

DECRETAZIONE D'URGENZA E ATTI "POST-LEGISLATIVI" DEL GOVERNO: SPUNTI DALL'ESPERIENZA DELLA XVI LEGISLATURA.

**«I'LL THINK ABOUT THAT TOMORROW. AFTER ALL...TOMORROW...
FRANKLY, MY DEAR, I DON'T GIVE A DAMN»***

di *Marco Mazarella*

SOMMARIO: 1. Obiettivi, oggetto e indirizzi metodologici dell'indagine - 2. Un fenomeno imponente e le sue dinamiche: il decreto-legge come "industria normativa di filiera" - 3. Una fenomenologia multiforme: piccola rassegna delle principali distinzioni - 3.1. I previsti atti post-legislativi secondo la veste formale (e la natura giuridica) - 3.1.1. Focus su due modelli paradigmatici: la pletera dei decreti governativi decentrati "perplexi" e la "retorica" dei decreti "d'emergenza" tra antanaclasi e straniamento... - 3.2. Spunti sui concreti effetti ordinamentali degli atti post-legislativi previsti: dalla "pandemia" della delegificazione (palese ed occulta) alla degradazione delle previsioni legislative a vuoti "trampolini" - 4. Una tecnica legislativa irta di vizi e difetti - 4.1. Perplexità di ordine costituzionale: vizi di legittimità (probabili) - 4.2. Questioni di stampo ordinamentale e istituzionale: difetti operativi e strutturali (certi) - 5. Una tattica del decidere politico assai fortunata: le sue ragioni, ... - 5.1. (Segue) ...tra pregi giuridico-ordinamentali e profitti politico-istituzionali per il Governo (effettivi, percepiti e pretesi)... - 5.2. (Segue) ...fino ad un piccolo cimento sulle "attenuanti generiche" - 6. Minime riflessioni conclusive: il modello della decretazione d'urgenza alla prova del "sottobosco" post-legislativo.

This work concerns a widespread, deep and very problematic tendency affecting the Cabinet's production of urgent decrees, focusing on the XVIth legislature praxis so far. It can be synthesized as the Cabinet's habit of delegating some relevant (and not merely normative) powers to itself for further activity, notwithstanding the frequent even complete incompatibility between it and urgency itself. After having collected and broadly discussed a huge amount of legal data, the work analyses first the various typologies of this dynamics, then the complex impact it expresses on the sources of law as constitutionally drawn. Finally, it shifts to the hardest legal problems and tries an attempt to find the deep reasons why this phenomenon is so successful.

* Il presente contributo presenta alcuni risultati emersi da uno studio ancora in corso di svolgimento. Esso rappresenta una versione ampliata, integrata, rivista ed aggiornata della relazione svolta in occasione del seminario «*Il decreto legge: un esame di casi concreti nella XVI legislatura*», svoltosi il giorno venerdì 4 marzo 2010 presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, nell'ambito del Ciclo di seminari «*Il sistema delle fonti normative e la qualità della legislazione (casi sintomatici)*», promosso dal Presidente del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, on. prof. Roberto Zaccaria, e già anticipati, nei limiti di alcuni tra gli elementi più significativi, in M. MAZZARELLA, «*Ci penserò domani. Dopotutto, domani ... Francamente me ne infischio*». *Brevi appunti su decretazione d'urgenza e previsione di atti "post-legislativi" del Governo nella XVI Legislatura repubblicana*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo edizioni, 2011, pp. 87 ss.. Desidero rivolgere un particolare ringraziamento a Valerio Di Porto, Consigliere della Camera dei Deputati, per i suggerimenti generosamente espressi e i rilievi sollevati in merito alle linee generali del presente elaborato. Le opinioni espresse e le eventuali inesattezze sono ad ogni modo imputabili in via esclusiva ed integrale a chi scrive.

· Allievo del Corso di Perfezionamento in *Persona e tutele giuridiche (curriculum pubblicistico)* presso la Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa.

1. Obiettivi, oggetto e indirizzi metodologici dell'indagine.

L'apertura del presente contributo merita di essere riservata alla precisazione che esso intende soffermarsi criticamente su una particolare declinazione di un fenomeno notevolmente più ampio, e tanto diffuso attraverso l'intera produzione legislativa degli ultimi anni da apparire addirittura strutturale e sistematico, quasi endemico nell'attuale ordinamento positivo, senza eccezione alcuna per quanto attiene all'arco temporale che è colto ad oggetto specifico della rilevazione e dell'analisi qui proposte, la XVI Legislatura repubblicana, attualmente in corso¹. Come si avrà modo di argomentare più avanti, il fenomeno che di cui si vanno ora a tracciare i connotati assume diversi volti secondo le specifiche fonti normative in cui si dipana, e proprio nel contesto della decretazione d'urgenza sembra manifestare in modo più accentuato i suoi numerosi risvolti problematici, ma al tempo stesso anche le ragioni che ne fanno uno strumento di obiettivo successo.

Il sottotitolo qui prescelto, naturalmente con approccio (anche amaramente) ironico², vuole gettare un fascio di luce su uno soltanto, sebbene tra i più interessanti, dei risvolti problematici che si fanno innanzi (v. *infra*, spec. paragrafo 4); ma la breve analisi proposta si incentra in termini più generali su una tecnica normativa che, se come si vedrà è senz'altro assai multiforme, evidenzia alcuni connotati comuni, sintetizzabili nella tendenza (*rectius*, ormai, nell'abitudine) della legislazione dell'urgenza³ a demandare esplicitamente la disciplina (ma sarebbe preferibile un'espressione più ampia e generica) di numerosi aspetti ed elementi (ormai davvero disparati, sul piano tipologico, funzionale e contenutistico) ad atti (o anche a mere attività) comunque "successivi" (e non meramente attuativi, né soltanto sub-legislativi, come meglio si vedrà), e per questo qui denominati "post-legislativi", rispetto allo stesso atto legislativo che contiene le relative previsioni, e la cui (spesso unica) ragion d'essere (almeno apparente e talvolta volutamente ostentata) si rinviene proprio nel medesimo suo fungere da base giuridica per siffatti svolgimenti ulteriori. Più in particolare, si analizzerà l'esperienza di quegli atti post-legislativi che, nel corso dell'ormai più che triennale esperienza di decretazione d'urgenza nota alla presente "Legislatura governativa"⁴, risultano essere stati intestati al Governo; consentendogli, peraltro, di

¹ Basti citare il caso della legge delega n. 42/2009, la cui attuazione mediante decreti legislativi sarà pienamente raggiunta soltanto dopo l'adozione di un'amplissima serie di atti soprattutto sub-legislativi intestati alle più diverse articolazioni del Governo, e non soltanto.

² «*Ci penserò domani. Dopotutto, domani ... Francamente me ne infischio*». Si tratta, all'evidenza, di tre distinti, celebri frammenti tratti dai dialoghi di un altrettanto celebre lungometraggio, che sono stati qui giustapposti ad arte, in modo assolutamente strumentale e soprattutto impertinente.

³ V. poco *infra* per un chiarimento concettuale in ordine a questa locuzione.

⁴ Per questa definizione, peraltro piuttosto intuitiva, sia consentito rinviare a M. MAZZARELLA, *La decretazione correttiva e integrativa*, in E. ROSSI (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, CEDAM, Padova, 2009, p. 267 ss. È chiaro che, salve eccezioni poco probabili, la piccola sfasatura che necessariamente divide Legislatura parlamentare e Legislatura "governativa" ha, nella materia qui in esame, una rilevanza di rilievo soltanto con riguardo alle leggi di conversione, e non invece ai decreti-legge: in ipotesi di Governo

mostrare con particolare vigore, proprio in questi frangenti, la propria intrinseca natura di organo costituzionale marcatamente complesso.

L'indagine, nella sua parte prevalentemente analitica, ha un taglio accentuatamente orientato alla prassi e si vale di un approccio che, pur non essendo campionario, si volge ad una limitazione delle attenzioni più specifiche soltanto ai casi maggiormente significativi. Dopo essersi articolata nella rilevazione delle distinzioni, delle variabili e delle tendenze più significative, si sviluppa attraverso l'individuazione e la sommaria discussione delle maggiori questioni problematiche, declinabili in termini di criticità (giuridiche ed ordinamentali, ma anche semplicemente politiche ed operative) ma soprattutto di vizi di consistenza costituzionale, emergenti specialmente sotto il profilo dell'attuale sistema costituzionale delle fonti; sebbene proprio la fenomenologia ora all'esame evidenzia bene quanto debole ne sia la natura di sistema, quanto la sua qualificazione non sia più *sic et simpliciter* costituzionale (attesa l'ormai sempre decrescente corrispondenza tra il modello costituzionale e quello della prassi normativa, non escluso l'influsso indotto dall'approfondirsi dell'integrazione europea) e soprattutto quanto sempre più minato sia il monopolio delle autentiche fonti formali nell'ambito dei veicoli di norme giuridiche⁵. L'altro polo del presente studio, nel quale essa culmina, è un tentativo di ricerca delle varie ragioni che è inevitabile rinvenire all'origine di questa affermatissima tendenza: si tratta di enucleare, da una parte, i vantaggi di varia natura che il legislatore (*rectius*, per più di una ragione, il Governo) decide di perseguire nell'avvalersi di algoritmi decisionali tanto complessi e costituzionalmente ruvidi, e dall'altra parte le possibili (con)cause oggettive, radicate nell'ordinamento istituzionale e nella sua indubbia complessità, per arrivare infine alla formulazione di alcune minime ipotesi ricostruttive volte a relativizzare, quasi a mo' di provocazione, le sicure torsioni a cui il fenomeno, qui pure criticamente rassegnato, sottopone il sistema costituzionale (delle fonti).

In vista di una delimitazione del campo dell'indagine, una prima questione di metodo che si pone è quella della delimitazione del bacino da cui trarre gli atti legislativi da censire e sottoporre ad analisi: in particolare, sarebbe necessario riferirsi all'intera "legislazione dell'urgenza", locuzione con cui qui si intende denotare quei piccoli o grandi microsistemi di relazioni ordinamentali ed istituzionali che si creano in "un

di Legislatura, se è possibile che un Governo di nuovo insediamento si trovi in carica, nel corso della nuova Legislatura parlamentare, durante la conversione di decreti-legge adottati dal precedente Governo (ciò che è avvenuto anche nella primavera del 2008), più difficile è invece che quest'ultimo adotti decreti-legge nel breve lasso di tempo che intercorre tra la fine della precedente Legislatura parlamentare e l'avvicendamento di Governo.

⁵ In merito, v. spec. F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Testo dell'intervento tenuto al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008 e A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Testo dell'intervento tenuto al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008.

intorno” dell’atto-fonte decreto-legge, e dunque composti, da una parte, anche dalla successiva legge di conversione, o, comunque, dagli atti legislativi che, nell’articolata e talvolta caotica fenomenologia legislativa recente, assumono un’analoga funzione, “para-convertendo” o meramente sanando uno o più decreti pendenti, seppur con effetti dunque non sempre perfettamente equivalenti alla conversione pura e semplice; e dall’altra parte, naturalmente, dalla stessa pletora di atti post-legislativi fondati sui due atti propriamente legislativi⁶. Il conseguente significativo ampliamento del raggio di osservazione si fonda su alcune considerazioni, volte a rilevare l’ampiezza dei profili di specialità della legge di conversione rispetto a tutte le altre⁷: sul punto, è interessante la ricostruzione da ultimo proposta dal Presidente Giorgio Napolitano nella missiva ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei ministri del 22 febbraio 2011, nel quale si afferma che «L’inserimento nei decreti di disposizioni non strettamente attinenti ai loro contenuti, eterogenee e spesso prive dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, elude il vaglio preventivo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge»⁸. Ne dovrebbe conseguire che questioni dello stesso ordine di quelle che si presentano per i decreti debbano porsi anche con riguardo alle leggi di conversione, che paiono ripetere dai decreti-legge quegli stessi limiti che pure l’articolo 77 della Costituzione soltanto ad essi riferisce. Oggettivamente, si tratta di una legge dall’iter ben più accelerato del solito, e per questo invita molto il Governo ad applicarvi la tecnica in parola; soprattutto, decreti e leggi di conversione si presuppongono a vicenda, giacché spesso le disposizioni che il Governo non risulta possibile od opportuno inserire nel decreto (magari a causa dell’avviso non favorevole manifestato dalla Presidenza della Repubblica⁹), spesso tornano in auge in fase di conversione, e non sempre nella prassi l’omogeneità è requisito, del decreto come della legge di conversione, effettivamente sufficiente ad evitare questo gioco dei “vasi comunicanti”, che specialmente al Senato (per note ragioni giuridico-formali ma anche politico istituzionali), tradizionalmente, il Governo ha un certo agio di intavolare.

⁶ Sul significato ordinamentale di questo assetto, v. in particolare il paragrafo 2. Peraltro, si potrebbe portare la considerazione alle sue estreme conseguenze, osservando quanto non incongruo sarebbe ampliare il bacino dell’analisi fino a ricomprendervi gli stessi atti “post-legislativi”, atteso che sia ad essi da riconoscere, al di là dei criteri (irrinunciabili) di qualificazione formale, una natura (come si vedrà) spesso funzionalmente “para-legislativa”.

⁷ V. Q. CAMERLENGO, *Il decreto-legge e le disposizioni “eccentriche” introdotte in sede di conversione*, in *Rassegna Parlamentare*, 2011, n. 1, p. 114: premesso che la legge di conversione è dotata di una specifica funzione costituzionale tipica, l’Autore conclude nel senso che siano ammissibili soltanto gli emendamenti ad esso strettamente strumentali.

⁸ Si soffermano ampiamente anche su questo punto P. CARNEVALE - D. CHINNI, *C’è posta per te. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del cd. decreto milleproroghe*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 2011, n. 2, spec. p. 10 ss.

⁹ Basti, sul punto, ricordare quanto emerge dalla stessa, già citata, missiva del Presidente Giorgio Napolitano ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei ministri del 22 febbraio 2011, nel quale, tra l’altro, si legge il riferimento ad un «intendimento manifestato dal Governo al Capo dello Stato *in sede di illustrazione preventiva del provvedimento d’urgenza*, poi confermato con l’approvazione del testo [...] successivamente emanato».

Ad ogni modo, si ritiene qui preferibile limitare l'analisi, già ampia e complessa, ai soli decreti-legge, con riferimento esclusivo al testo storico: tutte le modificazioni successive che si riscontrino in ciascun decreto-legge, infatti, da una parte possono essere oggetto di novelle indotte da qualsiasi successiva attività legislativa, anche e soprattutto non urgente, così da inquinare la purezza del dato in funzione di circoscrivere le problematiche della tipologia di atto con forza di legge in esame, e, dall'altra darebbero luogo ad un materiale esposto al rischio di continui mutamenti, ostacolando la chiarezza della ricerca. Allo stesso modo, le leggi di conversione saranno prese in considerazione soltanto in modo marginale, con riguardo limitato ad alcuni singoli casi particolarmente importanti.

Il secondo grande pilastro sul quale si fanno forza e vivono le scelte metodologiche qui condotte riguarda la selezione degli atti (intesi per il momento in senso ampio e solo parzialmente tecnico) "successivi" le cui previsioni siano contenute nei decreti e nelle leggi di conversione analizzati: a questo proposito, si è scelto di considerare soltanto il Governo e le sue articolazioni, numerose e qualitativamente variegata, per escludere gli atti "successivi" la cui adozione sia assegnata a centri di imputazione di potestà pubbliche comunque diversi dal Governo (quali le Regioni, gli Enti locali, le Autorità amministrative indipendenti, altri organi costituzionali, etc.). Non si intende tuttavia sottacere che le notevoli questioni che si pongono nei casi compresi nella presente indagine, in gran parte, non siano invero loro peculiari, ma si pongano spesso a prescindere dalle scelte fatte al momento di designare le strutture che saranno i "decisori del dopo"¹⁰: qualche considerazione in merito troverà spazio in seguito. Si è ritenuto invece di escludere l'assai ricorrente tipologia di decreti del Ministro dell'economia e delle finanze radicata nelle frequentissime clausole (se ne contano ben 39) per cui, in conseguenza e di determinate variazioni in termini di spesa o entrata e contestualmente ad esse, si statuisce che «Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio»: queste clausole, infatti, devono essere intese come valide autorizzazioni a indurre su parti non legificate del bilancio di riferimento, e dunque ad un li livello inferiore alle unità minime di decisione politica di entrata e spesa demandate al Parlamento e quindi contenute nella legge annuale di bilancio; si tratta soltanto di consentire, peraltro, che si rifletta sul bilancio, in termini strettamente tecnici e predeterminati negli indirizzi, quanto appunto stabilito dalla disposizione di legge a cui è correntemente giustapposta la clausola in parola.

Con riferimento, dunque, ai soli atti del Governo¹¹, va altresì precisato che si è rinunciato a riservare attenzioni ai soli atti "successivi" del Governo aventi certa natura

¹⁰ si pensi soltanto alla "sintomatologia" che le previsioni di *qualsiasi* atto "successivo" svolgono rispetto ai richiesti presupposti costituzionalmente di necessità ed urgenza (cfr. più ampiamente *sub* paragrafo 4).

¹¹ Non costituisce a ben vedere un'eccezione la rinnovata figura dell'*ordinanza sindacale di emergenza*, a cui dà fondamento, novellando il testo unico degli enti locali (peraltro, orientandola alla «sicurezza urbana» ma in modo parzialmente illegittimo: cfr. Corte cost., sent. n. 115/2010), l'articolo 6 del decreto-legge n. 92/2008, giacché si tratta a tutti gli effetti (quantomeno giuridici: cfr. in merito M.

normativa, poiché ciò avrebbe naturalmente richiesto una previa classificazione, caso per caso, dei numerosissimi atti considerati, sulla base della specifica natura giuridica propria di ciascuno: sforzo che, oltre ad essere notevolissimo, sarebbe ben poco significativo dal punto di vista dell'indagine, e sarebbe comunque destinato quasi sempre, come si accennerà, a rimanere frustrato dall'assenza (spesse volte da ritenersi scientemente determinata dal legislatore) di criteri formali univoci di verifica.

In particolare, si è evitato di limitare l'attenzione agli atti "sub-legislativi", preferendo porre in risalto l'unico dato invariabile e costante di tutti atti "successivi" del Governo, appunto la sequenzialità che li lega all'atto legislativo che ad essi dà fondamento (o lo esplicita): si potrebbe sul punto eccepire che in seno ad un decreto-legge (ma anche ad una legge di conversione, intesa in senso proprio e dunque in senso stretto) non sia invero possibile imbattersi nella previsione di atti propriamente legislativi, giacché soltanto i decreti legislativi sono atti di rango primario suscettibili di essere previsti e fondati da parte di precedenti disposizioni di natura egualmente primaria: si tratta naturalmente delle rispettive disposizioni di delega, le quali tuttavia, come è noto, non possono trovare spazio nei decreti-legge, ed è preferibile che non ne trovino neanche nelle leggi di conversione¹². Ma a questa eccezione si dovrebbe poi rispondere in modo articolato: infatti, sotto il profilo del metodo (con validità estesa non soltanto alla ricerca sulle tematiche in cui il presente contributo di inquadra, bensì, più in generale, all'indagine giuridica tout court), nessuno studio, specialmente poi se incentrato sulla prassi, pur dovendo necessariamente basarsi sul dato formale positivo, può sensatamente focalizzarsi soltanto sul dover essere dell'ordinamento di cui indaga una porzione problematica: naturalmente non può certo escludersi a priori che nella concretezza delle situazioni si pongano casi in cui il Sein costituzionale si distacchi anche completamente dal Sollen politico e legislativo, ed anzi l'analisi dovrebbe avere anche l'effetto di esplicitare siffatti scostamenti¹³.

In questo senso, infatti, è sufficiente anticipare un minimo lo sguardo ad alcuni esempi per rendersi conto che non sono mancati nella XVI Legislatura repubblicana casi di utilizzo delle diverse figure giuridiche della decretazione d'urgenza quando a fini di proroga (oppure differimento, oppure ancora riapertura) di deleghe legislative,

MAZZARELLA - E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali per la sicurezza urbana in materia di prostituzione*, in *Le Regioni*, nn. 1-2, 2010, p. 275, sub nota 82 e pp. 275-276) di atti del Governo, adottati per interposizione del Sindaco, in qualità di suo ufficiale.

¹² V., in merito, la sintesi dottrinale e giurisprudenziale fornita da A. GHIRIBELLI, *Qualità della produzione normativa e decretazione d'urgenza*, in *Quaderni regionali*, n. 2, 2010, p. 653 ss.

¹³ L'atteggiamento che ne risulterebbe sarebbe piuttosto analogo a quello della teoria tedesca *del calcolo dei vizi* (*Fehlerkalkül*), per cui l'ordinamento non può essere mai viziato in quanto solo in occasione della dichiarazione di illegittimità un vizio può dirsi formalmente accertato, ma proprio in quello stesso frangente esso viene espunto dall'ordinamento medesimo: per una sintesi chiara e piuttosto ironica, v. A. SPADARO, *I decreti legislativi integrativi e correttivi, un Fehlerkalkül all'italiana? Ovvero il «calcolo dei vizi» come previsione di riforme...riformande*, in V. COCOZZA - S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Quaderni del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 567 ss.

quando per interventi comunque di decisivo rilievo ai fini dell'esercizio delle stesse (si tratta dell'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 125/2010, come convertito dalla legge n. 163/2010¹⁴ e dell'articolo 1, comma 21, del decreto-legge n. 194/2009¹⁵)¹⁶.

Sotto tutt'altro profilo, ci si avvede altresì subito del fatto che una considerazione dei soli atti sub-legislativi lascerebbe nell'ombra numerosissime previsioni di atti che, pur non essendo formalmente legislativi, posseggono contenuti del tutto paragonabili a quelli dell'atto primario stesso, a ciò unendo una natura giuridica quantomeno polivalente o incerta. Si allude, in primo luogo, al caso delle ordinanze d'emergenza, in primis quelle di protezione civile, di cui come si vedrà non mancano previsioni e interventi di vario tipo anche in seno ai decreti-legge¹⁷. In secondo luogo, si fa riferimento a quegli atti, come piani e programmi o linee-guida, che sono caratterizzati in modo costante e strutturale da uno statuto giuridico chimerico¹⁸.

In terzo luogo, e segnatamente, si pensa anche all'abitudine legislativa di lasciare alle disposizioni di legge le sole indicazioni di indirizzo politico-amministrativo generalissimo, perché siano implementate poi sulla base di amplissimi rinvii ad atti governativi: abbondano, più precisamente, in ampia varietà, ipotesi di decreti governativi decentrati (ossia decreti ministeriali e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, con l'eccezione, tra quest'ultimi, di quelli che, veicolando atti adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sono effettivamente collegiali nel contenuto e decentrati presidenziali meramente nella veste giuridica; a fortiori non si a

¹⁴ «All'articolo 2, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, le parole: «un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge» sono sostituite dalle seguenti: «il 31 maggio 2011»».

¹⁵ «Al comma 5 dell'articolo 24 della legge 5 maggio 2009, n. 42, le parole: «Con specifico decreto legislativo, adottato», sono sostituite dalle seguenti: «Con uno o più decreti legislativi, adottati»: la disposizione ha un effetto a ben vedere indirettamente ampliativo sulla delega, consentendo un frazionamento che, in deroga all'articolo 14, comma 3, della legge n. 400/1988, la delega novellata non consentiva sullo specifico punto.

¹⁶ Fenomeno affine ma ben diverso è quello dei richiami, spesso contenuti nei decreti-legge, ad atti legislativi del tutto futuri, o al massimo in corso di elaborazione (si pensi, ad esempio, alla frequenza con cui compaiono espressioni quali «nelle more dell'attuazione della delega in materia di federalismo fiscale...» *et similia*): si tratta di casi che propongono il rapporto tra decretazione d'urgenza e atti normativi *et similia* del Governo in un'accezione parzialmente diversa da quella qui in esame, poiché la relazione tra essi si struttura in termini di presupposizione e intreccio tra l'atto urgente e l'altro atto legislativo. Quest'ultimo, essendo già dotato di una sua autonoma e diversa base giuridica, quanto non a tutti gli effetti meramente *"in pectore"* in quanto soltanto idealmente incardinato nel "programma di Governo", non è affatto propriamente previsto dal decreto-legge (ma analoga valutazione spetta a ben vedere anche a numerosi atti post-legislativi la cui specifica previsione è del tutto superflua, stante il fatto che spesso essa si concretizza in una mera e stanca ripetizione di clausole generali di cui l'ordinamento è già provvisto: v., ad esempio, il richiamo del potere regolamentare di cui all'articolo 17, comma 1, della legge n. 400/1988, da ultimo indicato all'art. 6, comma 2, lettera e), del decreto-legge n. 70/2011), ma comunque è consapevolmente "indicato" come atto che succede al decreto-legge stesso, e rispetto al quale il decreto-legge è solitamente sin dall'origine concepito come "ponte".

¹⁷ Cfr. E. ALBANESI - R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 2231 ss..

¹⁸ che può dunque trovarsi a dare fondamento a letture a dir poco discutibili, in modi che in seguito si avrà occasione di esemplificare.

allude ai decreto del Presidente della Repubblica), che, destinati per volontà legislativa a contenuti che pare corretto definire “paralegislativi”, o al più «pararegolamentari»¹⁹ o (più ampiamente e meno formalisticamente, sempre ammesso che ciò sia possibile) “paranormativi”, pretendono di ripetere l’idoneità a veicolare determinati contenuti senza però il relativo accompagnamento del dovuto corredo di requisiti formali e presidi di garanzia, sfuggendo, in tutto in parte, al regime giuridico di quelle stesse fonti a cui, per così dire, “si ispirano”, talvolta addirittura “caparbiamente”²⁰.

Ancora, sotto un aspetto ancora ulteriore, fanno parte della rilevazione condotta atti non soltanto aventi natura sub-legislativa, né soltanto sub-normativa più in generale, bensì atti che, non risultando sempre qualificabili neanche propriamente come amministrativi, sconfinano addirittura nella nell’universo dello *ius privatorum*.

In conclusione sulla delimitazione dei materiali, comunque abbondanti, che rilevano ai fini dell’indagine, si deve avvertire che sono state oggetto di sistematica ricerca tutte le previsioni “originarie” di atti successivi, e non anche quelle recanti proroga, differimento o riapertura di termini per l’adozione degli atti post-legislativi che fosse già fondata su precedenti atti legislativi²¹, in disparte ogni considerazione sul significato da attribuire a interventi di tal fatta, effettuati su termini che (laddove previsti) paiono generalmente da interpretare come ordinatori: la rilevazione, dunque, va senz’altro presunta in (significativo) difetto²².

2. Un fenomeno imponente e le sue dinamiche: il decreto-legge come “industria normativa di filiera”.

¹⁹ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 241 ss.

²⁰ si allude, ad esempio, al caso dei decreti decentrati aventi natura «non regolamentare», su cui ampiamente *infra*, spec. *sub* paragrafo 3.1.1.

²¹ Diverso ancora è il caso esemplificato dalla seguente, paradigmatica previsione, che è stata viceversa computata e merita qui una breve riflessione: si tratta dell’articolo 4, comma 5, del decreto-legge n. 185/2008, a norma del quale «Il decreto ministeriale di cui all’articolo 7, comma 3, della legge 8 marzo 2000, n. 53, è emanato *entro trenta giorni* dall’entrata in vigore del presente decreto-legge» (in questa, come in tutte le altre citazioni normative presenti all’interno del presente studio, il carattere corsivo utilizzato nelle non è mai originale): la disposizione citata del decreto urgente del 2008 (uno del filone «anticrisi») ha avuto come *esclusivo oggetto* la previsione, per un atto già da tempo previsto nell’ordinamento, di un termine (peraltro molto breve, più breve di quello previsto per la conversione del decreto-legge) che in precedenza non era previsto.

²² Altra valida ragione per presumere che le previsioni in difetto siano più numerose di quelle che si sono evidenziate a monte della presente indagine si rinviene nel criterio operativo di calcolo: esso si è fondato essenzialmente (anche se non in via esclusiva) su una ricerca di *tipo testuale*, condotta *sui testi originari* di decreti-legge (e delle rispettive leggi di conversione o para-conversione), dei *principali atti formali* nei quali possano incarnarsi le variegata figure di atto “post-legislativo”, e dunque dei “decreti” di varia ulteriore declinazione, dei “provvedimenti” di ogni sorta, dei “regolamenti”, delle “deliberazioni”, *etc.* Solo occasionalmente, dunque, è stato possibile censire anche ipotesi di atti innominati bensì individuabili indirettamente sulla base delle norme legislative scrutinate in quanto da esse additati in termini soltanto funzionali (con locuzioni, ovviamente del tutto carenti sotto il profilo della qualità anche soltanto formale della legislazione, del tipo: «Entro la data x, il Ministro Y *determina/adotta/individua/... requisiti/criteri/modalità/... attuative del presente articolo/comma/periodo/...*»).

Una prima modalità di approssimazione agli ampi ed eterogenei dati a disposizione consiste in una breve e minimale rassegna dei maggiori output che promanano da un'analisi sull'impatto quantitativo del fenomeno in discorso.

In primo luogo, si rileva che dei 75 decreti-legge emanati nella presente Legislatura²³ soltanto 22 non contengono, naturalmente nel testo originario, alcuna previsione di atto post-legislativo: ciò significa, per converso, che in ben 53 decreti-legge (ossia in oltre il 70% di essi) è presente almeno una previsione.

Sempre in prima approssimazione, si può aggiungere che il totale complessivo delle disposizioni di tali decreti-legge recanti previsione di atti sub-legislativi tocca le 555 unità²⁴, dato che, se riferito al totale dei decreti-legge (e dunque compresi nel novero anche i 22 che, come riferito, sono privi di alcuna previsione), corrisponde ad un valore medio di quasi 7,4 previsioni, per salire a quasi 10,5 previsioni laddove si considerino soltanto i 53 decreti che ne presentano almeno una.

Tuttavia, occorre sottolineare che la distribuzione si caratterizza per una varianza elevatissima: non solo spicca come non siano più di 7 i decreti-legge che recano un numero di previsioni prossimo alla media (in quanto compresi tra i due valori medi ora riportati), ma è possibile altresì osservare che ben 297 previsioni, corrispondenti ad oltre il 53% del totale, trovano posto nei 5 decreti-legge che più ne sono ricchi²⁵.

È chiaro e non revocabile in dubbio che un'analisi di natura quantitativa e soprattutto che non prenda in adeguata considerazione, ad esempio, le dimensioni dell'apporto deontico complessivo di ciascuno dei decreti-legge (dato peraltro solo tendenzialmente corrispondente al numero delle disposizioni normative), delle quali già emerge ictu oculi una nettissima variabilità, senz'altro può non essere adeguatamente significativa; ad ogni modo, essa non è comunque sufficiente a dare la misura del peso sostanziale delle specifiche previsioni: nel presente lavoro non sarà possibile se non indirettamente dare soddisfazione di simili esigenze analitiche di stampo contenutistico. Ma già dall'esito di una prima delibazione può trarsi che le dimensioni del fenomeno sono notevoli, se non imponenti (specialmente laddove relativizzate con riferimento alle

²³ Il computo e la rilevazione sono aggiornati alla data del 25 giugno 2011.

²⁴ Si precisa che, fermi sempre rimanendo i ben possibili errori di calcolo (sebbene difficilmente in eccesso), sono stati computati sempre come unica previsione anche quelle nelle quali pure poteva evincersi o era chiaramente indicato che gli atti di applicazione adottabili fossero più di uno: dando così luogo ad un calcolo maggiormente certo ma creando un'ulteriore ragione per presumere per difetto la stima fatta.

²⁵ Ne possiedono, rispettivamente, ben 93 il decreto-legge n. 112/2008 (recante «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*»), 74 il decreto-legge n. 78/2010 (recante «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*») e 63 decreto-legge n. 70/2011 (recante «*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*»). Molto distante è invece il volume di previsioni riscontrabile nel quarto e nel quinto decreti-legge, il decreto-legge n. 185/2008 (recante «*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*»), ed il decreto-legge n. 78/2009 (recante «*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini*»), rispettivamente dotati di 36 e 31 previsioni.

impostazioni dogmatiche sottese alle riflessioni critiche proposte infra). Questi primissimi dati consentono di riscontrare come l'odierna figura del decreto-legge, pur senza perdere il particolare e "solenne" statuto costituzionale che le spetta (e si colloca qui il risvolto più problematico), si stia ormai trasformando in modo più accentuato che in passato e senza più esitazioni (né pudori ordinamentali...) in uno strumento di produzione legislativa capace davvero di "fare filiera" rispetto ai contesti di una complessa e sempre più indistinta congerie di decisioni pubbliche normative, "paranormative" ed amministrative (più che in un ancora coerente e chiaro sistema costituzionale delle fonti e dell'attività amministrativa). Questo stato di cose si incarna non soltanto nella legge di conversione, che sorge da un «disegno di legge rafforzato»²⁶ dai contenuti sempre più abbondanti e variopinti (tanto che correntemente e da tempo se ne rileva una forte crisi rispetto al semplice e "leggero" modello che su di essa ha imbastito la Costituzione²⁷), né soltanto attraverso la stessa esistenza di quell'attività amministrativa che è sempre più spesso necessario porre in essere in attuazione (o comunque, nel seguito crono-eziologico) dei decreti-legge²⁸, ma forse soprattutto proprio dall'ormai incontrollata pleora degli atti post-legislativi a cui esplicitamente demanda anche profondissime determinazioni, e che si caratterizzano per una natura giuridica variegata e spesso oscura, quando non siano addirittura derubricabili a mere attività operative prive della dignità giuridica di autentico atto (di una pubblica autorità).

Un breve accenno merita anche il profilo della collocazione temporale delle previsioni degli atti post-legislativi in ciascun decreto-legislativo in base alla sua posizione lungo l'arco della "Legislatura governativa": suddividendo convenzionalmente il periodo, ormai più che triennale, in semestri²⁹, e con la premessa che, eccezion fatta per la straordinaria effervescenza mostrata dal Governo nell'uso della decretazione d'urgenza durante il primo semestre (8 maggio 2008 - 8 novembre 2011, in cui si sono stati adottati ben 24 decreti-legge, peraltro per un totale di 186 previsioni di atti post-legislativi, pari a quasi un terzo del totale dell'intero triennio), grazie all'istogramma proposto in Fig. 1 si può osservare una tendenziale omogeneità nell'andamento della distribuzione, dato che il numero degli atti post-legislativi

²⁶ Così A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in F. CAZZOLA - A. PREDIERI - G. PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1975, p. XX.

²⁷ V., per tutti, A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, *passim*.

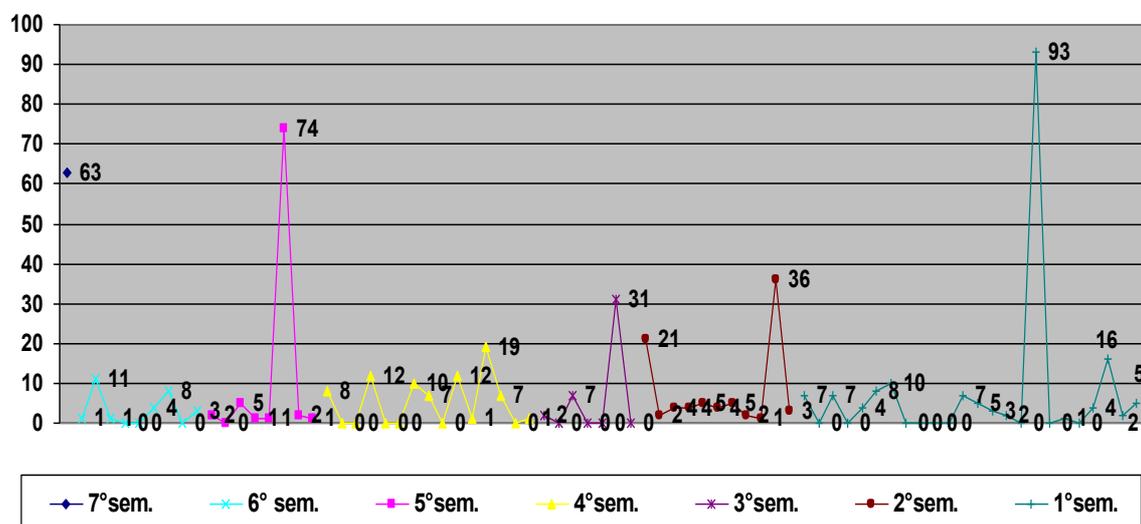
²⁸ sintomo già chiaro dello scarso successo che vive in concreto il modello del decreto-legge come provvedimento di diretta applicabilità, ed in ultima analisi sostenuto da straordinarie ragioni di necessità ed urgenza.

²⁹ Tenuto conto che la corrente Legislatura governativa è iniziata con l'insediamento del Governo, ossia l'8 maggio 2011, ne risulterebbe un'articolazione in sei semestri che racchiuderebbe tutti i primi 74 decreti-legge per lasciare escluso, quale (attualmente) unico decreto del settimo semestre, in quanto adottato dopo la data dell'8 maggio 2011, il decreto-legge n. 70/2011, settantacinquesimo in termini assoluti.

previsti³⁰ nel corso dell'intera (porzione già trascorsa della) "Legislatura governativa" rimane costantemente al di sotto delle 12 unità, salvo fuoriuscirne mai più di due volte per ciascun semestre, con l'eccezione del quinto semestre (8 maggio 2010 - 8 novembre 2010), che annovera un solo "picco", e del sesto (8 novembre 2010 - 8 maggio 2011), che non conta alcun valore superiore a 12.

Fig. 1

Prospetto del numero di previsioni di atti post-legislativi contenute nei decreti-legge considerati (disposti in ordine cronologico inverso, dal 75° al 1°, e suddivisi secondo il semestre di "Legislatura governativa" di afferenza).



I cinque "picchi" assoluti già menzionati (che, si ricorda, abbracciano da soli quasi metà delle previsioni) non si collocano mai in seno allo stesso semestre, ma li occupano tutti, tranne il quarto (8 novembre 2009 - 8 maggio 2010) ed il sesto (8 novembre 2010 - 8 maggio 2011). Per cogliere appieno il rilievo di eventuali dinamiche nel rapporto con l'andamento, ordinamentale e politico, della Legislatura governativa, nel suo più o meno nitido procedere "in fase" con la Legislatura intesa in senso generale (cioè parlamentare), occorrerebbe scendere nel dettaglio dell'esatto contenuto (e delle relative implicazioni) di pressoché ciascuna previsione, e non si tratta certo di indagine che possa trovare sede in queste pagine. Ma l'impressione che sorge intuitiva è che il Governo dia risposta (anche) con la decretazione urgente ad una certa esigenza, che periodicamente si manifesta in esso (*rectius*, nelle sue articolazioni), di accumulare una

³⁰ *rectius*, il numero delle loro previsioni, stante la possibilità di esercizi reiterati dei poteri conferiti o già spettanti ma comunque "asseverati" da ciascuna previsione: cfr. poco *infra* nel testo, al termine dell'analisi quantitativa.

“scorta” di poteri post-legislativi; peraltro, vi sono ragioni (e se ne darà conto infra) per dubitare che questa ipotesi possa subire integrali smentite per mano della circostanza, tutt’altro che improbabile, che detti poteri vadano in gran parte dispersi per mancato utilizzo.

Infine, un ulteriore profilo che è bene non rimanga nell’ombra è quello del numero degli atti post-legislativi che, in corrispondenza di ciascuna singola loro previsione, siano suscettibili di adozione: in altri termini, si tratterebbe di verificare la presenza e l’incidenza delle eventuali previsioni di poteri decisionali post-legislativi non destinati ad esaurirsi al volgere del loro primo utilizzo, bensì reiterabili. Non è all’evidenza possibile passare al vaglio tutte le previsioni, specialmente a mente della circostanza per cui non paiono sussistere criteri certi ed univoci per stabilire a priori se la singola previsione, che si esprima meramente mediante indicazione della veste formale dell’atto³¹, fondi un potere destinato ad esaurirsi al suo primo utilizzo, né d’altra parte sembra corretto risalire ad alcuna conclusione a posteriori, ossia a partire dal dato empirico traibile dalla prassi (sia per perplessità di ordine metodologico generalissimo, sia perché, proprio nel caso della corrente legislazione urgente, la prassi appare in genere tutt’altro che affidabile).

Ciò che invece vale sicuramente la pena di fare è concentrarsi un poco su quegli atti che, con assoluta certezza, manifestano la propria reiterabilità esprimendola nientemeno che secondo una predefinita periodicità, solitamente almeno annuale; la quale, tra l’altro, corrobora la fondatezza dell’ipotesi, sopra lueggiata, dell’immanente esigenza, nelle burocrazie soprattutto ministeriali, di un’accumulazione periodica di poteri da esercitare (anche nella forma particolare di obblighi altrui, comunque inquadrabili nella prospettiva dell’ulteriormente successivo esercizio di poteri già detenuti dalle amministrazioni statali³²). Alcuni esempi di rilievo (la cui collocazione proprio in seno ai due decreti-legge in cui maggiore è la propensione alla delega di potestà all’universo post-legislativo) meritano di essere qui ricordati: dall’ormai risalente decreto-legge n. 112 del 2008 si traggono almeno i casi dell’articolo 6, comma 4, secondo periodo³³, dell’articolo 54, comma 3, lettera b)³⁴ e dell’articolo 67, comma 8³⁵; invece, nel corpo

³¹ Peraltro, è chiaro che l’andamento alluvionale (e vistosamente “ministerialista”) della legislazione odierna, specialmente quella urgente, impedisce di attribuire particolare significato di ordine sistematico alle oscillazioni terminologiche che sovente vedono “contrapporsi” locuzioni del tipo «con uno o più atti x» ad altre del tipo «con atto x», escludendo l’applicazione di rigorosi criteri interpretativi che condurrebbero, nella specie, a ritenere che il legislatore abbia imposto (volutamente superando con disposizione specifica la reiterabilità o la sua esclusione che si debbano o meno riconoscere ai diversi atti in base alla natura giuridica del potere conferito, esonerando quindi, almeno a questi fini, da una sua ricerca) reiterabile il potere nella prima tipologia di casi e non invece nel secondo caso.

³² Si allude, ad esempio, alla previsione con atto urgente di *obblighi informativi periodici* a carico di Amministrazioni pubbliche non soltanto statali, analoghe a quelle di cui all’articolo 67, comma 8 del decreto-legge n. 112, poco *infra* menzionato nel testo e citato in nota.

³³ «Entro il 30 giugno di ciascun anno, il Comitato interministeriale per la programmazione economica *delibera* il piano previsionale dei fabbisogni finanziari del fondo».

³⁴ Recante inserimento di un comma aggiuntivo nell’articolo 1 della legge n. 186/1982 per cui «*Il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all’inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, determina le*

(non poco scivoloso, anche soltanto per ragioni di mero drafting formale³⁶...) del recentissimo decreto-legge n. 70/2011 spiccano l'articolo 3, comma 2, periodi quinto³⁷ e sesto³⁸, l'articolo 6, comma 2, lettera a), numero 5)³⁹, l'articolo 8, comma 4, lettera d), secondo periodo⁴⁰ e l'articolo 9, comma 17⁴¹. Si veda anche l'articolo 1, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge n. 34/2011⁴².

rispettive materie di competenza e la composizione, nonché la composizione della Adunanza Plenaria ai sensi dell'articolo 5, primo comma».

³⁵ «In attuazione dei principi di responsabilizzazione e di efficienza della pubblica amministrazione, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, hanno l'obbligo di trasmettere alla Corte dei Conti, tramite il Ministero economia e finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, entro il 31 maggio *di ogni anno*, specifiche *informazioni* sulla contrattazione integrativa, certificate dagli organi di controllo interno».

³⁶ Basti sui sottolinearsi l'adozione di una tecnica legislativo-comunicativa per cui la funzione di annuncio, essenziale in termini politico-istituzionali e appena sopportabile nelle intitolazioni e nelle rubriche degli articoli di legge, penetra ora persino nel testo normativo vero e proprio (in particolare, sono concepiti in tal guisa i commi 1 di ciascun articolo, non assenti accorgimenti di coordinamento quali l'uso di avverbi come «*Consequentemente*» ad *incipit* dei commi 2 ...), con potenziali, evidenti problemi interpretativi di non scarso momento.

³⁷ «La misura delle quote [dei corrispettivi dei diritti di superficie e da ripartire tra più amministrazioni] è *stabilita annualmente con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze*, in modo tale che non derivino effetti negativi per la finanza pubblica».

³⁸ Laddove, stabilendosi che «*Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze sono stabiliti i criteri di determinazione del corrispettivo annuo* di cui al comma 1, lettera c), n. 1), in modo tale che non derivino effetti negativi per la finanza pubblica», verosimilmente si è inteso conferire un potere suscettibile di periodica reiterazione (ma probabilmente a scadenze non inferiori all'anno). La presente previsione e quella che immediatamente la precede suscitano ulteriore interesse per problematiche da essi sollevate (e di cui non si mancherà di trattare brevemente anche più in generale, più avanti) sia singolarmente sia nella reciproca combinazione: singolarmente perché, una volta di più, sposano una discutibile assenza di *criteri* che possano indirizzare il Ministro dell'economia (salvo, quale ormai ferrea nuova "regola aurea", il *réfrain* con cui si concludono entrambe le disposizioni); nella relazione che le lega per l'accurata distinzione fatta tra strumenti giuridici analoghi ma non identici (da una parte, un *decreto del Ministro* non ulteriormente qualificato; dall'altra, un *decreto del Ministro avente natura non regolamentare*).

³⁹ Laddove, nel novellare il c.d. Testo unico in materia di tutela dei dati personali, prevede che «il Garante, sentiti il Ministro per la semplificazione normativa e il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, individua con proprio *provvedimento*, *da aggiornare periodicamente*, modalità semplificate di applicazione del disciplinare tecnico [...]».

⁴⁰ «i Titoli [di Risparmio per l'Economia Meridionale] possono essere emessi per un importo nominale complessivo massimo di 3 miliardi di euro annui. Il predetto importo è eventualmente *modificato* entro il 31 gennaio di *ogni anno* con *decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare*». Non si ritiene necessario precisare come, anche qui, la previsione sia problematica per ragioni anche ulteriori alla *dichiarata periodicità* del suo eventuale utilizzo, ma riferibili alla pretesa di intestare quella che a tutti gli effetti è una *delegificazione* (ancorché implicita e priva di criteri) ad un atto che pure si pretende di privare esplicitamente della natura regolamentare.

⁴¹ Nel quale, dopo aver stabilito (già discutibilmente, almeno sotto il profilo della tempistica predefinita) che «con *decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nel rispetto degli obiettivi programmati dei saldi di finanza pubblica, è definito un *piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato* [...]», si precisa che «Il piano è *annualmente verificato*

3. Una fenomenologia multiforme: piccola rassegna delle principali distinzioni.

3.1. I previsti atti post-legislativi secondo la veste formale (e la natura giuridica).

Lo sguardo appena lanciato al dato quantitativo apre la strada ad un'articolazione secondo variabili, dinamiche e tendenze che possono assumere un rilievo ai fini della presente indagine per come sintetizzati in apertura. La breve analisi che impegna questa parte del lavoro è intesa offrire uno spaccato delle maggiori questioni problematiche, da alimentare anche con taluni esempi concreti, funzionalmente ad una loro successiva discussione critica.

Volendo, infatti, visualizzare i dati con approccio più analitico, è necessario disaggregarli secondo almeno due distinzioni tra loro trasversali: per tipologia degli atti e per tipologia degli effetti ordinamentali, avvertendo già della rinuncia a classificazioni basate su criteri ancorati a dati che richiedessero valutazioni prettamente contenutistiche, in favore di un approccio più adatto ad alimentare considerazioni attinenti al generale sistema delle fonti.

Le tipologie degli atti post-legislativi previsti è, così, stata categorizzata privilegiando il criterio della veste formale e della natura giuridica (che ne sia o meno esplicitata: elemento di non poco momento, come si vedrà) di ciascun atto previsto, così da pervenire a distinzioni generali e soprattutto quasi del tutto rilevabili già in fase "comminatoria", ossia dall'esame dei decreti-legge, senza che sia necessario attendere e verificare l'eventuale adozione effettiva di ciascun atto post-legislativo. La summa divisio può dunque vedere contrapposti, da una parte, i decreti del Presidente della Repubblica (che necessariamente riguardano atti collegiali, atteso che presuppongono la previa deliberazione da parte del Consiglio dei ministri), e dall'altra i decreti ministeriali o del Presidente del Consiglio dei ministri (atti governativi viceversa

dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze e con il Ministero per la pubblica amministrazione ed innovazione *ai fini di eventuali rimodulazioni* che si dovessero rendere necessarie»: la clausola valutativa, dal sapore tipicamente europeo, sembra chiarire che l'intervento correttivo debba essere applicato necessariamente mediante un atto analogo a quello di origine (del quale quindi assicurerebbe la reiterabilità periodica).

⁴² «La misura dell'aumento [dell'aliquota dell'accisa su determinati carburanti resa necessaria per finanziare taluni nuovi interventi in materia culturale] è stabilita con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane da adottare entro sette giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto; il provvedimento è efficace dalla data di pubblicazione sul sito internet dell'Agenzia»: la straordinaria brevità dei termini qui previsti (sui quali si avrà modo di soffermarsi più avanti) non deve oscurare che comunque l'atto non può che essere reiterabile, dato che è incaricato di individuare la copertura di oneri finanziari estesi dalla stessa disposizione normativa ben oltre il solo primo anno finanziario. Ma non sarebbe priva di fondamento anche la soluzione opposta, per cui soltanto per la prima applicazione si sia inteso derogare alla disciplina generale valevole per la *variatio* dell'aliquota in discorso, come pare suggerito del resto dal già sottolineato brevissimo termine previsto per l'adozione del provvedimento (sebbene in quest'ultima ipotesi diventi poi non agevole il rispetto dell'onere di copertura finanziaria delle leggi recante nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica di cui all'articolo 81, quarto comma, della Costituzione).

“decentrati”), oltre a tutti gli altri atti comunque riferibili al Governo o a sue articolazioni (ad esempio, le Agenzie fiscali, ma anche lo stesso Presidente del Consiglio dei ministri, con riferimento alle ordinanze o ad atti comunque diversi dai decreti).

Ebbene, anche grazie al grafico riassuntivo proposto in Fig. 2, una distribuzione molto squilibrata si evidenzia anche tra queste diverse categorie: se complessivamente le previsioni di decreto del Presidente della Repubblica sono soltanto 16 (pari a poco meno del 3% del totale), ben più numerosi sono i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che raggiungono le 75 unità (pari a poco più del 13,5%). Di essi, più in particolare, 5 hanno natura giuridica esplicitamente indicata come «regolamentare» (in 2 casi) o come «non regolamentare» (in 3 casi)⁴³, mentre sono ben 71 i decreti non ulteriormente qualificati. La maggioranza relativa spetta dunque ai decreti ministeriali, che raggiungono le 256 previsioni (pari ad oltre il 46%): in 55 casi si tratta di atti aventi natura giuridica esplicitamente fissata come “regolamentare” (in 9 casi) o come “non regolamentare” (in 46 casi), mentre nella generalità dei casi (201 previsioni) i decreti ministeriali previsti nei decreti-legge sono privi di alcuna ulteriore qualificazione in merito alla natura giuridica dell’atto che sono incaricati di veicolare. Infine, particolarmente ricca risulta anche la categoria residuale sopra delineata degli altri atti del Governo (208 unità, pari ad oltre il 37% del totale): essa rivela un’articolazione tipologica interna sulla quale è bene soffermarsi brevemente.

Premesso, in particolare, che sono stati qui rubricati quali altri atti del Governo tutti i decreti di singoli Ministeri che fossero esplicitamente qualificati come dirigenziali (et similia), ma avvertito altresì che analoga sorte ben sarebbe potuta toccare anche a tutte quelle numerose previsioni di decreti “del Ministero...” piuttosto che “del Ministro”⁴⁴, si può osservare che questa categoria residuale si connota per una spiccatissima eterogeneità, abbracciando figure molto diverse tra loro da più punti di vista, ed indulgendo relativamente spesso ad atti innominati⁴⁵, e conseguentemente dalla natura

⁴³ Si rinvia al paragrafo 3.1.1. per una minima discussione sulle molteplici e gravi questioni sollevate dalla concezione, fatta propria in modo saldo e generalizzato dalle compagini governative e parlamentari degli ultimi anni, della piena disponibilità della qualificazione giuridica degli atti in parola.

⁴⁴ nel dubbio (che è ovviamente possibile sciogliere soltanto *a posteriori*, e non già in “fase comminatoria”), si è scelto di inserire sistematicamente questi atti nel novero dei *decreti ministeriali*, ma è ben possibile che gran parte delle rispettive previsioni siano state interpretate (o debbano esserlo) come riferite a decreti intestati ad una delle articolazioni interne del Ministero, e dunque, ad esempio, ad un Capo di Dipartimento o ad un Direttore generale, o, ancora, a strutture ulteriormente subordinate. La distinzione è peraltro molto importante anche sul piano delle questioni problematiche di varia natura che si fanno innanzi attorno al fenomeno indagato, e sarà perciò oggetto di apposita discussione.

⁴⁵ Un esempio interessante è quello di cui all’art. 81, comma 33, del decreto-legge n. 112/2008, in materia di c.d. *social card*: nel prevedere che «Entro trenta giorni dall’entrata in vigore del presente decreto, il Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, disciplina, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente: [...]», il disposto di legge non scioglie affatto il dubbio astratto che si poteva porre su quale fosse l’atto formalmente richiesto per disciplinare, assunti i richiesti concerti (ma non anche i pure giudizialmente reclamati coinvolgimenti nel sistema delle Conferenze: v. sentenza n. 10/2010 della Corte costituzionale), gli oggetti indicati nell’elenco qui omissis.

giuridica non agevolmente definibile⁴⁶. Si ravvisano in particolare numerosi atti delle Agenzie fiscali, con particolare insistenza sui provvedimenti (non soltanto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate (v., ad es., le numerose previsioni contenute nei già ricordati decreti dal maggiore impatto "post-legislativo"), non poche previsioni di ordinanze ed altri provvedimenti di urgenza⁴⁷, taluni atti di stretta organizzazione amministrativa (v., ad es., l'articolo 3, comma 7, del decreto-legge n. 90/2008⁴⁸), deliberazioni non ulteriormente qualificate (v. l'articolo 4, commi 1 e 2⁴⁹, del decreto-legge n. 78/2009;) ed immancabili piani ed altri atti programmatici (v., ad es., artt. 7, comma 1⁵⁰ e 64, comma 3⁵¹, del decreto-legge n. 112/2008; v. anche, di particolare interesse, l'articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 34/2011⁵², e soprattutto l'articolo 10, comma 4, del decreto-legge n. 70/2011⁵³, riedizione pressoché identica dell'articolo 19, comma 12,

⁴⁶ Si avrà modo in seguito si rilevare che quest'ultima situazione non costituisce purtroppo una peculiarità esclusiva degli *altri atti del Governo*, ma si estende in modo vigoroso su gran parte (o, volendo, anche sull'intero insieme) dei decreti governativi decentrati (decreto ministeriale e decreto del Presidente del Consiglio dei ministri).

⁴⁷ Si rinvia in merito alle brevi considerazioni svolte nel paragrafo 3.2.

⁴⁸ « Il Ministro della giustizia, sentito per quanto di competenza il Consiglio superiore della magistratura, *adotta le necessarie misure* di redistribuzione dei magistrati in servizio e di riallocazione del personale amministrativo in servizio al fine di potenziare gli uffici giudiziari di Napoli in funzione delle aumentate esigenze derivanti dall'applicazione del presente articolo [...]». Si veda, peraltro, anche l'articolo 3, comma 4, che intesta una funzione organizzativa ad un componente dell'ordine giudiziario («Nei casi previsti dal comma 1, se ne fa richiesta il Procuratore della Repubblica di Napoli, *il Procuratore generale presso la Corte di appello di Napoli può, per giustificati motivi, disporre* che le funzioni di pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate presso il giudice competente da un magistrato designato dallo stesso Procuratore della Repubblica»).

⁴⁹ «Per la realizzazione degli interventi di cui al comma 1 sono nominati uno o più Commissari della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400; la relativa *deliberazione del Consiglio dei Ministri* è adottata con le stesse modalità di cui al comma 1».

⁵⁰ «Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, *il Consiglio dei Ministri*, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, *definisce la "Strategia energetica nazionale"* [...]».

⁵¹ «Per la realizzazione delle finalità previste dal presente articolo, il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e previo parere delle Commissioni Parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, predispone, entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un piano programmatico di interventi volti ad una maggiore razionalizzazione dell'utilizzo delle risorse umane e strumentali disponibili, che conferiscano una maggiore efficacia ed efficienza al sistema scolastico».

⁵² «Al fine di rafforzare l'efficacia delle azioni e degli interventi di tutela nell'area archeologica di Pompei e nei luoghi ricadenti nella competenza territoriale della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei, il *Ministro per i beni e le attività culturali adotta, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un programma straordinario e urgente* di interventi conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro da realizzarsi nelle suddette aree. [...]».

⁵³ «In funzione della realizzazione del progetto di cui [...], *con atto di indirizzo strategico del Ministro dell'economia e delle finanze* sono ridefiniti i *compiti* e le *funzioni* delle società [...]» Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato: la previsione è sommamente rilevante, giacché palesemente (per quanto in modo implicito) reca un'autorizzazione alla *delegificazione* delle disposizioni ancora in vigore disciplinanti detti compiti e funzioni non soltanto senza indicazione di alcun *criterio* (peraltro di difficile elaborazione da parte del legislatore, giacché è l'oggetto stesso della nuova disciplina ad apparire

del decreto-legge n. 78/2009); non mancano, inoltre, previsioni riferibili a comportamenti che le singole Amministrazioni assegnatarie dei poteri (e quant'altro) così attribuiti debbano o possano tenere, in particolare, mediante strumenti di diritto societario, commerciale e finanziario (v., ad es., l'articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 34/2011⁵⁴ e l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge n. 157/2008⁵⁵), specialmente da esercitare nel contesto della "galassia" (ancora e forse sempre più) articolata e complessa delle società di capitali a partecipazione almeno parzialmente pubblica, più o meno esplicitamente (v., ad es., l'articolo 22, comma 3, del decreto-legge n. 185/2008⁵⁶; l'articolo 83, comma 15, del decreto-legge n. 112/2008⁵⁷; l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge n. 155/2008⁵⁸), ma anche in quello delle relazioni industriali all'interno delle Pubbliche Amministrazioni (v., ad es., l'articolo 2, comma 1,

intrinsecamente in suscettibile di indicazione di stringenti criteri "a monte"...), ma soprattutto in favore di un *atto dalla natura giuridica davvero incerta* e comunque probabilmente *ibrida* (trattandosi di atto di indirizzo, ma strategico, e dunque ad un tempo direttivo ed programmatico e precisamente in senso alto, con riferimento cioè alla sola strategia e non anche agli strumenti predisposti per conseguirla), ma certamente non regolamentare. Di più, come accennato subito a seguire nel testo, si consideri che questa previsione era già stata inserita nell'ordinamento in termini quasi identici quasi due anni prima, ma recentemente "ravvivata" sebbene probabilmente ancora operativa e dunque utilizzabile (cfr., al riguardo, le considerazioni svolte in seguito in ordine all'*effetto-annuncio* della tecnica in esame).

⁵⁴ Che opera un intervento volto ad inserire nell'ordinamento la seguente disposizione normativa: «Fermo restando quanto previsto al comma 8, CDP S.p.A. può altresì assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese». Per il successivo periodo della disposizione («Ai fini della qualificazione che precede, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare sono definiti i requisiti, anche quantitativi, delle società oggetto di possibile acquisizione da parte di CDP S.p.A. ai sensi del presente comma [...]»), si rinvia a successive considerazioni, stante la compresenza in essa di plurimi profili di interesse ai fini del presente lavoro.

⁵⁵ «Il Ministero dell'economia e delle finanze, fino al 31 dicembre 2009, è autorizzato a concedere la garanzia dello Stato, a condizioni di mercato, sulle passività delle banche italiane, con scadenza fino a cinque anni e di emissione successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto»; similmente, v. anche i due commi successivi.

⁵⁶ «Ai fini della costituzione della Società di Gestione di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 ottobre 2008, emanato ai sensi dell'articolo 14, comma 2, del decreto-legge 26 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento del Tesoro è autorizzato a compiere qualsiasi atto necessario per la costituzione della società».

⁵⁷ «Al fine di garantire la continuità delle funzioni di controllo e monitoraggio dei dati fiscali e finanziari, i diritti dell'azionista della società di gestione del sistema informativo dell'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 22, comma 4, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'articolo 6, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 30 gennaio 2008, n. 43, che provvede agli atti conseguenti in base alla legislazione vigente [...]».

⁵⁸ «Il Ministero dell'economia e delle finanze è autorizzato, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, a sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che presentano una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia ».

del decreto-legge n. 64/2010⁵⁹), o comunque in materia di risorse umane dell'amministrazione, con particolare riguardo alle modalità di reclutamento (v., ad es., l'articolo 14, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 195/2009⁶⁰), fino a discipline esplicitamente definite "urgenti" (e dunque inevitabilmente derogatorie...) del comportamento che, in casi particolari, le diverse Amministrazioni possano o debbano tenere nell'universo del diritto civile, sebbene finalizzato alla stipulazione di c.d. contratti pubblici (v., ad es., l'articolo 24, comma 2, del decreto-legge n. 78/2009⁶¹, nonché il quasi identico l'articolo 3, comma 2, del decreto-legge n. 1/2010⁶²).

Da quanto appena rilevato sembra davvero potersi estrarre, tra l'altro, un dato di assoluto rilievo istituzionale (non privo di significati politici) prima ancora che ordinamentale: se si tiene conto che, come meglio emergerà infra, sub paragrafo 3, si assiste ormai ad un progressivo svuotamento di contenuto degli atti primari a tutto vantaggio, appunto, degli atti post-legislativi (con ovvia prevalenza, naturalmente, di atti comunque sub-legislativi), finanche nel caso dei decreti-legge (e rispettive leggi di conversione o para-conversione), si può concludere (sebbene, almeno in questo caso, un rilievo forte sia assunto dall'effettivo esercizio, accanto ed in seguito al suo sostenuto

⁵⁹ «In attesa della riforma organica del sistema di contrattazione collettiva riguardante i rapporti di lavoro alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui all'articolo 1 e fermo restando quanto previsto dall'articolo 22 del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto *il contratto collettivo nazionale di lavoro delle fondazioni è sottoscritto, per la parte datoriale, da una delegazione individuata con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei lavoratori dipendenti dalle fondazioni. La delegazione datoriale si avvale dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale nelle pubbliche amministrazioni (ARAN). Le competenze inerenti alla contrattazione collettiva del personale dipendente dalle fondazioni lirico-sinfoniche sono esercitate dal Ministro per i beni e le attività culturali [...]*».

⁶⁰ «2. *Con successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono stabilite le modalità valutative anche speciali per il reclutamento del predetto personale in deroga agli articoli [...], valorizzando la professionalità specifica ed il servizio prestato nel settore di competenza, nonché sono definite le relative procedure ed i requisiti di partecipazione. [...]*

3. *Nelle more dell'espletamento delle procedure di cui al comma 2, il Capo del Dipartimento della protezione civile è autorizzato, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, a stipulare contratti a tempo determinato di livello non dirigenziale con il personale titolare di contratto di collaborazione coordinata e continuativa presso il Dipartimento della protezione civile.*

⁶¹ «Per le finalità e nei limiti temporali di cui al presente articolo, il Ministero degli affari esteri è autorizzato, *nei casi di necessità e urgenza, a ricorrere ad acquisti e lavori da eseguire in economia, anche in deroga alle disposizioni di contabilità generale dello Stato.*

⁶² «Per le finalità e nei limiti temporali di cui al presente articolo, il Ministero degli affari esteri è autorizzato, *nei casi di necessità e urgenza, a ricorrere ad acquisti e lavori da eseguire in economia, anche in deroga alle disposizioni di contabilità generale dello Stato.* Peraltro, non sfugga il sottile (quantomeno) "spirito" della *delegificazione occulta* che pervade questa disposizione, dato che l'individuazione degli ambiti di deroga di disciplina di legge (e peraltro dotata di particolare forza anche giuridica in quanto in gran parte "comunitariamente necessaria" se non direttamente europea) è rimessa completamente al Ministero, per mezzo di atti, peraltro, anche innominati.

“annuncio”, della post-legislazione⁶³) di essere in presenza di un ennesimo sintomo del forte “ministerialismo” che da sempre caratterizza le dinamiche organizzative ed operative dell’Esecutivo in Italia⁶⁴: orchestrato, evidentemente, dallo stesso Governo (in sede di elaborazione dei decreti-legge) con il placet, più o meno spontaneo e consapevole, del Parlamento (in sede di loro conversione)⁶⁵.

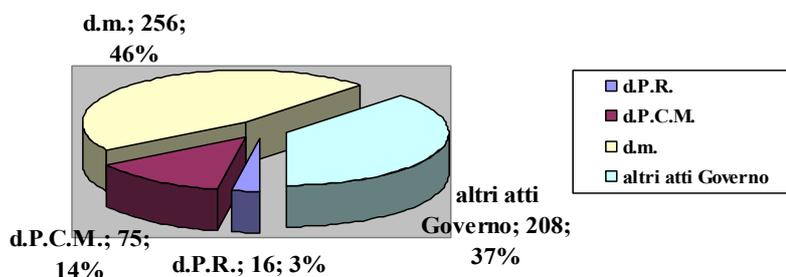
⁶³ Ovverosia, per riprendere l’ironica la suggestione contenuta nel sottotitolo del presente lavoro, dall’incidenza delle circostanze in cui, effettivamente, il centro decisionale prescelto come titolare dell’atto non se ne «infischi»...

⁶⁴ Cfr., sul punto, le considerazioni di G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana (1861-1993)*, Il Mulino, Bologna, 1996, spec. p. 27 (con riferimento alle logiche sottese all’organizzazione ministeriale cavouriana) e 485 (rispetto alle considerevoli resistenze incontrate, nella fase politica della storia repubblicana nota come «centro-sinistra», dalla spinta a innovative concezioni necessariamente trasversali e teleologicamente orientate della prima stagione della programmazione economica), nonché di M. SAVINO, *Capitolo undicesimo. Le disfunzioni e le riforme*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 430 ss., e di A. NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 127, ed infine, da ultimo, di P. BONETTI, *Il coordinamento della progettazione degli atti normativi del governo: problemi e prospettive*, in *ASTRID - Rassegna*, n. 15, 2009, p. 17, 21-22 e 27-28.

⁶⁵ L’allusione va naturalmente alle numerose e dilanti questioni, anche emergenti in seri dubbi di ortodossia costituzionale, che attorniano la prassi spesso osservata nel corso delle procedure di approvazione parlamentare dei disegni di legge di conversione dei decreti, con particolare riguardo alla «micidiale sequenza» di decreto-legge, maxi-emendamento integralmente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione e posizione su di esso della questione di fiducia (v. l’ormai cospicua elaborazione scientifica: su tutti, G. PICCIRILLI, *L’emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008; v. poi E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2005, p. 807 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO - N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, LUP-Luiss University Press, 2007, p. 41 ss.; N. LUPO, *Il potere di emendamento e i maxi-emendamenti alla luce della Costituzione*, in *Quaderni regionali*, 2007, nn. 1-2, p. 243 ss.; A. RUGGERI, *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovvero della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, cit., p. 19 ss.; C.F. FERRAJOLI, *L’abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 2008, n. 2, p. 587 ss.; N. LUPO (a cura di), *Maxiemendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, CEDAM, Padova, 2010; Q. CAMERLENGO, *Il decreto-legge e le disposizioni “eccentriche” introdotte in sede di conversione*, cit., p. 91 ss.).

Fig. 2

Le previsioni degli atti post-legislativi contenute nei decreti-legge considerati secondo la veste formale.



Maggiore onerosità d'indagine presenterebbe invece l'ulteriore articolazione dell'analisi, che sia volta, ad esempio, ad isolare, nell'ambito non per caso più cospicuo (quello dei decreti ministeriali), l'intestazione esatta in capo a ciascuno dei Ministri (o Ministeri): basti qui sottolineare come già ictu oculi emerge una significativa prevalenza dei decreti ministeriali (ed altri atti) affidati all'Amministrazione finanziaria, con particolare ma non esclusivo riguardo al Ministero (peraltro spesso preferito allo stesso Ministro) dell'economia e delle finanze⁶⁶; piuttosto significativa è comunque anche la presenza di decreti ministeriali comunque riferiti al Ministero dell'Istruzione (peraltro, con una predilezione per quelli dalla natura giuridica incerta).

Altrettanto può dirsi di ulteriori variabili che, pur rivestendo un elevato interesse sistematico, sarebbe possibile apprezzare soltanto mediante rilevamenti condotti non più sulle (previsioni legislative, già numerosissime, bensì sugli stessi atti post-legislativi eventualmente in concreto adottati. È qui possibile, peraltro, aprire una parentesi in merito al rapporto numerico ipotizzabile tra gli atti post-legislativi e quelli che li prevedono, affermando che vi è più di una ragione a sostegno dell'ipotesi che non sia impostato in termini anche solo tendenzialmente biunivoci. Da una parte, infatti, come si è visto, non mancano (ed anzi sono relativamente numerose) singole previsioni che consentono o richiedono l'adozione di più atti, magari addirittura cadenzati con precisione nel tempo, così come non si può escludere che più previsioni originariamente riferite a distinti atti siano invece attuate mediante unici atti che sintetizzano più contenuti; dall'altra parte, e forse soprattutto, ben può darsi che taluni atti ipotizzati a suo tempo non vedano mai la luce, vuoi perché l'interesse ordinamentale e politico che animava il legislatore che li indicò in origine si sia in seguito sopito⁶⁷, vuoi perché, al

⁶⁶ Del resto comprensibile se si pensa che i maggiori e già ricordati decreti-legge vertono invariabilmente su oggetti di interesse istituzionale primariamente intestato al questo Ministero, che conseguentemente è l'Amministrazione principalmente responsabile dei contenuti di indirizzo come dell'elaborazione delle singole disposizioni, e comprensibilmente presta attenzione a conservare un ruolo centrale anche nella fase del dopo-(decreto-)legge.

⁶⁷ sempre ammesso, beninteso, che detto interesse non fosse appunto soltanto politico-comunicativo, e dunque suscettibile di soddisfazione anche soltanto a mezzo del puro *annuncio*: cfr. paragrafo 5.

contrario, gli spazi creati per (alcuni di) questi atti sono stati poi occupati da alluvionale legislazione successiva, o abbia avuto luogo un'usurpazione per mano di analoghe previsioni di post-legislazione di nuovo conio, sostanzialmente "sovrascritte" a (quantomeno) asseverare, a "ravvivare" (o forse piuttosto a "ricordare" al Governo e ai cittadini) un interesse ordinamentale che si conferma nel tempo (sebbene, magari, proprio in tal modo la manovra abbia dato prova di incapacità ad attagliarsi all'esigenza del caso concreto per cui pure era prevista), e che soprattutto, anche nel nuovo episodio, riesce ad affermarsi quale oggetto di una legislazione sempre urgente⁶⁸.

Tra le ulteriori variabili a cui specialmente si pensa, in primo luogo vi è la tempistica dell'eventuale adozione, in quanto una forte pregnanza rivelatrice delle dinamiche di questa frazione del sistema delle fonti riguarda sì il quomodo, ma anche l'an ed il quando del lavoro post-legislativo, specialmente nel rapporto tra il tempo trascorso e quello eventualmente preventivato (sebbene, si ribadisce, generalmente mediante termini ordinatori), atteso che nella prassi la scansione delle fasi rivela una spiccata varianza, spaziando da termini annuali o pluriennali a ritmi dell'ordine di pochi giorni (e sono proprio queste scelte "estreme" a sottendere le maggiori questioni⁶⁹); in secondo luogo, si allude alla pienezza degli effettivi contenuti normativi, o comunque di decisione politica, che gli atti annunciati che siano poi effettivamente adottati rechino con sé.

In particolare, la misurazione del quantum decisionale avrebbe comunque una foggia necessariamente approssimativa, ma sarebbe interessante porla sistematicamente a

⁶⁸ In tal senso, accanto al già citato caso dell'art. 10, comma 4, del decreto-legge n. 70/2011, che "rinverdisce" il quasi identico art. 19, comma 12, del decreto-legge n. 78/2009, particolarmente interessante appare l'avvicendamento tra il già citato articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 112/2008 («Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, definisce la "Strategia energetica nazionale" [...]») e tra l'articolo 5, comma 8, del decreto-legge 43/2011, come convertito dalla legge n. 75/2011 («Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, adotta la Strategia energetica nazionale [...]»): la contestuale abrogazione della prima disposizione citata, fondamento giuridico di un atto *post*-legislativo di natura programmatica del tutto analogo nella tipologia, nella funzione ed in gran parte anche nei contenuti (con l'eccezione, soprattutto, del riferimento all'emergia elettrica nucleare, non riproposta nella versione rinnovata) da parte della stessa legge di conversione poteva fare ritenere che, nelle parti comuni, l'atto fosse il frutto dell'utilizzo di una certa scelta di tecnica legislativa (la sostituzione di un'intera unità dispositiva, in questo caso l'articolo) i cui effetti sarebbero risultati identici se si fosse preferita una soluzione novellistica puntuale disarticolata (disponendo, contestualmente ed in termini appunto puntuali, da un lato la sostituzione del termine originario con un nuovo termine valido a riattivare il potere - sebbene si trattasse di un termine senz'altro ordinatorio - e dall'altro lato l'espunzione del riferimento a specifiche tipologie di produzione energetica). Ma, come noto, ben più forte è stato l'ordine di conseguenze che l'Ufficio centrale per il referendum ha ritenuto di trarre dalla tecnica legislativa utilizzata, trasferendo (con ordinanza del 3 giugno 2011) proprio sulla seconda disposizione sopra citata il quesito referendario svoltosi nei giorni 12 e 13 giugno 2011.

⁶⁹ Cfr. *infra*, sub paragrafo 4.1.

confronto con il grado di vacuità a cui fosse in origine predestinato ciascun atto post-legislativo in base allo spazio specificamente predisposto dalla rispettiva previsione-annuncio: il dato sarebbe molto rilevante, giacché l'autentico significato complessivo da riconoscere alla tecnica/tattica in esame varia molto in funzione di quanto sia ampio l'effettivo "momento" delle scelte politiche caso per caso operate (o non operate) in sede di adozione dell'atto successivo. Già a priori è intuitivo affermare che quanto minore è il "peso" delle scelte concretamente effettuate o astrattamente effettuabili in occasione dell'adozione dell'atto successivo, tanto minore sarà la "discrezionalità" rispetto ai limiti per essa (eventualmente) previsti dall'atto legislativo di annuncio e, conseguentemente, la "distanza" da esso: conseguendone quantomeno un certo alleggerimento di alcune delle problematiche di ordine costituzionale, con particolare riguardo all'effetto, elusivo, di "svuotamento" dell'atto primario, specie se urgente, e di carenza di indirizzi per il post-legislatore. Ma, d'altra parte, altrettanta delicatezza sempre costituzionale reca con sé anche la scelta di trasferire, nel tempo e nel "luogo" istituzionale, la responsabilità del perfezionamento della scelta politica su atti post-legislativi che poco o nulla poi "decidano" (ad esempio, banalmente, estrinsecandosi in gran parte in una "stanca" riproposizione di disposizioni già presenti in seno alle rispettive basi giuridiche), o che magari compiano sì sicure scelte, che però (almeno in apparenza) il Governo era perfettamente in condizione di assumere, agevolmente e negli stessi termini contenutistici, già al momento dell'adozione della disposizione legislativa di annuncio: di più, essa rinfocola la questione dell'autentica utilità sottesa all'abdicazione del legislatore dal compito di dettare compiuta disciplina (con i relativi addentellati costituzionali, che si vedranno) in favore di un "dopo" il cui valore aggiunto non emerga poi sul piano dell'indirizzo politico impresso ai contenuti della policy. Ed instilla il dubbio che le ragioni sottese a questa tecnica possano essere anche varieguate, incoerenti e comunque complesse, e soprattutto meno evidenti di quanto possa prima facie apparire, così da richiedere un'analisi più attenta, per quanto sintetica, alla quale si rinvia⁷⁰.

3.1.1. Focus su due modelli paradigmatici: la pletora dei decreti governativi decentrati "perplexi" e la "retorica" dei decreti "d'emergenza" tra antanaclasi e straniamento...

Meritano ora un piccolo approfondimento due figure (rectius, due autentici coacervi, estremamente eterogenei, di figure), che assumono un interesse particolare, innanzitutto perché sono proprio quelle maggiormente responsabili della scelta stessa, applicata all'intero presente lavoro, di elaborare la locuzione "atto post-legislativo".

In primo luogo, in apertura si è fatto richiamo all'ormai salda abitudine legislativa di disseminare gli atti primari, ivi compresi quelli urgenti, di numerosi ed ampi rinvii a decreti governativi decentrati, che fungono da "veicolo", a disposizione dell'articolazione del Governo che sia di volta in volta individuata, per discipline

⁷⁰ V. *infra*, paragrafo 5.

giuridiche (intese in senso latissimo) spesso molto estese e vertenti su materie assai delicate.

La peculiarità che caratterizza alcuni di questi decreti (ma con effetti, come si vedrà a brevissimo, che si espandono all'intera, amplissima categoria delle previsioni di decreto ministeriale o di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁷¹) è la qualificazione definitoria di cui lo stesso legislatore sente l'esigenza di dotarli nel momento stesso in cui ne conia ciascuna specifica previsione. Nonostante sia solitamente consegnato loro il potere di arrecare i contenuti più disparati, che ben potrebbero o dovrebbero trovare posto entro i confini del livello primario dell'ordinamento giuridico (e ciò vale anche al di là dell'ovvio caso delle materie coperte da riserva di legge, assoluta o relativa), a questi decreti è altresì attribuita, quasi fosse un'"etichetta" (immancabilmente, da presumere... "truffaldina"⁷²), un'esplicita qualificazione formale: non si allude tanto a quella di atto «(avente/di natura) regolamentare» (che pure non va esente da seri dubbi, quantomeno sotto il profilo del rapporto con le eventuali riserve assolute di legge, oltre che ovviamente anche alla problematicità che affligge tutti gli atti, di ogni forma e natura, presi in esame nel presente lavoro), quanto a quella di atto «(avente/di natura) non regolamentare».

Quest'oscillazione, peraltro, si sviluppa in modo tutt'altro che costante e lineare, e compare finanche all'interno dello stesso atto normativo, o addirittura dello stesso articolo (v., ad es., i già citati periodi quinto e sesto del comma 2 dell'articolo 3 del decreto-legge n. 70/2011), ponendo così questioni di interpretazione sistematica che sarebbe davvero difficile obliterare, magari trincerandosi dietro ad un pur innegabile deficit di coordinamento normativo - segnatamente, redazionale - tra le diverse "macchine" che contribuiscono ad elaborare la normativa di provenienza governativa. Ma anche al di là di simili "combinazioni" terminologiche, è l'intero costrutto concettuale a creare problemi che lambiscono tutti i decreti decentrati, accomunati ad essi dalla veste formale ma privi di analoga "etichetta" aggiuntiva, ed ne espone la natura giuridica al serio rischio di dover essere posta in discussione: a ciò condurrebbe l'adozione di una ricostruzione non prediletta da chi scrive ma pur sempre dotata di senso e di potenziale fortuna.

Occorre, in tutti i casi, ricordare che l'ordinamento si è da tempo dotato di generali criteri positivi per distinguere la natura di ogni atto espressivo di potestà pubblica: è noto, in particolare, che ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400/1988, "con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere", diversamente da quanto previsto dal comma 1 dello stesso articolo 17, norma generale secondo la quale i regolamenti governativi, da emanare con decreto del Presidente della Repubblica, possono essere adottati anche senza espressa, specifica autorizzazione di legge.

⁷¹ La cui consistenza numerica (370 previsioni) è pari a quasi due terzi degli atti totali sanciti ai fini del presente lavoro.

⁷² Cfr. F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 821.

Ad avviso di chi scrive, da ciò dovrebbe trarsi che un comune decreto ministeriale (per così dire) “non aggettivato” a cura della disposizione di legge che lo prevede dovrebbe ritenersi destinato a possedere una natura amministrativa, e non regolamentare, per la quale piuttosto sarebbe stata necessaria un’espressa previsione di legge. Questa conclusione avrebbe l’ulteriore pregio di essere perfettamente conforme a quella che discende dalla qualificazione storicamente assunta dal decreto come atto del Governo: che nasce infatti come atto formale (e solenne) dal contenuto normalmente amministrativo⁷³, che può eccezionalmente offrire la propria veste formale ad un atto normativo, e precisamente ad un regolamento, soltanto nei singoli casi i cui la legge, approntando così uno strumento di snellimento dell’attività regolativa, espressamente ciò disponga. Solo questa interpretazione, che fonda il principio del *numerus clausus* dei regolamenti ministeriali⁷⁴, rende ragione del rapporto interno al citato articolo 17 della legge n. 400/1988, alla cui coerenza intrinseca si può agevolmente sacrificare l’inspiegabile (in verità, dalla logica elusiva ben agevolmente intelligibile) scelta terminologica di cui solo negli ultimi anni è invalso un uso diffuso.

In altri termini, l’indicazione espressa di una natura non regolamentare rappresenterebbe uno sforzo espressivo a ben vedere superfluo, che non ha un significato giuridicamente rilevante: ma vale pur sempre ad indicare che lo stesso legislatore ha ritenuto non poi così evidente l’assenza di una consistenza normativa nei contenuti da veicolare a mezzo del decreto (ciò che comunque, a sua volta, non accade con assoluta sistematicità, se è vero che non mancano casi di decreto non “aggettivato” il cui contenuto è inequivocabilmente normativo, e persino super-primario: netta è in tal senso l’impressione destata dall’ articolo 19, comma 5, del decreto-legge n. 78/2010⁷⁵). Dunque, in base ai cogenti criteri positivi, sembrerebbe doveroso concludere che il decreto “senza aggettivo”, al pari di quello «non regolamentare», debba avere natura amministrativa, benché il fatto che un atto (formalmente qualificato come) oggettivamente amministrativo si trovi a veicolare un contenuto sostanzialmente

⁷³ In tal senso F. CUOCOLO, voce *Decreto*, *Enciclopedia giuridica*, vol. X, Milano, 1988, p. 1.

⁷⁴ A conferma della correttezza della tesi qui privilegiata, si veda ad esempio il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 5 maggio 2004: esso, previsto dall’art. 5, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 276/2003 quale decreto ministeriale “senza aggettivo”, non si autoqualifica come regolamento. *Contra*, tuttavia, si veda la sentenza n. 376/2003 della Corte costituzionale, la quale, nonostante al censurato art. 41 della legge n. 448/2001 fosse previsto un decreto ministeriale non espressamente definito regolamentare, la Corte Costituzionale tale lo ha ritenuto: il presupposto ne è un approccio interpretativo del tutto incompatibile con la tesi qui prediletta da cui scrive ma pienamente conforme con la ricostruzione che edifica partendo dalla negazione della superfluità deontica della dizione «non regolamentare».

⁷⁵ «Le funzioni catastali connesse all’accettazione e alla registrazione degli atti di aggiornamento sono svolte in forma partecipata dai Comuni e dall’Agenzia del Territorio sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche uniformi, emanate con decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Le suddette regole tecnico-giuridiche costituiscono principi fondamentali dell’ordinamento e si applicano anche nei territori delle Regioni a statuto speciale. [...]».

regolamentare si ponga in flagrante contrasto con i principi costituzionali⁷⁶. E lo faccia anche sotto altri profili: nella prospettata ipotesi in cui il quantum decisionale sia integralmente (o comunque in “misura” considerevole) demandato al decreto da una vuota disposizione di legge, risulterà previsto un potere che, possedendo soltanto la nominatività⁷⁷, soddisferà il solo requisito della c.d. legalità formale dell’attività amministrativa, ma sconterà un’assoluta carenza sul piano della c.d. legalità sostanziale, essendo pressoché privo della tipicità⁷⁸: realizzando una situazione in cui la natura ibrida dell’atto consente l’esclusione, in un sol colpo, sia delle garanzie tipiche degli atti amministrativi di natura regolamentare, sia quelle previste per gli atti amministrativi di natura amministrativa.

Tuttavia, si potrebbe preferire un’opposta ricostruzione, negando che la dizione «non regolamentare» sia del tutto superflua, e con ciò interpretandola secondo il principio di conservazione dei valori giuridici (dandole, cioè, comunque un senso di giuridica consistenza): d’altra parte, non mancano episodi in cui, ad esempio in sede di conversione, certe disposizioni del decreto-legge sono modificate anche esclusivamente al fine di sopprimere la locuzione in discorso (v., ad es., l’articolo 3, comma 11, del decreto-legge n. 102/2010⁷⁹).

Ciò significherebbe ritenere che il legislatore sia stato consapevole che, laddove avesse optato per il silenzio, sarebbe incorso quantomeno nell’eventualità che la disposizione, in fase applicativa e dunque interpretativa, potesse essere intesa come attributiva di un potere regolamentare. Ma questa logica, essendo contraria ai ricordati criteri positivi generali di cui alla legge del 1988, equivale non addirittura ad affermare l’implicita abrogazione di quest’ultimi, bensì (se vera differenza vi sia...) presupporre la suscettibilità a subire continuamente deroghe da parte di speciali e successive

⁷⁶ Argomenti di questo genere vennero senza successo sostenuti dalla difesa della Regione Emilia-Romagna nell’ambito del giudizio concluso con la sentenza n. 31 del 2005 della Corte costituzionale: secondo la ricorrente, non «potrebbe ritenersi legittima la norma perché la stessa fa riferimento a decreti «di natura non regolamentare», in quanto *si tratta di atti che, alla luce dei criteri sostanziali di identificazione, hanno valenza normativa*, non essendo sufficiente l’utilizzo di una determinata «etichetta» perché l’atto stesso possa mutare natura» (punto 1 del *Ritenuto in fatto*).

⁷⁷ Intesa come limitata alla mera *previsione legislativa* del potere amministrativo, con contestuali individuazione dell’*interesse pubblico primario*, o comunque dello *scopo* che origina nella legge l’esigenza di istituire il potere stesso, ed *allocazione* del potere in capo ad una certa amministrazione.

⁷⁸ Intesa, nell’accezione gianniniana, quale previsione legislativa esaustiva dei *presupposti sostanziali*, delle *condizioni*, dei *termini* e comunque dei *limiti* del potere attribuito, nonché della *forma giuridica* e soprattutto dei *contenuti* ed *effetti specifici* che esso possa o debba assumere. Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 218 ss., spec. p. 223. Per una nominalistica parzialmente diversa attorno ai concetti di *tassatività*, *nominatività* e *tipicità*, v. E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 251-252.

⁷⁹ All’originario testo («L’organizzazione delle attività di coordinamento degli interventi di cui all’articolo 1, commi 3 e 4 [missione di stabilizzazione economica, sociale e umanitaria in Afghanistan e Pakistan], è definita con *uno o più decreti di natura non regolamentare* del Ministro degli affari esteri, con il quale sono stabilite: [...]»), in sede di conversione, sono state appunto soppresse le parole «di natura non regolamentare».

disposizioni di legge, che si potrebbero ben configurare anche in termini impliciti, in ossequio ad una pienezza della potestà legislativa che a nessun legislatore potrebbe di certo mai lesinarsi; dovrebbero quindi in realtà convertirsi in deroghe finanche le apparenti violazioni di detti criteri positivi. Si lasci da parte il fatto che in questo modo le violazioni dei criteri ne uscirebbero, in sostanza, azzerate, e necessariamente trascinerrebbero così verso un'identica sorte i criteri medesimi; la ricostruzione immaginata comporterebbe che l'interprete debba sempre ipotizzare che il legislatore di oggi e di domani, in casi eccezionali (che sempre più si fanno regola), possa aver inteso valersi di simile facoltà derogatoria implicita. Dunque, laddove la legge non specifichi alcunché circa la natura giuridica che desidera attribuire al decreto decentrato post-legislativo (e si ricordi che l'evenienza di è data, nell'ambito di riferimento del presente studio, in ben 310 casi su 370) possa aver voluto escludere l'applicazione del criterio generale che imporrebbe una natura amministrativa, in favore cioè di un atto di natura regolamentare.

Riassumendo, dunque, leggere nel modo descritto l'avvenuto inserimento della clausola «non regolamentare» (nonché, *mutatis mutandis*, dell'opposta locuzione «regolamentare») ha un effetto sistematico dirompente, perché finisce per diffondere la stessa natura “anodina” dei decreti che dette clausole rechino anche a tutti quelli circostanti, viceversa non declinati (o quantomeno non “etichettati”).

Stando così le cose, è difficile ulteriormente “aggettivare” queste figure giuridiche a dir poco enigmatiche, qualificandole cioè secondo le note e sempre più logore categorie dogmatiche: è significativa l'espressione dedicata al fenomeno dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 116/2006, che non esita a parlare, con riferimento a un decreto di natura «non regolamentare», di «atto statale dalla indefinibile natura giuridica», con l'aggiunta, apodittica e proprio per questo ancor più sferzante, che ad esso «si attribuisce la disciplina di materie che necessiterebbero di una regolamentazione tramite fonti primarie». Sorge spontanea la tentazione di fornire una denominazione immaginifica incentrata sulla natura giuridica, quale “decreti perplessi” (o “incerti”, o decreti “paranormativi” et similia, o, ancora, decreti “anodini”, “incipiti”, “ibridi”, “chimerici”, ...); ma appare più prudente porre nella maggiore evidenza piuttosto il rapporto, contenutistico e strutturale, che lega l'atto “successivo” a quello che lo prevede, preferendo denominazioni come “decreti-péndant”, o “decreti-appendice”, sebbene talvolta riduttive rispetto all'estensione degli ambiti demandati.

Ad ogni buon conto, non si intende in questa sede soffermarsi esaustivamente sul crocevia delle complesse problematiche teoriche a cui questa prassi dà alimento⁸⁰, poiché non sarebbe possibile: si preferisce tentare di far emergere alcune riflessioni da

⁸⁰ In merito, si rinvia alle ricostruzioni, in parte non coincidenti, di A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2008, p. 5075 ss., C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, n. 1-2, 2010, p. 365 ss. ed E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare»*. *Un percorso interpretativo*, testo provvisorio della Relazione al Convegno *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Università Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, disponibile all'indirizzo web www.gruppodipisa.it.

alcuni esempi significativi tratti dalla (fin troppo) abbondante prassi a disposizione, e centrando l'attenzione sul profilo strutturale del rapporto con la fonte legislativa "legittimante", limitandosi qui ad anticipare che la vicenda dei decreti "perplexi" incarna probabilmente un fenomeno che infra, sub paragrafo 3.2, verrà ripreso per essere inquadrato tra le più autentiche e consapevoli funzioni ordinamentali della tattica normativa in esame.

Beninteso, in ogni caso rimane sempre insoluta e gravemente problematica la questione di quei decreti, frequentissimi, la cui "etichetta" è consapevolmente volta a consentire che con atto oggettivamente amministrativo (e tale davvero sul piano del procedimento seguito) sia dettata autentica disciplina pararegolamentare, e manifesti così pretese tali da rivelare un'illegittima attribuzione di potestà pubbliche: lo scopo è palesemente quello di lucrare vantaggi procedurali (id est eludere controlli predisposti per il farsi dell'atto), conseguendo alleggerimenti anche assai notevoli, ma non occorre precisare che questo tipo di manovre è pressoché in re ipsa illegittimo, poiché se una determinata natura giuridica è assistita per scelta legislativa e costituzionale da determinate garanzie procedurali (che peraltro, nel confronto con il precipitato degli statuti giuridici dell'atto oggettivamente amministrativo, funge almeno in parte da compensazione rispetto ai qui meno intensi "paletti" sostanziali⁸¹), almeno presumibilmente non può trattarsi di "futili orpelli" che soltanto ostacolano e coartano il pieno sviluppo della vèrve riformatrice del potere. Non sembra invece condivisibile (ma lo sarebbe in toto laddove il legislatore orientasse la propria azione sul presupposto di una rigorosa coerenza legislativa nel rispetto della dogmatica delle fonti delineata dalla Costituzione) la posizione di coloro che ritengono che l'interesse statale vada rinvenuto anche nell'aggiramento del riparto di competenze regolamentari tra Stato e Regioni⁸²: che l'animus sia questo è molto probabile, ma occorre avvertire che si basa comunque su una ricostruzione impropria⁸³: il sotteso convincimento del legislatore per cui un atto regolamentare statale vertente su materie non soltanto statali sia illegittimo, mentre un atto sub-regolamentare (cioè anche oggettivamente amministrativo) non lo sia a sua

⁸¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 198 ss.

⁸² tra gli altri, V. DI PORTO, *Delegificazione e decreti di natura non regolamentare nell'esperienza del Comitato per la legislazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo edizioni, Brescia, 2011, p. 160; G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 43; E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare»*. *Un percorso interpretativo*, cit., pp. 6 ss.; N. LUPO, "Dal regolamento alla legge". *Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?, relazione al convegno su "Codificazione, semplificazione e qualità delle regole"*, in *Diritto e società*, n. 3, 2006, p. 141; F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 357.

⁸³ sebbene non contrastata dalla giurisprudenza costituzionale, che evita sistematicamente di dare rilievo alle distinzioni sulla natura giuridica degli atti, in quanto, quale che essa sia, le ricorrenti Regioni potranno comunque, al massimo, godere di un coinvolgimento sul decreto stesso, e ad esso saranno in fin dei conti interessate. *Ex multis*, v. da ultimo G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, cit., p. 43.

volta, e sempre per profili attinenti in via diretta al riparto di competenze⁸⁴. Infatti, in presenza del parallelismo tra competenze legislative e competenze regolamentari di cui all'articolo 117, sesto comma, della Costituzione, un atto legislativo statale in ambiti di competenza non soltanto statali, sebbene vuoto, sarà egualmente illegittimo per violazione del riparto, qualora non sia stato adottato anch'esso "a valle" di quegli stessi svolgimenti collaborativi con le Autonomie territoriali, in sede di sistema delle Conferenze, di cui la Corte costituzionale ha negli anni più volte ravvisato la necessità costituzionale perché fosse rispettato appunto il riparto normativo. È possibile, certo, scindere due possibilità contrapposte: da una parte si collocano quelle ipotesi in cui la legge assorba una buona quantità del quantum decisionale complessivo, demandando all'atto ministeriale la disciplina di soltanto taluni limitati aspetti (auspicabilmente soltanto attuativi e specificativi, o al massimo integrativi): in tale prima ipotesi⁸⁵, a rigore sarebbe insufficiente anche il più ampio dei coinvolgimenti in favore delle Regioni che avesse luogo soltanto su uno schema (o una bozza, secondo i casi) del decreto, ma non anche in fase di istruttoria legislativa. Nell'ipotesi opposta, nella quale il quantum decisionale sia integralmente o quasi demandato dalla legge al decreto⁸⁶, forse un coinvolgimento esteso ad esso soltanto sarebbe bastevole per le esigenze delle Regioni (almeno in termini di contrattazione contenutistica), ma al prezzo (parimenti costituzionalmente insopportabile) di aggravare enormemente la violazione della già evocata legalità sostanziale dell'attività amministrativa.

Venendo ad alcuni interessanti esempi di previsioni di decreto ministeriale «non regolamentare», si deve premettere che si contano complessivamente 50 decreti di questo tipo, e che essi presentano una distribuzione ancora una volta estremamente variante, se ben 13 trovano posto nelle disposizioni del decreto-legge n. 78 /2010, ed 8 nel decreto-legge n. 70/2011, lasciando così che si radichino negli altri 73 decreti solo i due terzi circa delle previsioni totali. Proprio molte delle 8 disposizioni contenute nel decreto-legge da ultimo menzionato, paradigmatiche sotto più di un profilo, possono utilmente essere passate in rassegna. Accomuna tutte le disposizioni la quasi assoluta assenza di criteri, indirizzi, vincoli e limiti di alcuna sorta che possano guidare la mano del post-legislatore designato (per lo più il Ministro dell'economia e delle finanze), e molte di esse si rinviene un oggetto piuttosto ampio e comunque delineato in modo

⁸⁴ fermo comunque restando quanto poc'anzi osservato in merito agli oneri ulteriori che constano prima alla *legge* quando voglia dare base giuridica ad atti propriamente amministrativi in ossequio al principio di legalità amministrativa, e poi anche all'*amministrazione*, in fase di elaborazione dell'atto a valle di un procedimento amministrativo.

⁸⁵ che, laddove verta su ambiti di competenza normativa non solo statale sarebbe legittimo, teoricamente, laddove rientrasse negli stilemi della c.d. *attrazione in sussidiarietà*, sebbene il rigore ne sia andato negli anni incontro ad un grave "rammollimento": cfr. C. PADULA, *Principi di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2006, p. 817 ss.; G. DI COSIMO, *Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 3-4, 2009, p. 729 ss., a commento della sentenza n. 76/2009 della Corte costituzionale.

⁸⁶ si tratta di quella figura che *infra* si appellerà *legislazione per vuoti "trampolini"*: cfr. paragrafo 3.2.

molto poco definente; l'articolo 2, comma 8⁸⁷, l'articolo 3, comma 2, sesto periodo⁸⁸ e articolo 7, comma 2, lettera a), numero 1)⁸⁹ fanno esplicito richiamo ad un'attività non regolamentare ma inquadrata come "disciplina", così da far emergere per tabulas lo spirito elusivo che le anima. Situazione analoga si rileva in ordine all'articolo 3, comma 6, lettera c), secondo periodo⁹⁰, che allude sì a «disposizioni applicative», che tuttavia difficilmente avranno un ambito meno esteso⁹¹. Diversa e di elevato interesse è invece la cifra caratteristica del già citato articolo 8, comma 4, lettera d), secondo periodo⁹² e dell'articolo 9, comma 2⁹³: entrambe le disposizioni (la seconda, assai palesemente anche in termini lessicali, menzionando concetti quali «disposizioni» e «regolamentazione») recano, come si vedrà, un'autorizzazione occulta alla delefigazione, sconfessando così in modo davvero irrimediabile la qualificazione volta a negarne la natura regolamentare, per di più nell'assenza di significative indicazioni da cui trarre i le norme regolatrici della materia sottratte all'effetto delegificante; la prima, poi, come già rilevato in precedenza, è addirittura suscettibile di utilizzo periodico.

⁸⁷ «Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale e con il Ministro della gioventù, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, e tenendo conto dei notevoli ritardi maturati, in assoluto e rispetto al precedente ciclo di programmazione, nell'impegno e nella spesa dei fondi strutturali comunitari, sono stabiliti i limiti di finanziamento garantiti da ciascuna delle Regioni di cui al comma 1 nonché le disposizioni di attuazione dei commi precedenti anche al fine di garantire il rispetto delle condizioni che consentono l'utilizzo dei suddetti fondi strutturali comunitari per il cofinanziamento del presente credito d'imposta».

⁸⁸ «La misura delle quote [dei corrispettivi dei diritti di superficie e da ripartire tra più amministrazioni] è stabilita annualmente con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in modo tale che non derivino effetti negativi per la finanza pubblica».

⁸⁹ «a livello statale, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sono disciplinati modalità e termini idonei a garantire una concreta programmazione dei controlli in materia fiscale e contributiva [...]».

⁹⁰ «[...] con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di natura non regolamentare, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sono emanate le disposizioni applicative occorrenti ad assicurare la funzionalità degli sportelli unici, rispettivamente, per le questioni di competenza [...] delle altre amministrazioni statali [rispetto ad Agenzie fiscali ed INPS]».

⁹¹ La normativa legislativa di cui dettare "l'applicazione", infatti, si riduce alla seguente disposizione, di cui al primo periodo della stessa lettera: «nei Distretti sono attivati sportelli unici di coordinamento delle attività delle Agenzie fiscali e dell'INPS. Presso tali sportelli le imprese del distretto intrattengono rapporti per la risoluzione di qualunque questione di competenza propria di tali enti, nonché presentare richieste ed istanze, nonché ricevere i provvedimenti conclusivi dei relativi procedimenti, rivolte ad una qualsiasi altra amministrazione statale».

⁹² «Il predetto importo [nominale complessivo massimo di 3 miliardi di euro annui fino alla concorrenza del quale possono essere emessi i Titoli di Risparmio per l'Economia Meridionale] è eventualmente modificato entro il 31 gennaio di ogni anno con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare».

⁹³ «Con decreto ministeriale di natura non regolamentare, ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297 possono essere introdotte disposizioni volte a stabilire ulteriori modalità e termini di regolamentazione dello strumento di cui al comma 1, anche in deroga alla vigente normativa in materia di programmazione negoziata».

Passando ad ulteriori previsioni, tre ne vengono particolarmente in rilievo: in primo luogo, si tratta del già citato articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 34/2011, che introduce con novella una disposizione di particolare delicatezza⁹⁴; in secondo luogo, si veda l'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 40/2010⁹⁵, che ancora una volta nasconde l'autorizzazione ad una forte delegificazione, potenzialmente capace di stravolgere la normativa che dovrebbe soltanto implementare. Infine, l'articolo 43, comma 1, del decreto-legge n. 112/2008⁹⁶, rilevante per ragioni fondamentalmente analoghe, spicca tuttavia a causa dell'evidentissima discrasia tra il contenuto dell'atto post-legislativo previsto e la sua qualificazione esplicita.

Tra i decreti non "aggettivati" ma dal chiaro contenuto normativo, ci si limita a richiamare ancora il già citato articolo 19, comma 5, del decreto-legge n. 78/2010⁹⁷.

L'altra figura a cui è il caso qui di fare un breve accenno è rappresentata dalle previsioni dei decreti d'urgenza che danno fondamento ad atti ulteriori che, pur

⁹⁴ Per cui, i fini della qualificazione delle società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese, «con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare sono definiti i requisiti, anche quantitativi, delle società oggetto di possibile acquisizione da parte di CDP S.p.A. ai sensi del presente comma [...]».

⁹⁵ «Il Ministro dell'economia e delle finanze può escludere, con proprio decreto di natura non regolamentare, l'obbligo di cui al comma 1 nei riguardi di Paesi di cui al medesimo comma, ovvero di settori di attività svolte negli stessi Paesi; con lo stesso decreto, al fine di prevenire fenomeni a particolare rischio di frode fiscale, l'obbligo può essere inoltre esteso anche a Paesi cosiddetti non black list, nonché a specifici settori di attività e a particolari tipologie di soggetti».

⁹⁶ «Per favorire l'attrazione degli investimenti e la realizzazione di progetti di sviluppo di impresa rilevanti per il rafforzamento della struttura produttiva del Paese, con particolare riferimento alle aree del Mezzogiorno, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico, sono stabiliti i criteri, le condizioni e le modalità per la concessione di agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati e per la realizzazione di interventi ad essi complementari e funzionali. Con tale decreto, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione normativa, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, si provvede, in particolare a:

a) individuare le attività, le iniziative, le categorie di imprese, il valore minimo degli investimenti e le spese ammissibili all'agevolazione, la misura e la natura finanziaria delle agevolazioni concedibili nei limiti consentiti dalla vigente normativa comunitaria, i criteri di valutazione dell'istanza di ammissione all'agevolazione;

b) affidare, con le modalità stabilite da apposita convenzione, all'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. le funzioni relative alla gestione dell'intervento di cui al presente articolo [...];

c) stabilire le modalità di cooperazione con le Regioni e gli enti locali interessati, ai fini della gestione dell'intervento di cui al presente articolo, con particolare riferimento alla programmazione e realizzazione dell'eventuali opere infrastrutturali complementari e funzionali all'investimento privato;

d) disciplinare una procedura accelerata [...]

⁹⁷ «Le funzioni catastali connesse all'accettazione e alla registrazione degli atti di aggiornamento sono svolte in forma partecipata dai Comuni e dall'Agenzia del Territorio sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche uniformi, emanate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Le suddette regole tecnico-giuridiche costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento e si applicano anche nei territori delle Regioni a statuto speciale. [...]

appartenendo a varie tipologie, sono accomunati anch'essi dall'urgenza, e più precisamente dall'esigenza di (cooperare con il decreto-legge nel) rispondere ad emergenze, assumendo dunque i conseguenti particolari regimi giuridici che si vanno in qualche modo ad integrare con quello, tendenzialmente analogo, del decreto-legge.

Si può preliminarmente precisare che tra le disposizioni più rilevanti ai fini del presente studio se ne rinvencono soltanto due riferibili alle emergenze che hanno sinora caratterizzato, in termini ordinamentali, la Legislatura, e si è trattato in entrambi i casi dell'emergenza sismica in Abruzzo. Nessuna delle altre previsioni di "post-legislazione urgente" aventi maggiore rilievo ordinamentale, invece, è riferibile direttamente alle maggiori emergenze calamitose (che sono riconducibili, oltre che al ricordato caso dell'Abruzzo, all'"emergenza" ambientale in Campania in ordine al ciclo dei rifiuti), né ai c.d. grandi eventi⁹⁸.

Tuttavia, la distinzione che sembra più pregnante tra le previsioni che saranno a brevissimo rassegnate non attiene all'afferenza tematica, ma alla tipologia dell'atto che accompagnerà il decreto-legge secondo le scelte fatte proprio da quest'ultimo, distinguendosi, in primo luogo, le previsioni di figure nominate di atti urgenti: si allude naturalmente all'ordinanza contingibile e urgente⁹⁹, oltretutto all'atto più specificamente di emergenza noto all'ordinamento, e dunque, secondo il lessico giuridico già supra introdotto, nominato sebbene necessariamente a bassa tipicità). Decreto-legge e ordinanza sono, come noto, atti diversi e concorrenti, accomunati dal radicamento nell'urgenza quale presupposto legittimante, innanzitutto sostanziale; le

⁹⁸ Per una cui sintetica catalogazione, cfr. *Tendenze e problemi della decretazione d'urgenza. Relazione presentata al Comitato per la legislazione dal Presidente on. Lino Duilio*, in www.camera.it, 2010, p. 39.

⁹⁹ Su cui v., da ultimo, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011; ID., A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI Legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/10; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, testo provvisorio della Relazione al Convegno *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Università Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, disponibile all'indirizzo web www.gruppodipisa.it; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 2 luglio 2010; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2009, p. 317 ss., disponibile anche all'indirizzo web www.associazionedeicostituzionalisti.it; E. ALBANESI - R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, cit.; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, in *Annuario di diritto costituzionale*, BUP/Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 183 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377 ss.. Si sottolinea peraltro come sia ora nuovamente possibile parlare *sic et simpliciter* di ordinanze contingibili e urgenti, dal momento che quest'ultima non configura più una *species* del *genus* delle ordinanze di emergenza dopo la citata sentenza n. 115/2011, il cui esito era stato peraltro preconizzato (M. MAZZARELLA - E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali per la sicurezza urbana in materia di prostituzione*, in *Le Regioni*, 2010, nn. 1-2, spec. p. 261 ss.)

previsioni che pongono il problema del rapporto tra i due atti ricordati sono il già ricordato articolo 6, comma 1, del decreto-legge n. 92/2008¹⁰⁰, l'articolo 1, comma 3, del decreto-legge n. 172/2008¹⁰¹, l'articolo 8, comma 2, del decreto-legge n. 208/2008¹⁰² ed infine l'articolo 8, comma 1, del decreto-legge n. 187/2010¹⁰³.

Le previsioni (esplicite ma) innominate di atto post-legislativo urgente in quanto di emergenza, infatti, meritano di essere segnalate proprio il fatto stesso che in esse non si parli di ordinanze d'emergenza: la singolarità della scelta legislativa è proprio quella di trascendere le problematiche connesse al confronto e alla presupposizione reciproca tra le due maggiori e più consolidate figure di atto predisposto per dare risposte efficaci e tempestive all'emergenza. Sebbene soltanto nelle ordinanze la natura para-legislativa e addirittura in gran parte super-primaria (stante il limite dei soli principi generali dell'ordinamento previsto tanto per le ordinanze sindacali contingibili e urgenti quanto per le ordinanze di protezione civile) dell'atto post-legislativo è, in termini ordinamentali, evenienza fisiologica, ed anzi coesistente alla stessa tipologia e natura dell'atto-ordinanza di emergenza, non di rado si prevede l'«urgenza» stessa come predicato accessorio ed eccezionalmente caratterizzante delle misure contenute in atti ben diversi, che per natura non sarebbero affatto urgenti.

Accanto, dunque, ai già citati artt. 3, comma 2, del decreto-legge n. 1/2010 e 24, comma 2, del decreto-legge n. 78/2009¹⁰⁴, pressoché identici e non segnatamente problematici, si distinguono l'articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 39/2009¹⁰⁵ e l'

¹⁰⁰ Recante novelle all'articolo 54 del c.d. Testo unico degli enti locali volte a ridisciplinare in profondità la potestà sindacale di adottare *ordinanze* di emergenza in qualità di ufficiali del Governo.

¹⁰¹ «*Con una o più ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi dell'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni, sono disciplinate le modalità attuative delle disposizioni di cui al presente articolo.*» Questa previsione è menzionata e commentata anche da E. ALBANESI - R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, cit., p. 18-19.

¹⁰² «Alla ripartizione delle risorse di cui al comma 1 si provvede con *ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottate ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n. 225*»: la disposizione richiama lo strumento dell'ordinanza di protezione civile, con l'effetto di ampliare, in via eccezionale, l'ambito di applicazione della normativa che la disciplina.

¹⁰³ Recante ulteriore novella all'articolo 54 del c.d. Testo unico degli enti locali, questa volta per l'attribuzione di determinati poteri al Prefetto in merito alle suddette *ordinanze* sindacali di emergenza.

¹⁰⁴ « Per le finalità e nei limiti temporali di cui al presente [...], il Ministero degli affari esteri è autorizzato, *nei casi di necessità e urgenza, a ricorrere ad acquisti e lavori da eseguire in economia, anche in deroga alle disposizioni di contabilità generale dello Stato.* »

¹⁰⁵ «Il Commissario delegato nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri con decreto emanato ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, *oltre ai compiti specificamente attribuitigli con ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, provvede in termini di somma urgenza* alla progettazione e realizzazione nei comuni di cui all'articolo 1 di moduli abitativi destinati ad una durevole utilizzazione, nonché delle connesse opere di urbanizzazione e servizi, per consentire la più sollecita sistemazione delle persone le cui abitazioni sono state distrutte o dichiarate non agibili dai competenti organi tecnici pubblici in attesa della ricostruzione o riparazione degli stessi».

articolo 11, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 39/2009¹⁰⁶ (appunto, i soli atti innestati sull'emergenza sismica in Abruzzo), nonché il già citato articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 34/2011¹⁰⁷ e l'articolo 2, comma 3, del decreto-legge n. 40/2010¹⁰⁸. Se la prima delle quattro previsioni da ultimo citate non si pone il problema di individuare un atto specifico (o un insieme articolato di atti) quale veicolo delle generiche misure che vorrebbe predisposte, la seconda e la terza manifestano la pretesa di rendere strumento di post-legislazione urgente atti che per loro natura sono invece programmatici, ponendo un problema radicale circa la stessa assoluta compatibilità, se non altro lessicale, tra l'urgenza (prevista, non si dimentichi, da un atto a sua volta necessariamente urgente, in linea almeno teorica) e l'attività programmatica. Ma l'assetto davvero più sconcertante si riscontra attorno all'ultima ipotesi menzionata, e non si allude alle circostanze per cui l'atto che reca le previsioni sia un decreto-legge, preveda che la post-legislazione si sviluppi entro un termine piuttosto breve, coincidente con quello utile per la conversione in legge, ponendosi a capo di una trafila di atti ulteriori, distribuiti tra diversi livelli di governo, assai difficilmente compatibile con l'urgenza medesima. Le più forti perplessità sono destate invece, in primo luogo, dall'oggetto della disciplina destinata ad essere predisposta dall'atto, da ricondurre probabilmente ad un'occulta autorizzazione alle delegificazione resa davvero paradossale dal riferimento alla riformulazione di principi fondamentali, ossia qualcosa di non dissimile da quegli elementi prescrittivi generali che la legge dovrebbe al contrario tenere fermi quali limiti alla delegificazione stessa. Ma l'elemento problematico più vistoso pare dischiudersi nell'impiego della circonlocuzione «urgenti disposizioni attuative», che appare in ogni caso fuorviante: da una parte, infatti,

¹⁰⁶ «1. Il Dipartimento della protezione civile è autorizzato ad avviare e realizzare in termini di *somma urgenza* un *piano di verifiche speditive* finalizzate alla realizzazione di interventi volti alla riduzione del rischio sismico di immobili, strutture e infrastrutture prioritariamente nelle aree dell'Appennino centrale contigue a quelle interessate dagli eventi sismici di cui al presente decreto. [...]. 2. Con *provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 1*, vengono *individuate le aree* interessate e *disciplinati gli aspetti* tecnici e *le modalità operative*, nonché stabiliti i *criteri di priorità* degli interventi».

¹⁰⁷ «Al fine di rafforzare l'efficacia delle azioni e degli interventi di tutela nell'area archeologica di Pompei e nei luoghi ricadenti nella competenza territoriale della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei, il Ministro per i beni e le attività culturali adotta, *entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*, un *programma straordinario e urgente di interventi* conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro da realizzarsi nelle suddette aree [...].»

¹⁰⁸ «Ai fini della *rideterminazione dei principi fondamentali della disciplina* di cui alla legge 15 gennaio 1992, n. 21, secondo quanto previsto dall'articolo 7-bis, comma 1, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, ed *allo scopo di assicurare omogeneità di applicazione di tale disciplina in ambito nazionale*, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa con la Conferenza Unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono adottate, entro e non oltre il *termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto*, *urgenti disposizioni attuative*, tese ad impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente o, comunque, non rispondenti ai principi ordinamentali che regolano la materia. Con il suddetto decreto sono, altresì, definiti gli *indirizzi generali per l'attività di programmazione e di pianificazione delle regioni*, ai fini del *rilascio, da parte dei Comuni, dei titoli autorizzativi*».

L'intervento non potrà ridursi a mera attuazione, giacché le disposizioni da attuare non sono individuabili, atteso che l'incarico è appunto volto a consentire addirittura la revisione dei principi fondamentali (peraltro, parrebbe, ferma comunque restando l'osservanza dei «principi ordinamentali che regolano la materia», di ulteriore, non facile, enucleazione); dall'altra parte, alla luce del complessivo ritratto che la disposizione fornisce dell'atto che prevede, non si vede in cosa la disciplina ventura possa manifestare, a qualsiasi effetto, un natura urgente: non potendosi infatti riferire al profilo dei tempi di adozione (che sono già esplicitamente stabiliti e incorporati in un termine perentorio assai breve), né, magari, alla foggia dei richiesti contenuti, essa è proposta qui quasi fosse un'improbabile caratteristica intrinseca delle disposizioni che l'atto è destinato a contenere. Il che significa, in breve, che ne viene a mancare alcun significato effettivo.

In tutti i casi ricordati, ma con maggiore evidenza nel secondo gruppo in cui si sono suddivisi, il più grave imbarazzo (concettuale, prima che dogmatico) deriva dal rapporto, dall'intrigo che si instaura tra il decreto d'urgenza e l'altra figura urgente (o finanche, come appena visto, una figura ordinaria ma da comporre con «urgenti disposizioni» et similia): nell'intitolare il presente paragrafo si è voluto aggiungere un inquadramento in termini retorici, facendo riferimento all'antanaclasi, figura retorica che come noto denota l'utilizzo di uno stesso termine, o di uno stesso sintagma, all'interno di un medesimo contesto sintattico, ma facendovi corrispondere significati più o meno marcatamente differenti¹⁰⁹. Questa è l'impressione che (un po' provocatoriamente) pare doversi avere se si rilegge il quadro che si presenta in seno allo stesso decreto-legge: quest'ultimo, infatti, fa sempre riferimento (anche testuale, quantomeno in premessa) ad un'"urgenza" (che, sebbene suscettibile di indiretta riformulazione al ribasso per mano di una giurisprudenza costituzionale disposta a sanzionarne soltanto l'"evidente mancanza"¹¹⁰, ne è proprio il requisito essenziale di

¹⁰⁹ Essa «*si ha quando si ripete la medesima voce in diverso senso*» (D. IGNAZIO FALCONIERI, *Istituzioni oratorie*, 1834, Napoli, p. 239).

¹¹⁰ Così secondo il principio traibile dalla notissima sentenza n. 171 del 2007 della Corte costituzionale, poco dopo confermata (sentenza n. 128 del 2008). In merito, v. *ex multis*, A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in www.giustamm.it, 2007; ID, *La "seconda rondine": ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto legge*, in www.giurcost.org, 2008; A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2007; A. RUGGERI, *Evidente mancanza dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte Costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12, 2008, p. 2670 ss.; P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171/2007 e 128/2008). Per un tentativo di lettura combinata*, in www.forumcostituzionale.it, 2008; P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007; R. DICKMANN, *Corte Costituzionale e sindacato dei presupposti di costituzionalità dei decreti-legge*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4, 2007, p. 1001 ss.; R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge*

legittimità, e comunque l'ubi consistam causale e politico); se detto decreto, però, contiene anche un richiamo (di nuovo, testuale) ad un'ulteriore "urgenza", ponendola a presupposto della fase post-legislativa del complesso intervento (vuoi quale elemento descrittivo o normativo della fattispecie che libera l'ivi fondato potere d'emergenza, ulteriore e necessariamente diverso, vuoi quale misteriosa connotazione intrinseca che dovrebbe essere posseduta dalle norme dedotte in seno all'atto comunque destinato a frapporti ancora tra determinazione politica legislativa e fattispecie concreta che pone il grave problema da risolvere), ad essa non può comunque attribuirsi un significato identico a quello già proprio dell'urgenza per prima citata. In sostanza, dunque, si crea la straniante impressione di un'"urgenza" che è sufficientemente sentita dal Governo da indurlo a riconoscere una situazione di "emergenza" ed aprire così la strada alla decretazione, ma che non è abbastanza marcata da imporre che la concreta attivazione che l'ordinamento debba apprestare per reagire alla situazione critica sia anticipata già al momento stesso, appunto, della decretazione. Quest'"urgenza" consente uno slittamento temporale (e giuridico) di una parte almeno della risposta alla crisi fino al momento dell'emanazione dell'atto successivo, o altro atto qualificato come "urgente": essa, dunque, non è soltanto al centro di un «sistema parallelo»¹¹¹ al quale oggi si fa ricorso fin troppo abituale¹¹², appunto quasi retorico, ma costituisce ormai anche una nozione fluida, o meglio erratica. Erratica, cioè, non soltanto nel senso della volatilità concettuale, ma soprattutto nell'ambulatorietà quasi "virale" che le deriva dalla tendenza a "scivolare", a "travasarsi" da un atto all'altro, nel mentre stesso in cui dà l'impressione opposta di permanere a caratterizzare ciascuno degli atti che esplicitamente la richiamano, tutti con la pretesa di basarvi pesanti conseguenze giuridiche. Si alimenta così il forte sospetto per cui si crei una dinamica elusiva dei vincoli costituzionali imposti all'esercizio della decretazione d'urgenza.

3.2. *Spunti sui concreti effetti ordinamentali degli atti post-legislativi previsti: dalla "pandemia" delegificatoria alla degradazione delle previsioni legislative a vuoti "trampolini".*

Sarebbe troppo complesso e dispersivo proporre una mappatura completa delle funzioni assegnate in termini di contenuti di policy, ossia rispondere alla questione di che cosa, anche soltanto in linea generale, le diverse articolazioni del Governo ricevano incarico di fare nei numerosissimi episodi in cui si snoda quella che può ormai

di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della Corte, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008. Per il seguito, v. da ultimo R. DICKMANN, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione ...*, in www.federalismi.it, n. 13/11.

¹¹¹ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit..

¹¹² Cfr., *ex multis*, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., il quale acutamente dedica la collocazione di maggiore evidenza, il titolo, proprio a questo profilo, sintesi e precipitato della gran parte delle questioni che pongono.

chiamarsi post-legislazione “ad abbrivio urgente”. Ma ciò non impedisce di svolgere una parziale ricostruzione della prassi ipotizzando un inquadramento dei vari effetti destrutturanti che la dinamica in esame ha sul sistema delle fonti, dando qualche coordinata, innanzitutto per exempla, attorno alle tipologie di funzioni più significative dal punto di vista ordinamentale: questa breve parte dell’analisi è riservata ad un tentativo in tal senso.

Due tipologie di approccio ordinamentale, dunque, si evidenziano con particolare vigore, ed anzi si può quasi affermare che ricada all’interno di uno tra questi due amplissimi insiemi (peraltro sovrapponibili per certi aspetti, come si preciserà) la totalità (o quasi) delle attività che i decreti d’urgenza demandano al futuro, eccezion fatta per quelle di natura puramente amministrativa (sempre ammesse, chiaramente, una sicura possibilità di incapsulamento certo rispetto a tutto il resto).

La prima delle due tipologie di effetti ordinamentali si riconduce all’istituto della delegificazione, come noto articolato e complesso e di sempre meno agevole *reductio ad unitatem*; vi si è qui accostata l’immagine di una pandemia per indicare la diffusione a dir poco pervasiva e sistemica che l’ordinamento giuridico dei tempi presenti soffre proprio a causa della tendenza ad applicare questa oramai tradizionale figura di semplificazione normativa con una preoccupante noncuranza in merito agli accorgimenti necessari per alleviare le principali asperità anche costituzionali che già intrinsecamente la accompagnano.

L’altra tipologia corrisponde a quella dinamica, già parzialmente descritta in occasione del quadro tracciato in merito ai decreti governativi “perplexi”, che si è voluta rappresentare come degradazione della disposizione di legge a mero “trampolino” per sviluppi contenutistici rimandati (in toto o quasi) alla post-legislazione. Sarà qui ripresa al solo scopo di evidenziare la sostanza ultima delle manovre di decisione politica a cui danno abbrivio, nonché per proporre criticamente taluni specifici casi in cui detta sostanza si evidenzi in modo particolarmente intenso in virtù di uno squilibrio nel contenuto di indirizzo tra disposizioni di decreto-legge e atto post-legislativo marcato a tal punto da ridurre il ruolo dell’atto legislativo alla mera individuazione (spesso e volentieri approssimativa) dell’ambito oggettuale (spesso e volentieri indicato con piglio teleologico) nel quale l’atto post-legislativo possa spaziare senza dover osservare limiti significativi, rassomigliando non poco al caso, da tempo notoriamente diffusissimo, della delega legislativa in bianco¹¹³.

¹¹³ Siamo dunque in presenza di una sorta di “trasmissione virale” interna al sistema delle fonti: laddove già la delegazione per principi e criteri direttivi inconsistenti si faceva e si fa notare per le potenzialità devastanti sul sistema delle fonti, e dunque sulla forma di governo e sulla stessa forma di Stato, adesso (e da tempo) il “rinvio al dopo”, la *delegazione post-legislativa* riesce nella non facile impresa di risultare per certi aspetti più insidiosa: quantomeno, infatti, il decreto legislativo è atto con forza di legge e può subire controlli procedurali maggiori (ai quali non si sopperisce peraltro, con riferimento ai decreti non regolamentari come anche, secondo le interpretazioni, a tutti quelli non esplicitamente qualificati come regolamentari, e dunque anche “non aggettivati” *tout court*, neanche con pareri e controlli da parte degli organi ausiliari).

In questo senso, basti osservare che questa sorta di legislazione per vuoti “trampolini” (o magari per ... “predellini”), nel presupporre il seguito di un’ampia e variegata “fauna” di atti “post-legislativi” del Governo¹¹⁴, dà vita a una dinamica potenzialmente letale, oltre che per la forma di governo, per il sistema delle fonti, specialmente dal punto di vista dei destinatari delle norme giuridiche. L’atto legislativo, infatti, pur svuotandosi spesso di alcun contenuto normativo, e rinunciando così volutamente alla propria autonomia di autentica fonte del diritto, mantiene un ruolo di “abbrivio” politico-istituzionale (che la stessa legislazione ritiene infungibile, verosimilmente per ragioni di convenienza: cfr. infra, paragrafo 5) per l’attivazione di ulteriori, successive iniziative di decisione politica (normative e non solo), sulle quali risultano dunque “spostate” intere frazioni dell’ordinamento giuridico: appare poco chiara, così, non soltanto la natura giuridica dei decreti post-legislativi, ma soprattutto la relazione che essi instaurano con la disposizione di (decreto-)legge, fin dalla fase “comminatoria”, che finisce per porre in questione anche la natura sostanzialmente legislativa dell’atto legislativo, che pare pericolosamente eclissarsi.

Cominciando, dunque, dalla delegificazione, si può subito precisare che le diverse previsioni si possono categorizzare in ragione di almeno due criteri: un primo criterio è quello che vede contrapposte le delegificazioni a riferimento intrinseco (cioè aventi ad oggetto disposizioni collocate in seno al medesimo atto legislativo in cui trova posto la disposizione autorizzativa) a quelle che, invece, essendo riferite a disposizioni disseminate altrove per l’ordinamento giuridico, possono chiamarsi invece delegificazioni a riferimento estrinseco, eventualmente indeterminato. Più pregnante, e capace di svelare anche il senso del primo criterio (rispetto al quale è per lo più trasversale)¹¹⁵, è un secondo criterio, che discrimina le delegificazioni in palesi ed

¹¹⁴ Si sarebbe ulteriormente tentati, sempre con piglio amaramente ironico, di utilizzare un’allegoria dal sapore ancora più chiaramente sportivo, evocando cioè la figura calcistica dell’“assist” da parte di un giocatore in favore di un compagno, *meglio posizionato in campo*, che sarà poi colui che tenterà la realizzazione del *goal*... se non fosse che presupposto ne è sempre l’*alterità* tra i due compagni di squadra, *alterità* che però nel nostro caso è assolutamente insussistente, o al più fittizia (come nel caso, già ricordato, dei decreti-legge convertiti previa posizione della questione di fiducia su maxi emendamenti del Governo ad effetto integralmente sostitutivo), dato che il solo “uomo in campo” è all’evidenza il Governo, o meglio *le sue articolazioni*, che sono in effetti nella generalità dei casi le principali responsabili sia dell’elaborazione delle previsioni di *post*-legislazione che le riguardano, sia della fase successiva, di cui come è ovvio esse stesse sono oltremodo interessate a farsi rispettive protagoniste (applicando le singole “pezze colorate” che andranno a comporre la “veste d’Arlecchino” che i decreti-legge appena imbastiscono, specialmente quelli di maggiore snodo politico e legislativo, che sono poi proprio quelli, come visto, che recano il maggior numero di disposizioni-“trampolino”).

¹¹⁵ Nell’ambito della categoria delle *delegificazioni a riferimento intrinseco*, infatti, si possono incontrare sia delegificazioni *palesi* (ma è evenienza poco probabile), sia delegificazioni *occulte* (anche se, in ogni caso, queste ultime non sono mai prive di *una qualche forma* di *individuazione* delle disposizioni di legge suscettibili di rimanere delegificate, che sono appunto quelle che dettano gli aspetti della disciplina dei quali si consente la modifica mediante lo svolgimento *post*-legislativo (lo stesso autorizzato); la casistica è analogamente articolata nella *categoria della delegificazione a riferimento estrinseco*).

occulte. Per spiegare appieno il proprium della dicotomia, occorre soffermarsi sulle diffusissime esperienze di delegificazione riscontrabili oggi nell'ordinamento positivo che si discostino dal modello delineato dall'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988: la giurisprudenza del Comitato per la legislazione parla in questi casi di delegificazioni "spurie"¹¹⁶. Ebbene, nell'ambito di questa categoria è utile qui ulteriormente suddividere tra delegificazioni palesi ed occulte, in base alla natura rispettivamente esplicita o implicita (ma sarebbe preferibile contrapporre la sussistenza all'insussistenza) del più basilare dei elementi essenziali, il conferimento dell'autorizzazione, e dunque della stessa potestà regolamentare delegificante: un'autorizzazione implicita/carente darà allora luogo a delegificazione occulta, mentre il richiamo del disposto di legge appena ricordato renderà quantomeno palese ogni delegificazione che pure magari sia "spuria" sotto altri profili.

Peraltro, si deve avvertire che possono annoverarsi tra le (potenziali) delegificazioni occulte (e a riferimento estrinseco) tutte quelle dinamiche post-legislative impostate sul citato modello del "trampolino": è infatti sempre possibile (ed in certi casi anche probabile, data la marcata densità legislativa che a tutt'oggi ancora caratterizza molti rami dell'ordinamento positivo, in disparte rimanendo ogni questione teorica in ordine alla completezza dell'ordinamento giuridico positivo in quanto tale) che gli ambiti sommariamente indicati da disposizioni messe a disposizione del post-legislatore secondo detto modello non siano completamente "terreno vergine" rispetto alla normativa in essere, essendo già state, almeno parzialmente, occupate da legislazione pregressa, magari in epoche ormai memorabili, acuendo anche sotto questo profilo la problematicità sottesa all'incertezza che aleggia attorno alla natura giuridica delle disposizioni recate dai decreti governativi "perplexi"¹¹⁷. In questi casi, laddove di delegificazione si debba parlare (si noti che un catalogo dei casi di questi tipo è di ben difficile compilazione¹¹⁸), non si tratterà di delegificazioni meramente occulte: la mancanza (almeno apparente...) della stessa consapevolezza nel legislatore di stare consentendo all'atto successivo di "calpestare" (ovviamente, con criteri magari presenti ma inevitabilmente) anche spazi normativi legificati spinge ad enucleare la species delle delegificazioni "cieche".

Tra gli episodi di delegificazione palese messa in moto da decreto-legge si segnalano tre filoni dotati di spiccato rilievo anche tematico: il filone dell'istruzione, che si compone delle previsioni di cui al decreto-legge n. 112/2008 (articolo 64, comma 4¹¹⁹,

¹¹⁶ Così V. DI PORTO, *Delegificazione e decreti di natura non regolamentare nell'esperienza del Comitato per la legislazione*, cit., p. 157.

¹¹⁷ e sulla quale preferisce consapevolmente soffermarsi A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit., p. 5101.

¹¹⁸ Occorrerebbe infatti un'analisi particolarmente attenta non soltanto di ciascuna previsione dei decreti-legge, ma anche dell'ordinamento circostante, pressoché nella sua interezza, allo scopo di individuare se si versi o meno in ipotesi di delegificazione, ossia se sussistano o meno disposizioni legislative già vigenti nelle materie *de quibus*.

¹¹⁹ «Per l'attuazione del piano di cui al comma 3, con uno o più regolamenti da adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto ed in modo da assicurare comunque la puntuale attuazione del piano di cui al comma 3, in relazione agli interventi annuali ivi previsti, ai sensi

da cui hanno avuto origine ben cinque decreti del Presidente della Repubblica¹²⁰; sia la disposizione di legge che parte di quelle ormai di regolamento sono state peraltro dichiarate costituzionalmente illegittime¹²¹) e di quelle del decreto-legge n. 137/2008 (artt. 3, comma 5¹²², e 4, comma 1¹²³); una parte del filone delle semplificazioni di inizio Legislatura, e precisamente il c.d. processo taglia-oneri amministrativi (articolo 25, comma 5, del decreto-legge n. 112/2008¹²⁴); ed infine la delegificazione in materia disciplina del di settore lirico-sinfonico (articolo 1, comma 1, del decreto-legge n. 64/2010¹²⁵), di cui merita di essere segnalata la non particolarmente consueta (né particolarmente soddisfacente) soluzione data al problema dell'individuazione delle

dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata di cui al citato decreto legislativo 28 agosto 1997, n.

281, anche modificando le disposizioni legislative vigenti, si provvede ad una revisione dell'attuale assetto ordinamentale, organizzativo e didattico del sistema scolastico, attenendosi ai seguenti criteri: [...].».

¹²⁰ Cfr. G. ARCONZO, *I regolamenti governativi nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988: un bilancio*, testo provvisorio della Relazione al Convegno *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Università Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, disponibile all'indirizzo web www.gruppodipisa.it, p. 12, nota 25.

¹²¹ V. le sentenze nn. 200/2009 (con nota di F. CORTESE, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 1 ss., ed in seguito in *Le Regioni*, 2010, n. 3, p. 511 ss.) e 92/2011 della Corte costituzionale.

¹²² «Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, si provvede al coordinamento delle norme vigenti per la valutazione degli studenti e sono stabilite eventuali ulteriori modalità applicative del presente articolo»: l'autorizzazione, in questo caso, pare poter passare indenne la vaglio di legittimità costituzionale solo sul presupposto che sia adottata una nozione formale, e comunque rigorosa, di «coordinamento delle norme vigenti».

¹²³ Che, pur senza utilizzare novelle, amplia l'ambito di applicazione del poc'anzi citato articolo 64, comma 4, prevedendo che « nei regolamenti [...] [sia] ulteriormente previsto che le istituzioni scolastiche costituiscono classi affidate ad un unico insegnante e funzionanti con orario di ventiquattro ore settimanali. [...]».

¹²⁴ «Sulla base degli esiti della misurazione di ogni materia, congiuntamente ai piani di cui al comma 3, e comunque entro il 30 settembre 2012, il Governo è delegato ad adottare uno o più regolamenti ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro per la semplificazione normativa, di concerto con il Ministro o i Ministri competenti, contenenti gli interventi normativi volti a ridurre gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese nei settori misurati e a semplificare e riordinare la relativa disciplina. [...]».

¹²⁵ «Con uno o più regolamenti da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per i beni e le attività culturali, il Governo provvede alla revisione dell'attuale assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e successive modificazioni, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, anche modificando le disposizioni legislative vigenti, attenendosi ai seguenti criteri: [...]».

disposizioni di legge abrogate¹²⁶, pressoché ignorato negli altri casi citati, oltre che il recentissimo passaggio al vaglio della Corte costituzionale¹²⁷.

Come si vede, in tutti questi casi la presenza dell'esplicito richiamo alla delegificazione nelle forme previste dall'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988, non esclude una natura fortemente "spuria" nel senso poc'anzi precisato: non si pensa ad un'irritualità procedimentale (che è appunto esclusa, infatti, proprio dal richiamo alla legge 400), quanto ad una diffusa vacuità contenutistica nelle disposizioni recanti autorizzazione, che infirma i criteri destinati ad indirizzare il Governo fino a renderli affatto inidonei a fungere da sufficienti «norme generali regolatrici della materia». La previsione legislativa, cioè, mantiene un contenuto percepibile quasi soltanto in punto di conferimento del potere regolamentare delegificante, creando schemi di assai dubbia legittimità costituzionale e di indubbia inopportunità istituzionale, che si possono affiliare, concettualmente, ad un'accezione meramente formale del principio di legalità dell'azione amministrativa. In altri termini, i riferiti casi, pure costituendo delegificazione palese, si candidano seriamente ad eguagliare in termini strutturali quegli esemplari della distinta categoria delle post-legislazioni mediante "trampolino"¹²⁸, e specialmente quelle che ricadano nella tipologia delle delegificazioni cieche.

Passando alle delegificazioni occulte, si deve sottolineare che soprattutto qui sussistono esempi significativi in termini ordinamentali, che è possibile questa volta inanellare entro due importanti filoni: da una parte, spicca il processo c.d. taglia-enti (articolo 26, comma 1, del decreto-legge n. 112/2008¹²⁹): la natura delegificante di questi decreti (che peraltro sono decentrati e, problematicamente, non prevedono un iter paragonabile a quello noto all'articolo 17, comma 2, della legge n. 400) non è evidentissima, ma è il presupposto dell'idoneità di essi a sottrarre gli enti di cui si occupino all'"effetto-ghigliottina" qui previsto.

¹²⁶ L'ultimo periodo del comma 2 stabilisce che «Dalla data di entrata in vigore delle norme regolamentari di cui al presente articolo *sono abrogate le disposizioni vigenti, anche di legge, con esse incompatibili*, delle quali si procede alla *ricognizione in sede di emanazione delle disposizioni regolamentari* previste dal presente articolo».

¹²⁷ V. sentenza n. 153/2011: nella quale l'unico elemento di blando interesse ai fini del presente lavoro è rappresentato dal fatto stesso che il problema della ricostruzione dell'intreccio tra fonti normative, legislative e non, non sia stato posto, né si stato rilevato dalla Corte medesima, mediante autorimessione.

¹²⁸ V., ad esempio, la povertà di *input* previsti per il più volte citato caso della delegificazione in materia di disciplina del settore lirico-sinfonico, di cui all'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 64 del 2010, tra i quali il solo criterio di una certa consistenza (ma fatalmente indeterminato) è quello della «partecipazione di privati finanziatori nel rispetto dell'autonomia e delle finalità culturali della fondazione» (uno dei sub-criteri della lettera b)).

¹²⁹ «Gli enti pubblici non economici con una dotazione organica inferiore alle 50 unità, nonché quelli di cui al comma 636 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con esclusione [...] sono soppressi al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, *ad eccezione di quelli confermati con decreto dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa*, da emanarsi entro quaranta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, e di quelli le cui funzioni sono attribuite, con lo stesso decreto, ad organi diversi dal Ministero che riveste competenza primaria nella materia».

Il secondo filone a cui si alludeva sorge da un'esperienza normativa recentissima che per la complessità e la delicatezza dei profili ordinamentali coinvolti meriterebbe una trattazione del tutto a parte, ma che qui si osserva soltanto dall'angolo visuale della delegificazione autorizzata mediante decreto-legge: si tratta del decreto-legge c.d. milleproroghe n. 225/2010. Tralasciando le ulteriori, numerose problematiche e peculiarità del decreto, anche soltanto sotto il profilo della tecnica compositiva e redazionale, in questa sede interessa in particolare la disposizione di cui all'articolo 1, comma 2, a norma della quale si prevede, dopo aver fissato (al 31 marzo 2011) il termine di scadenza dei termini e dei regimi giuridici indicati in una Tabella allegata che venissero a scadenza in data anteriore al 15 marzo 2011, che «Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può essere disposta l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2011 del termine del 31 marzo 2011 di cui al comma 1 ovvero la proroga fino al 31 dicembre 2011 degli ulteriori termini e regimi giuridici indicati nella tabella 1 allegata»¹³⁰.

La dinamica complessiva è quasi sconcertante nel suo essere paradigmatica di plurime figure: gli atti previsti sono decreti governativi decentrati (ed effettivamente tali, in quanto non sono forieri di atti governativi collegiali) aventi natura incerta ma dal sicuro effetto di delegificazione occulta¹³¹ a riferimento intrinseco (individuabile naturalmente in ciascuno dei termini indicati al comma 1 o in Tabella); essi sono funzionali a proroga (o ulteriore proroga) di termini, peraltro in parte già scaduti¹³²,

¹³⁰ È interessante far notare come l'assetto che anima la disposizione abbia un modello "remoto" in alcune delle decine e decine di proroghe effettuate negli ultimi anni (v. ad esempio art. 2, comma 1, terzo periodo, del decreto-legge n. 195/2009, che disponeva che «Le unità predette, coordinate dal Comandante del Comando logistico Sud, sono allocate presso l'attuale sede del Comando medesimo in Napoli e cessano alla data del 31 gennaio 2011, *termine che può essere prorogato, per non più di sei mesi, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*»). In generale sulla tecnica sottesa ai decreti c.d. milleproroghe ed i relativi problemi, v. N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., p. 173 ss.

¹³¹ Sullo sfondo, il più generale problema di individuazione delle tipologie di regolamento adottabile con decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400/1988: pur nella consapevolezza che né le considerazioni sistematico-istituzionali, né la circostanza che ai regolamenti ministeriali sia interdetto di «dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo» siano argomenti risolutivi, si preferisce qui ritenere che nessuna delegificazione possa essere effettuata con decreto diverso non collegiale ai sensi del comma 2 della stessa disposizione; conseguendone la violazione per legge dell'articolo 17, comma 3, da parte di tutte le delegificazioni occulte demandate ad atti governativi collegiali, impregiudicato rimanendo il profilo se ciò integri o meno motivo di invalidità, di illegittimità costituzionale di detta legge.

¹³² pare senz'altro preferibile, anche se non agevolmente per via interpretativa, escludere il *differimento*, in quanto la scadenza dei termini è indicata nel 31 dicembre 2011 ma ritenere che questo non impedisca di intervenire sui termini in qualsiasi tempo avrebbe l'effetto di ispessire nell'estensione temporale le questioni che già intaccano la disposizione. La debolezza interpretativa di questa soluzione è riconnessa al fatto, appena ricordato nel testo, per cui pur riferendosi anche a termini già scaduti, e di cui dunque il decreto c.d. milleproroghe ha disposto non proroga propriamente detta, ma *differimento*, il disposto testualmente citato parla univocamente di *ulteriore proroga*, inducendo a dare del *nomen iuris*

sono privi di alcun indirizzo ed hanno quasi inevitabilmente un'incidenza su materie coperte da riserva di legge. In sede di conversione in legge, accanto alla previsione di un parere obbligatorio, sebbene con termine acceleratorio assai breve, da rendersi da parte della Commissione parlamentare per la semplificazione, è stato eliminato il riferimento all'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Anche facendo applicazione dell'antico criterio interpretativo della c.d. *mischief rule*, non appare chiarissimo lo scopo perseguito; ma è piuttosto evidente che l'effetto conseguito è stato pressoché insignificante in termini sostanziali, ed ulteriormente paradossale in termini giuridico-formali, atteso che si è concretizzato nell'eliminazione dell'autorizzazione a dettare normativa di rango regolamentare per mezzo del decreto decentrato indicato. Ancora una volta, dunque, si pretende che un "tratto di penna" sia sufficiente a rendere "presentabile" ciò che, se non lo è, non certo lo diventerà comunque: se non bastasse il caso dei decreti di natura «non regolamentare» ma palesemente normativi, in questo caso si arriva a "trasformare" un potere ad effetto implicitamente delegificante, ma esplicitamente regolamentare (ancorché probabilmente illegittimo), in un potere implicitamente regolamentare, fermo però restandone l'intero statuto "ontologico" (e specialmente l'effetto implicitamente delegificante...).

Altri casi di delegificazione occulta, paradigmatici dell'ormai affermata temperie in cui vivono gli istituti qui a vario titolo convergenti, e con essi un po' tutto il sistema delle fonti, sono individuabili in non poche ipotesi di rinvio a successivo decreto ministeriale di natura «non regolamentare» (articolo 43, comma 1, del decreto-legge n. 112 del 2008¹³³; il già citato articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 40/2010¹³⁴; il già citato articolo 8, comma 4, lettera d), secondo periodo, del decreto-legge n. 70/2011¹³⁵;

una lettura generica. Ma questa interpretazione, imponendo di ritenere esercitabile solo fino al 31 marzo 2011 il potere di disporre ulteriore proroga dei termini di cui al comma 1 (ed entro la rispettiva diversa scadenza per i termini di cui in Tabella, fermo restando il termine ultimo dello stesso 31 dicembre 2011), pare essersi comunque imposta, fortunatamente, in sede di applicazione, atteso che tutti i complessivi 12 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (uno di competenza di ciascun Ministero, esclusi Giustizia, Affari Esteri e Sviluppo economico, uno per il Dipartimento della funzione pubblica ed un ultimo unico per tutte le rimanenti strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri assegnate a Ministri senza portafoglio) sono stati adottati in data 25 marzo 2011, e dunque entro il 31 marzo 2011.

¹³³ «Per favorire l'attrazione degli investimenti e la realizzazione di progetti di sviluppo di impresa rilevanti per il rafforzamento della struttura produttiva del Paese, con particolare riferimento alle aree del Mezzogiorno, con *decreto di natura non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico*, sono stabiliti i criteri, le condizioni e le modalità per la concessione di agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati e per la realizzazione di interventi ad essi complementari e funzionali. [...]».

¹³⁴ «Il *Ministro dell'economia e delle finanze* può escludere, con proprio decreto di natura non regolamentare, l'obbligo di cui al comma 1 nei riguardi di Paesi di cui al medesimo comma, ovvero di settori di attività svolte negli stessi Paesi; con lo stesso decreto, al fine di prevenire fenomeni a particolare rischio di frode fiscale, l'obbligo può essere inoltre esteso anche a Paesi cosiddetti non black list, nonché a specifici settori di attività e a particolari tipologie di soggetti».

¹³⁵ «i Titoli [di Risparmio per l'Economia Meridionale] possono essere emessi per un importo nominale complessivo massimo di 3 miliardi di euro annui. Il predetto importo è eventualmente modificato entro il 31 gennaio di ogni anno con decreto del *Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare*».

articolo 9, comma 2, del decreto-legge n. 70/2011¹³⁶), in decreti “non aggettivati” (articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 27/2011¹³⁷; articolo 1, comma 5, terzo periodo, del decreto-legge n. 70/2011¹³⁸), e addirittura in atti sì chimerici, ma teoricamente privi di una piena natura direttamente precettiva, quali i programmi, specialmente se strategici (il già citato articolo 10, comma 4, del decreto-legge n. 70/2011¹³⁹).

Passando, infine, alle dinamiche post-legislative impostate sul modello, supra menzionato, dei “trampolini” legislativi vuoti che troppo demandano (e con insufficienti indirizzi) a successivi svolgimenti governativi (i quali non possono che risultare espressivi di potestà pubbliche dalla natura a dir poco nebulosa), si è già detto molto in termini generali e con riferimento all’ipotesi in cui il meccanismo prescelto chiami in causa la decretazione “perplessa” o quella in cui esso ricada, mediante la sub-categoria delle delegificazioni cieche, nella fenomenologia della delegificazione occulta. Qui si può ricordare qualche esempio reso particolarmente significativo dalla difficoltà di rintracciare saldi appigli interpretativi da cui ricavare vincoli, limiti ed indirizzi di alcuna sorta: si vedano l’ articolo 72, comma 11, del decreto-legge n. 112/2008¹⁴⁰, il già citato articolo 19, comma 5, del decreto-legge n. 78/2010¹⁴¹, e poi il decreto-legge n.

¹³⁶ «Con decreto ministeriale di natura non regolamentare, ai sensi dell’articolo 6 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297 possono essere introdotte disposizioni volte a stabilire ulteriori modalità e termini di regolamentazione dello strumento di cui al comma 1, anche in deroga alla vigente normativa in materia di programmazione negoziata».

¹³⁷ «La dotazione del fondo di cui al comma 1 può essere ulteriormente incrementata, con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze di concerto, con i Ministri della difesa e dell’interno: [...]».

¹³⁸ «Nel caso si verificano o siano in procinto di verificarsi scostamenti rispetto alle previsioni, il Ministro dell’economia e delle finanze, con proprio decreto, provvede alla riduzione lineare, fino alla concorrenza dello scostamento finanziario riscontrato, delle dotazioni finanziarie, iscritte a legislazione vigente, nell’ambito delle spese rimodulabili di cui all’articolo 21, comma 5, lettera b), della citata legge n. 196 del 2009, delle missioni di spesa di ciascun Ministero».

¹³⁹ «In funzione della realizzazione del progetto di cui [...], con atto di indirizzo strategico del Ministro dell’economia e delle finanze sono ridefiniti i compiti e le funzioni delle società [...]» Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (si ammette peraltro che l’atto in questione ben potrebbe anche non possedere natura programmatica).

¹⁴⁰ «Nel caso di compimento dell’anzianità massima contributiva di 40 anni del personale dipendente, le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 possono risolvere, fermo restando quanto previsto dalla disciplina vigente in materia di decorrenze dei trattamenti pensionistici, il rapporto lavoro con un preavviso di sei mesi. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, su proposta [...] sono definiti gli specifici criteri e le modalità applicative dei principi della disposizione di cui al presente comma relativamente al personale dei comparti sicurezza e difesa, tenendo conto delle rispettive peculiarità ordinamentali. [...]».

¹⁴¹ «Le funzioni catastali connesse all’accettazione e alla registrazione degli atti di aggiornamento sono svolte in forma partecipata dai Comuni e dall’Agenzia del Territorio sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche uniformi, emanate con decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Le suddette regole tecnico-giuridiche costituiscono principi fondamentali dell’ordinamento e si applicano anche nei territori delle Regioni a statuto speciale. [...]».

70/2011, che contempla un'ipotesi piuttosto problematica (articolo 1, comma 1¹⁴²) accanto ad almeno due ulteriori previsioni forse meno gravi (il già citato articolo 1, comma 5, terzo periodo¹⁴³ e l'articolo 4, comma 13, terzo periodo¹⁴⁴).

4. Una tecnica legislativa irta di vizi e difetti.

Passando finalmente in rassegna, se non proprio sotto compiuta analisi, le questioni che accerchiano il dato pratico, pare opportuno cominciare dai risvolti problematici, che forse soltanto in termini astratti è agevole suddividere in autentici vizi di legittimità (costituzionale) ovvero in meri difetti ordinamentali (ma anche banalmente pratici ed operativi). Peraltro, sia consentita una premessa di metodo: si tollererà, pur all'interno di un lavoro tanto sintetico, un' almeno parziale sovrapposizione tematica tra il paragrafo che si va ora ad intraprendere e quello successivo (paragrafo 5): infatti, se coerenza dell'ordinamento giuridico e "buona creanza" istituzionale mantengono una pregnanza concettuale, e soprattutto se sono ben architettate le «guarentigie» previste dalla Costituzione ai fini dell'innalzamento di adeguati argini contenutistici e formali alla formulazione e all'esercizio del potere, ecco che è assai probabile che i presidi sostenuti da garanzia costituzionale e l'interesse (malizioso, necessariamente) di chi problematicamente esprime il potere, nella specie il Governo, convergeranno proprio sugli stessi profili. Per altro verso, comunque, non mancano affatto elementi essenziali e corollari della tecnica in esame capaci di produrre al tempo stesso, sulla base di criteri di pari dignità, tanto vantaggi quanto svantaggi per lo stesso Governo-legislatore e post-legislatore: è il caso, in primis, di quello che infra sarà meglio precisato come effetto dilatorio (che favorisce una deresponsabilizzazione anche soltanto tecnico-contenutistica nell'approccio alla legislazione, senza congrua certezza sull'effettiva possibilità di porvi rimedio in sede post-legislativa), come anche dell'opacizzazione dei processi decisionali; non ultimo, ben si deve ritenere che possa ridondare a sfavore del

¹⁴² «È istituito, sperimentalmente per gli anni 2011 e 2012, un credito di imposta a favore delle imprese che finanziano progetti di ricerca, in Università ovvero enti pubblici di ricerca. [...]. *Altre strutture finanziabili via credito di imposta possono essere individuate con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze».

¹⁴³ «Nel caso si verifichino o siano in procinto di verificarsi scostamenti rispetto alle previsioni, il *Ministro dell'economia e delle finanze*, con *proprio decreto*, provvede alla *riduzione lineare*, fino alla concorrenza dello scostamento finanziario riscontrato, delle dotazioni finanziarie, iscritte a legislazione vigente, nell'ambito delle spese rimodulabili di cui all'articolo 21, comma 5, lettera b), della citata legge n. 196/2009, delle missioni di spesa di ciascun Ministero».

¹⁴⁴ «Per l'efficacia dei controlli antimafia nei subappalti e subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso ogni prefettura è istituito l'elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Con *decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*, su proposta [...], da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, *sono definite le modalità* per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco di cui al primo periodo, nonché *per l'attività di verifica*».

Governo e della unitarietà del suo indirizzo politico finanche l'effetto di frammentazione "decentrante", e dunque deviante rispetto alla collegialità del Governo come organo complesso, e cioè anche come interfaccia unitaria non tanto nei confronti del Parlamento, quanto più precisamente della maggioranza parlamentare, oltre che dell'opinione pubblica.

4.1. *Perplexità di ordine costituzionale: vizi di costituzionalità (probabili).*

Nel novero delle maggiori questioni problematiche, dunque, il primato deve riconoscersi a quella riferibile ai vizi costituzionali, e su tutti a quello della carenza in concreto dei classici requisiti, costituzionalmente previsti ex professo, di straordinaria necessità ed urgenza¹⁴⁵: siffatto vizio, naturalmente, è tipico dei soli atti post-legislativi previsti in seno a decreti-legge e non invece alle rispettive leggi di conversione, nonostante le già accennate ipotesi ricostruttive "rigoriste" avanzate anche recentissimamente in sede istituzionale¹⁴⁶. Infatti, la previsione di atti post-legislativi, essendone una forma di manifestazione, può intendersi proficuamente quale species (senz'altro particolarmente interessante e problematica) in un genus più ampio, quello delle "misure ad efficacia differita", e rubricarsi al pari dell'intera categoria tra i sintomi della carenza dei ripetuti presupposti legittimanti¹⁴⁷.

Non è possibile qui ripercorrere l'elaborazione giurisprudenziale, anche relativamente recente e forse in parte deludente, e la relativa riflessione scientifica sorte in merito ai presupposti costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza¹⁴⁸; in questa sede è sufficiente rilevare che in modo che non appare incongruo i presupposti costituzionali sono incarnati (assai significativamente, ai fini specialmente della questione qui in esame) dalla chiara e netta disposizione di cui all'articolo 15, comma 3, della legge n. 400/1988: i decreti-legge devono contenere "misure di immediata applicazione". Nel prossimo paragrafo, sul non saldissimo presupposto della non assoluta illegittimità di una prassi che pure, come in precedenza osservato, sembra radicalmente aliena da alcuno scrupolo di osservanza nei riguardi di questa

¹⁴⁵ Ovvero, secondo le impostazioni adottate in letteratura, dell'unico presupposto, complesso ovvero endiadico che sia, dell'*urgente necessità*: sul punto, v. l'avvicinarsi dialettico tra le note posizioni esegetiche e ricostruttive di A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, p. 262; ID., *Le fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2011, II ed., p. 506 ss.; di G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, p. 100; di L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 558; v. anche A. CELOTTO - E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet giuridica, Torino, 2006, par. 2.4.

¹⁴⁶ V. la già citata missiva del Presidente Giorgio Napolitano ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei ministri del 22 febbraio 2011.

¹⁴⁷ Conformemente, sul punto, v. Consiglio di Stato, parere dell'11 aprile 1996, cit. in A. GHIRIBELLI, *Qualità della produzione normativa e decretazione d'urgenza*, cit., p. 641, nota 4.

¹⁴⁸ Entrambe *supra* già menzionate: cfr. paragrafo 3.1.1.

disposizione, del resto (?) soltanto legislativa¹⁴⁹, si tenterà di individuare alcune possibili ragioni che la spieghino (e magari la giustifichino, almeno in parte). Fermo restando ciò, si deve senz'altro affermare che le strade della lettera e del senso giuridico della previsione dell'ammissibilità legale delle sole misure in-mediata applicative si incrociano sul rigetto di un modello di decreto-legge che indulge a spogliarsi di compiti e ruoli che (nella migliore delle ipotesi) sono di sua esclusiva spettanza, per demandarli ad atti che in ogni caso non potranno che essergli successivi¹⁵⁰.

In sostanza, nell'ottica dell'ordinamento costituzionale, che configura l'atto legislativo urgente come strumento quantomeno eccezionale¹⁵¹, non ha alcun senso sopportare i considerevoli sacrifici (in termini di certezza giuridica, forma di governo e, in ultima analisi, democraticità del sistema nomopoietico) connessi all'adozione di un decreto-legge finanche laddove, per iniziativa del Governo, vengano a mancare addirittura i potenziali benefici che esso, facendone la più autentica sua cifra caratteristica, dovrebbe immancabilmente arrecare, ossia quello dell'impatto diretto, subitaneo e senza mediazioni (oltre che, possibilmente, efficace già in base a valutazioni *ex ante*) con la fattispecie concreta, la cui situazione critica, così come sopporta una legislazione urgente, al tempo stesso impone che quest'ultima sia efficace¹⁵². Ma il decreto-legge, nella scelta stessa di interporre ulteriore attività normativa o para-

¹⁴⁹ Sullo sfondo si staglia naturalmente l'eterna questione della cogenza dei vincoli e limiti imposti in generale dalle diverse disposizioni sulla formazione della legge n. 400 del 1988, che qui non è possibile ripercorrere in termini generali. Peraltro, va comunque considerato che il contenuto di cui all'articolo 96-*bis* del Regolamento della Camera dei Deputati, stante la clausola di rinvio assolutamente indeterminata che utilizza ai fini dell'individuazione del materiale "legislativo" incorporato nello strumentario parametrico dell'organo, essendo capace di ricomprendere anche altro rispetto al patrimonio della legge n. 400 del 1988, potrebbe essere inteso persino come indifferente rispetto alle continue "deroghe" che quest'ultimo subisce ad opera della tumultuosa legislazione speciale.

¹⁵⁰ Non sembra possibile avanzare alcun dubbio, di matrice strettamente interpretativa (ma troppo debole proprio nella prospettiva di un'interpretazione *costituzionale*), circa la possibilità la locuzione utilizzi un concetto di "applicazione" riferito ad una caratteristica intrinseca di natura nomologica delle *disposizioni normative*, e non invece, come pure contesto costituzionale e lettera della disposizione del 1988 inducono a ritenere, alle *misure*. Se così fosse, si dovrebbero ritenere bandite dal tessuto normativo di ogni decreto-legge soltanto le disposizioni la cui efficacia sia nientemeno che espressamente *sospesa*, mentre sarebbero ammissibili tutte le altre disposizioni, anche se recanti *interventi* ad efficacia differita (tra i quali si annovera anche tutta la vicenda *post-legislativa*): conseguendone la pressoché totale inutilità di questa limitazione.

¹⁵¹ E si ricordi, anzi, la nota teoria radicale di C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 831.

¹⁵² Non si può fare a meno di richiamare, a mo' di paragone, la ormai assai risalente *quérelle* normativa e giurisprudenziale, rapidamente sopita, che era sorta attorno alla figura del *regolamento comunitario*, appunto sempre definito dai Trattati via via avvicinandosi come atto "*direttamente applicabile*": basti qui ricordare che già in un'epoca, nella quale ancora non era stato tacitato un approccio chiaramente *dualista* della Corte costituzionale alla relazione tra ordinamento nazionale e sovranazionale (basti vedere il disconoscimento della disapplicazione contenuto nel Punto immediatamente successivo della stessa sentenza, che sarà poi idealmente all'origine del *punctum iuris* della notissima sentenza *Simmenthal* del 1978), essa stessa era giunta a ritenere del tutto illegittima alcuna disposizione di legge nazionale che pure si limitasse a recepire integralmente il testo di un regolamento comunitario (sentenza n. 232/1975).

normativa (peraltro, secondo i casi, tutt'altro che di «pronta soluzione»¹⁵³), ma anche amministrativa¹⁵⁴, tra sé medesimo e l'evento del concreto contatto tra la normativa (o comunque la provvidenza giuridica) ed il frammento della realtà storica e materiale che prende in considerazione quale fattispecie che reclama urgenza, evidenzia la chiara

¹⁵³ Si allude, ad esempio, oltre che alle previsioni che consentono un esercizio del potere attribuito anche a lungo termine (v. immediatamente *infra* nel testo), alle già viste non scarse disposizioni recanti autorizzazione alla delegificazione laddove (ché non si tratta di dato costante, purtroppo) reclamino esplicitamente (o comunque lascino intendere e ne riconoscano la necessità) l'applicazione del complesso e obiettivamente lungo *iter* delineato dall'articolo 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988. Acuendo un poco lo spirito critico, inoltre, si può richiamare anche il caso, altresì non del tutto infrequente, in cui il decreto-legge (in disparte sempre rimanendo la sorte che in sede di conversione toccherà a ciascuna previsione di sviluppi *post-legislativi*) dia fondamento a ipotesi di *ordinanza di protezione civile*: a ben vedere, e come del resto testimoniato anche dal privilegiato osservatorio del Comitato per la Legislazione della Camera dei Deputati (relazione *Tendenze e problemi della decretazione d'urgenza. Relazione presentata al Comitato per la legislazione dal Presidente on. Lino Duilio*, cit., pp. 46 ss. e 76; cfr. anche A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 252 ss.), l'*iter* che, di fatto ma anche di diritto, esse percorrono prima dell'emanazione è ben più lungo e complesso di quanto possa apparire dalla qualificazione tradizionale dell'atto come contingibile ed urgente, e tanto più accentua questa sua situazione proprio nell'ipotesi in cui l'ordinanza che da esso risulterà sia preceduta/invocata da un decreto-legge, rimanendo così "schiacciato" tra due urgenze così da apparire *sempre e comunque troppo lungo*. Tra l'altro, nell'istruttoria legislativamente prevista (art. 107 del decreto legislativo n. 122/1998) spicca la stipulazione di apposita *intesa* con la singola Regione interessata dall'emergenza da fronteggiare mediante ordinanza sulla dichiarazione dello stato di emergenza e sulla conseguente ordinanza: è agevolmente comprensibile che la situazione di necessità e la prospettiva di ottenere un intervento più che altro finanziario da parte dello Stato (peraltro affievolito dalle recenti previsioni di cui al comma 5-*quinqies* dell'articolo 5 della legge n. 225/1992, inserito dal comma 2-*quater* dell'articolo 2 del decreto-legge n. 225/2010 come convertito in legge) indurranno la Regione a più che miti consigli (cfr., infatti, le rilevazioni di *Tendenze e problemi della decretazione d'urgenza. Relazione presentata al Comitato per la legislazione dal Presidente on. Lino Duilio*, cit., p. 48, che mostrano l'amplissimo successo delle procedure concertative tra Stato e singola Regione). Ma l'urgenza e la velocità procedurale sono proprio quello stesso profilo che ha indotto la giurisprudenza costituzionale, *mutatis mutandis*, ad escludere (condivisibilmente, anche dal punto di vista strettamente positivo: cfr. art. 2, comma 3, del decreto legislativo n. 281 del 1997; si tratta in effetti di provvedimenti normativi del Governo per i quali non è predicabile la nozione burocratica di "schema di atto", potendosi al più parlare, e soltanto in fase eminentemente endogovernativa, di "bozza di atto") che spettino al sistema delle Conferenze coinvolgimenti consultivi di alcuna sorta non soltanto "a monte" dei decreti-legge (cfr. sentt. nn. 196/2004, 272/2005, 181/2006, e più recentemente n. 298/2009), ma anche sugli schemi dei disegni di legge di conversione (questa volta *non* condivisibilmente, anche dal punto di vista strettamente positivo: cfr., nuovamente, art. 2, comma 3, del decreto legislativo n. 281/1997).

¹⁵⁴ Sembra corretto, infatti, approcciarsi alle previsioni di attività amministrativa in modo analogo a quanto si faccia con riferimento all'attività normativa o para-normativa: sia perché la distinzione tra tutte queste tipologie, comunque poco utile ai fini del presente lavoro, è piuttosto disagevole in concreto anche perché è obiettivamente ostacolata dalle tendenze della legislazione, che già rende faticoso superare la forte confusione *funzionale* per giungere a chiare distinzioni sul piano *strutturale e cronologico* tra legge e "dopo-legge", come si è visto riferendo del fenomeno dei decreti governativi "perplexi"; sia perché laddove nell'ordinamento si traccia, quale caratteristica del dover essere del decreto-legge, la presenza in esso di sole *misure di immediata applicazione*, si intende bandire *qualsivoglia* intermediazione, anche quella svolta dall'attività amministrativa, spingendo così verso una figura di decreto-legge come specie particolare di *legge-provvedimento*.

rinuncia a contenuti che dovrebbero invece essergli tipici in via tendenzialmente esclusiva, se non altro per la chiarissima coerenza rispetto a quelle funzioni ed esigenze che, in prospettiva costituzionale, fungono da ragion d'essere per ogni sua applicazione. Peraltro, si segnalano previsioni in cui l'urgenza dell'"atto-padre" è sconfessata in maniera assolutamente irredimibile dalla complessità che esso stesso (del resto, per concorrenti diverse ragioni) prevede nel delineare l'iter dell'atto successivo (anzi, della trama di atti successivi) che dovrebbe inverare la policy così messa in moto (v., ad es., il già citato articolo 14, comma 31, del decreto-legge n. 78/2010¹⁵⁵).

In merito, si può qui brevemente riprendere l'accento fatto in precedenza in ordine al rilievo dell'ampiezza dei tempi previsti per l'adozione degli atti post-legislativi, per rimarcare la spiccata problematicità delle previsioni che indichino, per l'utile adozione dell'atto successivo, termini molto lunghi¹⁵⁶ o molto brevi¹⁵⁷: senza dimenticare che non

¹⁵⁵ «I comuni assicurano il completamento dell'attuazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi del presente articolo entro il *termine individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*, adottato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, su proposta del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze, con il Ministro per le riforme per il federalismo, con il Ministro per la semplificazione normativa e con il Ministro per i rapporti con le Regioni. Con il medesimo decreto è *stabilito*, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, il *limite demografico minimo* che l'insieme dei comuni che sono tenuti ad esercitare le funzioni fondamentali in forma associata deve raggiungere».

¹⁵⁶ Si veda, ad esempio, l'articolo 17, comma 1, del decreto-legge n. 195/2009, che prevede che «In considerazione delle *particolari ragioni di urgenza* connesse alla necessità di intervenire nelle situazioni a più elevato rischio idrogeologico [...], *in sede di prima applicazione* dei piani *straordinari* diretti a rimuovere le situazioni a più elevato rischio idrogeologico e comunque non oltre i tre anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Dipartimento della protezione civile per i profili di competenza, ed i presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, *possono essere nominati commissari straordinari delegati*: si osservi che la *particolare urgenza* consente (e, dunque, neanche *richiede*) che l'esercizio del potere di nomina dei commissari straordinari delegati avvenga finanche nel volgere di ben tre anni (peraltro «*in sede di prima applicazione dei piani straordinari*»...).

¹⁵⁷ I termini più brevi che è stato possibile censire sono di appena *sette giorni*: v. l'art. 2, comma 1, primo periodo, del decreto-legge n. 195/2009 («Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, *entro sette giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*, sono istituite per la chiusura dell'emergenza rifiuti in Campania, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento protezione civile, una "Unità stralcio" e una "Unità operativa", [...]») ed il già citato (e per altri profili commentato) art. 1, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge n. 34/2011 («La misura dell'aumento [dell'aliquota dell'accisa su determinati carburanti resa necessaria per finanziare taluni nuovi interventi in materia culturale] è stabilita con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane da adottare entro sette giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto; il provvedimento è efficace dalla data di pubblicazione sul sito internet dell'Agenzia»); di rilievo è anche l'altresì breve termine di cui all'art. 10, comma 23, primo periodo, del decreto-legge n. 70/2011 («Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, *da adottare entro quindici giorni* dalla data di emanazione del *decreto di cui al secondo periodo del comma precedente*, sono individuate le risorse finanziarie e strumentali del Ministero da trasferire all'Agenzia ed è disposto il comando, nel limite massimo di venti unità, del personale del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare già operante presso la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche alla data di entrata in

è agevole riscontrare casi di sicura natura perentoria, l'ampiezza del termine sembra poter comunque assumere un rilievo ai fini della legittimità dell'atto urgente. In particolare, termini molto ampi (a mesi, o anche ad anni) indeboliscono palesemente le ragioni oggettive che abbiano indotto il Governo alla "grave" decisione di adottare, almeno in parte qua, un decreto-legge piuttosto che percorrere l'ordinaria via della legislazione parlamentare. Ma d'altro canto i termini molto brevi non vanno esenti da problematicità elevata: se non è in discussione, in questo caso, la meritevolezza effettiva della disciplinata vicenda di un trattamento nomopoietico urgente, certamente si pone la questione, più sottile, di quali ragioni abbiano comunque impedito la scelta di rendere la soluzione, fondata e condivisibile, del decreto-legge completamente soddisfattiva dell'esigenza che il Governo pure ha individuato, a vantaggio di un'opzione per cui l'atto urgente finisce per far "dipendere" la propria effettività da atti comunque a sé medesimo successivi, e generalmente intestati a strutture di Governo diverse dal Consiglio dei ministri. Del tutto particolare, anche per la rilevanza tematica, è poi il caso dell'articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 34/2011¹⁵⁸: pur privo di alcun termine, l'atto ministeriale attuativo è stato adottato con tale sollecitudine da prevenire di molto persino la conversione in legge (rispetto alla quale, peraltro, l'assenza del termine è passata indenne)¹⁵⁹.

In letteratura non di frequente ci si imbatte in analisi dettagliate sulla specifica questione della distonia, di pregio costituzionale, tra vincolo alle sole "misure di immediata applicazione" e previsione di atti successivi: si passa infatti dalla considerazione generale circa la sistematica violazione della «provvedimentalità» che dovrebbe caratterizzare il decreto-legge¹⁶⁰ all'unitaria discussione in ordine alle "misure ad efficacia differita", con appena un breve accenno alla sua specificazione qui in esame; comunque, emergono sempre risposte quantomeno dubitative circa la sostenibilità costituzionale di simile prassi¹⁶¹. In particolare, è acuta la considerazione

vigore della presente legge)), che si segnala tuttavia soprattutto per la previsione di una piccola "catena" di atti *post*-legislativi, segnata già da una serrata tempistica.

¹⁵⁸ Che, mediante novella operata sulla disciplina dei poteri di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., prevede che «Ai fini della qualificazione [di società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese], con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare sono definiti i requisiti, anche quantitativi, delle società oggetto di possibile acquisizione da parte di CDP S.p.A. ai sensi del presente comma»; non sfuggirà, sotto tutt'altro profilo, la vacuità degli elementi previsti ad indirizzo e limite del potere attribuito, ma di cui è demandato l'impegnativo riempimento ad un mero decreto *di natura non regolamentare*.

¹⁵⁹ Il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze è infatti del 3 maggio 2011 (proprio lo stesso giorno in cui iniziava, alla Camera, l'esame in sede referente del disegno di legge di conversione del decreto come già approvato dal Senato).

¹⁶⁰ A. CELOTTO - E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, cit., par. 2.5; A. CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo (nella XIV Legislatura)*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., p. 93.

¹⁶¹ Così A. GHIRIBELLI, *Qualità della produzione normativa e decretazione d'urgenza*, cit., p. 640-641; A. CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo (nella XIV Legislatura)*, cit., p. 86; G. TARLI

positivo-sistematica che sorge dal richiamo all'assenza, nel testo dell'articolo 17 della legge n. 400/1988, di alcuna menzione dei decreti-legge tra le fonti legali che possano apprestare valido fondamento a fonti di rango regolamentare, utilizzata poi come viatico per una breve discussione critica incentrata su una frazione specifica della post-legislazione, quella avente funzione (o comunque effetto) delegificante¹⁶².

Più corposo sembra invece il contributo offerto dal Comitato per la Legislazione della Camera dei Deputati: sul punto occorre ricordare che la vexata quaestio che sorge ogniqualvolta si diano casi di mancata osservanza di prescrizioni legislativamente previste da parte di fonti anch'esse legislative sia in questo caso almeno assai attenuata dalla combinazione tra la giurisprudenza del Comitato per la Legislazione e il chiaro disposto dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento generale della Camera, a norma del quale l'organo "esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione"¹⁶³. La clausola reca un rinvio assolutamente indeterminato che intercetta però un destinatario certo proprio nell'articolo 15, comma 3, della legge n. 400/1988, che d'altra parte è stato esplicitamente riconnesso in via diretta all'articolo 77, secondo comma, della Costituzione¹⁶⁴; per un'applicazione riferita proprio ad un caso di rinvio ad un decreto ministeriale, incaricato di definire talune modalità attuative del decreto-legge¹⁶⁵, v. il Parere su AC 3841¹⁶⁶. Il vincolo all'immediata applicabilità, insomma, da una parte penetra nello strumentario parametrico del Comitato per la Legislazione, e dall'altra viene autorevolmente "incorporato" per implicito nel blocco di costituzionalità in parte qua rilevante. E parrebbe suggerire che sussista quantomeno una forte presunzione di illegittimità a carico di qualsivoglia previsione di atto post-legislativo: conclusione severa e provvisoria, di cui occorrerà presto vagliare la tenuta.

Peraltro, questo insieme di problemi è capace anche di infirmare non poco persino il valore, apparentemente qui di non immediata rilevanza, della certezza del diritto: precisamente, si può infatti osservare che, una volta che l'interprete, sulla scorta della massiccia presenza, in un decreto-legge, di previsioni di manovre che danno corpo ad un "dopo-legge" sempre più tradito perché sempre più confuso con la legge medesima, sia stato indotto a non assumere l'autoapplicatività come carattere generale delle singole disposizioni dell'atto, un dubbio interpretativo si crea attorno alle disposizioni

BARBIERI, *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in *Osservatorio sulle fonti 2009*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 106-107.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Corsivo non originale.

¹⁶⁴ Cfr. Comitato per la Legislazione, Resoconto del 30 giugno 2003, parere su AC 4102-B, cit. in L. LORELLO, *Decreto-legge e Comitato per la legislazione*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., pp. 163-164.

¹⁶⁵ e non sfuggirà la notevole "continenza" di siffatta prescrizione nel confronto con molte di quelle in precedenza elencate a titolo di esemplificazione, per le quali sono tratteggiati spesso oggetti molto più ampi e poveri di vincoli ed indirizzi rispetto alla mera attuazione.

¹⁶⁶ Cfr. Comitato per la Legislazione, Resoconto del 9 aprile 2003, cit. in L. LORELLO, *Decreto-legge e Comitato per la legislazione*, cit., p. 163, nota 35.

legislative che siano cionondimeno suscettibili, in astratto, di godere di diretta precettività: pare richiedere infatti delicate e difficili valutazioni caso per caso la scelta, da parte delle Amministrazioni (o, peggio, degli ulteriori fruitori e destinatari delle norme), del comportamento sia da tenere dinanzi alla prospettiva di attendere o meno la prevista intermediazione (para)normativa prima di applicare o osservare la norma di (decreto-)legge.

Per concludere sul punto, e nella prospettiva di un ulteriore confronto, mette conto qui richiamare l'interessante caso della c.d. legge commissariale della Calabria n. 5/2010, attuativa (per così dire) del c.d. Piano casa di cui all'intesa del 1° aprile 2009 della Conferenza unificata. Il caso è qui rilevante non per le diverse questioni non soltanto dogmatiche che la avvolgono, né per la soluzione alla principale tra esse resa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 361/2010; la vicenda, tra i vari, ha un risvolto interessante anche per le questioni qui in discussione, perché, tra i diversi profili di illegittimità costituzionale che il ricorrente Governo aveva individuato a fondamento della sua impugnativa figura anche la doglianza mossa avverso la non diretta precettività delle disposizioni attuative, subordinate, con rinvio, alla successiva adozione di ulteriori atti (di rango regolamentare)¹⁶⁷. La difesa statale individuava in ciò un motivo di illegittimità per il conseguente mancato rispetto di termini a suo avviso vincolanti per il legislatore regionale¹⁶⁸, e non propriamente un sintomo dello sviamento di potere rispetto alla figura della legge commissariale sostitutiva. Si deve però osservare che l'argomento prova decisamente troppo, specialmente se portato avanti dal Governo: l'intera ricostruzione afferiva ad un motivo che in giudizio è stato assorbito completamente dalla nettissima stroncatura che è toccata alla legge commissariale in quanto tale (che è stata del tutto disconosciuta dalla Corte), ma è anche vero che essa, astrattamente esatta se si pensa a quale ne era comunque la pertinenza sistematica e costituzionale (ossia, la divisione in senso verticale dei pubblici poteri), e volta ad ottenere l'affermazione che gli atti costituenti esercizio del potere sostitutivo debbano avere una certa natura giuridica e struttura nomologica, sarebbe stata non difficilmente applicabile anche alla ripartizione orizzontale del potere tra legislatore ordinario e legislatore dell'urgenza, ponendo però in tal modo le premesse dialettiche perché fosse in futuro travolta anche l'intera esperienza delle fonti statali qui all'esame.

Un secondo ordine di profili problematici, qui dedicatario di soltanto minima attenzione coerentemente con la già specificata estensione oggettuale della presente indagine, attiene alle previsioni di atto post-legislativo contenute in leggi di

¹⁶⁷ L'articolo 2, comma 1, dell'atto regionale, infatti, disponeva che «La Giunta regionale adotta, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, ogni conseguente disciplina attuativa di natura regolamentare, nel rispetto degli obbiettivi individuati all'articolo precedente».

¹⁶⁸ Il ricorso, in conclusione della parte motiva, afferma che «la legge in esame, adottata a distanza di un anno dalla sottoscrizione dell'Intesa, più sopra menzionata ed a seguito di commissariamento, come previsto nell'Intesa medesima, *subordina la sua reale efficacia all'emanazione di una successiva disciplina attuativa, di natura regolamentare*, con ulteriore differimento dei termini per la concreta realizzazione degli interventi. In ciò, la legge non rispetta l'accordo succitato e quindi viola il principio della leale collaborazione di cui agli artt. 117 e 118 della Costituzione».

conversione, e chiama in causa, sotto il profilo dogmatico, la questione della specialità che questa particolare tipologia di legge ha rispetto all'ordinaria attività legislativa¹⁶⁹.

L'inserimento di previsioni di atti post-legislativi, infatti, può presentarsi non poco problematico per la difficoltà di rinvenire, in seno al testo originario decreto-legge che è in corso di conversione, disposizioni o comunque manovre normative che intrattengano con le previsioni che si intendono inserire relazioni di sufficiente omogeneità, sotto il profilo tematico o anche solo sotto quello funzionale, solitamente più lasco. Ebbene, specialmente laddove il ramo al quale sia presentato il disegno di legge di conversione da parte del Governo sia la Camera dei Deputati, la stessa tipologia strutturale dell'atto post-legislativo può in effetti presentare intrinseche difficoltà, paragonabili a quelle, solo apparentemente più gravi (ed anzi suscettibili di inquadramento proprio come *species* del *genus* post-legislazione...), che si pongono in ordine all'inserimento in sede di conversione di deleghe legislative (o proroga, differimento o riapertura dei termini di deleghe già conferite in passato), che infatti la giurisprudenza parlamentare della Camera (più che quella del Senato o anche della Corte costituzionale¹⁷⁰) e la prassi esercitata dal Presidente della Repubblica tendono ad escludere¹⁷¹. Non sembra convincente la pretesa di estendere l'onere dell'immediata applicabilità che vale per il decreto-legge anche alle disposizioni della sua legge di conversione sulla scorta di argomenti "procedurali", incentrati sulla "corsia preferenziale" di cui il disegno di conversione comunque gode nell'esame parlamentare¹⁷²; né appare congrua la tesi che cogliesse la necessaria analogia tra i due atti nello "spirito" dell'intervento urgente dovuto alla stringente necessità del provvedere. Quest'ultimo argomento, invero, non soltanto "provverebbe troppo", e porterebbe inoltre alla dispersione concettuale dell'omogeneità, slabbrata, a ben vedere, fino a trascolorare nella necessità ed urgenza;

¹⁶⁹ Se differenza vera vi fosse, si sarebbe potuto aggiungere, con un occhi alla prassi, specialmente in apertura della XVI legislatura: basti pensare che, a parte la legge n. 124/2008 (c.d. lodo Alfano, peraltro contrassegnata da un *iter legis* straordinariamente rapido, se si pensa che l'intera prima lettura nei due rami parlamentare si è sviluppata nel volgere di soli venti giorni), ed eccettuate altresì le altre tipologie di legge la cui approvazione con procedura ordinaria sia direttamente imposta dalla costituzione, la prima legge non recante conversione di decreto-legge è stata approvata dalle Camere solo dopo oltre un anno dall'inizio della Legislatura (v. legge 4 maggio 2009, n. 41, recante «*Istituzione della Giornata nazionale contro la pedofilia e la pedopornografia*»).

¹⁷⁰ V. l'indifferenza implicitamente in ordine alla specifica tipologia di legge ordinaria recante delega che è traibile dalla sentenza n. 63/1998 della Corte costituzionale; per i più rilevanti riferimenti alla giurisprudenza del Senato, si rinvia a A. GHIBELLI, *Qualità della produzione normativa e decretazione d'urgenza*, cit., p. 653-654.

¹⁷¹ Non per caso, infatti, nel "grave" episodio segnalato in apertura (art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 125/2010, come modificato dalla legge di conversione n. 163/2010), la proroga della delega di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 196/2009, è stata introdotta in Senato, primo ramo coinvolto nella conversione.

¹⁷² Che la consapevolezza della scadenza a breve termine del decreto-legge riesce a causare un *contingentamento dei tempi sostanziale* finanche laddove non sia consentito in senso formale il contingentamento dei tempi (cioè alla Camera, come noto), in quanto non di rado non manca chi provvede a sopperire (si tratta del Governo, mediante le già lumeggiate tipologie "aggressive" di intervento nell'*iter* parlamentare, del tutto mosse o quantomeno animate anche dalla riferita consapevolezza della caducità dell'atto urgente già adottato).

soprattutto, esso sarebbe ampiamente smentito (anzi, sovvertito) proprio dalla presenza, appunto già nel testo del decreto-legge, di aperture alla post-legislazione, peraltro già accettate o almeno tollerate dal Capo dello Stato in sede di emanazione. Ma tutto ciò non pare sufficiente ad allontanare i destini dogmatici della post-legislazione da quelli della delegazione legislativa, spingendo anzi ad evocare la figura dell'elusione dei vincoli previsti per quest'ultima soltanto dal quarto comma dell'articolo 72 della Costituzione; di più, essa apre all'ipotesi di un'ulteriore, suggestiva pietra di paragone, da individuarsi nel modello relazionale che si instaura tra le disposizioni di un decreto legislativo principale e quelle contenute in un rispettivo decreto legislativo correttivo ed integrativo.

Meritano di essere segnalati i seguenti esempi, riferiti ai decreti-legge vigenti il giorno dell'entrata in vigore della rispettiva legge di conversione: di somma importanza sono l'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge n. 112/2008¹⁷³ ed il già citato articolo 5, comma 8, del decreto-legge n. 34/2011¹⁷⁴, appartenenti a disposizioni entrambe recentissimamente andate incontro ad abrogazione di origine referendaria. Si evidenziano altresì l'articolo 1-bis del decreto-legge n. 78/2009¹⁷⁵, il già citato articolo 19, comma 5, del decreto-legge n. 78/2010¹⁷⁶, interessante in quanto rivelatore di una piccola evoluzione nei rapporti di potere all'interno del Governo in merito al potere in

¹⁷³ «Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta *uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di [...]*».

¹⁷⁴ «Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, *adotta la Strategia energetica nazionale [...]*».

¹⁷⁵ «Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, con *decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali*, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere *eccezionalmente emanate*, per il biennio 2009-2010, *norme in deroga a singole disposizioni dei regolamenti* previsti dall' articolo 1, comma 1, del decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 27 novembre 1997, n. 477. [...]

¹⁷⁶ Il testo originario («Le funzioni catastali connesse all'accettazione e alla registrazione degli atti di aggiornamento sono svolte in forma partecipata dai Comuni e dall'Agenzia del Territorio sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche uniformi, *emanate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali*. Le suddette regole tecnico-giuridiche costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento e si applicano anche nei territori delle Regioni a statuto speciale. [...]

») è stato modificato sostituendo le parole «emanate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali» con le parole «*e in attuazione dei principi di flessibilità, gradualità, adeguatezza, stabilito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e previa intesa presso la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*».

questione, l'articolo 2, comma 1-bis, del decreto-legge n. 125/2010¹⁷⁷ ed infine l'articolo 2, comma 17-terdecies, del decreto-legge n. 225/2010¹⁷⁸.

Un terzo ed ultimo polo problematico dotato di pregnanza costituzionale in ordine alla post-legislazione "ad abbrivio urgente" riguarda invero una fenomenologia che rispetto ad essa è più ampia ed al tempo stesso meno estesa: si allude alle corrispondenze interrotte tra i profili garantistici del regime giuridico dell'atto legislativo¹⁷⁹ (atto che in termini teorici dovrebbe occuparsi degli oggetti, che invece demanda all'atto successivo) ed il contenuto concreto dell'atto sub-legislativo; l'ambito in cui questo ordine di gravi problemi viene in rilievo è limitato alla sola vera e propria sub-legislazione, ma al tempo stesso si estende anche al di là di quella prevista in seno ad atti legislativi urgenti.

Si crea cioè un teso rapporto tra i contenuti, vistosamente paralegislativi assegnati solitamente ad atti pure infraordinati alla legge, e la forza ed il valore di legge¹⁸⁰ che invece sono in essi in parte affatto assenti: le questioni si articolano più esattamente nel rapporto che questa dinamica intrattiene, da una parte, con le riserve di legge, specialmente assolute, e con il principio costituzionale di legalità dell'azione amministrativa, nonché, dall'altra parte, con il trattamento giuridico che spetta appunto agli uni e agli altri atti, con particolare riferimento alle garanzie demandate sia all'iter legis, sia al successivo ed eventuale sindacato di costituzionalità.

4.2. *Questioni di stampo ordinamentale e istituzionale: difetti operativi e strutturali (certi)*

¹⁷⁷ «In considerazione della specificità del settore, a decorrere dal 1° settembre 2010 e fino al 31 dicembre 2012, per le spedizioni dei prodotti editoriali effettuate dalle imprese editrici di quotidiani e periodici iscritte al Registro degli operatori di comunicazione (ROC) e dalle imprese editrici di libri non si applica l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 353, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2004, n. 46, e le tariffe massime applicabili sono determinate, senza oneri a carico del bilancio dello Stato, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Si è evidenziato, nonostante sia privo di significati ai fini del presente lavoro, anche il singolare richiamo ad un parere della «Presidenza del Consiglio dei ministri».

¹⁷⁸ Che, nell'inserire una novella, prevede che «[...] le imprese di cui all'articolo 210, commi 1 e 2, del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, ai fini della verifica della solvibilità corretta di cui al capo IV del titolo XV del medesimo codice, per l'esercizio 2010 e fino al 30 giugno 2011, possono tener conto del valore di iscrizione nel bilancio individuale dei titoli di debito destinati a permanere durevolmente nel patrimonio ed emessi o garantiti da Stati dell'Unione europea. Tale misura, in relazione all'evoluzione della situazione di turbolenza dei mercati finanziari, può essere reiterata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito l'ISVAP. [...]». Non è cosa evidente, ma anche in questo caso si può parlare di delegificazione occulta a riferimento intrinseco.

¹⁷⁹ Per il quale, v. la chiara sintesi di G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, cit., p. 44 ss.

¹⁸⁰ Per questa terminologia v. su tutti A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 269 ss..

Passando alle questioni problematiche qualificabili meno agevolmente come pieni vizi di legittimità, e per questo definibili più genericamente come difetti, per lo più ordinamentali, si apprezza innanzitutto un diretto corollario della difficile relazione con le riserve di legge (ma invero non esclusivamente ad esso legato) e rilevante sotto il profilo della forma di governo: è chiaro che il Governo, utilizzando lo strumento del decreto-legge per conferire a sé medesimo o a proprie articolazioni poteri volti ad introdurre norme o comunque determinazioni politiche che sul piano dei contenuti ben potrebbero trovare posto sul livello primario della Stufenbau delle fonti del diritto (e magari non esattamente in leggi caratterizzate dall'urgenza), sferra un autentico "attacco a tenaglia" nei confronti dell'Assemblea rappresentativa.

Quest'ultima, infatti, in due distinti ma connessi momenti qualificanti subisce la concorrenza del Governo in ordine all'esercizio della potestà legislativa sugli oggetti indicati, con maggiore o minore precisione, dal decreto-legge: è completamente governativo (e dotato di immediato vigore, ponendo "dinanzi al fatto compiuto" sia l'ordinamento giuridico sia l'organo che, in teoria, maggiormente dovrebbe conformarlo, il Parlamento nazionale) il momento dell'abbrivio politico generale, se non generico (sempre ammesso, si badi, che quest'ultimo effetto meriti davvero di essere enucleato e dotato di autonoma dignità, assurgendo a vera e propria funzione della legge, prestando fondamento alla valida configurabilità, anche costituzionale, di leggi che appunto intervengano in modo così limitato¹⁸¹), e governativo sarà poi anche quello dell'effettiva predisposizione dei contenuti della policy, nella predisposizione dei quali il Governo dovrà osservare "paletti" solitamente assai blandi e comunque non pienamente rivelatori delle esigenze avanzate dal Parlamento, e con l'ulteriore aggravante dei ridotti controlli in sede di policy-making e della carenza di remedies giurisdizionali costituzionali.

È chiaro che il quadro assume tinte ancora più fosche laddove il Governo operi anche sulla fase che si interpone, nel tempo e nella funzione, tra i due momenti ora ricordati, ossia quella della conversione del decreto-legge: per questo si possono richiamare le elaborazioni che la letteratura negli ultimi anni ha dedicato all'uso e l'abuso degli strumenti a disposizione del Governo per condizionare le opzioni emendative delle

¹⁸¹ Parrebbe proprio così anche allargando lo sguardo al sistema, per più aspetti contermini (alla base delle questioni di rilievo vi è infatti un'analoga ripartizione del potere pubblico, in senso verticale o orizzontale), delle relazioni tra Stato e Regioni: non mancano infatti esempi, numerosi nella legislazione e conseguente nella giurisprudenza costituzionale, di disposizioni di legge statale considerate legittime sebbene operanti anche al di fuori dell'ambito di competenza legislativa statale (e specialmente ricadenti in ambiti di "intrecci" di competenze normative statale e regionale), purché si sviluppino attraverso atti sub-legislativi da adottare previo coinvolgimento, di varia natura ed intensità, a vantaggio delle Autonomie territoriali. Pur vertendo necessariamente entrambe su ambiti che nella migliore delle ipotesi sono di competenza *sia* statale *sia* regionale, solo per la disposizione legislativa (e non invece l'atto *sub-legislativo*) si prevede la cogenza costituzionale del raccordo "a monte": dal che sembra discendere che lo Stato gode di un'aggiuntiva competenza esclusiva implicita e sommamente trasversale, quella appunto di dare l'"abbrivio" alle politiche pubbliche, a qualunque livello competano per i rimanenti profili in cui si esprima una determinazione politica.

Camere¹⁸², limitandosi qui a precisare quanto la loro già elevata tensione con ampi squarci delle strutture promananti dalla parabola del Costituzionalismo si accentui laddove viva in simbiosi con previsioni di atti post-legislativi.

Una secondo vistoso difetto ordinamentale è poi quello della sensibile opacizzazione a cui va incontro l'intero processo nomopoietico, e comunque di costruzione ed inveroimento dell'indirizzo politico: si tratta all'evidenza di poco più che un modo diverso di esprimere imbarazzi ordinamentali ed istituzionali già additati poc'anzi, ed egualmente si tratta di elemento problematico che dal punto di vista del Governo non può che costituire effetto perseguito con particolare insistenza¹⁸³. L'effetto "a scomparsa" che travolge i veri contenuti giuridici delle manovre di indirizzo politico, infatti, non soltanto va incontro al serio rischio di rendere obiettivamente ancor più malagevole lo stesso reperimento della normativa vigente, ma soprattutto evita che l'elaborazione di intere porzioni dell'apparato giuridico attinente alle più svariate materie sia esposto allo scontro degli interessi che in esse convergono e alla conseguente composizione, la cui discorsivizzazione secondo regole procedurali effettive ma anche condivise e trasparenti dovrebbe costituire la stessa ragion d'essere della democrazia rappresentativa.

Sembra questo il frangente più indicato nel quale riprendere suggestioni già supra anticipate attorno alla sottile logica sottesa alla previsione di decreti ministeriali non fissati nella (troppo stretta?) veste formale del decreto ministeriale, bensì genericamente assegnati al "Ministero"¹⁸⁴, e che sia consentito ribattezzare "atti ultra-decentrati". Volendo portare alcuni esempi, tralasciando i relativamente numerosi casi di pura e semplice previsione dell'atto sub-legislativo nella foggia ora riferita, si possono menzionare altri casi, sommamente significativi, nei quali l'intervento operato a mezzo del decreto-legge ha il solo proprium della "correzione" di disposizioni, sparse qua e là nell'ordinamento, che già diano fondamento a decreti, nel senso di sostituire la dizione "Ministero" all'originaria dizione "Ministro"¹⁸⁵.

¹⁸² Si allude, naturalmente, alla posizione della *questione di fiducia* sull'approvazione del testo di c.d. *maxi emendamenti* predisposti dallo stesso Governo

¹⁸³ Si preferisce tuttavia trattarne, per quanto *en passant*, nell'ambito dei *difetti* ordinamentali, sull'assunto che siano più vistosi rispetto ai *benefici* che il Governo ritenga di trarne.

¹⁸⁴ Va da sé che questa soluzione non è praticabile con riguardo alle strutture di Governo assegnate ai Ministri senza portafoglio.

¹⁸⁵ Un caso paradigmatico è contenuto all'articolo 5, comma 2, lettera a), numero 6), del decreto-legge n. 70 del 2011: la novella che la disposizione pratica sul c.d. Testo unico misto in materia di edilizia si riduce infatti alla sostituzione del Ministero al Ministro, spostando così su un'articolazione interna la cui individuazione non è ovviamente immediata la competenza ad adottare l'atto con cui, peraltro sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è possibile autorizzare altri laboratori «ad effettuare prove su materiali da costruzione, comprese quelle geotecniche su terreni e rocce»: non sfugga, peraltro, il sentore di *delegificazione occulta* che sembra possibile percepire attorno a questa previsione (con conseguente risultato di aver aggravato una delegificazione che già in origine era prevista in favore di un atto governativo decentrato, senza garanzie procedurali e senza alcun criterio ispiratore), se si tiene conto che l'elenco dei laboratori ufficiali che precede la disposizione novellata pare sensato solo se inteso come tassativo.

Anche senza l'ausilio di taluni icastici "correlativi oggettivi" che suggestivamente sovverrebbero qui spontanei¹⁸⁶, pare davvero che si raggiunga proprio in questi casi l'apoteosi della tattica opacizzante di una legislazione che procede secondo il modello delle "scatole cinesi": non basta, cioè, l'utilizzo della decretazione d'urgenza, né ci si limita a demandare con essa ad atti collegiali del Governo interi brani, di varia ampiezza e rilevanza, di disciplina para-legislativa, né, ancora, si fa affidamento su atti governativi decentrati ma comunque assegnati quantomeno al vertice della singola amministrazione ministeriale, e (altro elemento da non sottovalutare) pressoché sistematicamente destinati comunque almeno alla pubblicazione¹⁸⁷; tanto è sentita l'esigenza (in parte fondata, senz'altro) di alleggerire il procedimento, che ci si spinge fino al punto di attribuire diretta rilevanza para-normativa anche ai frutti della deliberazione di centri di imputazione di potere organizzativo che tutt'altra logica ripetono dai tratti fondamentali dell'ordinamento amministrativo¹⁸⁸.

Infine, sussistono almeno altri due interessanti profili concettuali dai quali poter osservare la natura difettosa della tecnica in esame: ma della natura di "arma a doppio taglio" che si può rinvenire nel frazionamento/frammentazione delle procedure di definizione ed implementazione delle politiche pubbliche, e finanche nel preziosissimo effetto-annuncio, si preferisce accennare in seguito, nell'ambito della rassegna dei vantaggi che si può ritenere che ogni Governo sia interessato a lucrare dalla predisposizione dei propri poteri futuri persino mediante la propria legislazione urgente.

Conclusivamente sul punto, si può riepilogare quanto detto su vizi e difetti della dinamica post-legislativa "ad abbrivio urgente" soffermandosi un poco sugli effetti perversi a cui dà luogo la combinazione delle diverse problematiche rassegnate, e a mente dell'ampia prassi sopra ripercorsa, si è visto quanto sia facile imbattersi in casi

¹⁸⁶ Si pensa (nonostante la consapevolezza che mutuarne qui l'immagine comporti l'imperdonabile svilimento della carica esistenziale che ne connota il senso profondo) all'*anguilla* di una celebre lirica di Eugenio Montale del 1948, che il Poeta descrive nell'eroica pervicacia con cui risale «*in profondo, sotto la piena avversa, / di ramo in ramo e poi / di capello in capello, [...] / sempre più addentro, sempre più nel cuore / del macigno*».

¹⁸⁷ Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, lettera d), del decreto del Presidente della Repubblica n. 1092 del 1985, infatti, la ripubblicazione nella Raccolta Ufficiale degli atti normativi della Repubblica ha ad oggetto soltanto i «[...] *decreti*, del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei Ministri e *ministeriali*, nonché le delibere e gli altri atti di Comitati di Ministri che siano *strettamente necessari per l'applicazione di atti aventi forza di legge e che abbiano contenuto normativo*»: è chiaro che tanto più l'atto *sub-legislativo* si "nasconde" in seno alle articolazioni e sub-articolazioni dell'Amministrazione, tanto più sarà difficile ottenerne la pubblicazione, giacché sempre meno si evidenzieranno i sintomi del "contenuto normativo" che pure era inteso veicolare, dovendosi perciò fare affidamento sulla sola *stretta necessità* ai fini dell'applicazione di atti aventi forza di legge.

¹⁸⁸ Peraltro, *ad abundantiam*, si può ben fondatamente ipotizzare quanto probabile sia che anche questi atti *post-legislativi*, al pari degli altri, producano *delegificazioni* disinvolute quanto *occulte*: non occorre, in proposito, pensare alla ben nota stratificazione legislativa che ancora caratterizza l'ordinamento giuridico italiano; basta pensare alla consolidata tendenza della disposizione di legge a disciplinare in un certo modo la fattispecie considerata per poi prevedere nell'immediato seguito che taluni profili delle conseguenze giuridiche previste, o magari i margini della fattispecie possano essere alterati da atto *sub-legislativo*, magari anche "*ultra-decentrati*".

problematici per più profili: è chiaro che se la decretazione d'urgenza e la post-legislazione, fenomeni ciascuno in sé e per sé considerati, hanno, ad esempio, un sensibile effetto opacizzante, non potranno che amplificare tale effetto nel momento in cui arrivano a combinarsi, aumentandolo ulteriormente laddove l'atto successivo sia un decreto governativo decentrato "perplesso", e così via, verso un'opacizzazione non potrà che essere sempre più forte; e lo stesso vale naturalmente rispetto a pressoché omogeneamente tutti i profili problematici, atteso che le caratteristiche problematiche dei fenomeni in esame hanno natura tendenzialmente plurilesivi. Uno dei massimi gradi, dunque, sembra potersi raggiungere nei casi di decretazione d'urgenza seguita da conversione in legge con posizione della questione di fiducia sul testo di un maxi emendamento governativo integralmente sostitutivo, magari elaborato dal Governo stesso al termine dell'esame parlamentare in sede referente, e volto sia a confermare le previsioni già proprie del decreto, sia ad aggiungerne di ulteriori (casi in cui i rilevati vizi e difetti si pongono in misura per certi aspetti non meno insidiosa che in occasione del decreto-legge stesso, sia attesa la ben diversa procedura di adozione, che vede una partecipazione necessariamente meno incisiva del Capo dello Stato, sia per il dato di contesto, ben presente al Parlamento, che sono nel frattempo già in vigore disposizioni di legge magari assai delicate), e nei quali gli atti post-legislativi siano meramente previsti, o comunque scarsamente indirizzati e limitati, abbiano natura giuridica incerta ma contenuti para-legislativi, contemplino effetti di delegificazione occulta e dunque necessariamente "disinvolti" sotto gli altri profili della qualità spuria, e magari assegnino la responsabilità di provocare tutto ciò non ad un Ministro, ma ad articolazioni interne di Ministeri.

5. Una tattica del decidere politico assai fortunata: le sue ragioni, ...

Si è avuto modo di constatare, osservandolo attraverso le lenti dell'analisi della prassi abbozzata nelle pagine precedenti, condotta per lo più per exempla e "per filoni" tipologici, la dimensione e la profondità di questa diffusa tendenza a spezzare, quando non a frammentare o a davvero polverizzare¹⁸⁹ politiche pubbliche che pure sono animate da un'astratta unitarietà giuridica o almeno di indirizzo politico, ha l'effetto di mantenere al livello primario il solo abbrivio e/o l'annuncio di piccole o grandi policy che paiono pianificate sin dall'origine, per demandarne il perfezionamento a momenti (e sedi...) collocati ben più "a valle", e ben altrove. Questa tendenza assume ormai il rango, se non la dignità, di una vera e propria tecnica della legislazione, ormai strutturale ed anzi pronta ad assumere a tratto caratteristico della legislazione odierna.

Se si tengono presenti le consistenti questioni di legittimità e di opportunità che fungono da inseparabile corollario a questo *modus operandi*, poco *supra* superficialmente analizzate, non può non sorgere il dubbio che questa tecnica, caparbiamente riproposta in continuazione (e nient'affatto all'interno del solo perimetro

¹⁸⁹ in base al numero degli anelli della catena decisionale che dà sostanza all'avvicendamento degli che annunciano a quelli che concretizzano, presupponendosi l'un l'altro.

della decretazione d'urgenza), debba corrispondere a ben precisi interessi ed esigenze, di qualsiasi natura, che il decisore pubblico avverta con particolare intensità e ritenga di poter soddisfare adeguatamente solo attraverso il suo impiego massiccio. È necessario, insomma, domandarsi se quella che si è or ora intesa benevolmente nobilitare qualificandola come tecnica della legislazione possa, piuttosto e più propriamente, derubricarsi, come in parte già lumeggiato, a precipitato legislativo ed operativo di un'autentica tattica della decisione politica: nozione che poi, a sua volta, induce all'ulteriore riflessione circa l'eventuale pluralità e sulla reciproca coerenza complessiva delle strategie che in essa convergono a titolo di sostrato teleologico.

In questa prospettiva, alla luce delle problematiche e soprattutto dei contenuti degli atti post-legislativi previsti dagli atti urgenti, è possibile qui riconsiderare alcune delle già delineate distinzioni di rilievo, e più precisamente valutare in quali circostanze risultino più meno acute le problematiche che sono state rilevate.

Una prima questione riguarda la natura collegiale o decentrata dell'atto post-legislativo previsto: il rapporto rispetto alla fonte legislativa legittimante varia senz'altro sensibilmente in base al centro di imputazione di potestà pubbliche in favore del quale essa rinuncia ad intervenire. In particolare, laddove la decisione sia decentrata è senz'altro vero che, in linea teorica, le garanzie procedurali saranno più ridotte, ma è vero anche che il senso stesso dell'indulgenza alla frammentazione della policy, con le sue note conseguenze depressive (per limitarsi ai profili meno potenzialmente gravi) sul livello dell'opacità politica della decisione, sarà maggiore, perché la maggiore eterogeneità anche soltanto politica tra il Consiglio dei ministri (che adotta il decreto-legge) ed il singolo Ministro o il Presidente del Consiglio dei ministri (nel quale decreto individui il titolare dell'atto post-legislativo) abbassa il significato di mera dilazione nel tempo di iena "usurpazione", da parte dell'atto che il decreto-legge ha consegnato al futuro, riguardo a contenuti che in termini astratti sarebbe stato possibile adottare immediatamente, ed innalza il valore delle ragioni di una logica istituzionalmente forte sottesa alla frammentazione dei centri di potere coinvolti nella complessa esplicazione della policy.

Altro elemento di rilievo in ordine ad un'ipotetica valutazione su possibili giustificazioni da riconoscere alla scelta di valersi della tecnica normativa in esame, capace di illuminare maggiormente il carattere pretestuoso ovvero l'obiettivo pregio ordinamentale, è il profilo della tempistica del lavoro post-legislativo che sia caso per caso previsto: la combinazione dell'abbrivio mediante decreto-legge con la sua successiva implementarne con atto post-legislativo, infatti, è scelta che sconta sempre gin incommoda legati alla rinuncia contestuale dei benefici, ordinamentali e politici, che sarebbero stati conseguiti laddove si fosse invece accordata preferenza ad uno dei due principali strumenti alternativi, in mezzo ai quali la scelta fatta costituisce scomoda soluzione di compromesso, rispettivamente la legge ordinaria ed il decreto-legge stesso. Come già rilevato con riferimento alle valutazioni di legittimità, infatti, la giustificazione di più difficile applicazione infirma proprio gli atti post-legislativi destinati ad essere adottati in tempi molto brevi (in quanto attenua evidentemente gli elementi differenziali rispetto all'opzione, scartata, di dettare l'intera disciplina

direttamente con decreto-legge) o in tempi molto lunghi (avvicinando troppo la soluzione prediletta dal Governo a quella in linea teorica sarebbe prediletta dal Parlamento, ossia la disciplina integrale o quasi mediante legge ordinaria parlamentare).

Ancora, altro elemento che merita considerazione è il generale tasso tecnico degli sviluppi post-legislativi, che è senz'altro direttamente proporzionale alla congruità della scelta di demandare porzioni della complessiva decisione ad un dopo-decreto nel quale riescano ad esprimersi esigenze che rischierebbero la compromissione laddove anticipate già alla fase della decretazione urgente.

5.1. (Segue) ...tra pregi giuridico-ordinamentali e profitti politico-istituzionali per il Governo (effettivi, percepiti e pretesi)...

Sintetizzando e allargando lo sguardo, dunque, in favore della tecnica del frazionamento dell'intervento di policy, emergono anche possibili e rilevanti elementi favorevoli per il Governo, intesi sia come vantaggi soggettivamente apprezzati dall'Esecutivo, sia come pregi oggettivi sul piano dello stesso ordinamento costituzionale e dell'utilità politico-operativa, stimolando ad affrontare la questione se il frazionamento in quanto tale sia necessariamente alternativo alle utilità tipicamente riconosciute all'impiego dello strumento normativo d'urgenza (ferma restandone l'idoneità a creare anche difficoltà al Governo stesso). Si possono distinguere un effetto-annuncio, un effetto opacizzante, un effetto dilatorio, un effetto di frazionamento della decisione politica.

Un primo importante elemento di favore che può ritenersi suscitare l'interesse del Governo, e che in effetti caratterizza fortemente la stessa struttura della fenomenologia in esame, è legato all'effetto-annuncio, contenuto peraltro ormai tipico delle fonti del diritto politico, in misura forse non minore addirittura del contenuto normativo in senso proprio (questa osservazione, naturalmente, non ha nulla di prescrittivo, ma intende soltanto tentare di descrivere uno stato di cose che pare di non agevole confutazione generalizzata)¹⁹⁰.

Si assiste, infatti, ad episodi in cui il Governo (come più in generale il legislatore) pare davvero limitarsi, nel legiferare, a fornire "anteprime" di politiche pubbliche, o meglio "annunciare" agli altri attori istituzionali ed agli amministrati la consapevolezza, o almeno l'impressione, di stare intavolando indirizzi politici che soltanto in fase post-legislativa saranno (eventualmente) sviluppati ed acquisiranno un volto definito, magari lungo traiettorie deviate da ulteriori elaborazioni dell'indirizzo stesso suggerite anche dai fattori di contesto che nel frattempo siano più o meno spiccatamente variati. La

¹⁹⁰ Quale esempio che si trae da una casistica sterminata ma che merita la "ribalta" perché recentissimo e soprattutto per la sua scarsa "continenza", si veda il decreto-legge n. 70 del 2011, la cui originalissima e (fortunatamente...) finora pressoché inedita struttura è già supremo sintomo del "sorpasso" tra un obiettivo-contenuto e l'altro della produzione a cui si allude, ed in particolare l'articolo 6, comma 1, a tenore del quale «Per ridurre gli oneri derivanti dalla normativa vigente e gravanti in particolare sulle piccole e medie imprese sono apportate con il seguente provvedimento, *operativo in una logica che troverà ulteriore sviluppo*, le modificazioni che seguono [...]».

tendenza a diffondere la percezione di politiche pubbliche in effervescente corso di elaborazione e di prossima, graduale estrinsecazione passa spesso attraverso norme davvero vuote, aventi cioè quale solo “contenuto” il fatto stesso e pressoché esclusivo di fungere da base giuridica (o, come già detto, il “trampolino”) per atti ulteriori; anzi, ben può darsi il caso di norme-“annuncio” prive finanche di questa utilitas, non mancando ipotesi in cui, *stricto iure*, la previsione di un’ autorizzazione al Governo (o sue articolazioni) all’esercizio di determinati poteri non è che asseverativa di poteri già stabilmente attribuiti, magari da già vigenti norme generali¹⁹¹, o che, al contrario, in nessun caso corrispondono ad autentici poteri davvero a disposizione degli organi che pure diffondono “annunci”¹⁹², senza naturalmente dimenticare gli annunci contenuti finanche in seno a parti dell’atto normativo che non ne costituiscono disposizioni giuridiche¹⁹³.

¹⁹¹ Ciò vale per le frequenti previsioni specifiche di provvedimenti interpretativi o anche circolari delle Agenzie Fiscali; di più, vale per le previsioni specifiche di regolamenti governativi collegiali aventi contenuto integrativo ed esecutivo (v., ad esempio, il già citato richiamo del potere regolamentare di cui all’articolo 17, comma 1, della legge n. 400/1988, da ultimo indicato all’art. 6, comma 2, lettera e), del decreto-legge n. 70/2011). Questa stessa logica ma riguarda, comunque, anche ambiti dell’esperienza delle fonti che sono distanti anche se non troppo dissimili per più profili; si pensa all’*annuncio* di futuri decreti legislativi correttivi e integrativi da parte di disposizioni situate in seno ai rispettivi decreti legislativi «principali»: è evidente che nessun tipo di effetto giuridicamente consistente siffatte disposizioni possono avere, in quanto si tratta di fonti-figlie che in nessun modo possono incidere sui contenuti o sugli *iter* di adozione di future fonti-sorelle, e di conseguenza non necessariamente incorrono in illegittimità, ma senz’altro sono disposizioni assolutamente superflue. Per alcuni esempi, cfr. l’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 284/2006, primo correttivo del c.d. Testo Unico in materia ambientale («*Con successivi decreti*, fatto salvo quanto previsto dal comma 6 dell’articolo 1 della legge 15 dicembre 2004, n. 308, sono adottate norme correttive e integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nel rispetto delle norme e dei principi dell’ordinamento comunitario e delle decisioni rese dalla Corte di giustizia dell’Unione europea»), l’articolo 28 del decreto legislativo n. 68/2011 («In sede di attuazione dell’articolo 119, quinto comma, della Costituzione, nel rispetto dei principi stabiliti dalla citata legge n. 42/2009, sono previsti specifici interventi idonei a rimuovere carenze strutturali presenti in alcune aree territoriali e atte ad incidere sui costi delle prestazioni. [...]»), o anche in seno a schemi di decreto legislativo poi modificati in seconda deliberazione dal Consiglio dei ministri (es. l’articolo 8, comma 6, dello schema di decreto legislativo destinato ad essere pubblicato come decreto legislativo n. 23 del 2011, c.d. federalismo fiscale municipale: «*Con distinto decreto legislativo correttivo*, adottato ai sensi della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni, che tenga conto della determinazione dei fabbisogni standard e del conseguente superamento del criterio della spesa storica, sono distinte le fonti di finanziamento dei comuni ai sensi dell’articolo 11 della citata legge n. 42/2009. Con il medesimo decreto è disciplinato il riparto del fondo perequativo ai sensi dell’articolo 13 della citata legge n. 42/2009»).

¹⁹² Si ritiene sia questo il caso, comunque del tutto differente, degli Statuti regionali di nuova generazione, nei limiti del loro c.d. contenuto non necessario e particolarmente le norme programmatiche, alla luce dell’assenza in esse di efficacia giuridica riconosciuta dalle notissime sentenze nn. 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale.

¹⁹³ Si allude ai *titoli* degli atti normativi (oltre che alle *rubriche* dei loro articoli): tra essi basti, a mo’ di esempio, menzionare il decreto-legge n. 70/2010 (recante «*Prime disposizioni urgenti*» etc....). Peraltro, lo stesso decreto-legge n. 70/2010 mostra anche come la tecnica dell’annuncio pervada (con effetti senz’altro originali...) anche il testo normativo vero e proprio (cfr. la foggia che caratterizza il comma 1 di ciascun articolo dello stesso decreto-legge n. 70/2010), creando questa volta potenziali

L'effetto-annuncio richiama sia un pregio oggettivo, sia il profitto politico-istituzionale soggettivamente percepito dal Governo, ma è chiaro che esso assume in primissimo luogo le sembianze di quest'ultimo, declinandosi in particolare in un'accezione di natura essenzialmente politico-comunicativa. Se sussiste in effetti una precisa tattica, simile nel concetto a quella che si va tratteggiando, non si durerà fatica a cogliere perché essa abbia tanto successo anche (e forse segnatamente) nel contesto della decretazione d'urgenza; e magari perché essa non disdegni l'impiego di locuzioni dal forte impatto comunicativo, volutamente mutuata da un lessico tendenzialmente giornalistico¹⁹⁴.

Non è questa la sede più idonea in cui soffermarsi sulle strategie e dinamiche della comunicazione politica nell'epoca fortemente mediatizzata in cui si innesta anche la Legislatura di cui si sono analizzati i dati. Basti qui considerare, attorno alle esigenze di tipo politico, la banale osservazione per cui rendere conoscibili (o comunque diffondere per sommi capi) i contenuti delle politiche pubbliche che si vanno costruendo è, da parte in specie del Governo e delle forze politiche che lo sostengono, uno dei tratti fondamentali delle dinamiche di formazione del consenso in contesti democratici, in disparte rimanendo ogni ulteriore considerazione in ordine alle ipotetiche discrasie che possano dividere i contenuti veicolati dagli "annunci" dalla portata delle policies effettivamente formulate ed implementate.

Passando poi a vagliare i pregi oggettivi che caratterizzano comunque la figura della norma-annuncio anche al di là del mero lucro politico (più o meno meritato dalla classe politica che lo persegue), si deve constatare che rispetto ad interi rami dell'ordinamento giuridico la mancata conoscenza delle politiche predisposte, oltre ad ostacolare la raccolta dei relativi frutti da parte delle forze politiche di esse responsabili, rischia di inficiare la stessa effettività delle norme medesime. L'osservazione può apparire scontata, se la si inquadra dal punto di vista strettamente giuridico-formale, in quanto non fa che ribadire, in sintesi, il rilievo sistematico fondamentale che in un ordinamento (peraltro, non solo democratico) ha la pubblicità degli atti normativi. Ma le maggiori indicazioni si traggono piuttosto se si considera lo scopo che il decisore pubblico persegue (o quantomeno l'effetto che esso consegue) nel diffondere la consapevolezza dell'imminenza del perfezionamento delle politiche pubbliche (che è cosa del tutto differente dalla mera comunicazione ex post), ossia il condizionamento, già preventivo, del comportamento dei destinatari delle disposizioni che verranno, fra i quali spiccano

difficoltà interpretative a causa della relazione non sempre fluida che venga, caso per caso, ad instaurarsi tra le disposizioni-"sommario" di cui ai commi 1 e le successive in seno a ciascun articolo.

¹⁹⁴ Gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito: si pensi ai vari «taglia-leggi», «taglia-oneri amministrativi», «taglia-enti», «taglia-carta», ma anche ad espressioni come «Zone a burocrazia zero» (art. 3 del decreto-legge n. 70/2011), o «fallimento politico» (articoli 2 e 6 dello schema di decreto legislativo attuativo della delega in materia di federalismo fiscale per il profilo delle misure premiali e sanzionatorie, attualmente all'esame del Parlamento quale Atto del Governo n. 365), etc..

non soltanto, naturalmente, gli operatori economici, ma anche le stesse Pubbliche amministrazioni¹⁹⁵.

Concludendo sull'effetto-annuncio, se ne può trarre un interessante corollario che può contribuire a spiegare la distribuzione, tendenzialmente periodica, dei "picchi" già rilevati nell'analisi del dato quantitativo. L'effetto-annuncio, forse più di ogni altro profitto politico-istituzionale per il Governo, è condizionato a sua volta da una sorta di effetto-domino da esso stesso causato: la sinergia tra l'effetto-annuncio, il già richiamato profondo "ministerialismo" che caratterizza la legislazione e l'amministrazione italiana e la pluralità e frammentarietà spesso esasperata delle forze politiche accentua fino all'eccesso un protagonismo burocratico non meno che politico che in buona parte è fisiologico e comunque immanente, ed in ogni caso è incoraggiato fortemente dall'immane eterogeneità politica delle compagini governative e dagli equilibri tra le diverse Amministrazioni, regolati in gran parte dalla tradizione. Ebbene, questa dinamica contribuisce a spiegare, tra l'altro, perché vi siano decreti-legge di evidentissimo maggiore impatto rispetto agli altri: è ragionevole, infatti, ritenere che la ricerca continua di un tendenziale equilibrio tra i contenuti di interesse istituzionale e politico dei diversi uffici legislativi ministeriali sia alla radice dell'andamento incrementale della loro costruzione. La forte affermazione anche soltanto quantitativa di un'Amministrazione (specialmente se in seno ai "grandi" e annunciati provvedimenti di riforma, per lo sviluppo del sistema-Paese, per il rilancio di singoli settori strategici, etc.) può stimolare nelle altre (e specialmente in alcune altre) un'iperattività che diversamente sarebbe stata meno accentuata: si sviluppa così una dinamica di corsa e rincorsa nell'anticipazione nel tempo delle più variegate questioni, anche soltanto di mero rilievo istituzionale, proprio al momento dell'adozione di ciascun "grande" decreto-legge¹⁹⁶.

Si ricorderà che in precedenza si è formulata una spiegazione dei picchi quantitativi incentrata sull'esigenza di accumulare periodiche "scorte" di atti post-legislativi, che quindi deve confrontarsi ora con la considerazione pocanzi svolte in merito all'effetto-domino sulle ali dell'effetto-annuncio. Se questa seconda ipotesi ha un rilievo attenuante sulla sovranità euristica della prima, allora merita rilevare qualcosa anche sulla costanza nella collocazione temporale lungo la Legislatura dei decreti-legge come anche del numero delle previsioni di atti successivi: alla luce dei "pregi" che agli occhi del Governo ha la tecnica in esame, la quale teoricamente si basa anche sul presupposto che il Governo che "riempirà" di contenuti le scelte originariamente soltanto annunciate nel decreto-legge ben possa essere lo stesso che era in carica al momento della

¹⁹⁵ Si pensi all'efficacia che può avere l'annuncio giuridicamente consistente di evoluzioni, in senso immancabilmente deteriore, del regime pensionistico, ma anche alle eventuali nuove e diverse misure del patto di stabilità interno (che pure, evidentemente, pur avendo applicazione esclusivamente nell'anno finanziario successivo, sono state in passato anticipate di non pochi mesi, v. ad es. l'articolo 14 del decreto-legge n. 78/2010).

¹⁹⁶ Cfr. N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., p. 208.

decretazione d'urgenza¹⁹⁷, si rivela una tendenziale indifferenza, da parte del Governo, rispetto alle proprie prospettive di vita¹⁹⁸; in particolare, pare non emergere alcuna significativa oscillazione tra la fase "crescente" e la fase "calante" della Legislatura.

Un secondo elemento che, probabilmente agli occhi di ogni Governo, è fonte di profitto politico, è l'effetto opacizzante nei confronti dei processi decisionali, e di ciò si è detto già in precedenza. Basti qui rimarcare con insistenza il forte collegamento concettuale e soprattutto funzionale con un terzo elemento di pregio della previsione di post-legislazione "ad abbrivio urgente" (questa volta, forse, più di rilievo oggettivo che di percezione soggettiva), l'effetto dilatorio, fuso a sua volta assieme con un quarto profilo, più volte già richiamato perché segnato dalla più immediata evidenza, dell'effetto di frammentazione della determinazione politica.

Ebbene, il terzo ed il quarto elemento di interesse (effetto dilatorio ed effetto-frammentazione) esprimono la propria utilitas per il Governo almeno secondo tre grandi direttrici logiche.

In primo luogo ed in tutti i casi, la tecnica in esame esprime il tatticismo anche tecnico che il Governo ha l'esigenza di esprimere operando a mezzo di "politiche a rilascio graduale", ossia impostate secondo una tecnica che serve per somministrare le novità di pari passo con l'atto di "sondare il terreno" dal punto di vista della tenuta burocratica di ciascuna politica pubblica intrapresa e soprattutto dal punto di vista del suo impatto finanziario, allo scopo di poter avvantaggiarsi degli esiti di una sorta di analisi di impatto della regolazione non preventiva ma già "in corsa", in modo reso cogente e dunque enormemente più incisivo dal fatto che la normativa valutata sia già in vigore...); ciò vale soprattutto, naturalmente, per le riforme di maggiore complessità o impatto ordinamentale¹⁹⁹. Tuttavia, il maggior rilievo di una gradualità nell'introduzione delle novità nel sistema, e dunque di una frammentazione nel tempo della loro applicazione si coglie nella trama di relazioni tra le diverse e concorrenti politiche pubbliche portate avanti dal medesimo Esecutivo, e ciò vale segnatamente sotto il profilo politico, senza limitazioni alle sole iniziative di più difficile incardinamento. Solo un'affermata e sistematica tecnica di questo tipo consente di mantenere un equilibrio all'interno della maggioranza politica che sostiene il Governo e ancor di più nel Governo stesso, poiché a ben vedere nelle intercapedini temporali create appositamente dalla pluralità di fasi in cui si articola ciascuna frammentata decisione politica non si trova soltanto il tempo (che pure ha già in quanto tale una sua

¹⁹⁷ Per avere certezza sul punto occorrerebbe coniugare le dinamiche indicate nel testo con quelle dell'eventuale sistema di termini previsti per l'adozione di ciascun atto successivo, onde verificarne la relazione rispetto alle "aspettative di vita" della Legislatura.

¹⁹⁸ Se in linea generale la prospettiva di vita di un Governo è quasi *in re ipsa* incerta, nel concreto della XVI Legislatura le eventualità di conclusioni anticipate dell'esperienza del Governo Legislatura non possono certo derubricarsi ad eventualità remote ed astratte, con riguardo specialmente alle vicende dell'ultimo anno circa.

¹⁹⁹ Si tratta di quel fenomeno che, al sul livello patologico, è stato chiamato legislazione «per tentativi» da E. ROSSI, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi* - Relazione al seminario annuale della Corte costituzionale, svoltosi presso il Palazzo della Consulta il 19 novembre 2010.

forte utilità, come appena rilevato), ma trova spazio soprattutto l'adozione dei diversi atti che a loro volta comporranno l'altrettanto complesso algoritmo decisionale di parallele e coordinate (o anche: di parallele e completamente scisse) iniziative politiche che siano invece di primario interesse di altre Amministrazioni e di altre forze politiche; venendosi a creare un intreccio spesso complesso e necessariamente di difficile intelligibilità per chi sia estraneo alle dinamiche di funzionamento di quello specifica compagine di Governo. Non è un caso, in questa prospettiva, e chiarisce bene il legame della dilazione con la frammentazione, che gli atti post-legislativi siano in misura preponderante atti governativi decentrati, ossia incarnino la volontà della legislazione che li prevede di distribuire le potestà in modo da abbassare il potere del Governo inteso collegialmente, ed innalzare corrispondentemente quello dei singoli Ministri (o, come visto, dei singoli Ministeri), i quali, necessariamente, non fanno parte di una stessa compagine politica (e anche laddove ciò fosse, non si tratterebbe mai di formazioni politiche programmaticamente monolitiche). Una disposizione di (decreto-)legge che "dice qualcosa" della policy che contribuisce a incarnare, e lo fa conferendo un potere, non è abbastanza perché possa dirsi da parte di alcuno che il tema politico sotteso sia stato portato a compimento, ma è abbastanza perché l'assegnato potere al singolo alla singola struttura ministeriale non collegiale sia utilizzato per poter fare pressioni (e subire: si pensi al gioco delle coproponenze e dei concerti tra Ministri nell'adozione degli atti anche decentrati del Governo) sul terreno anche e soprattutto delle altre questioni che si sviluppano sulla piattaforma del programma di Governo. Certo, questa tecnica ha anche l'effetto, ovvio, di deresponsabilizzare non poco il legislatore del decreto-legge, ed al tempo stesso si può ritenere che l'equilibrio che crea nei poteri che decentra ai singoli Ministri sia invece piuttosto squilibrato, specialmente laddove essi non siano soggetti ad alcun termine perentorio, ma al più ordinatorio: in tali frangenti, infatti, il potere di attivarsi unilateralmente da parte del singolo Ministro rimane aperto ed esercitabile sine die, senza che alcun effetto sia riconnesso al passaggio del tempo²⁰⁰.

In sostanza, dunque, per il decreto-legge che dà l'abbrivio a una più o meno cospicua post-legislazione, quest'ultima non è affatto un accidente, ma è ne al contrario una delle maggiori ragioni d'essere: ciascun decreto, infatti, deve presumersi essere venuto alla luce con gli specifici contenuti che in esso sono poi percepibili proprio perché in esso è stato introdotto tutto e soltanto ciò che non costituiva questione politicamente insuperabile per l'eterogenea compagine governativa, ed in questo senso l'apposizione sistematica della clausola, per così dire, del «Ci penserò domani» è da quantomeno presumersi tra i presupposti politici dell'intero decreto²⁰¹.

²⁰⁰ In senso molto più generale, non sarà sfuggita dagli esempi riportati della prassi della XVI Legislatura la notevole consistenza anche solo quantitativa delle intestazioni di potere riferite al Minist(e)ro dell'economia e delle finanze, come anche dell'attribuzione ad esso di numerosi concerti e co-proponenze su atti di altrui competenza primaria.

²⁰¹ Paradigmatico in tal senso può essere l'art. 6, comma 2, lettera e), la cui novella al *Codice della strada* prevede che «Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, il Governo, con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, modifica il regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della

In secondo luogo, per il caso appena più specifico in cui la singola policy sia sentita come politicamente importante, decisiva e dalle prospettive comunque positive, la dilazione in quanto tale, se abilmente manovrata dal Governo, è un elemento forte in suo favore anche sotto il profilo della percezione che gli elettori abbiano dell'azione di governo: in tali casi, infatti, e sempre sul presupposto delle dinamiche della comunicazione politica, "tirare per le lunghe" può essere necessario per poterne percepire i migliori frutti politici proprio in funzione delle esigenze di massimizzazione del consenso elettorale, facendo cioè coincidere il perfezionamento (o comunque certi snodi fondamentali) delle politiche che già da tempo siano state lanciate, o almeno annunciate mediante atti concreti, con i momenti di maggiore bisogno in termini di consenso. Un altro modo di esprimere quanto appena detto, sebbene sia fenomeno non identico, è quello che si fonda sulla considerazione, ovvia, per cui frammentare le politiche pubbliche è comunque un modo da "far durare" la Legislatura; e "far durare" la Legislatura non è soltanto l'oggetto di una convenienza politica, ma può anche essere, ad esempio, essenziale per poter portare a compimento altre, più grandi riforme, che strutturalmente richiedano maggiore tempo.

Si noti, peraltro, che esigenze di questo tipo sono ex se neutre, atteso che pressappoco in ogni sistema democratico ciascuna forza politica, anche di Governo, trae la forza che le consente di concorrere effettivamente ad elaborare proprio dalla percezione che riesce a dare del proprio operato pregresso.

In terzo ed ultimo luogo, il caso opposto a quest'ultimo è quello in cui la singola policy sia osteggiata da una parte della stessa maggioranza, e soprattutto abbia poche prospettive di costituire punto di forza per future performance elettorali delle forze politiche di maggioranza, se non altro, magari, per la sua elevata difficoltà oggettiva di applicazione. In tali casi, la scelta di procedere volutamente per "scatole cinesi" è rivelata dalla circostanza che spesso gli atti post-legislativi sono in gran parte vuoti o ripetitivi delle rispettive basi giuridiche, o comunque vistosamente votati a scelte che il Governo era perfettamente in condizione di assumere fin dall'origine; ebbene, essa può essere strategica per allontanare il momento fatale di una sua valutazione dell'impatto ("politicamente" intesa), facendo in modo che il perfezionamento di ciascuna politica ricada in fase così avanzata della Legislatura da comportare che gli effetti concreti delle politiche predisposte e gradualmente implementate non siano visibili durante la Legislatura, ma piuttosto in quella successiva, nella quale peraltro è verosimile che la maggioranza di Governo sia diversamente composta (e non è certo scontato che gli

strada, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1992, n. 495, prevedendo che i trasporti di beni della medesima tipologia ripetuti nel tempo siano soggetti all'autorizzazione periodica prevista dall'articolo 13 del citato regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 495/1992, e successive modificazioni, e che questa sia rilasciata con modalità semplificate, *da definire con successivo decreto* del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione normativa». La distribuzione addirittura in termini diacronici dei diversi oggetti del decidere rispetto ai diversi atti ed attori istituzionali è qui sin dalla fase dell'abbrivio politico generale predeterminata in una esatta sequenza prescelta.

effetti politici che deflagrino oggi siano correttamente imputati, dall'opinione pubblica, alle rispettive autentiche radici politiche).

5.2. (Segue) ...fino ad un piccolo cimento sulle "attenuanti generiche".

Sulla scia delle osservazioni svolte su pregi oggettivi e profitti soggettivi dell'utilizzo della tecnica in esame, si possono ora formulare alcune ipotesi nelle quali si evidenzia come il "lancio lungo" post-legislativo possa non limitarsi ad avere soltanto pregi, ma talvolta possa addirittura rappresentare il male minore. Riprendendo le conclusioni provvisorie a cui si è giunti nella *sedes materiae* della discussione dei vizi, con riferimento particolare alla prescrizione dell'esclusiva ammissibilità di misure di immediata applicazione, si può cioè proporre un tentativo ricostruttivo circa la "negoziabilità" (filosoficamente intesa) dei valori costituzionali che escono coartati dall'uso della tecnica criticamente esaminata²⁰².

Gli elementi da considerare in modo compiuto ed esaustivo sarebbero, in realtà, almeno gli altri beni giuridici, specialmente costituzionali, concorrenti con quelli posti a rischio dalla tecnica in esame, ed una generale complessità di cui è diffusamente percepita una crescita tumultuosa²⁰³. In questa sede ci si limiterà invece ad alcune impressioni, ponendo l'accento su un principio giuridico di fondo in particolare, quello della salvaguardia delle esigenze della ripartizione del potere pubblico, in senso verticale ed orizzontale. In questa prospettiva, quasi soltanto la frammentazione della decisione in più fasi diacroniche consente di creare algoritmi sufficientemente articolati da consentire un'osservanza accettabile delle sfere di autonomia, in specie se costituzionalmente delineate e garantite.

Alcuni esempi possono chiarire gli orizzonti costituzionali a cui si allude: nel corso del presente lavoro si è in più punti richiamata l'attenzione sul pluralismo territoriale, nel senso che, pur essendosi concentrata l'attenzione sulla sola post-legislazione "ad abbrevio urgente" demandata al Governo e sue articolazioni, si è comunque dato atto che non poche previsioni di atti successivi li intestassero alla sfera decisionale delle Autonomie territoriali. Come si è visto, questa tecnica consente già ex se un certo ordinamento delle diverse sfere di autonomia, e tanto più si presta a conformarsi alle esigenze costituzionalmente sancite dell'articolazione territoriale del potere se si pensa all'uso, ampio nella prassi e in quanto tale senz'altro plaudito dalla giurisprudenza costituzionale, delle intercapedini che si creano nello snodarsi delle sequenze di atti susseguenti come momenti in cui collocare svolgimenti infraprocedimentali di natura

²⁰² Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1934, p. 139 ss., nota 206, cit. in A. CELOTTO, *Decreto-legge e attività del Governo (nella XIV Legislatura)*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., p. 87.

²⁰³ Cfr., *ex multis*, D. ZOLO (a cura di), *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1987, *passim*; M. DOAT - J. LE GOFF - P. PEDROT (a cura di), *Droit et complexité (Pour une nouvelle intelligence du droit vivant)*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, *passim*; G. MARTINICO, *Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the Constitutional Synallagma*, in *German Law Journal*, n. 3, 2007, p. 205 ss..

collaborativa, sulla base del riparto costituzionale e legislativo delle competenze normative ed amministrative.

Un altro polo è quello della ripartizione del potere in senso orizzontale, ossia all'interno della stessa struttura organizzativa statale. Viene naturalmente in tal senso alla luce la distinzione tra le funzioni legislative (sebbene esercitata dal Governo in via d'urgenza) ed amministrativa, che, in alcuni casi in modo evidentissimo (ad esempio, si allude alle nomine ad incarichi pubblici), dovrebbe essere proprio il profilo di maggiore delicatezza se si dessero sempre e solo casi di decreti-legge contenenti misure di immediata applicazione.

Un ultimo spunto può esprimersi con riguardo ad un altro frangente, apparentemente molto particolare, nel quale il decreto-legge con previsione di sviluppi successivi può manifestarsi come lo strumento ottimale: si allude ai casi in cui l'esigenza ordinamentale di un decreto-legge sia la necessità di ottenere l'interruzione di una procedura di infrazione pendente²⁰⁴. È certo che l'approccio delle preposte istituzioni europee è marcatamente sostanzialistico (condivisibilmente, del resto, nella prospettiva dell'effettività dell'ordinamento comunitario prima, ed oggi europeo, principio che, come è noto, è stato capace di prestare fondamento valoriale e giuridico a non poche e non irrilevanti rielaborazioni di meccanismi consolidati degli ordinamenti nazionali²⁰⁵), ma è altrettanto vero che avere appena inserito nell'ordinamento, con decreto-legge, disposizioni che, pure demandando certi profili ad un "dopo" e ad un "altrove" teoricamente aleatori, possono essere utilmente utilizzati per dimostrare l'effettivo e cogente impegno assunto dallo Stato italiano ai fini della cessazione della violazione; senza per questo costringerlo ad adottare misure magari molto onerose che davvero esplichino effetti nell'immediato.

In tutti i casi ora menzionati, e probabilmente in altri ancora, pare potersi concludere che le utilità raggiungibili combinando decreto-legge e atti successivi ivi previsti ed eventualmente anche disciplinati non coincidono integralmente con quelle a cui dà accesso il puro e semplice decreto-legge: se il decreto-legge non consentisse, infatti, ad altri atti di "usurpargli" determinati contenuti, ma pretendesse di assorbire tutti quei profili variamente appartenenti allo stesso microsistema normativo di cui esso è capofila, creerebbe situazioni forse addirittura più problematiche ancora, sotto altri profili: una scarsa salvaguardia della sfera della discrezionalità amministrativa (come invece parrebbe richiesto al decreto-legge per come delineato dal citato articolo 15, comma 3, della legge n. 400/1988, ossia come atto recante misure di immediata applicazione e dunque, a stretto rigore, come una legge-provvedimento, con tutte le enormi problematiche che ne scaturirebbero alla luce della forte incompatibilità materiale tra urgenza del provvedere con atto primario e giusto procedimento), uno

²⁰⁴ V., ad es., le 7 previsioni di atto *post*-legislativo inserite nel decreto-legge n. 135/2009, che pure reca soltanto *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*.

²⁰⁵ Basti qui anche soltanto menzionare l'istituto della disapplicazione (o, secondo le epoche, non-applicazione) della normativa nazionale non conforme al diritto europeo, secondo i canoni della c.d. giurisprudenza *Granital*.

scoordinamento tra distinte ma connesse politiche pubbliche afferenti allo stesso indirizzo politico-amministrativo di Governo, un ancor maggiore unilateralismo rispetto alle sfere di autonomia delle Autonomie territoriali, etc..

Tutto ciò spinge a domandarsi se il modello di decreto-legge delineato dalla Costituzione e dalla normativa successiva sia oggi ancora sostenibile dinanzi ad una prassi che, oltre a svilirlo continuamente, ne pone anche in luce talune distonie con il contesto innanzitutto ordinamentale, nel frattempo comunque evolutosi (o, più probabilmente, stravoltosi).

6. Minime riflessioni conclusive: il modello della decretazione d'urgenza alla prova del "sottobosco" post-legislativo.

L'analisi compiuta mostra un quadro nel quale, anche sotto il profilo specifico (sebbene come visto assai articolato) della previsione di atti post-legislativi, ben poca considerazione sembra darsi alle coordinate costituzionali della fonte decreto-legge. Gran parte dei contenuti, senza eccezioni per le modalità anche procedurali con cui dovranno trovare sviluppi sempre più "ulteriori" all'atto urgente che dà loro l'abbrivio politico, penetrano nei decreti senza alcun riguardo ai presupposti di straordinaria necessità ed urgenza.

La normalizzazione a cui il decreto-legge, atto eccezionale e dai contenuti da mantenere sempre coerenti con il suo "grave" regime giuridico, è andato incontro persino con riguardo alla dinamica post-legislativa (la quale, beninteso, si ritiene di aver mostrato con evidenza avere a sua volta ben poco di "normale", attesa la grave collocazione sistematica che a mente dell'assetto costituzionale medesimo non si può evitare di assegnare alla post-legislazione in quanto tale, e che viene soltanto fortemente accentuata dall'applicazione in caso di decreto-legge) fa sì che nei decreti-legge via via elaborati a scandire gli snodi della Legislatura siano inserite disposizioni di legge che richiamano l'interesse politico o istituzionale di almeno un'Amministrazione o componente del Governo, ma che secondo il criterio dell'effettiva urgenza di provvedere ben avrebbero potuto trovare posto in tutt'altri atti legislativi; non mancano, peraltro, banali ma convincenti sintomi²⁰⁶.

Si è tentato di enucleare, traendole in primis dalla prassi, alcune fattispecie nelle quali, relativizzando, si potrebbe ritenere che la condotta legislativa del Governo sia meno pesantemente contrastante con una lunga serie di profili costituzionalmente

²⁰⁶ Ad esempio, quale ragionevolmente chiaro segno della circostanza che la singola *misura* sia in elaborazione da tempo, e del fatto che la singola Amministrazione attendesse soltanto il primo veicolo normativo utile (e *politicamente* "assaltabile") per inserirvi la misura, si consideri l'uso di locuzioni come «[entro x giorni] dall'entrata in vigore *del presente articolo/comma*» (v., ad es., l'articolo 3, comma 2, quinto periodo, del decreto-legge n. 70/2011 e l'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto-legge n. 64/2010), che peraltro è altresì gravissimo indizio dell'insufficienza del tempo invece concretamente dedicato alla "composizione" del complesso testo del decreto-legge, sebbene magari in parte già preparato da tempo, al punto da non consentire che questa e vari altre imperfezioni siano individuate ed eliminate da parte delle strutture del Governo incaricate di svolgere il coordinamento, anche solo in senso redazionale.

rilevanti del sistema delle fonti e della forma di governo, grazie alla sua capacità di, quantomeno, impedire o alleviare, con tali scelte pure tanto problematiche e delicate, la coartazione di ulteriori elementi di pari pregio giuridico.

Allo stesso modo, si sono individuate alcune ragioni di fondo che possano spiegare un successo così travolgente per un insieme di meccanismi che pure, forse fino a qualche anno fa, avrebbero destato perplessità assolute, se non altro per quel palese sentore di elusività ai danni del sistema costituzionale delle fonti (ma anche, ad esempio, delle riserve costituzionali di legge, che pongono problemi che vanno ben oltre il formale ossequio a costrutti ordinamentali consolidati nella tradizione e magari divenuti obsoleti) che in esso non si può fare a meno di ravvisare. E lo si è fatto con un occhio alle esigenze anche tattiche dell'Esecutivo, nell'uso di quello che a tutt'oggi mantiene le caratteristiche che lo rendono senz'altro il suo strumento di governo più efficace, e con l'altro occhio agli obiettivi vantaggi, di varia natura, a cui il fenomeno apre la strada, mantenendo il piglio di chi intende approfondire o massimi sforzi per interpretarlo finanche come strumento di buona (o almeno migliore) legislazione.

Non si è in grado di stabilire se gli sforzi profusi abbiano condotto a conclusioni in ogni caso soddisfacenti, a prescindere poi dallo specifico colore della risposta alle ipotesi che muovevano all'indagine; senz'altro pare potersi affermare che la situazione odierna appare decisamente al di fuori dei suoi spazi, quantomeno secondo i principi, liberali e parlamentari, sui quali anche ha trovato fondamento l'esperienza repubblicana e costituzionale. L'evoluzione può riguardare il contesto (ad esempio, con riguardo alle procedure legislative parlamentari ordinarie, che peraltro possono già oggi rivelarsi assai meno "elefantiache" di quanto possa apparire, ma senz'altro soltanto in virtù di scelte istituzionali ed atteggiamenti politici troppo demandati a centri e microcentri di potere troppo poco interessati a detenere effettive porzioni dell'indirizzo politico di Governo), oppure interessare lo specifico (ma davvero ampio) insieme di istituti che convergono nella fenomenologia esaminata (peraltro, si può anche osservare che l'iter legis potrà snellirsi e privilegiare ancora di più sul versante delle garanzie giuridiche l'iniziativa politica del Governo, ma difficilmente si riuscirà ad approntare per esso uno strumentario più ricco di vantaggi, ed al tempo stesso di pericoli, rispetto a quello che si è sommessamente descritto): ma imporre o consentire ai meccanismi nomopoietici di svincolarsi a tal punto dalle briglie che sole impediscono che si imbizzarriscano, vulnerando con tale violenza e sistematica insistenza pressoché l'intero sistema delle fonti, pone a serio rischio non tanto e non solo il rispetto dei singoli presidi costituzionali caso per caso rilevanti, ma lo stesso onere di esercizio della sovranità popolare nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione.