, regolamentare o alta attuazione si sposta all'interno della struttura governativa, occorre provvedere ad introdurre maggiori livelli di trasparenza nelle procedure e nelle strutture governative.

Questa situazione di così forte spostamento del potere legislativo dal Parlamento al Governo incide inoltre sulla funzionalità di vari altri organi costituzionali.

In questa sede faccio solo tre esempi.

La Corte Costituzionale è carica di responsabilità per quanto è avvenuto nei decenni trascorsi (come ha sottolineato il dott. Fiumicelli) e soltanto negli ultimi anni ha cominciato ad occuparsi in modo parzialmente innovativo di decreti-legge e di leggi delegate. Ciò paradossalmente dovendo anzitutto cercare di superare i propri precedenti indirizzi giurisprudenziali, che consideravano un'impropria invasione di campo la valutazione della sussistenza della condizione della straordinaria necessità ed urgenza del decreto-legge o le troppo generiche limitazioni delle deleghe legislative nelle leggi di delega.

Se però mettete in ordine cronologico i (modesti) numeri delle sentenze parzialmente innovative in materia, notate agevolmente che vi è negli anni più recenti una evidente crescita quantitativa, che rivela una maggiore consapevolezza del problema, se non una "lunga marcia" della Corte costituzionale verso tentativi di cercare di far rispettare anche gli artt. 76 e 77 della nostra Costituzione.

Ciò però con qualche problema aggiuntivo, dovuto al passaggio del notevole tempo durante il quale la Corte si è troppo facilmente arrestata dinanzi a queste fonti. Avendo vissuto dall'interno alcune delle recenti sentenze sui decreti-legge, devo infatti dire che attualmente esiste un serio problema istituzionale di cui bisogna farsi carico: trattandosi, infatti, di verificare la sussistenza o l'insussistenza di vizi formali, che notoriamente non vengono meno con il passaggio del tempo, il rischio (non piccolo) è che si possa aprire una stagione di enorme accrescimento di ricorsi per problemi del genere alla Corte, perché non dimentichiamo che fino dall'inizio di efficacia della Costituzione repubblicana vi erano i decreti-legge e vi sono stati discutibili prassi applicative.

Osservatorio sulle fonti

Ad esempio, se verificiamo la sussistenza della straordinaria necessità e urgenza nei decreti-legge e nelle relative leggi di conversione, rischiamo di aprire un vero e proprio “vaso di Pandora”: tutti noi infatti ricordiamo molti casi di assai dubbia utilizzazione dell’art. 77 Cost. (con decreto legge è stato perfino istituito un Ministero ...). Naturalmente la Corte cercherebbe di elaborare tutta una serie di prudenti tecniche giurisprudenziali, ma non è detto che queste siano sempre conseguibili.

Analogamente potrebbe dirsi per la (assai più prudente) recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di delega legislativa, con l’aggravante che non di rado i decreti legislativi riguardano interi settori e situazioni economicamente assai significative.

Occorre pertanto criticare la Corte per i ritardi con cui è intervenuta o il suo modesto coraggio nel sanzionare l’illegittimità di decreti legge o decreti legislativi, ma bisogna anche rendersi conto delle difficoltà oggettive della Corte ad intervenire per correggere consolidati indirizzi giurisprudenziali. Pur rispettando pienamente (a differenza di altri colleghi) il segreto della Camera di consiglio, posso però ricordare, ad esempio, che su alcune di quelle sentenze discutemmo animosamente, proprio perché almeno alcuni di noi temevano le conseguenze imitative che avrebbero potuto prodursi.

Passando al Governo, ad integrazione di quanto prima accennato, penso che esso, strettamente inteso (Consiglio dei Ministri e Ministri), debba eventualmente esser chiamato a rispondere anche per alcune importanti scelte operate in sede normativa: penso, ad esempio, alla vicenda tragicomica dei decreti-legge, decreti legislativi, atti di indirizzo, ecc. sulla riconfigurazione dei territori provinciali, e in particolare ai danni economici, sociali e culturali che sono stati arrecati attraverso quella incredibile vicenda.

Proprio in queste aree territoriali abbiamo vissuto alcuni anni fa periodi nei quali, sulla base delle direttive governative e dei troppi localismi, emergevano deplorabili tentativi di riconfigurazione dei territori provinciali (nuove “province a salsiccia”, “a banana”, a “cerchi concentrici”): e tutto ciò mentre Ministri della Repubblica davano direttive e facevano perentorie dichiarazioni sui giornali. Per fortuna tutto è finito nel nulla (magari però influenzando sulla successiva generalizzata eliminazione dell’ente provinciale), ma ciò che mi colpisce e che di tutto ciò non ne ha risposto alcuno: né in termini politici, né tanto meno in riferimento ai danni prodotti.

Ultimo organo costituzionale notevolmente coinvolto dalle trasformazioni in corso è il Presidente della Repubblica, chiamato anche a dare efficacia alle leggi, ai decreti legge, ai decreti legislativi.

I suoi poteri in materia –come ben noto– sono disciplinati in Costituzione per la promulgazione delle leggi, ma non per l’emanazione dei decreti legislativi e dei decreti legge. Eppure la prassi sembra comprendere anche casi in cui il Presidente ha esercitato poteri rilevanti in materia: posso dare anche una piccola testimonianza personale in materia, poiché ricordo che quando ero componente dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali, vi fu una tragica giornata in cui il Consiglio dei Ministri adottò un decreto legislativo sulla gestione dei dati sensibili in possesso delle Pubbliche amministrazioni, un pessimo testo, profondamente sbagliato (non ho alcun dubbio su

Osservatorio sulle fonti

questo, allora lo ho anche scritto sui giornali). Ebbene, quel decreto legislativo non è mai stato emanato: qualcuno di noi scherzando ha parlato di un decreto che si è perso in un lungo cassetto di qualche scrivania del Quirinale. In realtà sembra essere del tutto scomparso e solo dopo molto tempo il Governo, senza far parola di quello precedente, ha adottato un diverso decreto legislativo, regolarmente emanato ed entrato in vigore.

Né si è trattato dell'unico caso, a quanto risulta da varie fonti.

Ma esiste anche una prassi, largamente ignorata da noi costituzionalisti, relativa ai decreti-legge non autorizzati dal Presidente della Repubblica.

Ciò è stato reso evidente dalla lettera di Napolitano a Berlusconi, Presidente del Consiglio dei Ministri, nel febbraio 2009: dicendo che non avrebbe concesso l'autorizzazione per il decreto legge relativo al "caso Englaro", Napolitano ha citato cinque casi di precedenti rifiuti di autorizzazione presidenziale alla adozione di decreti legge da parte dei Governi allora in carica, vicende rimaste molto in ombra nelle considerazioni dottrinali.

Quindi, vari Presidenti della Repubblica, già prima di Napolitano, sulla base di una interpretazione sistematica che parte dalla titolarità del decreto da emanare, in quanto atto formalmente presidenziale, avevano già individuato la possibilità che il Presidente potesse vietare l'adozione di decreti legge, seppure in alcune situazioni di assoluta eccezionalità.

Nel recente "caso Englaro" inoltre il rifiuto del decreto-legge da parte del Presidente Napolitano è avvenuto anche dopo che la Corte costituzionale, con l'ordinanza n.334/2008, non aveva neppure ammesso i conflitti fra il potere legislativo ed il potere giudiziario. In questo caso –come è noto- la Corte non ha respinto i conflitti, ma non li ha neanche ammessi (un caso raro, ma significativo dell'assoluta inconsistenza dei due conflitti sollevati dalle Camere).

Inoltre, la ricerca del dott. Marchetti mette in evidenza che il Presidente Napolitano non è certo stato il primo ad essere intervenuto sul testo di decreti legge deliberati dai Consigli dei Ministri, instaurando quindi un rapporto dialettico con i Governi e ottenendo – spesso, ma non sempre –modifiche al testo.

Ci sono nella relazione di Marchetti alcuni dati assai significativi (anche 14 o 21 giorni di ritardo tra la delibera in Consiglio dei Ministri e l'atto presidenziale di sottoscrizione del decreto legge), e ciò dimostra in via di fatto, in modo assolutamente incontestabile, che vi è stata una contrattazione fra Presidente e Governo e spesso anche una modificazione del testo. Queste prassi ormai hanno messo radice e quindi varrebbe la pena di studiarle bene, anche per cercare di disciplinarle.

È il solito discorso: la nostra Costituzione si limita meramente a prevedere i poteri del Presidente in sede di sottoscrizione e poi di emanazione del decreto legge. Questi singolari vuoti normativi dovrebbero essere colmati da una buona riforma costituzionale (quindi non da quella di cui si parla in queste settimane); non certo per cancellarli, bensì per regolamentarli.

Tra l'altro c'è anche un altro delicato problema: da chi è rappresentato e con quale legittimazione colui che rappresenta il Governo nei rapporti con il Presidente ? Chi può accettare di apportare alcune modifiche al testo del decreto legge? Fino a prova

Osservatorio sulle fonti

contraria, il decreto legge è votato dal Consiglio dei Ministri, ma non risulta che il Consiglio dei Ministri venga riunito per provvedere a modificare il testo del decreto legge per venire incontro ai “suggerimenti” presidenziali; ma allora chi vi provvede ?

Come vedete, per vostra fortuna i giovani costituzionalisti avranno ancora tanta materia da indagare, studiare e su cui far riflettere.