

DECRETO-LEGGE E ORDINANZA DI RINVIO A DATA FISSA.
OVVERO: COME SCONGIURARE IL SORGERE DELL'ENNESIMA
PRASSI ABUSIVA IN TEMA DI DECRETAZIONE D'URGENZA

LEONARDO PACE*

Sommario

1. Incostituzionalità prospettata e decretazione d'urgenza: un binomio dalla dubbia costituzionalità. – 2. Due (seppur non risolutive) ragioni sulla necessità dell'intervento del Legislatore. – 2.1. La scelta linguistica adoperata dalla Corte: un primo (seppur debole) indice. – 2.2. L'incisione sui diritti fondamentali: un secondo (seppur non ancora insuperabile) indice. – 3. I delicati bilanciamenti implicati nelle questioni di costituzionalità: il terzo (e decisivo) indice sulla necessità dell'intervento della legge ("parlamentare"). – 3.1. Ripercorrendo le argomentazioni della Corte sui delicati bilanciamenti nelle ordinanze di rinvio a data fissa. – 3.2. Tirando le fila: complessità dei bilanciamenti e «metodo parlamentare di formazione della legge». – 4. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata come risultato del metabilanciamento tra funzione di garanzia costituzionale e funzione legislativa. – 5. L'urgenza del provvedere sorretta dal pregresso inadempimento parlamentare. – 6. La legge di conversione non è ordinario esercizio della funzione legislativa. – 7. La reazione (auspicabile) del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. – 8. Reagire all'atto viziato per sanzionare la prassi abusiva.

Abstract

The essay focuses on the constitutional issues arising from another distorted practice in the area of emergency decrees: decree-laws that follow up on fixed-date adjournments pending the legislature's measure, even though the measure required by the Court should have been implemented by parliamentary law and not by government decree-laws.

Suggerimento di citazione

L. PACE, *Decreto-legge e ordinanza di rinvio a data fissa. Ovvero: come scongiurare il sorgere dell'ennesima prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi «Roma Tre».

Contatto: leonardo.pace@uniroma3.it

1. Incostituzionalità prospettata e decretazione d'urgenza: un binomio dalla dubbia costituzionalità

Il presente contributo vuole proporre alcune considerazioni sulla decretazione d'urgenza, quale seguito delle ordinanze di rinvio a data fissa. Qui non si vuole tanto riflettere su (e commentare) quanto già accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 e l'ordinanza n. 122 del 2022 (con la quale la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo*, per *ius superveniens*)¹, bensì – e pur se della vicenda, naturalmente, si terrà e darà conto – di mostrare, in termini generali, le ragioni di ordine costituzionale che impediscono al decreto-legge di porre rimedio all'incostituzionalità prospettata dalla Corte.

L'intento di fondo è quello di porre sul piano della riflessione dottrinale una serie di ragioni al fine di scongiurare che proprio quanto accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 possa essere un “cattivo precedente” e, dunque, il primo atto di una ulteriore prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza.

La scelta di dare attuazione, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza, all'incostituzionalità prospettata dall'ordinanza di rinvio a data fissa pone non pochi dubbi sulla sua compatibilità con «il modello costituzionale di produzione legislativa»²; dubbi che sono legati a doppio filo con la forma decisoria adottata dalla Corte e, in senso più specifico, con le ragioni e le argomentazioni cui il giudice delle leggi ricorre nel prospettare l'incostituzionalità al fine di un (necessario seppur eventuale) intervento del legislatore³.

¹ Dopo la restituzione degli atti, la Corte di cassazione penale, sez. I, sentenza 8 marzo 2023, n. 15197, ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale di Sorveglianza dell'Aquila ed ha chiesto al giudice di merito di valutare la rilevanza della questione; valutazione, questa, che il giudice di legittimità dichiara di non poter compiere attraverso «una verifica *ex actis*». E, continua il giudice della nomofilachia: «se, vigente la pregressa normativa, la rilevanza è stata affermata in forza della considerazione che la dichiarazione di inammissibilità della richiesta di liberazione condizionale era stata diretta conseguenza dell'applicazione dell'art. 2 D.L. n. 152 del 1991, conv. con modif. con la L. n. 203 del 1991, che impediva l'apprezzamento di quanto nel merito dedotto dal ricorrente, nel mutato contesto normativo la rilevanza va apprezzata verificando se sussistano o meno in concreto, per il ricorrente, le condizioni limitatrici dell'accesso alla liberazione condizionale che sono oggetto delle nuove previsioni della cui compatibilità costituzionale potrebbe in astratto dubitarsi» (*cons. dir.* 7).

² Qui si utilizza, e sarà ricorrente nel testo, l'espressione di P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, in *Enc. dir., I tematici*, V-2023, *Potere e Costituzione*, diretto da M. CARTABIA, M. RUOTOLO, Giuffrè, Milano, 2023, 147.

³ Dubbi sul ricorso alla decretazione d'urgenza, quale seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, sono stati espressi anche da M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *DeS*, 1/2023, 34 ss. (che riproduce il testo della relazione presentata in occasione del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, intitolato *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, svoltosi a Como il 26 e 27 maggio 2023); e G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un'unica questione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2023, 222 ss.

Quando la Corte pronuncia un'ordinanza di incostituzionalità prospettata⁴, concedendo un termine per porre rimedio al *vulnus* costituzionale, con tale provvedimento, infatti, il giudice delle leggi individua, quale destinatario della richiesta di collaborazione istituzionale, non il *legislatore*, da intendersi genericamente come “produttore” di atti aventi forza e valore di legge, bensì il *Legislatore*, ossia il Parlamento.

Chi scrive ritiene, dunque, che l'intera operazione, dischiudasi con l'ordinanza di rinvio a data fissa, possa risultare in armonia con il sistema costituzionale solo se tale tecnica decisoria si legge nel senso che essa presupponga – e si badi bene, non certo che istituisca – una riserva di organo, il Parlamento, e quindi una riserva della specifica fonte, la legge.

Esprime una posizione favorevole, invece, A. CONTI, *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, in *Consulta Online*, 2023, §§ 4 e 5; posizione, questa, che, come si argomenterà in queste pagine, suscita, in chi scrive, fondati dubbi sulla compatibilità con il modello costituzionale di produzione normativa.

⁴ O se si vuole – e come è stato pure sostenuto in dottrina – un particolare tipo di pronuncia monitoria rinforzata, di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, spec. 61 ss. e ID., *La décision de la Cour constitutionnelle italienne no 207 de 2018 («ordinanza Cappato»): une nouvelle typologie de décision ou un «non liquet» avec date d'expiration?*, in *RFDC*, in spec. e88). Non riteniamo, invece, che questa tipologia decisoria possa essere definita come una *pronuncia di incostituzionalità differita*; in questo senso, fra i molti, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, § 2, spec. nt. 7, il quale ritiene che si tratti «di un'illegittimità non meramente ipotetica ma già certa, di cui però viene rinviata la dichiarazione formale», e M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 19 novembre 2018, il quale, più cautamente, riconosce che «nulla sul piano giuridico obbliga la Corte a pronunciarla [la dichiarazione di incostituzionalità]», così, però, implicitamente confermando quanto posto in evidenza da M. RAVERAIRA, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Lo Stato*, 2018, 445, ossia che «sembra un'impropria forzatura, non tanto lessicale quanto sostanziale, voler definire l'ordinanza “ad incostituzionalità differita”», in quanto, come è stato da altri fatto notare, «l'incostituzionalità non scaturisce immediatamente allo scadere del termine» (M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, in questa *Rivista*, 2018 14). Anche perché (e il rilievo sarebbe di per sé decisivo) non vi sono indici formali nelle decisioni di rinvio a data fissa che possano far propendere per tale lettura. Del resto, che l'incostituzionalità sia differita, cioè si produca automaticamente allo scadere del termine, è una lettura smentita proprio dalle vicende che hanno riguardato la terza, in ordine di tempo, di tali pronunce, la ordinanza n. 97 del 2021, in quanto allo scadere del termine da questa originariamente fissato non vi è stata alcuna automatica incostituzionalità (esito che avrebbe dovuto verificarsi se fosse corretta la lettura del differimento dell'incostituzionalità), ma vi è stato un ulteriore rinvio. Quanto detto intende solo porre in discussione la definizione data da alcuna dottrina e il connesso automatismo dell'incostituzionalità, non è, invece, volto ad escludere che una pronuncia di accoglimento, in caso di inerzia del legislatore, possa e debba essere l'esito auspicabile, come pure si sostiene in queste pagine.

2. Due (seppur non risolutive) ragioni sulla necessità dell'intervento del Legislatore

2.1. La scelta linguistica adoperata dalla Corte: un primo (seppur debole) indice

La tesi qui propugnata, ossia che tali tipi di pronunce presuppongono che sia il Parlamento ad intervenire mediante la legge, trova un primo e significativo riscontro nella precisa scelta linguistica compiuta dalla stessa Corte nelle sue pronunce⁵. Come è noto, ad oggi, sono tre le decisioni di incostituzionalità prospettate e, tra queste, ben due, fra cui proprio l'ordinanza n. 97 del 2021, ricorrono all'espressione Parlamento, in luogo della più generica espressione legislatore.

In questo senso, è significativo che l'ordinanza n. 207 del 2018, la quale ha inaugurato questa nuova tecnica decisoria non faccia mai ricorso all'espressione "legislatore", ma si riferisca sempre ed espressamente al Parlamento, quale organo chiamato ad emendare il vizio di incostituzionalità⁶.

Pertanto, anche la terza pronuncia (seconda in ordine temporale), l'ordinanza n. 132 del 2020, nella quale la Corte non ricorre al termine Parlamento, bensì a quello generico di "legislatore", in realtà conferma quanto si va qui sostenendo.

È vero infatti che la Corte, quando illustra gli argomenti in base ai quali si rende necessario rinviare la trattazione⁷, fa sempre generico riferimento al *legislatore*, ma il punto di ricaduta di tale ragionamento (astratto), e quindi la ragione ultima a giustificazione della scelta della Corte, è la constatazione che «vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato *in corso di esame avanti alle Camere*»⁸.

Proprio la presa d'atto che *le Camere* stessero esaminando alcuni progetti di legge, modificativi della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità, induce a leggere il termine *legislatore*, adoperato nel frangente, nel senso che la scelta del rinvio – anche di là dalle intenzioni dei giudici di Palazzo della Consulta – si regge, e deve (*rectius*: dovrebbe) necessariamente reggersi, sull'intervento del Parlamento. Si deve dedurre, quindi, che il *vulnus* costituzionale deve essere superato per il tramite della legge, e non anche grazie ad un decreto-legge.

⁵ In questo senso, anche G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti*, cit., 223 ss.

⁶ Cfr. *cons. dir.* 10 e 11.

⁷ Così *cons. dir.* 8.

⁸ *Ibidem* (enfasi aggiunta).

Si potrebbe obiettare che la scelta linguistica del giudice delle leggi non sia di per sé significativa, anche in ragione della «equivalenza-fungibilità»⁹, che si ricava proprio dalla giurisprudenza costituzionale in tema di riserva di legge, fra legge e decreto-legge.

Su tale fungibilità torneremo più avanti. Ora, tuttavia, occorre valutare se dietro alla scelta linguistica vi siano ragioni giuridiche a sostegno della tesi secondo la quale il richiamo al necessario intervento del Parlamento presuppone che sia la legge – intesa quindi, in senso tecnico, quale atto legislativo del Parlamento¹⁰ – a porre rimedio alle riscontrate ragioni di incostituzionalità.

2.2. L'incisione sui diritti fondamentali: un secondo (seppur non ancora insuperabile) indice

Un altro argomento a favore dell'intervento della legge potrebbe trarsi dalla constatazione che le decisioni di rinvio a data fissa, sino ad oggi adottate, incidono sui diritti fondamentali e, pertanto, involgono parametri costituzionali che espressamente contemplano al proprio interno una riserva di legge; e, più precisamente, diritti quali la libertà personale e la libertà di manifestazione del pensiero, per i quali la Costituzione specificamente prevede una riserva di legge *assoluta*.

Partendo dalle ordinanze n. 207 del 2018 e n. 132 del 2020, può constatarsi che, di là dai parametri e dagli argomenti alla luce dei quali il giudice delle leggi ha accertato il *vulnus* costituzionale, in entrambe era in gioco la libertà personale, in quanto la relativa questione, pur coinvolgendo altri beni costituzionali¹¹, aveva come bersaglio due norme incriminatrici (aiuto al suicidio e diffamazione a mezzo stampa).

La libertà personale e la relativa riserva di legge possono considerarsi implicate anche nel problema di costituzionalità scrutinato nell'ordinanza n. 97 del 2021, pur se ciò risulti in modo meno evidente a causa dei parametri evocati¹² e, poi, concretamente richiamati e utilizzati dalla Corte, in quanto

⁹ Ricorrendo ancora ad un'espressione di P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 154.

¹⁰ Si richiama l'espressione di F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Cooperativa libreria universitaria, Genova, 1980, 9.

¹¹ A venire in rilievo, infatti, nell'ord. n. 132 era anche la libertà di manifestazione del pensiero e nell'ord. n. 207 il diritto alla vita e quello di autodeterminazione individuale, o meglio: il loro complesso bilanciamento.

¹² La questione di legittimità costituzionale verteva infatti sulla violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione (nonché, ma non rileva per quanto si sta dicendo, dell'art. 117, primo comma, Cost.).

veniva lamentata l'irragionevole compressione del principio rieducativo¹³, derivante dall'impossibilità, per i detenuti condannati per i delitti riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., di accedere alla liberazione condizionale.

La compatibilità costituzionale del regime preclusivo all'accesso al percorso risocializzante del detenuto, pur se non sia equiparabile ad una restrizione della libertà in senso tecnico, potrebbe, infatti, essere valutata con riguardo tanto con il principio rieducativo, quanto con la libertà personale, potendo essere ricondotto, sotto quest'ultimo profilo, nell'ambito delle fattispecie individuate dall'inciso «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» di cui pure parla l'art. 13 Cost.

Per spiegare tale affermazione occorre, innanzitutto, considerare che le misure risocializzanti incidono positivamente sulla libertà personale, allorché vengano concesse, e che le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari, disegnate dall'art. 4-*bis* o.p., pur non costituendo tecnicamente misure limitative della libertà personale, disegnano un derogatorio regime ostativo all'accesso alle misure risocializzanti, i cui meccanismi preclusivi, quindi, non tanto confermano la limitazione della libertà personale – conseguenti all'esecuzione della sentenza di condanna – ma ne costituiscono un'ulteriore limitazione, poiché, in assenza del regime derogatorio, questa avrebbe potuto riespandersi, in forza dell'ordinaria disciplina di concessione dei benefici e delle misure alternative.

Se, pertanto, tutte le decisioni di incostituzionalità prospettate vertono sui diritti fondamentali, la cui disciplina costituzionale contempla espressamente una riserva – peraltro assoluta – di legge, si potrebbe giungere alla conclusione che il richiamo alla necessità dell'intervento del legislatore non possa che intendersi come necessità dell'intervento della legge in senso tecnico, ovvero sia del Parlamento.

Ciò detto, deve però ammettersi che la segnalata riconducibilità nell'alveo dei parametri costituzionali che espressamente contengano al proprio interno una riserva di legge *non sarebbe*, tuttavia, un dato di per sé risolutivo per affermare l'insostenibilità costituzionale dell'intervento della decretazione d'urgenza.

¹³ Ad azionare il controllo di costituzionalità è stato il principio rieducativo; un principio quindi e non un diritto fondamentale (che dal principio in parola possa discendere un diritto alla rieducazione – così M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 45 – è certamente fuori discussione, ma tale diritto non assorbe e non può assorbire – a parere di chi scrive – al rango di diritto fondamentale).

L'interscambiabilità tra legge parlamentare e atti con forza di legge è, infatti, un dato comunemente accettato, tanto nella giurisprudenza costituzionale¹⁴, quanto nella dottrina maggioritaria.

Del resto, le voci, anche molto autorevoli, che hanno negato la richiamata intercambiabilità della legge con gli altri atti normativi primari del Governo¹⁵ sono rimaste sostanzialmente isolate, essendosi affermata, al contrario, l'idea che «la riserva di legge escluda soltanto le fonti governative *secondarie* e non invece le fonti governative dotate di *forza di legge*»¹⁶. In altri termini, si è affermata la tesi che, privilegiando la prospettiva della forza formale dell'atto¹⁷, ha negato che mediante essa il Costituente avesse inteso instaurare una riserva di organo¹⁸.

¹⁴ Per un'accurata e aggiornata analisi sulla giurisprudenza costituzionale si veda G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutali*, Giuffrè, Milano, 2019, 57 ss.

¹⁵ Qui ci limitiamo a richiamare C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 221 (secondo il quale «la riserva assoluta implica il divieto categorico ed integrale di regolare certe materie con atti diversi dalla legge ordinaria (né a questa equiparati)»); L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, § 2.2, e EAD. *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladini*, I, Jovene, Napoli, 2004, 434; ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, cit., 9; e A. D'ATENA, *La riserva di legge*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2001, 164 s.

¹⁶ Così scrive, in senso critico, L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, cit., 434.

¹⁷ *Ivi*, 436.

¹⁸ Esito, questo, che può trovare una ulteriore giustificazione, sul piano teorico, anche nella svalutazione di quelle tesi che riconoscono una funzione garantistica all'istituto (così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti del diritto*, CEDAM, Padova, 1993, 63, pur se più avanti – pp. 66 e 67 – lo stesso critichi questa forma di mitizzazione della riserva di legge e L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998, 573 s., il quale tuttavia da ciò non fa derivare il divieto di fungibilità tra legge e atti normativi governativi con forza di legge; così p. 171), sul presupposto che il Parlamento, quale organo rappresentativo, sia l'unico soggetto che può limitare le libertà fondamentali (così ancora L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2). Detta funzione di garanzia è stata tuttavia da più parti messa in discussione. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 66; S. FOIS, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano, 1963, il quale pur non «nega[ndo] che in un qualche modo possa anche servire da garanzia individuale» (p. 303, nt. 172), non ritiene che la riserva di legge «sia istituto specificamente e direttamente rivolto ad assicurare una forma di garanzia individuale» (p. 303). Sempre nel senso di non considerare la riserva di legge legata alla tutela dei diritti fondamentali: A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. cost.*, 1968, 2243, il quale, in una prospettiva di stretto diritto positivo, afferma che «la nostra costituzione non ha mostrato di considerare l'istituto della riserva di legge come legato indissolubilmente alla limitazione delle libertà individuali, tanto è vero che lo ha previsto per materie le quali, tradizionalmente, esulano dal terreno delle libertà e dei rapporti fra potere e cittadini, qual è quella relativa all'organizzazione degli uffici del Governo (art. 95) e della P.A. (art. 97)». A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 1969, 26 ss., più in generale, invece, mette in discussione la *ratio* garantista della riserva di legge (36 ss.), pur quando essa è riferita cioè alla «tutela» delle minoranze parlamentari (ossia la tesi di S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 295 ss.). E a tali critiche alla tesi qui presa in esame si è aggiunta quella che ha messo in evidenza come possa essere ben possibile che

3. I delicati bilanciamenti implicati nelle questioni di costituzionalità: il terzo (e decisivo) indice sulla necessità dell'intervento della legge ("parlamentare")

Lo si è già anticipato, che sia l'intervento della legge in senso tecnico il seguito costituzionalmente imposto alle ordinanze di rinvio a data fissa lo si ricava anche, ed *essenzialmente*, dalle ragioni poste a fondamento delle valutazioni sulla compatibilità costituzionale della normativa sottoposta a scrutinio di costituzionalità, posto che, per il giudice delle leggi, l'integrazione, costituzionalmente necessaria per rendere la normativa conforme a Costituzione, non può che essere il risultato di delicate e sensibili operazioni di bilanciamento tra interessi ed esigenze contrapposti. In altri termini, da questa prospettiva, viene in rilievo la *garanzia del principio democratico* che è sottesa all'intervento parlamentare.

3.1. Ripercorrendo le argomentazioni della Corte sui delicati bilanciamenti nelle ordinanze di rinvio a data fissa

A parere di chi scrive, la conclusione da ultimo esposta trova espressa e chiara conferma nell'ordinanza n. 207 del 2018, con la quale, come è noto, la Corte, pur non avendo riconosciuto l'incostituzionalità *tout court* dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ha individuato una circoscritta area di non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p.¹⁹, nella parte in cui rende

un'assemblea legislativa possa mettere dispoticamente in discussione le libertà fondamentali, non meno del potere esecutivo. In questo senso ancora V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 66, il quale affermava come «la storia si è già incaricata di demitizzarne le premesse ideologiche», posto che «il despotismo di un'assemblea (pur se democraticamente formata) possa mettere in pericolo le libertà individuali non meno di quello di un monarca e come perciò le garanzie che dovrebbero essere costituite dallo strumento della legge possano rivelarsi molto spesso illusorie». Più di recente, un'ulteriore voce (G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge"*, cit., *passim*) si è aggiunta a quelle volte a demitizzare la riserva di legge, arrivando a leggere quest'ultima come (mera) riserva di livello normativo, così da individuare il senso dell'istituto nella pura assoggettabilità al controllo di costituzionalità. In questo modo si giustifica l'equivalenza fra legge atti con forza di legge governativi, rispetto alla riserva costituzionalmente richiesta. Sul punto si è, tuttavia, efficacemente obiettato che la finalità garantistica espressa dalla riserva di legge non possa dirsi in questo senso perseguita, in quanto «quella offerta dal sindacato di costituzionalità è, invero, una garanzia *ex post*, rimediale e meramente occasionale, mentre quella tradizionalmente ascritta alla riserva di legge è una funzione di tutela *ex ante*, preventiva e generale, onde per cui la trasformazione della seconda nella prima, pur abilmente sostenuta, in questo caso sembra, a conti fatti, più una trasfigurazione» (così P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 155).

¹⁹ Come è noto, infatti, il giudice delle leggi, pur se abbia riconosciuto che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non possa ritenersi incompatibile con la Costituzione, ha individuato una «circoscritta area di non conformità a Costituzione della fattispecie criminosa»: in quei casi caratterizzati dalle ormai note quattro condizioni, in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova asso-

penalmente rilevanti anche quelle condotte realizzate nei confronti di persone che versano in una condizione di malattia irreversibile, affette da sofferenze fisiche e psicologiche, e dipendenti da trattamenti di sostegno vitale. Situazioni, queste, rispetto alle quali si impone un (nuovo) bilanciamento, che, superando il presidio assoluto e penalmente qualificato a tutela della vita, previsto dalla disposizione censurata, ammettesse l'esplicitarsi dell'autonomia individuale del malato, per porre fine alle sofferenze e conseguire una morte dignitosa (scrutinando le condotte ausiliarie prestate da terzi), attraverso l'interruzione dei presidi di sostegno vitale.

Dati tali presupposti, il giudice costituzionale afferma – e i passaggi argomentativi di seguito riportati sono centrali nell'economia dello scritto – che al riscontrato *vulnus* dei principi costituzionali non si può porre rimedio con «la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino»²⁰ in condizioni rientranti fra quelle delineate dalla stessa Corte.

Da ciò la topografia²¹ degli interessi e delle esigenze di rilievo costituzionale, la cui presa in considerazione è necessaria nella disciplina della materia: il diritto ad ottenere una morte dignitosa, da un lato, e quindi la capacità di autodeterminarsi, anche rispetto al momento finale della propria esistenza, allorché questa sia gravata da uno stato di patologia grave e irreversibile, e il diritto alla vita, dall'altro, il quale impone che l'autodeterminazione si esplichi non obliterando le ragioni della prima²².

È proprio la complessità di tale bilanciamento – ed ecco così emergere l'elemento decisivo a sostegno della necessità dell'intervento del Legislatore (con la “l” maiuscola) – a mettere in campo una pluralità di profili, «ciascuno dei quali, a sua volta», è «variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»²³, esemplificativamente enunciate dalla Corte²⁴.

lutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

²⁰ Ord. n. 207 del 2018, *cons. dir.* 10.

²¹ Secondo la nota espressione di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 62 ss. e 70 s.

²² Ciò, pur se l'ord. n. 207 si soffermi, anche, sulla necessità che: vi sia un effettivo controllo della capacità di autodeterminarsi, la scelta sia libera e informata, sia accertato lo stato irreversibile della patologia; esigenze, queste, la cui attenta considerazione da parte dell'ordinamento deve esser volta ad evitare «scenari» «gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità» (*cons. dir.* 10).

²³ *Ibidem*. Il giudice delle leggi si premura, poi, non solo di suggerire la possibile ed eventuale sede (la legge n. 219 del 2017) in cui tali scelte possano trovare positivo riconoscimento, ma, altresì, di porre in evidenza «l'esigenza di adottare opportune cautele affinché» le strutture sanitarie non rinuncino «a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua».

²⁴ *Ibidem*.

Sono queste, in definitiva, le ragioni che inducono il giudice delle leggi a riconoscere che «i delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento»²⁵.

Pur tenendo in debita considerazione la diversità del caso sottoposto al suo esame e le differenti implicazioni «etico-social[i]»²⁶ della normativa sottoposta a scrutinio²⁷, le ragioni addotte nell'ordinanza n. 132 del 2020, per giustificare la scelta di rinviare la trattazione della questione e consentire, così, al Parlamento di approvare «una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali»²⁸ rilevanti in materia, sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle spese nel noto caso Cappato.

Nel caso vagliato dall'ordinanza n. 132 del 2020 era in gioco, infatti, il bilanciamento di interessi sotesi, da un lato, al diritto di cronaca, e quindi all'esercizio della libertà giornalistica, di informare e di contribuire alla formazione della pubblica opinione²⁹, e, dall'altro, della reputazione, presidiato dalle due norme oggetto dello scrutinio di costituzionalità (artt. 595 c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 recante *Disposizioni sulla stampa*).

A parere della Corte il bilanciamento tra questi due contrapposti interessi, cristallizzato nella normativa censurata e imperniato sulla previsione di pene detentive e pecuniarie, nelle ipotesi in cui il giornalista avesse offeso la reputazione altrui e, così, travalicato i limiti del legittimo diritto di cronaca o di critica, doveva essere oggetto di una complessiva rimediazione (reputata «necessaria e urgente»), poiché ritenuto «ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU»³⁰.

Le ragioni (qui sinteticamente richiamate) poste a fondamento dell'incompatibilità tra la normativa censurata e i principi costituzionali di riferimento (così come integrati dalla giurisprudenza sovranazionale) portano il giudice delle leggi ad affermare – ed è questo il punto centrale – che il

²⁵ *Cons. dir.* 10, e la Corte continua ricordando come il suo compito naturale sia «quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

²⁶ Così ord. n. 207 del 2018, *cons. dir.* 10.

²⁷ Su tale aspetto si vedano M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, 2020, 1471 s..

²⁸ Ord. n. 132 del 2020, *cons. dir.* 8.

²⁹ Ivi, *cons. dir.*, dal 7 al 7.3.

³⁰ *Cons. dir.* 7.3. Il giudice delle leggi rileva, infatti, come la Corte EDU, «al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive [...] nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui», poiché deve essere preservata l'«esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri» (*cons. dir.* 7.3).

delicato bilanciamento tra gli interessi coinvolti «spetta in primo luogo al legislatore».

È quest'ultimo, infatti, il soggetto «meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco», poiché su di esso ricade «la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie», per evitare «indebite intimidazioni dell'attività giornalistica» e per assicurare l'«adeguata tutela della reputazione individuale», lesa dall'esercizio illegittimo di tale attività³¹.

Arriviamo così all'ultima delle ordinanze di rinvio a data fissa, direttamente rilevante per le riflessioni qui proposte: l'ordinanza n. 97 del 2021. In questa decisione la valutazione sul bilanciamento posto in essere dal Legislatore è centrale nella verifica di compatibilità costituzionale della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità.

Nel regime preclusivo di cui all'art. 4-*bis* o.p. l'interesse alla sicurezza, e nello specifico alla neutralizzazione della pericolosità sociale connessa a determinate ipotesi delittuose, è stato bilanciato con quello della possibilità del detenuto di accedere al percorso rieducativo, dando una netta prevalenza alle ragioni connessa al primo dei due interessi.

Secondo il giudice delle leggi le ragioni dell'incompatibilità costituzionale dell'art. 4-*bis* o.p. risiedono nell'insostenibilità costituzionale del bilanciamento di cui questo è frutto, perché tutto proteso a dare tutela alle ragioni di sicurezza a scapito degli interessi che trovano costituzionale protezione nell'art. 27, terzo comma, Cost.³².

La disciplina, proprio perché persegue l'obiettivo di neutralizzare la pericolosità dei condannati per reati riconducibili al crimine organizzato, risulta irragionevole, in quanto annovera nel suo ambito di applicazione anche reati privi di riferimento al crimine organizzato, e così comprime, senza la giustificazione del controinteresse che la stessa si propone di tutelare, l'ideale rieducativo.

Per tale ragione, affermano espressamente i giudici di Palazzo della Consulta, non possono essere accolte le questioni di legittimità costituzionale riguardanti la preclusione all'accesso alla libertà condizionale per i soli reati riconducibili al contesto mafioso. Un accoglimento in questi termini, non modificando «la condizione dei condannati all'ergastolo per reati non con-

³¹ *Cons. dir.* 8.

³² Preso atto che il regime preclusivo comprime oltremodo l'interesse alla risocializzazione del condannato, il giudice riconosce che «le questioni di legittimità costituzionale all'odierno esame coinvolgono aspetti «apicali» della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali» (ord. n. 97 del 2021 *cons. dir.* 10) e quindi che le ragioni sottese al principio rieducativo debbano necessariamente essere temperate con quelle della sicurezza. In altri termini, l'interesse del detenuto alla risocializzazione deve essere bilanciato con quelli della sicurezza e del contrasto alla criminalità organizzata.

nessi alla criminalità organizzata», risulterebbe – sono ancora parole del giudice delle leggi – di «incerta coerenza»³³. L'ideale rieducativo, infatti, troverebbe adeguato bilanciamento con le esigenze di sicurezza, nei casi assimilabili a quello dal quale la questione è sorta, e non anche per le altre ipotesi considerate dall'ampio catalogo dei reati ostativi, riguardo alle quali le ragioni della sicurezza possono sicuramente considerarsi recessive rispetto a quelle connesse al crimine organizzato, specialmente del contesto mafioso³⁴.

Una valutazione sugli interessi coinvolti nella disciplina, e quindi in ultima analisi sul bilanciamento, o meglio sulla necessaria correzione del bilanciamento operato, in prima istanza, dal legislatore³⁵, è sottesa anche all'ultima ragione di incoerenza legata all'intervento demolitorio richiesto dal rimettente, che avrebbe permesso, sì, ai reclusi *ex art. 4-bis* o.p. di accedere³⁶ alla liberazione condizionale, ma non alle altre misure che «normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»³⁷.

Ciò evidentemente perché il principio rieducativo, pur liberandosi parzialmente dalla stretta degli interessi legati alle ragioni di sicurezza, non avrebbe trovato, comunque sia, adeguata rappresentazione nella disciplina risultante dall'intervento del giudice costituzionale, continuando ad essere ostacolato – data l'impossibilità di accedere alle richiamate misure risocializzanti – nella sua piena esplicazione.

Il risultato dell'accoglimento sarebbe stato, pertanto, un'integrazione normativa certamente correttiva del bilanciamento, largamente inadeguato, della disciplina sottoposta a controllo di costituzionalità, ma, comunque sia, espressiva di un bilanciamento non ancora pienamente in grado di consentire il corretto temperamento, nei casi concreti, tra l'interesse alla sicurezza e quello alla rieducazione. Dal che la necessaria riscrittura del sistema vigente: operazione che solo il Legislatore può adeguatamente realizzare.

³³ Entrambe le citazioni al *cons. dir.* 10.

³⁴ Ciò, pur se non risulta espressamente, è implicito nell'affermazione che viene fatta.

³⁵ Come ricorda F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 100-103 e 106 e 109, il bilanciamento della Corte è sempre di secondo livello, operando come valutazione ed eventuale correzione di quello primariamente posto in essere dal legislatore.

³⁶ Anche grazie all'accoglimento manipolativo operato con la sentenza n. 253 del 2019, con il quale si è consentito l'accesso ai permessi premio anche ai condannati per reati di criminalità organizzata non collaboranti.

³⁷ *Cons. dir.* 10.

3.2. Tirando le fila: complessità dei bilanciamenti e «metodo parlamentare di formazione della legge»

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale fin qui condotta, emerge come, in definitiva, sia il «*metodo parlamentare di formazione della legge*»³⁸ a giustificare l'intervento della *legge in senso tecnico*, quale rimedio alle ragioni di incostituzionalità individuate dalla Corte.

Rifacendosi a quanto è stato sostenuto dalla dottrina che, muovendosi nel solco della tesi sul fondamento democratico della riserva di legge³⁹, ha legato la *ratio* garantistica di quest'ultima alle forme di produzione legislative proprie dell'organo parlamentare, si può ritenere, innanzitutto, che, quando «la disciplina di determinati rapporti implichi una qualche forma di bilanciamento tra diversi interessi o valori, soprattutto allorché tali interessi o valori sono di livello costituzionale», l'intervento legislativo «garantisce che tale bilanciamento sia operato in prima battuta dall'unico organo costituzionale che (bene o male lo sia) è comunque diretta espressione della sovranità popolare»⁴⁰.

In secondo luogo, se la decisione di rinviare la soluzione del problema di costituzionalità si fonda sulla presa d'atto della delicatezza dei bilanciamenti sottesi alla disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità, deve riconoscersi che a tale compito non può che adempiere il Parlamento, posto che il procedimento (parlamentare) di formazione della legge, grazie all'«analisi più penetrante dei problemi assicurata dalla [sua] complessità», permette che le decisioni «siano prese previa ponderazione di tutti gli interessi esistenti nella collettività generale»⁴¹.

Il modello costituzionale del procedimento legislativo – che si basa su una concezione democratico-rappresentativa, pluralista e garantista, esprimendosi attraverso il pubblico confronto, che consente la possibilità di sottoporre a votazione la massima pluralità delle proposte normative, e ricono-

³⁸ C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 310. Ciò anche in ragione del fatto che, come ricorda A. D'ANDREA, *La funzione parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 3, «in un contesto democratico classico il “minimo garantito” che dovrebbe sempre contraddistinguere il ruolo di un Parlamento, indipendentemente dalla forma di governo prescelta, consiste dunque nel riservare a tale organo un potere pressoché esclusivo di produzione normativa primaria, come pure la possibilità di condizionare – più o meno largamente a seconda degli strumenti disponibili – l'indirizzo politico che si afferma nell'ordinamento».

³⁹ In questo senso A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, cit., spec. 65 ss., e, pur riconnettendo all'istituto anche una funzione garantistica dei diritti, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2; EAD., *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996, 986.

⁴⁰ S. FOIS, «Delegificazione», «riserva di legge» e principio di legalità, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, I, CEDAM, Padova, 1995, 742, dal quale sono tratte entrambe le citazioni.

⁴¹ A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge*, cit., 2241.

sce ad ogni singolo parlamentare il potere di presentare emendamenti⁴² – è, infatti, la sede che potenzialmente meglio consente sia il confronto tra le varie opzioni normative, idonee a dare una soluzione politica e democratica ai conflitti che attraversano la società, sia (e di conseguenza) la rappresentazione della maggior parte degli interessi coinvolti dalla decisione legislativa⁴³.

L'*iter* legislativo, dato il suo «carattere complesso, dialettico e manifestato»⁴⁴, che «riconosce e riempie di facoltà procedurali il diritto al contraddittorio delle minoranze»⁴⁵, e, più in generale, «permette ai parlamentari di tenere conto delle opinioni delle forze politiche di appartenenza, dei propri elettori, delle forze sociali interessate dalla proposta legislativa», nonché «di considerare gli orientamenti prevalenti che su di essa attraversano l'opinione pubblica»⁴⁶, è, in sostanza, la sede naturalmente deputata al bilanciamento di interessi.

In definitiva, se nelle questioni sottoposte a scrutinio di costituzionalità sono sottesi delicati bilanciamenti per la composizione dei vari interessi in conflitto, tali bilanciamenti, alla luce delle riflessioni appena svolte, devono essere compiuti dal Parlamento e, di conseguenza, la composizione dei contrapposti interessi deve trovare espressione nella legge, non in atti ad essa equiparati di origine governativa, e certamente non nella decretazione d'urgenza⁴⁷.

⁴² Qui – rifacendoci a P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, 71 ss., il quale, in ambito della riflessione sul vizio formale, ha offerto una concezione del procedimento legislativo di stampo sostanzialistico – si ritiene il procedimento legislativo il luogo di attuazione e preservazione del principio democratico. Principio, quest'ultimo, che impone, sì, la preservazione del principio di maggioranza, pur nella forma traslata del principio di efficienza (ivi 72), ma, allo stesso tempo, anche la garanzia del principio dialettico (ossia «consentire la manifestazione dell'opinione difforme» e, altresì, «ingaggiare una dialettica con i fautori dell'altra soluzione»); espressione, quest'ultimo, dell'esigenza di salvaguardare il *pluralismo ideologico*. In forza di detto pluralismo, infatti, «in primo luogo, deve essere garantita la possibilità di partecipare al processo di formazione dell'atto; in secondo luogo, deve essere garantito uno spazio di autonomia all'interno dell'*iter*, tale per cui anche le forze minori possano esporre il proprio punto di vista» (p. 74). Dal che, si conclude: «tanto la “partecipazione” quanto l’“autonomia” sono finalizzate a garantire una dialettica effettiva all'interno del Parlamento, in piena consonanza con le concezioni su cui il pluralismo ideologico stesso si fonda» (*ibidem*).

⁴³ Così C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità*, cit., 311 ss. e *passim*.

⁴⁴ Ivi, 311.

⁴⁵ L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, 267.

⁴⁶ C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità*, cit., 311. Come ricorda A. MANZELLA, *Il parlamento*, il Mulino, Bologna, 2003, 263, «“parlamentare” significa porre un problema e ricercarne insieme, in posizioni di parità, la soluzione», dal che il procedimento di decisione parlamentare, per essere sede effettiva di confronto e discussione, deve permettere «la raccolta del ventaglio di opinioni e proposte concretamente esistenti nella Camera» (*ibidem*).

⁴⁷ Potrebbero, infatti, prospettarsi dei margini di ammissibilità con riguardo alla delega legislativa, laddove, tuttavia, la ragione del ricorso a tale atto, per un verso, sia determinato dalla circostanza che l'intervento normativo necessario a dar seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa ri-

Si può aggiungere⁴⁸, inoltre, che nel modello democratico pluralistico la dimensione di apertura procedurale, offerta senz'altro dal procedimento parlamentare di formazione della legge, funge da parametro essenziale per la capacità di assorbimento dei conflitti; capacità che è tanto maggiore quanto più i potenziali attori dei medesimi saranno ammessi e stimolati alla partecipazione nel procedimento, convinti (anche erroneamente) della propria capacità effettiva di influire sugli esiti del medesimo, e indotti, infine, ad accettarne le conclusioni⁴⁹.

A quanto si va qui sostenendo potrebbe ribattersi che l'«involutione del procedimento parlamentare di decisione legislativa» smentirebbe nei fatti tale ricostruzione, la quale sarebbe altresì il frutto, anch'essa (come per l'idea della tutela dei diritti), di una mitizzazione del ruolo e della funzione dell'Assemblea rappresentativa⁵⁰.

E dovrebbe pure ammettersi che, sul piano pratico, la critica avrebbe anche una certa consistenza, posto che – come starebbe a dimostrare, del resto, «la decrescita dell'incidenza della legge parlamentare nella regolazione di processi reali»⁵¹ – le modalità di svolgimento concreto dell'attività legislativa delle Camere «risultano sempre meno idonee a garantire» che le forme proprie del procedimento parlamentare assicurino «quella forma di confronto “sincero” tra gli attori parlamentari (Governo, maggioranza, opposizione)»⁵².

Detto altrimenti, dall'angolo visuale della crisi della funzione legislativa, la posizione qui espressa rischierebbe di sembrare una vuota petizione di

chieda «competenze tecniche particolari che le Camere non possiedono» (S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 262), e, per l'altro, che vi sia un rispetto rigoroso dei requisiti di cui all'art. 76 Cost., primo fra tutti quello dei principi e dei criteri direttivi, di modo che, attraverso la precisa determinazione di questi ultimi, sia il Parlamento a compiere il bilanciamento tra i contrapposti interessi. Se, invece, non ricorrano tali condizioni, ovverosia laddove la scelta sia dettata da «motivi squisitamente politici», poiché, cioè, la maggioranza parlamentare è poco sicura della propria compattezza (*ibidem*), e soprattutto che i limiti posti dalla legge di delega siano talmente ampi e poco stringenti da determinare un trasferimento quasi in bianco della funzione legislativa in capo al Governo (fenomeno questo che da qualche tempo oramai caratterizza – come emerge dalla panoramica offerta, fra gli ultimi, da G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, 73 ss. e spec. 169 ss. – la delegazione legislativa), deve ritenersi non costituzionalmente accettabile il ricorso anche a tale atto normativo.

⁴⁸ Considerando anche la prospettiva sistemica.

⁴⁹ In questi termini F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1999, 101.

⁵⁰ Così G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”*, cit., 86.

⁵¹ Ivi, 84.

⁵² Ivi, 83, il quale sul principio di sincerità costituzionale richiama M. LUCIANI, *Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 2010, 575 s., e R. IBRIDO, *La riforma del procedimento legislativo. principio di “sincerità” e modello accusatorio di deliberazione politica*, in questa *Rivista*, 1/2014.

principio, se non, addirittura, un futile esercizio retorico. Si cercherà di dimostrare nel prosieguo che le cose non stanno così.

4. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata come risultato del metabilanciamento tra funzione di garanzia costituzionale e funzione legislativa

A parere di chi scrive, la prevalenza governativa nelle dinamiche politico-costituzionali di produzione normativa, in realtà, non smentisce, ma, anzi, conferma che la decretazione d'urgenza non può essere lo strumento attuativo dell'ordinanza di rinvio a data fissa.

A ben guardare, la scelta della Corte di rinviare la propria decisione, per la preferenza da accordare all'intervento del legislatore⁵³, è il risultato di un bilanciamento, o forse meglio di un *metabilanciamento*, tra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa, ovverosia tra principio di legalità costituzionale e quello della discrezionalità del legislatore⁵⁴.

Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, la funzione di garanzia costituzionale non può «identificarsi, confondersi, risolversi in una sorta di funzione legislativa, neppure intesa in senso amplissimo», ma con quest'ultima deve essere necessariamente bilanciata⁵⁵.

Allorché si trovi al cospetto di scelte che incidono sulla discrezionalità del legislatore – e come si evince dalle stesse argomentazioni del giudice costituzionale, massimamente tali scelte sono quelle in cui sono in gioco i delicati bilanciamenti coinvolti nelle vicende che all'adozione di un'ordinanza di rinvio a data fissa, la Corte riconosce la prevalenza, almeno in prima battuta, della funzione legislativa rispetto a quella di garanzia costituzionale⁵⁶.

⁵³ Il che accade, non solo nelle ordinanze di rinvio a data fissa, ma anche nelle inammissibilità per discrezionalità del legislatore

⁵⁴ Se si vuole, sul punto si veda quanto già sostenuto nel nostro *L'adequatezza della legge e gli automatismi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 374 ss. e, in senso analogo, anche A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 312.

⁵⁵ F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 149.

⁵⁶ Come si è altrove sostenuto (*L'adequatezza della legge e gli automatismi*, cit., 375) se, dopo aver riconosciuto tale prevalenza, con una decisione di inammissibilità o con l'ordinanza di rinvio a data fissa, il legislatore dovesse rimanere inerte, la Corte, nuovamente investita della questione, compie ancora una volta il bilanciamento fra la funzione di garanzia costituzionale e la funzione legislativa; bilanciamento nel quale, tuttavia, incide, quale elemento esterno, il fattore tempo, che fa pendere la bilancia verso la funzione di garanzia costituzionale, di modo che il giudice delle leggi si riterrà legittimato – questa volta – ad intervenire, anche se l'operazione richiesta (e necessaria) sia destinata a risultare fortemente incidente sulla discrezionalità del legislatore. In altri termini, nella prospettiva di chi scrive il fattore tempo è sì elemento che incide nel bilanciamento operato dalla Corte, ma non è (e non può essere) esso stesso oggetto di bilanciamento (in senso analogo anche A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione*, cit., 319).

In tal modo, il giudice costituzionale, non solo attribuisce a se stesso il ruolo di solutore «gregario»⁵⁷, ma esprime «una preferenza per l'azione del legislatore, i cui margini di scelta e di apprezzamento, assieme alla latitudine d'intervento, ne fanno lo *strumento ottimale* per offrire risposta al problema di costituzionalità sottoposto al giudice delle leggi»⁵⁸.

Il senso ultimo (o primo!) dell'ordinanza di rinvio a data fissa è infatti quello di promuovere «la *miglior reintegrazione possibile dell'ordinamento in senso conforme alla Carta*»⁵⁹, ma perché ciò avvenga il solo innalzamento dei livelli di tutela è condizione necessaria ma non sufficiente.

In altri termini, il conseguimento del risultato in termini di più alti *standard* di tutela deve necessariamente esplicitarsi *anche e necessariamente* nel rispetto delle forme e, quindi, *in conformità al modello costituzionale di produzione normativa*. Solo in tal modo trova piena soddisfazione la «*deferenza verso la Costituzione*»⁶⁰, sottesa a tali tecniche decisorie, in forza della quale la funzione di garanzia costituzionale recede di fronte a quella della funzione legislativa.

In questa prospettiva, l'intervento del legislatore può considerarsi effettivamente poizore, e quindi l'esigenza di dare giustizia costituzionale momentaneamente recessiva, solo quando l'esercizio della funzione legislativa, considerata nella sua globalità, ossia nei contenuti e nelle forme, si attui in conformità alla Costituzione. In termini più espliciti: il ricorso alla decretazione d'urgenza non può giustificarsi sull'assunto che si sono immessi nell'ordinamento i contenuti costituzionalmente necessari, e che, in fin dei conti, non rileva il tipo di fonte, fra quelle primarie, con la quale tale operazione sia realizzata.

Il modello costituzionale di produzione legislativa non può essere assunto, infatti, «come schema liminare, in grado di fornire, al più, le linee di confine interne delle sue singole forme di esercizio», ma deve essere riconosciuto come un valore condizionante la complessiva distribuzione del potere fra «i contitolari dell'indirizzo politico», affinché il disegno costituzionale della forma di governo non sia annullato dall'inveramento del modello così come

⁵⁷ P. CARNEVALE, *Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e "rime obbligate"*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, Pisa University Press, Pisa, 2023, 52 ss., il quale fonda tale affermazione sulla ricostruzione sviluppata in ambito economico dell'ottimalità paretiana (spec. 55 ss.), e, seppur con specifico riferimento alle decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, le affermazioni valgono a maggior ragione per i casi dell'incostituzionalità prospettata.

⁵⁸ Ivi, 56.

⁵⁹ Ivi, 57 (enfasi nel testo).

⁶⁰ *Ibidem* (enfasi nel testo).

risultante «dalla forza conformativa» esercitata dalla prassi delle forze politiche e dalle «evoluzioni ordinamentali di contesto»⁶¹.

Se è indubbio che il tessuto regolatorio delle norme sulla produzione legislativa, per un verso, riflette le dinamiche della forma di governo, così come risultante dalle evoluzioni «dei rapporti politico-costituzionali e dalla forza conformativa del modello costituzionale esercitata dalla prassi delle forze politiche», è purtuttavia vero che esso deve «costituire uno strumento per assicurare al modello di forma di governo una certa capacità di resistenza alle pressioni»⁶² delle concrete dinamiche politico-istituzionali⁶³.

Anche le norme sulla produzione normativa rientrano, infatti, nell'«insieme di regole formali che, in quanto specificamente giuridiche, [...] costituiscono le condizioni di possibilità delle concrete strategie [sul piano normativo] degli attori politici del sistema, che si vedono alcune strade aperte ed altre sbarrate proprio dall'esistenza di certe regole e non di altre»⁶⁴.

Se ci si limita a prendere atto del processo di decadimento della produzione normativa del Parlamento, al fine di giustificare lo sbilanciamento nelle dinamiche dell'esercizio della funzione normativa a favore del Governo, si finisce per legittimare non solo la concreta strutturazione dei rapporti di forza che si determinano nella dimensione dell'essere, ma anche il completo assorbimento del principio democratico nel principio di maggioranza. Si rischia di pagare, così, un prezzo non irrilevante in termini di legittimazione democratica dei processi di decisione politica; evenienza, questa, rispetto alla quale non si può rimanere indifferenti.

Del resto, chi si è occupato della questione da una prospettiva sistemica ha lucidamente messo in evidenza che il procedimento parlamentare di formazione della legge, quale sede di assorbimento dei conflitti e quindi di bilanciamento degli interessi, è un modello che conserva il proprio valore, pure nella consapevolezza della inconsistenza sostanziale che troppo spesso caratterizza, in concreto, l'assetto fattuale dei procedimenti democratici, della manipolazione di questi, ad opera dell'esercizio occulto del potere, e della presa d'atto che la partecipazione dei singoli o dei gruppi sia resa solo apparente da una gestione strumentale e tendenzialmente esclusiva dei moduli procedurali, perché l'adesione (o meglio il convincimento di adesione) alle regole di procedura rende, nell'arco di periodi più lunghi, se non inelu-

⁶¹ Così P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147, del quale sono anche le citazioni riportate nel testo.

⁶² Tutte le citazioni sono prese da P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, § 4.

dibile quanto meno realizzabile una soluzione del problema della partecipazione e della conseguente legittimazione del sistema nel suo complesso⁶⁵.

Nel predicare la necessità di rispettare il modello costituzionale di produzione normativa non si intende certo fare esercizio di manicheismo costituzionale, ma ribadire l'intima convinzione che il rispetto delle procedure di formazione degli atti normativi sia il baluardo (del quale non ci si possa disfare in nome di un acritico richiamo al principio di realtà) della legittimazione democratica della forma di esercizio del potere, anche normativo, e con essa della legittimazione democratica del sistema nel suo complesso.

Su tali basi, può ritenersi che la vicenda su cui si riflette si sia svolta eccedendo «il perimetro del costituzionalmente consentito dalle norme sulla normazione primaria»⁶⁶.

Ciò è sostenibile, innanzitutto, se si condividono le ragioni in precedenza addotte, ossia che l'intervento della legge, tecnicamente intesa, sarebbe imposto, per un verso, dall'essere, nella vicenda, coinvolti parametri costituzionali che contengono al proprio interno una riserva di legge assoluta, la quale deve essere interpretata come riserva di organo; e, per l'altro, che i delicati bilanciamenti implicati nel problema di costituzionalità, per ragioni garantistiche legate al procedimento di formazione dell'atto, non possono che essere affidate alla legge, la quale assicurerebbe un più adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto. Ma varrebbe anche se non si condividano tali conclusioni, poiché non pare revocabile in dubbio l'evidente scostamento dal modello costituzionale derivante dal ricorso alla decretazione d'urgenza, soprattutto se si prendono in considerazione i presupposti e le modalità che verrebbero a caratterizzarla quale seguito all'incostituzionalità prospettata dalla Corte.

Ed è a tali presupposti e modalità che ora ci accingiamo a prestare attenzione.

5. L'urgenza del provvedere sorretta dal pregresso inadempimento parlamentare

Dopo aver cercato di porre in evidenza le ragioni (in positivo) per le quali l'incostituzionalità prospettata dalla Corte deve trovare la sua ordinaria soluzione nelle forme della legge ("parlamentare"), occorre riflettere (in negativo) sui motivi che ostano al ricorso alla decretazione d'urgenza e che, anzi, rendono la scelta compiuta in tal senso, concretamente avveratasi con il decreto-legge n. 162 del 2022, come convertito in legge n. 199 del 2022, non solo stridente con lo spirito del rinvio operato dalla Corte costituzionale, ma

⁶⁵ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 102.

⁶⁶ P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147.

addirittura contraria alla Costituzione, o meglio, al sistema costituzionale delle fonti.

Innanzitutto, e ponendosi in una prospettiva di interpretazione rigorosa del «sintagma “casi di straordinaria necessità e urgenza”»⁶⁷, non si può certo ritenere che dare seguito all’ordinanza di rinvio a data fissa possa qualificarsi come una situazione oggettivamente eccezionale, tale «da porsi al di fuori dalle consuete disponibilità del legislatore ordinario»⁶⁸.

Pare francamente dubbio, infatti, che la soluzione all’incostituzionalità prospettata dalla Corte, tanto più nell’ottica di superare l’inerzia o l’incapacità decisionale del Parlamento, possa dirsi un caso di necessità e urgenza, ossia possa ritenersi sussistente quell’indispensabilità dell’intervento governativo volto a tutelare interessi e/o beni giuridici (ossia la necessità), e, di conseguenza, dal carattere improrogabile, ovvero che non è possibile porre rimedio secondo i modi e i tempi dell’ordinario procedimento legislativo (l’urgenza)⁶⁹.

Né tantomeno può ritenersi che questa situazione sia da considerarsi straordinaria, ossia imprevista e imprevedibile⁷⁰, pure allorché si volesse far derivare la straordinaria necessità e urgenza del provvedere dall’avvicinarsi dal termine imposto dalla Corte.

In questa prospettiva, si può affermare che, in linea generale, non sia predicabile⁷¹ la fungibilità tra decreto-legge e legge ordinaria quale seguito dell’ordinanza di incostituzionalità prospettata.

Tale conclusione, evidentemente, vale per l’ipotesi in cui il Governo decida di dare una risposta normativa all’incostituzionalità prospettata *ben prima della scadenza del termine* indicato dal giudice delle leggi, ma è altresì valida anche nel caso in cui l’intervento mediante il provvedimento d’urgenza sia *dettato dall’approssimarsi della scadenza*.

⁶⁷ D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 32.

⁶⁸ Così L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli editore-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 56.

⁶⁹ In questo senso ancora D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., 33.

⁷⁰ Questi non possono, in altri termini, essere considerati casi che, secondo la definizione di A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000, 17, «rendono improrogabile l’intervento normativo per l’impossibilità per il Parlamento di far fronte in tempo utile alla situazione necessitata». Facendo propria quella posizione già espressa in dottrina, si ritiene, infatti, che la *straordinarietà* va ad integrare il sintagma necessità e urgenza (D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., 34) e agisce come una «qualificazione rafforzativa [...] nel senso di un particolare tipo o grado di intensità di esse» (così M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1445).

⁷¹ Come pure è stato sostenuto da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., § 4.

Rifacendoci a quanto già sostenuto in dottrina con riguardo ai decreti di proroga (problematica, questa, che presenta punti di affinità con la vicenda che si sta trattando)⁷², si può ritenere che, anche nel seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa, più che ad una urgenza obiettiva di provvedere, dettata dalla straordinarietà dell'evento cui si vuole dare risposta normativa, si è al cospetto di un'ipotesi di lentezza dei lavori parlamentari ovvero di incapacità «del governo di affermarsi e di imporsi, rispettivamente, come governo e come maggioranza parlamentare»; dal che l'urgenza «è meramente soggettiva, anziché commisurata alla situazione obiettiva alla quale il governo intende far fronte», mediante la decretazione d'urgenza, e viene ad «essere commisurata non al provvedimento da adottare, ma alla volontà del governo d'introdurre una certa disciplina, con la conseguenza che in tali ipotesi il requisito dell'urgenza si risolve interamente in quello della necessità di provvedere»⁷³.

La scadenza fissata dalla Corte non può, infatti, che considerarsi prevedibile con un congruo anticipo: non vi è, pertanto, nulla di straordinario, e l'intervento governativo risulta, così, un modo per superare le difficoltà

⁷² Anche in questa ipotesi, come per quella dei decreti di proroga, è dubbia la sussistenza della straordinarietà. Come faceva notare, con la sua consueta chiarezza, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996, 122, nei decreti di proroga non sussiste la «straordinarietà del caso, [...] l'imprevedibilità»; e, pur ad ammettere la presenza della necessità e dell'urgenza, concludeva che la sussistenza di tali requisiti – dal che la illegittimità dei decreti di proroga – non è la «conseguenza di fatti straordinari sopravvenuti», ma «l'inerzia del legislatore che non aveva tempestivamente provveduto a dare una disciplina definitiva [...] benché conoscesse con largo anticipo la necessità di provvedere!» (corsivi nel testo). Pur non volendo accedere, poi, a quelle posizioni che negano in assoluto la compatibilità costituzionale di tale tipologia di decreti-legge, sull'assunto che il requisito della straordinarietà, ossia della imprevedibilità, mancherebbe «radicalmente dal momento che la scadenza del termine è talmente prevedibile da essere espressamente "prevista" dalla disposizione di cui il decreto legge pone deroga» (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 338), a chi scrive pare non possa dubitarsi che i decreti di proroga integrino una violazione dei requisiti imposti dall'art. 77 Cost., almeno nei casi in cui l'esigenza di proroga sia avvertita con un congruo anticipo e malgrado ciò non si provveda con legge ordinaria; così S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, cit., 292, il quale, richiamando (in nt. 163) L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 59, pur riconosce che vi possano essere ipotesi in cui la proroga sia dovuta ad una imprevedibile urgenza di provvedere; nello stesso senso F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Soc.*, 1974, 527. Per un'analisi generale sui profili problematici dei decreti di proroga e, in specie sulla particolare tipologia dei decreti-legge milleproroghe, si vadano, fra i molti, almeno 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*, EUM-Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006, 173 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*. Atti dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia e LUISS di Roma, Roma, 2008, 27 ss.

⁷³ Così F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, cit., 529, del quale sono anche le frasi riportate fra virgolette.

dell'Assemblea legislativa, che poi altro non sono se non quelle di far prevalere la posizione del circuito governo-maggioranza in sede parlamentare, in relazione all'approvazione di una determinata disciplina normativa. L'urgenza assumerebbe, in altri termini, «una veste del tutto subiettiva»⁷⁴.

Ciò chiarito, bisogna aggiungere che la straordinaria necessità e urgenza non sono predicabili neppure in quelle ipotesi, come quella concretamente verificatasi con il decreto-legge n. 162 del 2022, in cui, a causa della fine anticipata della legislatura, l'approssimarsi del termine originariamente fissato dalla Corte sia “incolpevole” o, comunque sia, non imputabile né al nuovo Parlamento né al Governo, i quali hanno rispettivamente convertito e adottato il decreto-legge⁷⁵.

A meno che non si voglia accedere a quella posizione, purtroppo non efficacemente contrastata dallo stesso giudice costituzionale, secondo cui il sintagma “straordinaria necessità e urgenza” possa essere legittimamente valutato «in relazione al contingente indirizzo politico governativo»⁷⁶, anche in queste ipotesi il ricorso alla decretazione d'urgenza si pone, infatti, ben di là del perimetro di legittimità tracciato dall'art. 77 Cost.

Innanzitutto, occorre chiarire che prendere atto, tanto del poco tempo a disposizione per intervenire, in considerazione del momento di insediamento delle Camere e del Governo, quanto della problematica eventualità che la Corte, scaduto il termine, avesse dichiarato l'incostituzionalità o avesse scelto di operare nuovamente (e problematicamente) un ulteriore rinvio nel caso si fosse nuovamente instaurato l'*iter* parlamentare, sono elementi fattuali da tenere in considerazione, ma che non possono rappresentare la giustificazione giuridica della scelta compiuta⁷⁷.

Anche perché quanto accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 mostra come l'approssimarsi infruttuoso del termine fissato dalla Corte non è stato un accidente imprevedibile, ma il risultato di una condotta già nota, come dimostra la circostanza che, anche a considerare la fine anticipata della legislatura, il (vecchio) Parlamento non sia stato in grado di portare a con-

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Si legge nel preambolo del decreto-legge n. 162 del 2022 che la sua ragione giustificativa si identifica nella straordinaria necessità ed urgenza di provvedere alla modifica dell'art. 4-*bis* o. p. in senso conforme a Costituzione, in forza «dell'imminenza della data dell'8 novembre 2022 fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

⁷⁶ Ricorrendo all'espressione di L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 57.

⁷⁷ In questo senso già A. PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, in *Il Riformista*, 27 luglio 2022, secondo il quale (pur ragionando sulla possibilità che fosse il Governo dimissionario ad adottare il decreto-legge) era da escludersi la legittimità di un eventuale decreto-legge in materia, perché lo scioglimento anticipato delle Camere è tutt'altro che imprevedibile, nonché pienamente rientrante nelle dinamiche della forma di governo parlamentare.

clusione l'*iter* di modifica dell'art. 4-*bis* o. p., pur avendo avuto a disposizione più di un anno tra la data di pubblicazione della decisione (il 10 maggio del 2021) e la fine anticipata della legislatura. Ciò, anche in considerazione del fatto che già nelle precedenti occasioni, in cui la Corte ha sperimentato tale modulo decisorio, il Parlamento non sia riuscito a portare a termine il relativo *iter* legislativo.

Ciò chiarito, occorre aggiungere un elemento ulteriore, fondamentale.

A ben guardare nel caso dell'approssimarsi, incolpevole o no, del termine fissato dal giudice delle leggi, *la straordinaria necessità e urgenza sarebbe quella di evitare la declaratoria di incostituzionalità*. Ma ciò, come si cercherà ora di dimostrare, si pone di là del modello costituzionale della decretazione d'urgenza.

Se, nell'interpretazione rigorosa del sintagma dell'art. 77 Cost.⁷⁸, la straordinaria necessità urgente deve essere intesa come la non prevedibilità di una indispensabile e improcrastinabile risposta normativa, per la tutela di interessi o beni giuridici, tanto più se, come di recente è stato acutamente posto in evidenza, la necessità urgente debba altresì leggersi, normativamente, come limite(/i) finalistico(/i) operante(/i) per evitare situazioni di maggiore illegittimità⁷⁹, si può quantomeno dubitare che tali connotazioni si attaglino alla risposta normativa posta in essere per evitare la declaratoria di incostituzionalità.

Se si guarda al modello di codecisione che apre il modulo dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata, si vede – come si è più volte ricordato – che la Corte non dichiara in prima battuta l'incostituzionalità per permettere al Parlamento di intervenire, ma, nel caso in cui tale intervento non vi fosse, è lo stesso giudice delle leggi a porre rimedio all'incostituzionalità, anche tra-

⁷⁸ All'affermazione che si fa nel testo è, infatti, sottesa la convinzione che la necessità e l'urgenza non possono essere intese quale una «mera endiadi», un'ipotesi, cioè, «sostanzialmente unitaria», come, invece, sostenuto da A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1977 (2011, edizione alla quale le citazioni si riferiscono), 509, bensì requisiti distinti (così, fra i molti, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 553, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 116, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, CEDAM, Padova, 1997, 392; e, fra gli ultimi, D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 33 ss. e GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. 439, al quale, peraltro, si rinvia anche per una completa disamina – p. 402 ss. – delle differenti posizioni dottrinali). Particolarmente convincente è la ricostruzione di D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 33, il quale afferma che «i due elementi non sono posti dalla norma costituzionale su un medesimo piano e che, anzi, il rapporto intercorrente tra loro è di tipo progressivo: solo una volta che si sia riscontrata l'esigenza di un dato intervento normativo, la sua indispensabilità per tutelare interessi e/o beni giuridici (la necessità), potrà valutarsi se esso sia anche improrogabile, ovvero che non è possibile adottarlo secondo i modi e i tempi dell'ordinario procedimento legislativo (l'urgenza)».

⁷⁹ GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza*, cit., 648 ss.

mite interventi (fortemente) manipolativi, i quali, non solo scongiurano il vuoto normativo, derivante dalla declaratoria di incostituzionalità, ma cercano anche di introdurre una congrua, seppur con i limiti dell'intervento "giurisdizionale"⁸⁰, risposta normativa, in base ai punti di riferimento offerti dal sistema normativo.

Si è già detto, infatti, che la Corte attua un metabilanciamento tra principio di garanzia costituzionale e funzione legislativa, dando prevalenza, in prima battuta, a quest'ultima, e, solo eventualmente e in seconda battuta, ossia nel caso in cui il legislatore (*recte*: Parlamento) non intervenga, al primo.

Se così stanno le cose, l'intervento posto in essere dal Governo, per il tramite della decretazione d'urgenza, pure nei casi, come quello del decreto-legge n. 162 del 2022, nei quali l'inerzia non sia imputabile a quella determinata maggioranza, è volto, non tanto a porre rimedio all'incostituzionalità, ma a *scongiurare l'intervento della Corte costituzionale*, e quindi quella prevalenza, in seconda battuta, della funzione di garanzia costituzionale su quella legislativa, peraltro in spregio alle norme sulla produzione normativa, che, come anche il giudice delle leggi ribadisce in tutte le ordinanze di rinvio a data fissa, fanno del Parlamento l'organo (ordinariamente) chiamato ad esercitare tale funzione.

Tuttavia, l'evenienza della declaratoria di incostituzionalità (anche perché il legislatore sia rimasto inerte) non può ritenersi un caso straordinario di necessità e urgenza, ma una situazione, quella cioè dell'esistenza di norme non conformi a Costituzione suscettibili di essere travolte dalla declaratoria di incostituzionalità, che (pur esprimendo una patologia della legislazione) è talmente ordinaria (ossia prevedibile) dall'aver il sistema previsto il controllo di legittimità costituzionale.

Sia chiaro: che il decisore politico si adoperi per evitare la declaratoria di incostituzionalità, nelle more del relativo giudizio, non può certo ritenersi una usurpazione delle funzioni della Corte, ed anzi è auspicabile che la pronuncia di incostituzionalità costituisca l'*extrema ratio*⁸¹; ciò, tuttavia, non

⁸⁰ La Corte costituzionale, seppur *sui generis* – data anche la sua anima politica – è, infatti, un organo giurisdizionale, che, in quanto tale, non può completamente disfarsi delle logiche del discorso di applicazione, proprio di tutti gli organi giurisdizionali, anche costituzionali, le quali si traducono sempre nel vincolo alla previa norma, che altro non significa se non (auto)vincolo al parametro di costituzionalità (in questo senso F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 304.), cui la valutazione di costituzionalità deve sempre essere rivolta. Sulla necessità che la Corte operi come organo di giustizia, seppure di livello costituzionale, si veda per tutti R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 3033 ss.

⁸¹ F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, cit., 151, il quale ricorda che «la dichiarazione di incostituzionalità» è, e deve essere, «l'esito estremo di un processo riflessivo che tenga

può che avvenire in conformità all'ordinamento costituzionale, anche rispetto alle forme e ai modi previsti dalle norme sulla produzione del diritto.

In conclusione, se la decretazione d'urgenza non può «costituire mezzo ordinario di normazione primaria» devono allora reputarsi «contrari a Costituzione tutti gli atti e i comportamenti che rendono inefficace questo precetto e che trasformano la straordinarietà in ordinarietà»⁸².

Nei casi, come quello del seguito normativo dell'ordinanza di rinvio a data fissa, in cui sia il Governo a porre rimedio all'incostituzionalità prospettata dalla Corte mediante la decretazione d'urgenza (e che si sia o no in prossimità della scadenza del termine è – come abbiamo visto – irrilevante), l'urgenza è evidentemente «autoprocurata» dal mancato intervento del Legislatore per le vie ordinarie, che così (non) operando – ossia non «fronteggia[ndo] situazioni di difficoltà del tutto prevedibili e ordinarie» – finisce per consentire l'«irruzione della straordinarietà»⁸³.

Il rischio che si corre, non contrastando tale utilizzo del decreto-legge, è quello di legittimare e stabilizzare nell'ordinamento «comportamenti fraudolenti» da parte del circuito Governo-maggioranza parlamentare, molto spesso posti in essere creando ad arte una situazione emergenziale, per «approfittare dei “privilegi dell'urgenza”» e, così, «evitare volutamente di approntare rimedi ordinari, pur a fronte di circostanze altamente prevedibili»⁸⁴.

6. La legge di conversione non è ordinario esercizio della funzione legislativa

Per legittimare il ricorso alla decretazione d'urgenza, non si può neppure sostenere, poi, che l'intervento parlamentare in sede di conversione del decreto-legge possa considerarsi un'adeguata risposta all'esigenza costituzionale che sia il Parlamento a dare seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa, e che, di conseguenza, quanto concretamente avvenuto con il decreto-legge n. 162

conto tanto della insostenibilità costituzionale della normativa oggetto di giudizio, quanto delle conseguenze di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma che pure salvaguardi, ad una, la libertà normativa del legislatore e la libertà interpretativa dei giudici» (p. 149); in senso analogo v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, 257.

⁸² M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1164.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza*, cit., 508. Rischio al quale si aggiunge quello ben più rilevante che il mancato rispetto dei rigorosi requisiti posti dall'art. 77 Cost. determini, come efficacemente rilevato da C. CHIMENTI, *Conversione dei decreti legge ed ostruzionismo parlamentare*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1971, 44, il pericolo che la decretazione d'urgenza diventi «la tomba di un altro istituto, ben più prezioso, il Parlamento».

del 2022 non configuri un'ulteriore distorsione del modello costituzionale del sistema di produzione normativa.

Ciò per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, la stessa Corte costituzionale, *espressamente*⁸⁵ a partire dalla sentenza n. 22 del 2012, ha affermato che la legge di conversione non costituisce «esercizio di ordinaria potestà legislativa»⁸⁶ e che, pertanto, «il potere di conversione del Parlamento non è configurato, nel modello costituzionale, come potere legiferante in senso proprio»⁸⁷.

Qualificare, come fa la giurisprudenza costituzionale, la legge di conversione come «legge tipica a competenza predeterminata»⁸⁸, vale a dire avente la competenza di stabilizzare i precari contenuti normativi del decreto-legge, è del resto pienamente rispondente alla configurazione, questa già da tempo presente nella giurisprudenza costituzionale, del decreto-legge e della legge di conversione come «una coppia di atti tra loro collegati»⁸⁹, «tappe di

⁸⁵ In questi termini G. SERGES, *La legge di conversione del decreto-legge e i limiti al potere di emendamento parlamentare*, in ID., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 31 (già, seppur con titolo parzialmente diverso, in *Scritti in onore di Aldo Lojodice*, Bari, 2012), secondo il quale «il riconoscimento della natura "atipica" della legge di conversione poteva, infatti, leggersi sia pure in termini non del tutto persuasivi, già nella sentenza 171 del 2007».

⁸⁶ Così sent. n. 22 del 2012. Già nello stesso senso in dottrina: A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA. VV., *I decreti-legge non convertiti*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Giuffrè, Milano, 1996, 45.

⁸⁷ G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, 350.

⁸⁸ Volendo ricorrere all'espressione risalente di V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Giuffrè, Milano, 1970, 303; parla di «legge atipica», invece, G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., *passim*.

⁸⁹ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti*, Giappichelli, Torino, 2005, 54. Come è noto, il primo passo verso il riconoscimento di questo nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione è rappresentato dalla sentenza n. 29 del 1995, nella quale la Corte ha riconosciuto, pur se solo teoricamente, che il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza può essere sindacato quale vizio in procedendo della legge di conversione, riconoscendo così il collegamento tra i due atti e la logica unitaria della decretazione d'urgenza. La seconda tappa è la pronuncia n. 171 del 2007, seguita «a stretto giro» dalla sentenza n. 128 del 2008, con le quali la Corte sanziona il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ricorrendo, come si sa, alla disomogeneità del decreto quale figura sintomatica dell'evidente difetto dei presupposti. In queste decisioni, il giudice costituzionale chiarisce, per un verso, che riconoscere alla legge di conversione il potere di sanare «in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie» e, per l'altro, che l'immediata efficacia del decreto-legge condiziona anche «l'attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa», come dimostra, del resto, la particolarità del percorso parlamentare della legge di conversione.

un'unica sequenza procedimentale»⁹⁰, ovverosia componenti autonome ma connesse, tanto strutturalmente quanto funzionalmente, «di un'attività complessiva di normazione che ha un suo principio e una sua fine»⁹¹.

La funzione tipica della legge di conversione (convertire o no il decreto-legge) fonda la (e allo stesso tempo si regge sulla) specialità che segna il suo procedimento di formazione, il quale si caratterizza, nel suo inizio, per l'obbligo gravante sul governo di presentare il decreto alle Camere il giorno stesso dell'adozione e, una volta presentato, per il suo imporsi alle Camere, poiché la sua approvazione «non può avvenire oltre i sessanta giorni costituzionalmente previsti»⁹².

A tale ultimo riguardo si è detto, molto efficacemente, che «il tempo della legge di conversione non è il tempo della legge ordinaria»⁹³.

Ciò, tanto più quando – e arriviamo così alla seconda ragione – il procedimento acceleratorio della conversione è spinto ancora più veloce dalla contestuale pratica di convertire il decreto-legge mediante un maxiemendamento accompagnato dalla questione di fiducia, ossia mediante le forme speciali (all'ennesima potenza) derivanti dal connubio tra procedimento di conversione, apposizione della questione di fiducia e maxiemendamento di origine governativo, interamente sostitutivo, peraltro, del testo da convertire⁹⁴.

⁹⁰ V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 238.

⁹¹ A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Giappichelli, Torino 1993, 354.

⁹² Così, ancora, D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 72 e 73 (pagina, quest'ultima, dalla quale è tratta la citazione).

⁹³ Ivi, 72, il quale ricorrendo alla efficace metafora della clessidra, così scrive: «qui [nel procedimento di conversione], la clessidra vien fatta partire non appena il decreto-legge è pubblicato e la sabbia scorre senza soluzione di continuità; lì [nel procedimento ordinario], in qualsiasi momento le Camere sono padrone di fermare la clessidra e di farla ripartire (o meno) in un secondo momento». Come ricorda la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 171 del 2007) «la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte (art. 77, secondo comma, Cost.), e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l'iter dei disegni di legge proposti dal Governo (art. 96-bis del regolamento della Camera e art. 78, comma 4, di quello del Senato). Il testo di quest'ultimo è così formulato: "Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse"».

⁹⁴ Testo all'interno del quale *spesso poi* per intero (ovvero per larghissima parte) confluiscono i contenuti di un diverso decreto-legge non formalmente convertito, secondo quella prassi, sempre più consistente, variamente denominata dalla dottrina come: confluenza di più decreti-leggi, decreti minotauro ovvero matrioska. Sul fenomeno si vedano: A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, pp. 69-71; C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene dei*

L'impossibilità di ricondurre la conversione del decreto-legge entro l'alveo dell'ordinario esercizio della funzione legislativa è, nei fatti, concretamente determinato, quindi, proprio dal particolare spazio che occupa, da diverso tempo, l'(ab)uso della questione di fiducia in questo procedimento.

Da una recente, dettagliata e accurata analisi⁹⁵ si evince che nella XVIII legislatura «in almeno un ramo del Parlamento [...] la questione di fiducia è stata posta su circa la metà dei progetti di legge di conversione, mentre in più di un quarto dei casi le leggi di conversione sono state approvate con la questione di fiducia in entrambe le Camere»⁹⁶. Tanto che la questione di fiducia può a ragione considerarsi «l'elemento chiave attraverso il quale l'abuso della decretazione d'urgenza» assume un notevole «grado di pervasività» e, altresì, produce «effetti distorsivi sulla procedura legislativa bicamerale, da un canto, e su quella interna a ciascuna delle due Camere, dall'altro»⁹⁷.

Non solo la tipizzazione della legge di conversione, ma, e ben più significativamente, il ricorso alla questione di fiducia (accompagnata al maxiemendamento di origine governativa), agente come «strumento di forzatura abnorme del procedimento legislativo»⁹⁸, inducono a smentire che l'esercizio della funzione legislativa in sede di conversione si espliciti nella pienezza dei suoi presupposti e delle sue forme, e che sia, in definitiva, in linea con la *ratio* del rinvio al Legislatore operato dalla Corte.

La questione di fiducia, infatti, incide negativamente sulle garanzie del confronto dialettico e tutela delle minoranze parlamentare, ovverosia, in ultimo, sulla garanzia del principio democratico (di cui si è in precedenza parlato) in esso insito.

In primo luogo, essa impedisce l'emendabilità del testo da parte dei singoli parlamentari, andando così ad incidere su quel «potere di emendamento», ossia il «potere di modificare il testo di un disegno di legge mediante

decreti minotauro durante l'emergenza sanitaria, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 45 ss.; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci editore, Bari, 2022, 103 ss.; M. LOSANA, *A proposito della conversione in legge del decreto Cutro: nuove strategie per vecchie tentazioni?*, in questa Rivista, n. 2/2023, 90-99; D. CHINNI, *Di abuso in abuso. Sull'abrogare, sanare e riprodurre decreti-legge non ancora convertiti*, in F. BAILO, M. FRANCAVIGLIA (a cura di), *Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del governo*, Jovene, Napoli, 2023, 1 ss.; e, se si vuole, L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, in Osservatorio costituzionale, n. 5/2022.

⁹⁵ L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 70 ss.

⁹⁶ Ivi, 71.

⁹⁷ Ivi, 300.

⁹⁸ A. MANZELLA, *Post-scriptum*, in *Il Filangeri. Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2016, 329.

l'approvazione di una proposta di emendamento»⁹⁹, che la stessa Corte costituzionale, seppur non senza qualche ambiguità¹⁰⁰, ha riconosciuto come prerogativa del singolo parlamentare. Prerogativa, questa, che, aggiungendosi al potere di iniziativa legislativa e al connesso (pur se in parte distinto) potere di presentare emendamenti¹⁰¹, «concretizza l'attribuzione costituzionale alle Camere della funzione legislativa (art. 70 Cost.), che altrimenti resterebbe ridotta a una mera funzione di ratifica di scelte maturate altrove»¹⁰². Si vanno a svuotare, in tal modo, le «funzioni affidate all'Assemblea, alla quale è precluso in buona sostanza di incidere sulle modifiche apportate in sede di Commissione e comunque accettate dal Governo, né la stessa può operare ulteriori modifiche al disegno di legge di conversione»¹⁰³.

La necessità di mantenere il testo al riparo dalle modifiche si fa ancor più pressante nel secondo ramo del Parlamento, chiamato ad esprimersi sulla conversione, perché all'esigenza di preservare l'accordo politico raggiunto si assomma quella di rispettare i tempi imposti dall'art. 77 Cost.¹⁰⁴.

⁹⁹ E. SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 828. Come ricorda G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, CEDAM, Padova, 2009, 62 ss., la distinzione in due distinti momenti, e soprattutto la sottolineatura che con il termine emendamento si identifica «la azione-volizione in senso oggettivo cui si intende apportare un cambiamento al testo», non è privo di conseguenze per il procedimento di formazione della legge. Mediante essa, infatti, risulta evidente che la valenza procedurale dell'emendamento non si esaurisce con la sua presentazione, ed anzi rileva massimamente proprio nel momento della decisione» (p. 66).

¹⁰⁰ Cfr. D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio della questione di fiducia*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 84.

¹⁰¹ Riprendendo qui la ricostruzione dottrinale che distingue il primo dal potere di presentare emendamenti; così SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, cit., 928, il quale peraltro esclude che il potere di proporre emendamenti derivi dal potere di iniziativa legislativa. Dello stesso Autore si veda anche *L'iniziativa nella formazione delle leggi italiane*, I, *Il potere d'iniziativa legislativa*, Jovene, Napoli, 1958, ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, 316 ss.

¹⁰² Così ord. n. 17 del 2019, *cons. dir.* 3.3. Seppur è vero che il potere di emendamento, e ancor prima quello di presentare emendamenti, possa trovare dei limiti derivanti più o meno esplicitamente dalla Costituzione (in questo senso si veda da ultimo D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio*, cit., 85 ss.), questo trova il proprio fondamento costituzionale non solo nell'art. 70, esplicitamente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale (in dottrina già in questo senso M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, 845), ma anche nell'art. 72 Cost., il quale presuppone che il testo della legge, licenziato dalla Commissione, possa essere diverso da quello iniziale e quindi frutto degli aggiustamenti prodotti mediante l'esercizio del potere di emendare (G. SERGES, *Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, in AA.VV., *Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Nomos*, 3/2017, 34).

¹⁰³ L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 76.

¹⁰⁴ Ivi, 85 ss., dove si afferma che si è registrato il «costante superamento di fatto della discussione e della votazione degli emendamenti nell'Aula persino nel primo ramo d'esame del disegno di legge di conversione e, con ancora più frequenza, nel secondo» (p. 88). Proprio la possibilità di ricorrere alla questione di fiducia ingenera, infatti, un circolo vizioso, in forza del quale il primo ramo del Parlamento assorbe gran parte dei sessanta giorni per modificare, ad opera essenzialmen-

Nel quadro venutosi a delineare nella prassi, pertanto, la prima Camera delibera il testo con le modifiche apportate in Commissione, mentre la seconda si limita ad una mera funzione di ratifica, venendosi a determinare un surrettizio superamento del sistema bicamerale, e delle connesse caratteristiche di discussione e dialettico confronto parlamentare, in favore di un monocameralismo di fatto¹⁰⁵ (o bicameralismo alternato secondo la definizione di altri¹⁰⁶).

Si è infatti di recente sostenuto che, oggi, il «Governo è [...] parte attiva, perché corregge, modifica, integra il proprio decreto attraverso l'attività emendativa propria o attraverso quella dei parlamentari di maggioranza, che si svolge oramai costantemente presso solo una delle due Camere – la seconda venendo chiamata a ratificare, in uno *spatium deliberandi* di pochi giorni se non ore, il testo del decreto per come approvato dalla prima – e che sfocia per lo più nella “tracotanza procedimentale” dei maxi-emendamenti su cui viene posta la questione di fiducia: l'esecutivo è, dunque, *signore del procedimento di conversione*, perché *di fatto* ne governa e condiziona lo svolgimento e i contenuti»¹⁰⁷.

Se, pertanto, il procedimento di conversione non può oramai considerarsi «alieno rispetto all'esercizio di potere normativo del Governo»¹⁰⁸, deve ammettersi che l'intervento parlamentare in sede di conversione del decreto-legge, tanto per gli aspetti fisiologici¹⁰⁹, quanto (e ancor di più) per quelli patologici (da ultimo illustrati), non può essere ricondotto entro le forme dell'ordinario esercizio della funzione legislativa, volto ad assicurare il rispetto di quel principio di democraticità richiamato nelle pagine precedenti.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, si può senz'altro concludere nel senso che la decretazione d'urgenza, anche nel momento dell'intervento parlamentare, soprattutto per come questo è venuta caratterizzandosi nella

te del lavoro in sede di Commissione (è bene ribadirlo!), il contenuto originario del decreto-legge, di modo che il ridotto tempo a disposizione della seconda Camera renderà necessario ricorrere alla questione di fiducia, per evitare di incorrere nella decadenza costituzionalmente prevista (ivi 88 ss.).

¹⁰⁵ In tema si veda, da ultimo, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici I. MASSA PINTO, *Il “monocameralismo di fatto” e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2022.

¹⁰⁶ G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *federalismi.it*, 3/2019, 59 ss.

¹⁰⁷ D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit., 7 s., ivi i riferimenti a P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 150, e, sulla prassi distorsiva dell'accoppiata maxi-emendamento e questione di fiducia, a G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 259 ss., e G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli 2018, *passim*.

¹⁰⁸ D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit., 8.

¹⁰⁹ Ossia quelli inerenti al rapporto di presupposizione (G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1989, 127 s.) fra decreto-legge e legge di conversione e alla funzione tipica o specializzata di cui si è detto poco sopra.

prassi, non rispetta il modello di produzione normativa delineato dalla Costituzione.

In altri termini, lo stesso intervento parlamentare, tanto per le conseguenze procedurali derivanti dalla tipizzazione riconosciuta alla legge di conversione dalla giurisprudenza costituzionale, quanto (e soprattutto) per le distorsioni derivanti dall'abuso della questione di fiducia, che non solo "strozza" la discussione e il dibattito, così riducendo a mera forma l'intervento dell'Assemblea, ma che altresì impone un monocameralismo di fatto, non è certo rispettoso del modello costituzionale di produzione normativa e con esso del metodo parlamentare di formazione della legge e del connesso principio di democraticità di cui il primo è (o almeno dovrebbe essere) espressione.

Le distorsioni nel procedimento di formazione della legge di conversione, derivanti dallo svuotamento della funzione legislativa, di cui si è qui parlato, sembrano definitivamente confermare, pertanto, che l'intervento parlamentare pare essere ben lontano da quella pienezza che dovrebbe caratterizzare quest'ultimo¹¹⁰, allorché – secondo la ricostruzione che si è cercato di proporre in queste pagine – questa sia la via indicata dalla Corte per porre rimedio ad una incostituzionalità prospettata.

7. La reazione (auspicabile) del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale

Volendo prendere a prestito l'efficace titolo di un recente contributo, può dirsi che le vicende della decretazione d'urgenza possono essere raccontate come una storia che si dipana «di abuso in abuso»¹¹¹, in base, però, ad un elemento che rimane costante nell'evolversi della dinamica abusiva: la tendenza dell'Esecutivo ad essere il vero *dominus* della produzione normativa e del sistema delle fonti, da intendersi anche come «una sorta di "signoria procedurale" del Governo (presunta, supposta o comunque praticata), se-

¹¹⁰ Anzi, come mette lucidamente in evidenza G. ZAMPETTI, *Leale collaborazione versus divisione dei poteri: cronaca di un cortocircuito costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, 2598, in merito all'adozione del decreto-legge n. 162 del 2022, la via della decretazione d'urgenza marginalizza e svislisce la posizione del Parlamento nelle dinamiche che si innescano con l'ordinanza di rinvio a data fissa, posto che il «Parlamento [...] da che [...] era stato dalla Corte individuato quale interlocutore privilegiato sulla base dei dichiarati intenti della leale collaborazione istituzionale, nello svolgersi concreto degli eventi esso è rimasto infine privato della possibilità di portare a compimento i propri lavori già in itinere. Inoltre, se la *ratio* sottesa ai ripetuti rinvii disposti dalla Corte era la garanzia del libero confronto parlamentare nel processo di deliberazione politica, l'organo rappresentativo ha visto il proprio ruolo comunque assottigliarsi, chiamato in causa per la sola conversione del d.l. nel frattempo autonomamente adottato dal Governo secondo le procedure e i termini ristretti propri di tale sede».

¹¹¹ D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit.

condo cui l'esecutivo si ritiene legittimato a infrangere gli argini procedurali, secondo le esigenze e gli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiungere»¹¹². Il tutto, occorre sempre ricordarlo, con la passiva accettazione del Parlamento.

Il caso del seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, come ha purtroppo mostrato il decreto-legge n. 162 del 2022, può, pertanto, rappresentare un'ulteriore ipotesi di abuso, con il rischio, anch'esso concretamente verificatosi proprio nella vicenda riguardante il citato decreto-legge, che il giudice costituzionale dimostri quell'atteggiamento di deferenza, o meglio di scarsa incisività del controllo, con le connesse conseguenze, sia sul sistema costituzionale della produzione normativa, sia sulla marginalizzazione del Parlamento nelle dinamiche della forma di governo.

Si è visto, per un verso, che, facendo applicazione rigorosa dei requisiti di cui all'art. 77 Cost., non può dirsi, in relazione ad alcuna delle ipotesi prese in considerazione, che l'attuazione dell'ordinanza di rinvio a data fissa per il tramite del decreto-legge possa integrare i requisiti della straordinaria necessità e urgenza; e, per l'altro, che le concrete modalità procedurali con le quali i decreti vengono convertiti in legge aggiungono, a quelle già insite nell'atto avente forza di legge, ulteriori ragioni di perplessità sul ricorso a tale strumento normativo.

Accettando tali conclusioni, dovrebbe riconoscersi che il seguito dell'incostituzionalità prospettata per il tramite del decreto-legge, pur ove questo fosse convertito, non sarebbe compatibile con le norme costituzionali sulla produzione normativa.

Facendo propria tale prospettiva, nell'ottica di scongiurare la formazione di un'ulteriore «prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza»¹¹³, è del tutto conseguente ritenere necessario il porre un argine al fenomeno. Ciò implica, necessariamente, una riflessione sullo spazio del controllo degli organi di garanzia, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, per un verso, e anche sulla condizione di minorità caratterizzante il vizio formale, tanto nelle valutazioni presidenziali, quanto nel giudizio di legittimità costituzionale, per l'altro¹¹⁴.

¹¹² M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, XIII.

¹¹³ P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 138.

¹¹⁴ D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 396, il quale rileva che «anche il Presidente della Repubblica, come la Corte costituzionale, ha tendenzialmente portato l'attenzione sui vizi formali solo quando "sotto premevano altri motivi costituzionalmente rilevanti quantunque non indicati"».

Innanzitutto, rispetto a tale fenomeno, la posizione di “prima linea” è o dovrebbe essere presidiata dal Capo dello Stato, in sede di emanazione dell’atto.

Il «controllo severo sulla sussistenza dei presupposti *ex art. 77 Cost.*, e, più in generale, sui limiti che il decreto-legge incontra»¹¹⁵, potrebbe trovare agevole esplicazione in ipotesi come quelle di cui si discute, nella quale – come si è cercato di dimostrare – non solo non sussistono i requisiti di straordinaria necessità e urgenza, legittimanti l’adozione dell’atto, ma il ricorso a quest’ultimo è anche fuori dalla logica dell’ordinanza di rinvio a data fissa.

Del resto, il controllo severo, che si va qui prospettando, sarebbe in linea con l’opportunità di una, più generale, rimeditazione della motivazione che viene usualmente invocata per giustificare l’atteggiamento di prudenza del Capo dello Stato in sede di emanazione, vale a dire la necessità di evitare interferenze presidenziali sull’indirizzo politico. Detta giustificazione si fonda infatti sul presupposto – non certo in armonia con la Costituzione, pur se, purtroppo comunemente accettato nella prassi – che il decreto-legge sia strumento con cui si possa ordinariamente attuare l’indirizzo politico¹¹⁶.

Le motivazioni qui addotte, a favore di un più incisivo controllo presidenziale in sede di emanazione, trovano una giustificazione anche nella difficile e problematica configurabilità del rinvio della legge di conversione, per la ragione che detta eventualità potrebbe determinare la decadenza del decreto-legge¹¹⁷.

¹¹⁵ Ivi, 395.

¹¹⁶ Ivi, 394.

¹¹⁷ Diversi autori negano, infatti, l’ammissibilità del potere di rinvio; in questo senso, fra i molti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 1976, 708; G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1988, 14; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 2009, 223. Altri, invece, pur ammettendolo, riconoscono la presenza, in questa eventualità, di «zone grigie tutte le volte nelle quali residui un periodo di tempo disponibile, seppure ristretto, prima della scadenza del termine», legando, nei fatti, la sua configurabilità al prudente apprezzamento del Presidente della Repubblica (così S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 238). Fra quanti, invece, ammettono tale potere, considerando l’eventuale decadenza «una difficoltà esclusivamente di ordine pratico» (così G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 236): L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 78; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 330; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 180 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., 140 ss.; P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, spec. 276 s., il quale prospetta altresì una soluzione alla decadenza derivante dal rifiuto di promulgazione, ritenendo possibile in questi casi reiterare legittimamente il decreto-legge non convertito; posizione questa che è stata poi ribadita nello scritto a quattro mani: P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C’è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto proroghe*, in *Rivista AIC*, 2011, 15.

Come si è già anticipato, anche la Corte costituzionale, dal suo canto, dovrebbero avere (o per quanto riguarda la vicenda del decreto-legge n. 162 del 2022: avrebbe dovuto avere) un atteggiamento maggiormente rigoroso.

A chi scrive certo non sfugge la posizione scomoda in cui verrebbero a trovarsi (e in cui concretamente si sono venuti a trovare) i giudici di Palazzo della Consulta, allorché il seguito all'incostituzionalità prospettata vi sia stato, e, pur ad una valutazione sommaria dagli stessi compiuta, paia grosso-modo seguire le indicazioni contenute nel provvedimento di rinvio, ma sia contenuto in un atto che è pienamente fungibile rispetto alla legge. Ciò, anche in ragione del fatto che lo stesso giudice delle leggi ha da sempre ammesso – come si è già ricordato – la piena fungibilità tra legge e atti aventi forza di legge.

Come si è cercato di mostrare in queste pagine, tuttavia, lo sbilanciamento dell'esercizio della funzione legislativa a favore del governo è tutt'altro che privo di conseguenze sul piano della legittimazione democratica dei processi di decisione politica. Questa consapevolezza dovrebbe muovere la Corte ad una scelta di coraggiosa fermezza, facendo sì che la decretazione d'urgenza si sviluppi in conformità ai requisiti di cui all'art. 77 Cost., i quali, interpretati – come dovrebbero essere – in modo stringente, impongono che la decretazione d'urgenza venga (ri)configurandosi come esercizio derogatorio delle competenze costituzionali, ossia dell'ordinario modo di produzione normativa e (di conseguenza) che il ricorso a quest'ultima debba essere (necessariamente) limitato.

L'atteggiamento di fermezza verso l'ulteriore manifestazione di abuso della decretazione d'urgenza, oggetto di questo studio, potrebbe in un qualche modo dirsi agevolato proprio dalla natura dell'atto provvisorio con forza di legge.

Una volta giunti all'udienza, e constatato che sia il decreto-legge il seguito dell'ordinanza di rinvio, la Corte potrebbe ritenere che, data la natura solo precaria dell'atto e la connessa capacità solo sospensiva della legislazione vigente¹¹⁸, non possano considerarsi risolte le ragioni di incostituzionalità dalla stessa prospettate.

A tale presa d'atto non potrebbe seguire l'ulteriore rinvio della trattazione in attesa della conversione in legge: tale scelta non rappresenterebbe, evidentemente, una reazione all'abuso della decretazione d'urgenza, ma anzi finirebbe per avallare il ricorso a tale strumento. La Corte, al contrario, dovrebbe riconoscere che la condizione di precarietà solo sospensiva dell'atto provvisorio non potrebbe che aprire le porte all'esame del merito della que-

¹¹⁸ Secondo l'insegnamento di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano 1996, 467.

stione. Esame, questo, che per essere conseguente ai rilievi posti nell'ordinanza di rinvio sarà probabilmente destinato concludersi¹¹⁹ con la declaratoria di illegittimità costituzionale, anche manipolativa, della disciplina sottoposta a scrutinio.

Non sarebbe neppure auspicabile che la Corte decidesse di contrastare in modo blando il ricorso alla decretazione d'urgenza, realizzando un ulteriore rinvio nel quale indirizzasse un monito alla maggioranza parlamentare per trasfondere i contenuti del decreto-legge in una legge parlamentare.

Ipotesi questa che, pur sembrando inverosimile anche allo scrivente (ma spesso negli ultimi tempi la creatività delle soluzioni giurisprudenziali e normative trasforma l'inverosimile addirittura in reale), deve, comunque sia, essere contrastata con convinzione, poiché, non solo determinerebbe una procrastinazione della soluzione del problema di costituzionalità, con la conseguente incisione del principio di legalità costituzionale, ma neppure darebbe un'adequata certezza sulla conclusione del procedimento legislativo, anche in ragione dell'infruttuoso spirare del primo termine concesso¹²⁰.

La Corte, quindi, davanti ad un decreto-legge che dà attuazione al monito contenuto nell'ordinanza di rinvio, dovrebbe entrare nel merito e auspicabilmente, avendo prospettato un *vulnus* costituzionale della normativa sottoposta a scrutinio, dichiarare l'incostituzionalità: o nei modi dell'ablattiva secca, creando cioè un vuoto normativo che dovrebbe poi colmare il legislatore, o, come sarebbe preferibile, e come si è già verificato, attraverso un intervento manipolativo, che scongiuri il vuoto normativo e appresti una disciplina in grado di dare risposta alle esigenze di rilievo costituzionale coinvolte nella disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità¹²¹.

¹¹⁹ Del perché non vi sia alcun obbligo si è detto *supra* (nt. 4).

¹²⁰ Quanto si va affermando nel testo muove dallo stesso ordine di considerazioni già spese in dottrina sull'ord. n. 122 del 2022, che ha rinviato ulteriormente il termine fissato dall'ord. n. 97 del 2022. A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 765, ha rilevato, infatti, come, nel rinvio ulteriore della questione, la Corte non avrebbe tenuto in debita considerazione, per un verso, che «esercitando la funzione legislativa, le Camere sono del tutto autonome nel decidere se e quando approvare una legge» e, per l'altro e conseguente, che così operando si finisce per tutelare «non [...] la discrezionalità del legislatore, semmai la sua persistente inerzia» (766). Anche perché come è stato rilevato da G. ZAMPETTI, *Leale collaborazione versus divisione dei poteri*, cit., 2597, una volta che si sceglie di percorrere tale strada, vale a dire «dar peso alle scadenze e all'agenda altrui [ossia del Parlamento], a quel punto potrebbero moltiplicarsi le occasioni a sostegno delle reiterazioni del rinvio della trattazione per ragioni di opportunità».

¹²¹ Non è questa la sede per entrare nella *querelle* sulla giustificazione del tasso di manipolatività delle pronunce che hanno costituito il seguito delle ordinanze di rinvio, prima fra tutte la sentenza n. 242 del 2019, sul noto caso Cappato. Ci limitiamo qui a sottolineare come paiono eccessive le critiche rivolte a tali pronunce, poiché il contenuto fortemente manipolativo può considerarsi giustificato e viene legittimato dalla stessa inerzia del legislatore, la quale permette alla funzione di garanzia costituzionale di prevalere – in un discorso analogo a quello già fatto in queste pagine – in tutta la sua pienezza su quello della discrezionalità legislativa. A chi scrive pare, poi, riduttivo ipo-

8. Reagire all'atto viziato per sanzionare la prassi abusiva

Come si è già avuto modo di rilevare nelle battute iniziali di questo scritto, le considerazioni qui svolte, sui problematici profili di compatibilità a Costituzione dell'ipotesi che sia il decreto-legge ad operare il seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, muovono dalla convinzione che si debba evitare lo sviluppo di un'ulteriore prassi abusiva, con le connesse conseguenze in termini di tenuta, non solo del sistema di produzione normativo, ma, e altresì, del sotteso equilibrio fra potere legislativo e quello esecutivo¹²².

Queste nostre considerazioni possono inserirsi, infatti, in un discorso più ampio sulla necessità di una più generale riconsiderazione del peso del vizio formale¹²³ nelle valutazioni di costituzionalità, operate dal giudice delle leggi¹²⁴ e, in particolar modo, dei vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione, derivanti dalla violazione del requisito dei «casi straordinari di necessità e di urgenza» indicati dall'art. 77, secondo comma, Cost., «quali condizioni che legittimano l'adozione da parte del Governo di “provvedimenti provvisori con forza di legge”»¹²⁵.

A questo tema più ampio, che in questa sede non può essere scandagliato in tutte le sue implicazioni, si vogliono (tuttavia) dedicare alcune, seppur rapide, considerazioni conclusive.

È un dato comunemente accettato che il vizio formale di legge sia oggetto di una «dequalificazione», «dequotazione» o addirittura di una «radicale neutralizzazione»¹²⁶.

tizzare che questioni di legittimità costituzionale, che, per i valori coinvolti e la complessità delle scelte regolative in esse implicate, spingano la Corte a richiedere l'intervento in prima battuta del legislatore, possano poi risolversi con un'ablativa secca e quindi con un atteggiamento di non curanza, del giudice delle leggi, per gli effetti di sistema derivanti dalla pura caducazione della norma.

¹²² P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”, in Federalismi.it, Focus «fonti del diritto», n. 1/2014, 12*, ricorda come il privilegio di cui gode la fonte governativa, anche causato dallo «strabismo che sembra connotare il sindacato operato» dalla Corte alla stregua del requisito dell'omogeneità, «tutto incentrato sulla legge di conversione emendativa», determina attualmente «uno sbilanciamento nei rapporti fra Esecutivo e Legislativo tutto a favore del Governo normatore, di cui – credo – il nostro sistema costituzionale non abbia nessun bisogno».

¹²³ Sul vizio formale, oltre alle opere citate nel prosieguo del lavoro, si vedano almeno: F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 44-54; ID., *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1000 ss.; P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo*, cit., 22 ss. e spec. 35-56.

¹²⁴ È soprattutto sulla posizione di quest'ultimo che si vuole riflettere, in questa parte conclusiva, seppur la stessa attenzione, riguardo allo scostamento dal modello costituzionale della decretazione d'urgenza, è auspicabile che venga riservata – come si è detto nel paragrafo precedente – anche dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione dell'atto.

¹²⁵ M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in questa *Rivista*, n. 3/2018, 1.

¹²⁶ Sono tutte espressioni di P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, I, *Teoria dei vizi: configurazione, natura e limiti del sindacato*, Editoriale

Il vizio formale è trattato, infatti, quasi alla stregua di un «difetto di minor rilievo»¹²⁷, che viene spesso colpito o se dietro ad esso si scorge un vizio sostanziale, il quale viene ad essere l'oggetto indiretto della sanzione di incostituzionalità¹²⁸ o «in casi di nessuna o scarsa importanza»¹²⁹.

Questa condizione di minorità, che ammantava il vizio formale, non è priva di conseguenze sul sistema costituzionale ed è addirittura pericolosa, posto che le regole sulla produzione normativa sono tanto l'insieme di regole o di procedure volte a consentire la creazione del corrispondente atto normativo, quanto il «presidio di valori sistemici di democraticità, rappresentanza, sovranità popolare», «crocevia di equilibri dinamici della complessiva forma di governo»¹³⁰ e, con essi, dei diritti¹³¹.

Come è stato di recente rilevato, è proprio la «densità assiologica» che si cela dietro alle regole di produzione normativa, che rende, pertanto, assai discutibile la separazione delle «esigenze “formali” dell'ordinato sviluppo della nomodinamica da quelle “sostanziali”»¹³², poiché il mancato rispetto delle prime rischia di risolversi nell'incisione delle seconde, con l'ulteriore pericolo che la violazione si perpetui e si stabilizzi nell'ordinamento, posto che – come rileva sempre la stessa dottrina – il vizio formale «presenta una rilevante dimensione “prospettica”»¹³³.

scientifica, Napoli, 2023, 182, il quale mette in evidenza come sembri «quasi delinearsi un singolare itinerario di inversione della percezione della gravità del *vulnus* formale, la cui parabola, dall'originario statuto di violazione “massima” in grado di revocar in dubbio la stessa esistenza dell'atto (o, comunque, di vizio protagonista del sindacato sulla legge), se non addirittura “unica”, come nella concezione panformalista di Kelsen, sembra oggi approdare verso l'estremo opposto di una ben più modesta concezione di vizio recessivo e persino gregario rispetto alla violazione sostanziale» (p. 183).

¹²⁷ Così, sebbene in senso critico, M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, cit., 13, nt. 43.

¹²⁸ In questi termini G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in AA. VV., *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 2009, 320.

¹²⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, il Mulino, Bologna, 2018, 211.

¹³⁰ Tutte le citazioni sono tratte da P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 181.

¹³¹ In quest'ultimo senso si è espressa anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 171 del 2007, nella quale, proprio sanzionando con la declaratoria di illegittimità costituzionale l'assenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost., si è affermato che guardando alla «disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) [...] non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso» (*cons. dir.* 5). Come ricorda, del resto, M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2008, 844, non si potrebbe «negare che il principio di separazione dei poteri implica la riserva del potere legislativo alle Camere rappresentative, con precipue finalità di garanzia dei diritti».

¹³² Così ancora P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 193.

¹³³ Ivi, 188.

Si è rilevato, infatti, che il vizio formale, non prontamente sanzionato, ha una spiccata attitudine a «trasformarsi in prassi viziosa» e «a costituirsi come precedente (negativo)», presentando, in altri termini, non soltanto una «dimensione statica», ossia quella della puntuale violazione delle norme sulla produzione, realizzata dallo specifico atto-viziato, ma anche una dinamica e «proiettiva», che trasforma l'atto-vizio in «fatto-viziante», poiché il vizio formale tende a «riprodursi tutte le volte in cui viene in considerazione la norma sulla normazione originariamente disattesa»¹³⁴.

È senz'altro vero che la sanzione del vizio formale – proprio perché colpisce congiuntamente sia l'atto sia la prassi viziosa – può avere un rilevante impatto ordinamentale (rispetto al quale, tuttavia, la dottrina ha variamente argomentato sulla possibilità di una sua mitigazione¹³⁵), poiché, proprio per la doppia e congiunta sanzione, esprime una «valenza eccedente [...] di precarizzazione a più vasta scala della legislazione»¹³⁶. Ma è proprio tale eccedenza che dà, per altro verso, alla sanzione del vizio formale una funzione educativa¹³⁷, poiché proietta sulla prassi viziosa, e quindi su tutti gli atti che di questa ne sono espressione, l'ombra dell'incostituzionalità.

Conclusivamente, pertanto, la Corte, opponendosi puntualmente a singole deviazioni costituzionali, come quella di cui si è discusso in queste pagine, potrebbe salvaguardare, in generale «la legittimità dell'ordinamento»¹³⁸, e, così operando, avrebbe la «straordinaria occasione per evidenziare, enfatizzandolo, il suo ruolo di custode della costituzionalità dell'ordinamento inteso come un tutto, prima ancora (e più ancora) che di giudice di casi di cui si prefigura la non conformità a Costituzione, di singolari deviazioni dal principio di legittimità costituzionale ascrivibili ad atti o fatti individuati»¹³⁹.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Secondo M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 592, vi è la possibilità, infatti, di adoperare una dichiarazione di incostituzionalità solo *pro futuro*, quanto meno in quelle ipotesi in cui l'accoglimento, con i normali effetti retroattivi, possa generare una situazione di maggiore incostituzionalità. Per P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 192 nt. 148, invece, la Corte potrebbe fare ricorso a clausole prudenziali, come quella della *Evidenzkontrolle*.

¹³⁶ P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 190.

¹³⁷ In questo senso ancora ivi, 189, dove – in un discorso di egual tenore – si parla invece di valenza diseducativa della sua non rilevanza.

¹³⁸ P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Consuetudine, convenzione e prassi nella giurisprudenza costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 150 s.

¹³⁹ *Ivi*, 150.