

LA DISCIPLINA DEL RUOLO NORMATIVO DEL GOVERNO NELLA LEGGE
N. 400 DEL 1988, VENTINOVE ANNI DOPO*

GIOVANNI TARLI BARBIERI**

Sommario

1. Considerazioni introduttive: successi e insuccessi della legge n. 400 del 1988, a ventinove anni dalla sua entrata in vigore. – 2. Un secondo profilo rilevante: la consapevolezza della rilevanza e della fondamentale unitarietà dei poteri normativi del Governo (anche alla luce di un quadro costituzionale almeno parzialmente lacunoso). – 3. La rilevanza dell'autoqualificazione e della disciplina dei procedimenti di formazione delle fonti. – 4. Gli insuccessi della legge n. 400: l'irrisolta questione della natura della fonte. – 5. I contenuti della legge n. 400 e l'erompere della potestà normativa del Governo. – 6. Dalle lacune alle prospettive di riforma della legge n. 400 (e non solo). – 7. Una prospettiva a cui guardare: la qualità della normazione.

Abstract

The essay analyses some issues and problems raised by governmental action during the period 1988-2017, from the entry into force of Act No. 400/1988. In particular, the Author explores these action's consequences on the regulatory role showing achievements and failures, with the aim to highlight what kinds of challenges are urgently essential. In conclusion, the paper underlines a specific perspective in the outline of the proposed reforms: the better regulation. In according with the author's view this theme should be a priority of next years' policy.

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del Convegno tenutosi a Roma il 28 giugno 2017, i cui atti sono destinati alla pubblicazione nel volume A. GIORGIS, N. LUPO (a cura di), *Ridisegnare la fabbrica delle leggi? Indirizzo politico e vincoli tecnici nella produzione normativa*, il Mulino, Bologna.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

1. Considerazioni introduttive: successi e insuccessi della legge n. 400 del 1988, a ventinove anni dalla sua entrata in vigore

I ventinove anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge 23 agosto 1988, n. 400 consentono di tracciare un bilancio della sua attuazione, peraltro reso non semplicissimo viste le diverse stagioni politico-istituzionali che essa si è trovata a dover attraversare.

Pur quindi con la cautela necessaria in questa materia, un primo fattore di successo della legge n. 400 è dato, non sembri un paradosso, dalla sua stessa approvazione, che è intervenuta con grande ritardo (il primo disegno di legge in materia risale al 1952¹), come efficacemente evidenziato nella relazione al disegno di legge presentato nella IX legislatura².

Tale legge per la prima volta nella storia repubblicana non solo ha individuato espressamente le competenze del Consiglio dei Ministri e del Presidente del Consiglio, in una prospettiva pienamente rispettosa del dettato costituzionale, ma ha disciplinato per la prima volta gli organi non necessari e, soprattutto, ha disciplinato l'attività normativa del Governo, integrando il dettato costituzionale.

Si tratta quindi di ambiti disciplinati in precedenza o da leggi precostituzionali³ talvolta di dubbia costituzionalità⁴ o addirittura da prassi e, per alcuni profili, da consuetudini costituzionali⁵.

La legge n. 400 del 1988, entrata in vigore cinque anni prima della svolta costituita dai *referendum* elettorali del 1993, si inserì in una stagione politica nella quale il tema delle riforme istituzionali (da intendere in senso ampio e non solo limitate a quelle costituzionali), assunse una rilevanza centrale⁶.

¹ Si tratta del disegno di legge A.C. 2762 (I legislatura), sul quale, in particolare, P. MILAZZO, *L'assetto del Governo, in La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. DE SIERVO, S. GUERRIERI e A. VARSORI, vol. II, Roma, 2004, pp. 75 s.

² In essa si legge, in particolare: «Rischia ormai di assumere sapore rituale e quasi declamatorio il sottolineare la perdurante inerzia legislativa nell'attuazione dell'ultimo comma dell'articolo 95 della Costituzione» (A.C., n. 1911 - Disegni di legge e relazioni - Documenti, p. 1). Il disegno di legge, approvato solo dalla Camera prima della conclusione anticipata della legislatura, è stato riproposto (A.C. n. 38, peraltro di iniziativa parlamentare) e varato in via definitiva nella X legislatura.

³ Sui rapporti tra gli organi necessari del Governo si riteneva in vigore il regio decreto 14 novembre 1901, n. 466, c.d. legge "Zanardelli", «nata vecchia già nel 1901»: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 304.

⁴ Si pensi al dibattito sulla perdurante vigenza della legge n. 100 del 1926, qualificata come uno «strumento essenziale della dittatura fascista» da G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, in A. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2005, p. 48.

⁵ Sul punto, per tutti, S. MERLINI e G. TARLI BARBIERI, *Il Governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, pp. 193 s. Sulle conseguenze dell'inattuazione dell'art. 95 Cost., cfr., per tutti, L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, in particolare pp. 708 s.

⁶ Infatti, l'adozione della legge attuativa dell'art. 95, comma 3, Cost. era stata prefigurata già nel c.d. "decalogo Spadolini" del 1982 (con riferimento ai lavori della Commissione per la ristrutturazione dei poteri centrali presieduta da F. Piga) e nelle coeve relazioni dei c.d. Comitati "Riz-Bonifacio".

Infatti, il fallimento della Commissione Bozzi nella IX legislatura non impedì nel periodo immediatamente successivo l'approvazione di alcune importantissime leggi, rilevanti, in particolare sul terreno della produzione normativa, quali, oltre alla legge n. 400 del 1988, la legge n. 86 del 1989 (legge "La Pergola"), sull'attuazione degli obblighi comunitari, la legge n. 142 del 1990, sull'ordinamento degli enti locali⁷.

L'approvazione della legge n. 400 del 1988 è però da rimarcare perché essa dovette superare resistenze, soprattutto politiche, che avevano contribuito in precedenza all'inattuazione dell'art. 95 Cost.⁸. Un elemento che certo favorì l'approvazione di tale legge fu nella VIII e IX legislatura la novità costituita dai Governi a guida non democristiana (Spadolini I e II; Craxi I e II) nei quali la "rivalutazione" dell'attuazione dell'art. 95 Cost. costituì anche un tentativo di compensare sul piano istituzionale la maggiore debolezza politica della *premiiership*: non a caso, proprio il Governo Spadolini I, oltre a presentare il disegno di legge che nella X legislatura sarebbe divenuta la legge n. 400⁹, ne anticipò parte dei contenuti in una serie di atti amministrativi¹⁰.

Il particolare contesto politico-istituzionale in cui maturò l'approvazione della legge n. 400 spiega alcuni elementi di ambiguità e alcuni nodi irrisolti che la connotano.

Infatti, essa oscilla, nei suoi contenuti, tra una mera razionalizzazione del modello di Governo di coalizione che si era realizzato fino a quel momento (si pensi alla disciplina dei Vice presidenti del Consiglio o del Consiglio di gabinetto) ed una nuova concezione del governare che cerca, invece, di valorizzare insieme il principio di collegialità, sia nella fase di deliberazione della politica generale del Governo che in quella del suo mantenimento, in relazione all'«indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere» (art. 2, comma 1, legge n. 400 del 1988), sia i poteri di indirizzo, direzione e coordinamento in

⁷ Per tutti, E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, 2013, pp. 127 s.

⁸ È stato ricordato che l'articolazione correntizia della DC contribuì ad impedire l'approvazione della legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio «voluta dalla Costituzione ma ritenuta veicolo di possibile rafforzamento della corrente democristiana che avrebbe di volta in volta espresso il Presidente del Consiglio»: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., pp. 303-304.

⁹ Il Governo Spadolini I presentò quindi il disegno di legge (A.C. n. 3403, VIII legislatura) che costituì l'antecedente immediato di quello poi proposto nella legislatura successiva (il già richiamato disegno di legge A.C. n. 1911).

¹⁰ Si tratta dell'ordine di servizio del 23 agosto 1981 sull'«Ordinamento del Gabinetto» (poi modificato da un successivo ordine di servizio del 29 aprile 1982) e di una circolare del 23 gennaio 1982 che specificava una serie di prerogative del Presidente del Consiglio rispetto all'attività dei Ministri e del Consiglio dei Ministri (sul punto, in particolare, S. MERLINI, *Presidente del Consiglio e collegialità di Governo*, in «Quaderni costituzionali», 1982, pp. 13 s.). Sempre in via di prassi, con il Governo Spadolini I nacque un Gabinetto economico che fu l'antecedente del Consiglio di gabinetto, istituito dal Governo Craxi nell'agosto 1983 e successivamente previsto dall'art. 6 della legge n. 400 del 1988.

capo al Presidente del Consiglio, rafforzati anche dalla coeva legge n. 362 del 1988, sulle procedure di bilancio¹¹.

Era tuttavia impossibile pensare che una legge ordinaria, sia pure così rilevante sul piano istituzionale, potesse da sola invertire quel modello di «direzione plurima dissociata»¹² che ha caratterizzato il funzionamento dei Governi, con poche eccezioni, anche dopo la svolta politico-istituzionale del 1993¹³. E proprio questo elemento rende ragione anche di alcune lacune contenute nella legge n. 400 del 1988, quali la mancata revisione del numero dei Ministeri e, più in generale, dei componenti del Governo, il riordino dei Comitati interministeriali (sul quale l'art. 6 prevedeva una delega rimasta inattuata), la riduzione delle competenze amministrative della Presidenza del Consiglio: profili, questi, che solo dopo il 1993 sarebbero stati affrontati dal legislatore, peraltro non senza contraddizioni e ambiguità¹⁴.

2. Un secondo profilo rilevante: la consapevolezza della rilevanza e della fondamentale unitarietà dei poteri normativi del Governo (anche alla luce di un quadro costituzionale almeno parzialmente lacunoso)

Un secondo profilo di successo attiene alla scelta di intervenire a disciplinare essenziali profili dell'attività normativa del Governo, come evidenziato anche dai numerosi contributi dottrinari pubblicati all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988¹⁵.

¹¹ Sul punto, per tutti, A. MANZELLA, *Osservazioni sulla legge n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 1 - Seminari 1989-1990*, Milano, 1991, pp. 95 s.

¹² E. CHELI e V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in *L'istituzione Governo, analisi e prospettive*, a cura di S. RISTUCCIA, Milano, 1977, p. 49.

¹³ Sul punto, per tutti, L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988, pp. 95 s.; C. Chimenti, *Addio prima Repubblica. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dodici legislature*, Torino, 1997, pp. 160 s.

¹⁴ Per tutti, M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, con la collaborazione di R. PERRONE, Napoli, 2016, pp. 45 s.

¹⁵ Per tutti, S. BARTOLE, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della l. n. 400 del 1988*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1988, I, pp. 1469 s.; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella l. n. 400 del 1988*, *ivi*, pp. 1483 s.; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la l. n. 400 del 1988*, *ivi*, pp. 1493 s.; L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla l. n. 400 del 1988 a confronto col principio di legalità*, *ivi*, 1989, pp. 1476 s.; Id., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in «Quaderni costituzionali», 1990, pp. 7 s.; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, *ivi*, pp. 53 s.; *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale* a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 1992; S. Labriola, *Il Governo della Repubblica. organi e poteri*, Rimini, 1990, pp. 157 s.; G. PAEOLOGO, *L'attività normativa del Governo nella legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in «Foro italiano», 1989, V, cc. 352 s.; A. PIZZORUSSO, *La disciplina dell'attività normativa del Governo*, in «Le Regioni», 1987, pp. 330 s.

In effetti, dagli artt. 14 s. emergono con chiarezza la consapevolezza della rilevanza dei poteri normativi del Governo ma anche della fondamentale unitarietà degli stessi.

Sul primo punto, non si può non richiamarsi a fondamentali contributi dottrinali, a cominciare da quelli di Enzo Cheli che già alla fine degli anni cinquanta pubblicò un noto saggio nel quale, alla luce di una pionieristica ricostruzione comparatistica, si indagavano soluzioni fatte proprie da alcuni ordinamenti stranieri nella prospettiva della loro eventuale introduzione in Italia, senza contraddire il sistema costituzionale vigente e, quindi, il corretto funzionamento del sistema¹⁶.

È peraltro da sottolineare che la *ratio* delle disposizioni contenute nella legge n. 400 non è quella di un ampliamento ma di una razionalizzazione dei poteri normativi dell'Esecutivo, attraverso la valorizzazione del Parlamento come organo di grande legislazione e di controllo sull'attività normativa dell'Esecutivo e, correlativamente, del Governo attraverso il potenziamento del potere regolamentare¹⁷.

Certo, sul piano quantitativo e qualitativo, la rilevanza dell'attività normativa del Governo, e con essa le non poche patologie, puntualmente evidenziate dalla dottrina, sono emerse a partire dalla XI legislatura. Non a caso, proprio a partire da questo periodo sono da ricordare alcune innovazioni coerenti con la *ratio* della legge n. 400: l'istituzione, ad opera della legge n. 127 del 1997 di un'apposita sezione del Consiglio di Stato in materia di atti normativi¹⁸, la cui attività consultiva si è dimostrata particolarmente preziosa, non soltanto sul terreno dei regolamenti governativi¹⁹; ed ancora l'istituzione del Comitato per la legislazione, la cui attività consultiva è riferita, in particolare, a tutte le proposte di legge contenenti norme di delegazione legislativa o di delegificazione; con riferimento ai decreti-legge, esso può proporre anche la soppressione delle disposizioni «che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui

¹⁶ E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1959, pp. 463 s.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*. Vol. I: *il sistema delle fonti del diritto*, Torino, agg. 1988, pp. 287-288.

¹⁸ Sull'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di atti normativi, per tutti, A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, in *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia* a cura di G. PALEOLOGO, Milano, 1998, pp. 137 s.; M. DELLA MORTE, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2004; D. NOCILLA, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e Costituzione*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. III, Napoli, 2008, pp. 1483 s.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, agli importanti pareri resi sui decreti legislativi di riassetto normativo o quelli assai più recenti in materia di attuazione della legge Madia.

limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione» (art. 96-*bis*, reg. Camera, modificato con deliberazione del 24 settembre 1997)²⁰.

Sul secondo punto, parte della dottrina ha persuasivamente insistito sulla natura sostanzialmente unitaria dei poteri normativi del Governo²¹; e ciò perché «sul piano pratico, [...] tutti gli atti normativi del Governo, le sue iniziative legislative e gli stessi emendamenti che provengono dall'Esecutivo sono il frutto sostanzialmente della medesima "mano"²². Proprio alla luce di questo approccio possono inquadrarsi le disposizioni contenute negli artt. 14 s. della legge n. 400 del 1988.

Un terzo fattore di successo è dato dal fatto che le previsioni contenute nella legge n. 400 si inseriscono in un quadro costituzionale connotato, quanto alla disciplina delle fonti normative, da lacune e ambiguità²³.

È noto infatti che nella Costituzione manca una tassativa elencazione una organica sistemazione delle fonti che non sono nemmeno identificate con un preciso *nomen iuris*, per cui «le formule di promulgazione e le forme della pubblicazione [...] vengono a loro volta fissate mediante *disposizioni legislative ordinarie*, malgrado il loro carattere materialmente costituzionale»²⁴. Ciò vale anche, e soprattutto, per gli atti con forza di legge del Governo, a proposito dei quali, come si dirà, la legge n. 400 del 1988 impone il criterio dell'autoqualificazione.

Nella Carta fondamentale manca poi una qualunque disciplina delle fonti infralegislative, anche se l'art. 117, comma 6, Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, fa emergere il potere regolamentare sia pure solo nell'ottica del riparto di competenze tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali.

Da questo punto di vista, non si può non ricordare come l'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 abbia disciplinato organicamente per la prima volta i regolamenti ministeriali, dato che né le fonti in epoca statutaria, né la legge n. 100 del 1926, né le disposizioni preliminari al codice civile si erano mai occupate *ex professo* e in generale di queste fonti la cui rilevanza, ancora prima

²⁰ In particolare, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, 2003, pp. 207 s.

²¹ Tuttavia, si parla anche del «ruolo normativo del Governo», comprensivo dei poteri che l'Esecutivo esercita in sede di iniziativa legislativa e nel corso del procedimento legislativo: N. LUPO, *Gli atti normativi del Governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici* a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE e P. TANZARELLA, Torino, 2011, pp. 538-539, riprendendo spunti in tal senso di G. BERTI (*Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Padova, 2001, pp. 106 s.) e A. MANZELLA (*Il Parlamento*, Bologna, 2003, pp. 352 s.).

²² N. LUPO, *Gli atti normativi del Governo*, cit.

²³ Sul punto, in particolare, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 32 s.

²⁴ L. PALADIN, *Le fonti*, cit., pp. 33-34 s.

dell'entrata in vigore della Costituzione, era stata messa in evidenza dalla dottrina più avveduta²⁵.

3. La rilevanza dell'autoqualificazione e della disciplina dei procedimenti di formazione delle fonti

Un ultimo fattore di successo è dato dall'esplicitazione di alcuni essenziali profili relativi all'identificazione delle fonti governative e al procedimento di formazione delle stesse.

Sul primo versante, si è già accennato alla rilevanza e all'opportunità delle previsioni contenute nella legge n. 400 che impongono l'autoqualificazione dei decreti legislativi e dei decreti-legge (art. 14, comma 1; art. 15, comma 1)²⁶, mentre fino all'entrata in vigore della legge i primi erano adottati nella generica forma di d.P.R., quindi con forti rischi di dubbi ed equivoci²⁷.

L'individuazione espressa di una fonte mediante una espressa denominazione appare una scelta opportuna, perché, come si è affermato con riferimento ai decreti legislativi, «l'uso della denominazione ufficiale, accompagnata dalle altre indicazioni prescritte nella nuova "disciplina dell'attività di Governo", impone di presumere la pertinenza dell'atto alla categoria di cui si discute, finché non intervenga la Corte costituzionale, per verificare l'effettiva esistenza e il puntuale rispetto della delega²⁸». In questo senso, la legge n. 400 del 1988 completa un percorso di innovazione istituzionale iniziato con l'approvazione della legge n. 839 del 1984 sulla pubblicazione degli atti normativi²⁹.

Peraltro, nel contesto della legge n. 400 l'autoqualificazione si accompagna a ulteriori prescrizioni: così, per quanto riguarda i decreti legislativi, l'art. 14 prevede che si dia atto nel preambolo «della legge di delegazione, della deliberazione del Consiglio dei Ministri e degli altri adempimenti del procedimento prescritti dalla legge di delegazione» (comma 1). Per quanto riguarda i decreti-legge, l'art. 15 dispone che il preambolo debba indicare «le circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che ne giustificano l'adozione, nonché dell'avvenuta deliberazione del Consiglio dei ministri» (comma 1).

²⁵ Per tutti, C. MORTATI, *Sui regolamenti ministeriali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 1934, pp. 164 s.; M.S. GIANNINI, *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio e dei vincoli dei prezzi)*, in «Foro italiano», 1950, I, cc. 668 s.

²⁶ Sul punto, in particolare, G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio*, cit.; Id., *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 128 s.

²⁷ Spunti in questo senso in Isle, *Indagine sull'attività normativa del Governo*, Milano, 1968.

²⁸ L. PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 38; *contra*, A. PACE, *I ridotti limiti*, cit., p. 1489, secondo il quale l'autoqualificazione non è elemento decisivo, nel senso che un decreto legislativo dovrebbe essere considerato tale anche qualora non sia indicata la denominazione espressa di cui all'art. 14, comma 1, della legge n. 400 del 1988.

²⁹ E. LUPO, *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1986, pp. 1167 s. Come è noto, tale legge è stata attuata con il d.P.R. n. 1092 del 1985.

Non senza significato è poi l'art. 16, comma 1, che esclude il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti aventi forza di legge, sul presupposto che non ha giustificazione l'estensione del controllo sugli atti amministrativi del Governo, ai sensi dell'art. 100, comma 1, Cost., anche ad atti legislativi, seppur assunti nella forma di decreti del Governo: è noto che la vicenda ha originato un conflitto interorganico sollevato dalla stessa Corte dei conti per la prima volta su un atto legislativo, che però la Corte costituzionale ha respinto sulla base della tipicità dei controlli espressamente previsti dalla Costituzione (sent. n. 406 del 1989).

Una disciplina analoga ma non assimilabile è imposta dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 per i regolamenti, anche se la denominazione "regolamento" è previsto nel titolo dell'atto e non come *nomen iuris*, tanto da aver sollevato dubbi in dottrina circa le conseguenze dell'inottemperanza a tale previsione³⁰. Peraltro, come è noto, riguardo al potere regolamentare l'art. 17 pone una disciplina organica, riferita, cioè, alle procedure di formazione e controllo, distinguendo i regolamenti del Governo dai regolamenti ministeriali e soprattutto prevedendo una loro tipizzazione.

Ma il quadro non sarebbe completo se non si facesse riferimento anche alle previsioni contenute nel regolamento interno del Consiglio dei Ministri, in attuazione dell'art. 4 della legge n. 400, che hanno portato ad emersione alcuni profili essenziali del procedimento endogovernativo di elaborazione e approvazione dei disegni di legge e degli schemi di atti normativi del Governo³¹.

4. Gli insuccessi della legge n. 400: l'irrisolta questione della natura della fonte

Venendo agli insuccessi, il primo attiene alla fragilità dei contenuti della legge n. 400 del 1988, non trattandosi di una fonte costituzionale.

Sul punto, la giurisprudenza e la prassi non sembrano avere assecondato due tesi dottrinali di segno opposto, ovvero, da una parte, quella che condanna i contenuti della legge n. 400 del 1988, sul presupposto che la disciplina delle fonti dovrebbe essere contenuta esclusivamente in fonti costituzionali³² e, dall'altra, quella che riconosce alle leggi sulla normazione, in quanto fonti sulla

³⁰ Tale previsione ha posto rimedio alle incertezze determinatesi anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988 «in modo timido e parziale», dato che la denominazione formale dell'atto continua ad essere quella generica di "decreto" (utilizzata anche per una congerie di atti non normativi): G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., rispettivamente p. 131 e 136.

³¹ Sul punto, in particolare, L. D'ANDREA, P. NICOSIA e A. RUGGERI, *Prime note al regolamento del Consiglio dei Ministri*, in «Archivio di diritto costituzionale», 1993, 2, pp. 103 s.; S. MERLINI e G. GUIGLIA, *Il regolamento interno del Consiglio dei Ministri*, in «Quaderni costituzionali», 1994, pp. 477 s.; S. MERLINI, *Regolamento del Consiglio dei Ministri*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XXVI, Roma, 1996.

³² A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, pp. 66 s.

produzione, una particolare collocazione nel sistema, per cui esse condizionerebbero la validità delle altre e non tollererebbero di essere derogate o disattese nel corso del procedimento di formazione degli atti cui si riferiscono ed anzi potrebbero essere assunte a parametro del giudizio di costituzionalità su questi ultimi³³.

D'altra parte, la stessa tesi secondo la quale la legge n. 400 del 1988 potrebbe essere qualificata come "organica" «anche nel significato classico della parola, cui si associano requisiti di compiutezza ed esaustività della disciplina di principio»³⁴ non si è tradotta nel riconoscimento ad essa di una peculiare collocazione nel sistema delle fonti: la stessa qualificazione di alcune parti della legge come aventi un contenuto costituzionalmente vincolato, oltre a non avere sicuri riscontri nella giurisprudenza costituzionale, non determina se non l'impossibilità di una loro mera abrogazione³⁵.

Non sono quindi rinvenibili sicuri riscontri circa una particolare "pregevolezza normativa" ovvero "qualità" che deriverebbe anche dal fondamento costituzionale della legge n. 400 del 1988³⁶. In questo senso, è anche opinabile parlare di una «capacità condizionatrice della legislazione successiva» di tale legge che sarebbe derivata dall'ampia convergenza parlamentare sulle sue soluzioni³⁷.

Si è parlato perciò di una efficacia «“direttiva” solo “politica”»³⁸ delle previsioni contenute nella legge n. 400³⁹.

³³ In particolare, F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, a cura di M. SICLARI, Napoli, 2012, in particolare, pp. 35 s.; P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in «Diritto romano attuale», 2003, 9, pp. 144 s. Secondo altri, la violazione delle disposizioni della legge n. 400 da parte del Governo determinerebbe la violazione del principio «che vuole il Governo subordinato alla legge»: R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 558.

³⁴ L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990, p. 238.

³⁵ S. MERLINI e G. TARLI BARBIERI, *Il Governo parlamentare in Italia*, cit., pp. 193 s.

³⁶ In senso diverso, P. CIARLO, *La legge sulla Presidenza del Consiglio e l'evoluzione della forma di governo*, in «Foro italiano», 1989, V, cc. 312 s.

³⁷ Così, invece G. PITRUZZELLA, *Artt. 92-93*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, pp. 120 s.

³⁸ V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1996, n. 1, p. 221.

³⁹ Da qui, ad esempio, i dubbi ancora oggi presenti in dottrina relativamente all'efficacia delle prescrizioni procedurali contenute nell'art. 14 a proposito della delega legislativa, per alcuni ricondotte a "limiti ulteriori" ovvero a principi e criteri direttivi di carattere procedurale, per altri a prescrizioni non suscettibili «di condizionare la validità del decreto legislativo, non possedendo tale legge valore costituzionale, a meno di non ritenere che esse siano da considerarsi tacitamente inserite in ogni legge di delegazione che non disponga diversamente e quindi che esse possano atteggiarsi a 'limiti ulteriori' della delegazione»: F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, pp. 121-122. Spunti nel senso della valorizzazione delle prescrizioni in oggetto vengono dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 80 del 2012).

La fragilità della legge n. 400 del 1988 rispetto alla legislazione successiva è emersa attraverso fenomenologie diverse:

a) modifiche testuali alla legge n. 400, alcune delle quali problematiche, almeno secondo una parte della dottrina (si pensi all'introduzione, da parte della legge n. 59 del 1997, di un comma 4-*bis* nell'art. 17 in materia di organizzazione dei Ministeri che, secondo alcuni, avrebbe codificato una sorta di "riserva di regolamento", incompatibile con le riserve di legge di cui agli articoli 95, comma 3, e 97, comma 2, Cost.⁴⁰); altre invece appaiono in linea con la *ratio* della stessa legge n. 400, ancorché di limitata utilità, come quelle relative alla qualità della normazione, introdotte dalla legge n. 69 del 2009: si pensi all'introduzione dell'art. 13-*bis*, sulla chiarezza dei testi normativi, l'efficacia dei cui contenuti è discutibilmente affidata alla clausola per cui essi non possono essere derogati, modificati o abrogati se non in modo esplicito (comma 2), o alle previsioni contenute nell'art. 17-*bis*, in materia di testi unici compilativi, che non hanno avuto alcuna pratica attuazione, anche per la sostanziale inutilità di tali strumenti⁴¹;

b) leggi che, senza modificare testualmente la legge n. 400, hanno disciplinato i poteri normativi del Governo in specifiche materie (così, la legge n. 212 del 2000 sullo statuto dei diritti del contribuente) o in determinati ambiti di carattere più generale (si pensi alla legge n. 86 del 1989, c.d. "La Pergola", sostituita prima dalla legge n. 11 del 2005 e poi dalla legge n. 234 del 2012, in materia di attuazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea⁴²; o, ancora, all'art. 20 della legge n. 59 del 1997, più volte modificato, relativamente ai contenuti della legge annuale di semplificazione);

c) soprattutto leggi successive che hanno tacitamente disatteso i contenuti della legge n. 400 del 1988 su singoli aspetti senza che ciò abbia dato luogo a reazioni nell'ordinamento: solo per citare un esempio relativamente al potere

⁴⁰ Così, in particolare, U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti* 1998, a cura di U. DE SIERVO, Torino, 1999, XX. Si tratta peraltro di una tesi non condivisa da altra parte della dottrina: così, ad esempio, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, in particolare p. 232.

⁴¹ Sul punto, per tutti, P. ZUDDAS, *I testi unici compilativi (di cui all'art. 17-bis della legge n. 400 del 1988) tra possibili «sconfinamenti» del Governo ed auspicabili «recuperi» del ruolo delle Camere*, in *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, a cura di P. COSTANZO, Napoli, 2011, pp. 151 s.

⁴² Cfr., di tale legge, gli artt. 31-34 sull'esercizio della delegazione legislativa; l'art. 35 sull'attuazione in via regolamentare, che presenta talune peculiarità relativamente alla delegificazione e all'attuazione di direttive in materie non regolate dalla legge e non coperte da riserva di legge; l'art. 36 sugli adeguamenti tecnici; l'art. 37 sulle misure urgenti di adeguamento.

regolamentare del Governo, si possono ricordare le numerose fattispecie atipiche e derogatorie dei contenuti dell'art. 17, autorizzate o addirittura "imposte" da leggi successive⁴³.

Tuttavia, la consapevolezza dell'intrinseca fragilità della normativa sulle fonti, contenuta in leggi ordinarie, non è sufficientemente radicata nel dibattito istituzionale, se è vero che, da una parte, le diverse progettazioni costituzionali che si sono succedute nel più recente periodo si sono fatte carico solo limitatamente, o comunque non organicamente, delle problematiche della produzione normativa; dall'altra, è stata evidenziata l'opportunità di una legge generale sulla produzione normativa, peraltro prefigurata, in termini discutibili, dall'art 2 della legge n. 229 del 2003⁴⁴.

L'insufficienza di un intervento a livello di legislazione ordinaria sulla produzione normativa ripropone, in definitiva, le ragioni di possibili interventi a livello costituzionale; prospettiva, questa, auspicata nel 2013 dallo stesso Sergio Mattarella alludendo a «un riordino dei poteri normativi del Governo che riduca la molteplicità delle forme in cui essi vengono esplicitati, se ritenuto necessario, anche mediante riforme di rango costituzionale»⁴⁵.

Una prima prospettiva va nella direzione di "infittire" il tessuto costituzionale relativo all'attività normativa del Governo, quantomeno per alcuni profili e con specifico riferimento ai limiti di esercizio⁴⁶.

Una seconda tesi, non meno impegnativa, immagina una legge costituzionale sulla disciplina delle fonti o, quantomeno, una legge organica adeguatamente "coperta" da una disposizione costituzionale⁴⁷; si tratta di una prospet-

⁴³ Il pensiero corre, in particolare, ma non solo, alle fenomenologie degli "atti di natura non regolamentare", sui quali, per tutti, C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in «Diritto pubblico», 2010, pp. 365 s.; E. ALBANESI, *I decreti del Governo "di natura non regolamentare". Un percorso interpretativo*, in *Gli atti normativi del Governo*, cit., pp. 169 s.; V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2011, n. 3.

⁴⁴ Sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, pp. 134 s. Tuttavia, anche il Consiglio di Stato ha auspicato l'adozione di una legge sul riassetto delle norme vigenti in tema di procedimento di produzione normativa del Governo: Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 21 maggio 2007, n. 2024, par. 7.2 (rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁵ S. MATTARELLA, *Strumenti normativi ed equilibri della forma di governo*, in *Politica della legislazione, oltre la crisi*, a cura di L. DUILIO, Bologna, 2013, p. 313.

⁴⁶ In questo senso erano, come noto, le modifiche all'art. 77 Cost., contenute nel testo di revisione costituzionale "Renzi-Boschi": sul punto, per tutti, A. CELOTTO e G. PISTORIO, *La decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.)*, in *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, a cura di F.S. MARINI e G. SCACCIA, Napoli, 2016, pp. 193 s.

⁴⁷ Nel primo senso, G. SILVESTRI, *"Questa o quella per me pari sono ...". Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 176; nel secondo senso, U. DE SIERVO, *Le indicazioni per il*

tiva divenuta maggiormente sostenibile da quando anche il nostro ordinamento sembra incamminarsi sul terreno di una legislazione organica: si pensi alla legge, approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale, prevista dall'ultimo comma dell'art. 81 Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012⁴⁸.

Tuttavia, ogni prospettiva di intervento a livello costituzionale appare resa non agevole, sia per l'esito del referendum del dicembre scorso, sia per la fine ormai prossima della XVII legislatura, sia, infine, per le inevitabili connessioni tra le tematiche della produzione normativa e le prospettive di revisione della forma di governo e dell'assetto del Parlamento.

Più in generale, è dubbio che la sola revisione degli artt. 76 e 77 Cost., finalizzata a contenere l'espansione e gli abusi della delegazione legislativa e della decretazione d'urgenza da sola riuscirebbe compiutamente a realizzare questo obiettivo, poiché una tale riforma, lasciando irrisolto il nodo dei rapporti tra Parlamento e Governo nel procedimento legislativo e nella programmazione dei lavori parlamentari, rischierebbe di non arginare la costante tendenza degli Esecutivi a ricorrere impropriamente agli atti con forza di legge: da qui la rilevanza di riforme, come quella recente del regolamento del Senato che, tra l'altro, a proposito del procedimento legislativo, sembra espandere la sede deliberante e la sede redigente⁴⁹.

Infine, potrebbe essere oggetto di riflessione la possibile riforma delle modalità di accesso alla Corte costituzionale, allo scopo di consentire alle opposizioni di impugnare leggi ordinarie che autorizzano il ricorso a decreti legislativi o regolamenti di delegificazione o di conversione di decreti-legge che presentino vizi di costituzionalità; peraltro, come è noto, la dottrina sul punto appare divisa⁵⁰.

5. I contenuti della legge n. 400 e l'erompere della potestà normativa del Governo

Il secondo fattore di fragilità attiene ad alcuni dei contenuti della legge n. 400 del 1988.

futuro risultanti dal Rapporto 2001 sullo stato della legislazione, in Osservatorio sulle fonti 2001, a cura di U. DE SIERVO, Torino, 2002, pp. 423-424.

⁴⁸ Su tale previsione, nella prospettiva del sistema delle fonti, cfr., in particolare, N. LUPO, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge "rinforzata" o "organica"*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: atti del LVIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 2013, pp. 425 s.

⁴⁹ Si veda, in questo senso, l'art. 34, comma 1-bis, come risultante dalle modifiche deliberate dall'Assemblea nella seduta del 20 dicembre 2017 (doc. II, n. 38).

⁵⁰ Sul punto, per tutti, P. CARROZZA, R. ROMBOLI e E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. ROMBOLI, Napoli, 2006, p. 778.

In premessa, occorre sottolineare che i limiti contenutistici attengono non tanto ad alcune previsioni che non appaiono formulate in termini stringenti⁵¹ o comunque chiari⁵², quanto alle tante elusioni cui sono andate incontro anche le disposizioni della legge direttamente attuative di previsioni costituzionali o comunque imposte da esigenze costituzionalmente rilevanti.

Non è possibile in questa sede ripercorrere analiticamente l'insieme di tali fenomeni, peraltro ampiamente indagato.

Sia consentito solo un paio di riferimenti forse meno noti: così, ad esempio, la previsione, contenuta nell'art. 14, che fissa un termine di venti giorni prima della scadenza della delega ai fini di un consapevole esercizio del potere di emanazione del Capo dello Stato è stato più volte eluso, fino a escluderlo⁵³.

Ancora, si pensi alle proposte ricorrenti di interventi sostanziali sulle leggi elettorali per il Parlamento nazionale con decreto-legge⁵⁴, nonostante quanto previsto dall'art. 15, comma 2, lett. a), della legge n. 400 del 1988 e dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 161 del 1995)⁵⁵.

Più in generale, nel più recente periodo appare evidente la complessiva trasfigurazione delle fonti governative che appaiono ormai assai lontane nella prassi dalle previsioni contenute nella legge n. 400 ma forse, più a monte, dallo stesso quadro costituzionale.

Si tratta di tendenze riconducibili, in primo luogo, all'evoluzione della forma di governo, ma anche ad altri fattori (si pensi ai processi di integrazione sovranazionale e all'impatto della crisi economica, solo per citare ulteriori due fattori)⁵⁶.

⁵¹ Si pensi alla reiterazione dei decreti-legge, ispirata ad una eccessiva prudenza, essendo essa vietata solo nel caso di espresso diniego di conversione (art. 15, comma 2, lett. c). Come è noto, la Corte costituzionale è andata ben oltre questa previsione nella sent. n. 360 del 1996.

⁵² Si pensi alla disciplina degli emendamenti ai decreti-legge sulla quale l'art. 15, comma 5, semplicemente afferma: «Le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Esse sono elencate in allegato alla legge»: sul punto, per tutti, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 558 s. Quanto poi all'art. 17, la disciplina del procedimento di adozione dei regolamenti governativi è irragionevolmente "distribuita" tra i commi 2 e 4, cosicché è stata necessaria una circolare della Presidenza del Consiglio nel 1989 per chiarire le relative problematiche interpretative.

⁵³ Nel più recente periodo si veda, ad esempio, il decreto legislativo n. 56 del 2017 emanato il giorno stesso della scadenza della delega integrativa e correttiva, ovvero il 19 aprile 2017; la delibera del Consiglio dei Ministri è del 13 aprile.

⁵⁴ F.G. PIZZETTI, *Può una legge elettorale essere adottata con decreto-legge?*, in «Rassegna parlamentare», 2013, pp. 81 s.

⁵⁵ R. BIN, *Può una legge elettorale essere adottata con un decreto-legge? Trastullandosi con il colpo di Stato*, in www.forumcostituzionale.it, 2012, n. 11.

⁵⁶ Da ultimo, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017 e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

Sulla delega legislativa, è sufficiente ricordare, solo per citare alcuni esempi, il costante ricorso alle deleghe integrative e correttive⁵⁷, mentre la previsione, altrettanto costante, del parere parlamentare avviene spesso lungo percorsi procedurali diversi da quelli delineati nell'ultimo comma dell'art. 14⁵⁸.

Per quanto riguarda la decretazione d'urgenza già nel 1996 si era messo in evidenza come nella prassi i decreti-legge si fossero venuti sdoppiando in due figure⁵⁹: accanto ai pochi decreti-legge riconducibili, in ossequio all'art. 77 Cost., a provvedimenti legislativi indifferibili ma provvisori, si è affermato un secondo tipo, ovvero decreti non straordinari né urgenti né necessari né provvedimenti (e quindi spesso privi del requisito dell'immediata applicazione di cui all'art. 15 della legge n. 400 del 1988) e neppure presentati immediatamente alle Camere⁶⁰.

Per quanto riguarda il potere regolamentare, i fattori di crisi e di deviazione attengono a cause endogene e esogene: sul primo versante si possono richiamare le tante varieghe tipologie di atti normativi secondari governativi atipici previsti da leggi successive ma anche da decreti-legge e decreti legislativi⁶¹ e le perduranti, anche se quantitativamente più ridotte, delegificazioni "in fuga" dai contenuti dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988⁶². Tra i fattori esogeni occorre prendere atto che il panorama degli atti normativi (o paranormativi) secondari appare ormai fortemente variegato e frastagliato: si pensi all'espansione di poteri regolamentari in capo ad autorità amministrative (si pensi agli atti normativi adottati dall'autorità nazionale anticorruzione, oggetto di un recente, pregevole parere del Consiglio di Stato), ad autorità amministra-

⁵⁷ Sulla quale cfr., per tutti, N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi correttivi: esperienze, problemi, prospettive*, Milano, 1996; M. CARTABIA, *I decreti legislativi "integrativi e correttivi": un paradosso dell'effettività?*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1997, pp. 45 s.; F. Sorrentino, *Legalità e delegificazione*, in «Diritto amministrativo», 1999, pp. 377 s.; M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa*, cit., pp. 41 s.

⁵⁸ Il doppio parere parlamentare per le deleghe ultrabiennali è stato definito «defatigante» sia per il Governo che per le Commissioni parlamentari: N. LUPO, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, a cura di U. DE SIERVO, Torino, 1999, p. 131.

⁵⁹ F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Milano, 1996, in particolare pp. 458 s., riprendendo spunti in questo senso di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1966, p. 648.

⁶⁰ A. CELOTTO, *Ormai è crollato anche il requisito costituzionale della "immediata presentazione" del decreto-legge alle Camere per la conversione (prendendo spunto dal d.l. n. 98 del 2011)*, in *www.rivistaaiic.it*, 2011, n. 3.

⁶¹ Oltre ai già richiamati decreti di natura non regolamentare, si può accennare alla "carica dei dpcm", in non pochi casi delegificanti: V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2016, n. 2.

⁶² Che pure, secondo dottrina autorevole, costituirebbe «la condizione minimale indispensabile perché non vengano concessi ai regolamenti "delegati" [...] uno spazio ed una forza maggiore di quelli accordati agli stessi decreti legislativi»: G. SILVESTRI, *"Questa o quella per me pari sono ..."*, cit., p. 189.

tive indipendenti, mentre la legislazione più recente ha visto una nuova valorizzazione del potere di ordinanza anche in capo ad autorità locali (da ultimo, si veda il decreto-legge n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 48 del 2017), forse sottovalutando i contenuti della sentenza n. 115 del 2011 della Corte costituzionale⁶³.

6. Dalle lacune alle prospettive di riforma della legge n. 400 (e non solo)

De iure condendo, un serio percorso di riforma dovrebbe investire, in primo luogo, i procedimenti di formazione delle fonti.

Una priorità in questo senso, come detto (par. 4), è data dalla revisione dei regolamenti parlamentari relativamente al procedimento legislativo, la cui arretratezza, parzialmente superata dalla recente revisione del regolamento del Senato, costituisce uno dei fattori che hanno favorito l'abnorme espansione della potestà normativa dell'Esecutivo.

Proprio il mancato adeguamento dei regolamenti parlamentari ha favorito nel più recente periodo prassi elusive «quando non esplicitamente contrastanti con il dettato dei regolamenti e, a volte, degli stessi principi costituzionali»⁶⁴. Tra l'altro proprio in sede di riforma regolamentare si potrebbero affrontare almeno due questioni ancora sostanzialmente irrisolte, quali, ad esempio, la previsione di procedimenti legislativi relativamente alle proposte di cui sia dichiarata l'urgenza (art. 72 Cost.) e la limitazione del ricorso alla questione di fiducia che, in relazione alle leggi di delega ed alle leggi di conversione dei decreti-legge, rappresenta una prassi del tutto discutibile in quanto altera profondamente i rapporti tra Parlamento e Governo⁶⁵.

Anche i procedimenti di formazione degli atti normativi del Governo appaiono per alcuni profili meritevoli di alcune integrazioni.

Come accennato, colpisce, ad esempio, che ormai l'immediata presentazione alle Camere dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge sia divenuta una previsione costituzionale interpretata in modo eufemisticamente generoso nella prassi⁶⁶. Una recente ricerca ha infatti messo in evidenza che nella

⁶³ Sulla quale, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, pp. 1600 s.; D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, ivi, pp. 1606 s.; M. CARRER, *Le ordinanze dei Sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115*, in www.forumcostituzionale.it; S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, ivi.

⁶⁴ N. LUPO, *Un Parlamento, purtroppo, «co-responsabile» dei tanti mali della nostra legislazione*, in *Politica della legislazione, oltre la crisi*, cit., p. 305.

⁶⁵ N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, in *Osservatorio sulle fonti 2001*, cit., pp. 39-40.

⁶⁶ Solo per citare un esempio, il recente decreto-legge sulle vaccinazioni obbligatorie risulta deliberato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 19 maggio 2017, emanato dal Capo dello Stato e

prassi più recente sussiste uno iato temporale tra deliberazione del testo e presentazione alle Camere, per cui il rispetto dell'art. 77 Cost. appare residuale⁶⁷.

Una prassi del genere non solo solleva dubbi di costituzionalità alla stregua del rispetto dei presupposti di necessità e urgenza dei decreti-legge⁶⁸ ma evidenzia spesso anche un difetto di progettazione nel decreto⁶⁹.

Talvolta il ritardo deriva da un processo di interlocuzione con il Presidente della Repubblica, non assistito da alcuna disciplina normativa espressa⁷⁰ che tuttavia sarebbe tanto più necessaria proprio alla luce della prassi più recente: talvolta, infatti, il Capo dello Stato ha accompagnato l'emanazione dei decreti a comunicati in cui ha espresso rilievi o perplessità, mentre non sono mancati casi di rinvio con richiesta di riesame e addirittura ipotesi di rifiuto (non è possibile in questa sede indagare la latitudine dei poteri presidenziali in sede di emanazione), secondo uno schema che alcuni hanno ritenuto di inquadrare in un'attività di co-legislazione⁷¹; il tutto in una fase storica in cui la pervadente presenza dei media ha talvolta portato a rendere noto all'opinione pubblica come alcune modifiche a decreti-legge o addirittura operazioni di "spacchettamento" degli stessi siano state "imposte" dal Quirinale⁷².

Anche il procedimento di formazione dei regolamenti meriterebbe un ripensamento. Esso appare infatti forse troppo complesso e quindi tale da disincentivare l'utilizzazione della fonte, facilitando, da un lato, l'utilizzazione delle fonti primarie (*in primis*, i decreti-legge) e, dall'altro, gli atti adottati al di fuori

pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 7 giugno e quindi 19 giorni dopo, per essere presentato al Senato l'8 giugno.

⁶⁷ A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti-legge tra regole formali e prassi: il requiem della collegialità ministeriale*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2016, n. 3. Sul punto, la previsione di cui all'art. 77 Cost. appare rispettata, si potrebbe dire, per i "veri" decreti-legge, come, da ultimo, il decreto-legge n. 99 del 2017, in materia di «Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.», deliberato, emanato e pubblicato il 25 giugno.

⁶⁸ L'immediata presentazione dei decreti dovrebbe decorrere dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri perché è in quella sede che il Governo si assume la responsabilità per l'adozione dell'atto valutandone i presupposti costituzionali.

⁶⁹ Probabilmente oggetto di aggiustamenti e affinamenti successivi alla deliberazione, derivanti dalle necessarie intese con altri Ministeri che però non risultano, salvo eccezioni, oggetto di un successivo esame da parte del Consiglio dei Ministri.

⁷⁰ Per cui non è chiaro chi interloquisca con il Capo dello Stato, né chi si assuma le connesse responsabilità da parte del Governo, né, infine, a quali formalità siano soggette le modifiche ai testi conseguenti a rilievi del Presidente.

⁷¹ Così, G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, pp. 111 s.

⁷² V. LIPPOLIS e G. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, 2016, pp. 123 s.

dell'art. 17 della legge n. 400 (anche per questo sono cresciuti gli "atti di natura non regolamentare")⁷³.

In prospettiva, poi, non si possono tacere i rischi di sovrapposizione tra Consiglio di Stato e Corte dei conti che pure nel procedimento di formazione dei regolamenti esercitano un ruolo assai significativo. Un ulteriore fattore che determina un allungamento del procedimento di formazione dei regolamenti è dato dalle variabili aggiuntive rispetto alle prescrizioni procedurali di cui all'art. 17. Tra queste spicca, in particolare, la sempre più frequente previsione dei pareri parlamentari, ormai imposti in via generale per i regolamenti di delegificazione e per quelli di organizzazione dei Ministeri, nonché dei pareri espressi del sistema delle Conferenze⁷⁴.

Infine, non è possibile ripensare ai procedimenti di formazione delle fonti senza prestare attenzione alle strutture interne al Governo preposte alla redazione degli atti normativi.

È abbastanza paradossale che il tema sia recentemente emerso sulla stampa, in termini anche polemici, a proposito della c.d. circolare "Aquilanti"⁷⁵ che, però, non sembra eccedere le prerogative del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio delineate dal regolamento interno del Consiglio dei Ministri né ledere le prerogative costituzionali dei singoli Ministri, visto che esse debbono conciliarsi con le prerogative del Presidente del Consiglio di cui all'art. 95 Cost.⁷⁶.

Rispetto alla circolare "Aquilanti" assai minore attenzione ha suscitato l'art. 8 della legge n. 124 del 2015 (c.d. "legge Madia"), ormai scaduta (il termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della legge è scaduto il 28 febbraio 2017) il quale prefigurava, tra l'altro, una modifica della disciplina della Presidenza del Consiglio, dei Ministeri, delle agenzie governative nazionali e degli enti pubblici non economici nazionali. Per quanto riguarda la Presidenza del Consiglio, tale disposizione prevedeva, tra l'altro, «all'esclusivo fine di attuare l'articolo 95

⁷³ Da ultimo, M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, in www.federalismi.it, numero speciale, 2017, n. 2; più in generale si è parlato di «débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo»: B. CARAVITA, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, *ivi*.

⁷⁴ L'inidoneità delle previsioni contenute nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 emerge, in modo peculiare, a proposito delle normative tecniche, sulle quali già da tempo è stata evidenziata la necessità di previsioni peculiari in ragione della loro specificità che richiederebbe apporti consultivi non solo di carattere giuridico. Sul punto cfr. già Corte dei conti, sez. un., *Decisione e relazione sul rendiconto generale dello Stato - Esercizio finanziario 1990*, vol. I, Roma, 1991, p. 182.

⁷⁵ Si tratta, come è noto, della circolare del maggio 2017 con la quale è stato previsto che una serie di atti debbano essere sottoposti, in preventiva visione, al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio.

⁷⁶ L. GORI, *Quali strumenti a tutela dell'«unità dell'indirizzo politico ed amministrativo» del Governo?*, in «Quaderni costituzionali», 2017, pp. 610 s.

della Costituzione e di adeguare le statuizioni dell'articolo 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400, definire: 1) le competenze regolamentari e quelle amministrative funzionali al mantenimento dell'unità dell'indirizzo e alla promozione dell'attività dei Ministri da parte del Presidente del Consiglio dei ministri; 2) le attribuzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri in materia di analisi, definizione e valutazione delle politiche pubbliche».

Si tratta di un insieme di previsioni che avrebbero potuto ridefinire l'organizzazione e le competenze della Presidenza del Consiglio, in un'ottica di snellimento delle funzioni di amministrazione attiva e di valorizzazione delle funzioni costituzionalmente spettanti al Presidente del Consiglio (una *ratio* del genere aveva animato anche il decreto legislativo n. 303 del 1999 ma essa è venuta progressivamente meno con una serie di innovazioni legislative successive).

L'incidenza potenziale di una riforma del genere anche sul versante dell'attività normativa del Governo sembra evidente, in un'ottica di attuazione e non di strisciante deroga ai precetti costituzionali. Nell'attuazione di tale delega, e in un'ottica di valorizzazione delle prerogative spettanti al Presidente del Consiglio ai sensi dell'art. 95 Cost., sarebbe stato possibile anche un percorso di valorizzazione del D.a.g.l. anche attraverso le opportune integrazioni all'art. 6 del decreto legislativo n. 303 del 1999.

7. Una prospettiva a cui guardare: la qualità della normazione

In prospettiva di riforma, un terreno su cui sarebbe necessario intervenire, anche in linea con le modifiche alla legge n. 400 del 1988 introdotte dalla legge n. 69 del 2009, è quello della qualità della normazione, la cui rilevanza costituzionale è stata messa bene in evidenza, oltre che in dottrina⁷⁷, a più riprese anche dal Consiglio di Stato, da ultimo nel recente, pregevole parere sullo schema di d.p.c.m. in materia di «Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione»⁷⁸.

Sia consentito evidenziare la grande importanza di questa disciplina «nell'ottica di migliorare la qualità della normazione, nonché di aumentare la trasparenza delle stesse decisioni (con la connessa responsabilizzazione democratica dei *policy making*) e la certezza del diritto, quale fattore di crescita e di sviluppo economico e sociale del Paese»⁷⁹.

⁷⁷ Per tutti, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2013; *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, a cura di M. CAVINO e L. CONTE, Napoli, 2014.

⁷⁸ Il decreto è stato alla fine definitivamente adottato: si tratta del d.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169, «Regolamento recante disciplina sull'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione».

⁷⁹ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2017, n. 807, par. 13. Si vedano, in questo senso, le previsioni contenute nella legge n. 180 del 2011, in materia di impatto della regolamentazione con riferimento alle piccole e medie imprese e in materia di misurazione degli oneri amministrativi.

In questo senso diventa essenziale, come affermato dal Consiglio di Stato, anche tenere conto di ciò che accade dopo l'entrata in vigore degli atti normativi: «Si deve cioè compiere lo sforzo di analizzare la prevedibile (*ex ante*) e la reale (*ex post*) attuazione delle regole come percepita dai destinatari di esse e come "rilevata" sulla base di verifiche quantitative nell'ambito di periodici, programmati monitoraggi»⁸⁰.

Il regolamento in questione fa seguito ad atti precedenti (d.p.c.m. n. 170 del 2008; n. 212 del 2009, attuativi dell'art. 14 della legge n. 246 del 2005) che però hanno evidenziato difficoltà nella loro attuazione, in particolare per un approccio riduttivo allo strumento dell'Analisi di impatto della regolamentazione, inteso come mero adempimento burocratico rimesso a professionalità solo giuridiche e concepito spesso come una giustificazione *ex post* delle scelte regolatorie compiute, per di più, su tutti i provvedimenti normativi, anziché sui soli interventi di maggiore rilevanza socio-economico; per la scarsa diffusione della Verifica di impatto della regolamentazione; per la mancanza di una disciplina relativa alle consultazioni; infine, per quella sorta di "emergenza" continua che ha connotato la normazione nel più recente periodo.

Certo, l'obiettivo ambizioso in questione comporta conseguenze importanti sul piano culturale⁸¹ ma anche sul piano dei rapporti tra Parlamento e Governo, su quello dell'organizzazione e, infine, su quello della gestione.

Sul primo punto, il miglioramento della qualità della normazione dovrebbe vedere coinvolti insieme il legislatore parlamentare e l'Esecutivo⁸², anche perché alcuni degli strumenti disciplinati dal regolamento sopra citato (tra questi l'Air) possono essere meglio attuati nella prospettiva di una programmazione dell'attività normativa che dovrebbe vedere il coinvolgimento di Parlamento e Governo (con tutte le difficoltà che in concreto si potrebbero porre⁸³).

Sul secondo versante, perseguire la qualità della normazione significa, per quanto attiene al Governo, valorizzare il D.a.g.l. come centro di coordinamento dell'intero processo valutativo; sul punto, condivisibilmente il parere del Consiglio di Stato afferma che il D.a.g.l. «dovrebbe, da un lato, agire in piena autonomia rispetto alle amministrazioni di settore, e da una posizione di particolare autorevolezza, riconosciuta normativamente e riaffermata nella pratica [...] e dall'altro (soprattutto nella fase iniziale) dovrebbe poter accompa-

⁸⁰ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2017, n. 807, cit., par. 16.

⁸¹ Il parere in questione parla di «necessità di un cambiamento culturale»: Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2017, n. 807, cit., par. 32.

⁸² E in questa prospettiva ben potrebbe risultare valorizzato anche il ruolo del Comitato per la legislazione.

⁸³ L'art. 4 del D.p.c.m. n. 169 del 2017 si riferisce alla programmazione normativa ma solo per quanto attiene alle iniziative normative del Governo.

gnare, quasi a mo' di un tutoraggio istituzionale, i procedimenti di analisi condotti dalle singole amministrazioni proponenti, segnalando in corso d'opera le eventuali lacune o i possibili miglioramenti»⁸⁴.

Infine, riguardo al terzo versante, gli obiettivi della qualità della normazione, intanto possono essere efficacemente perseguite, in quanto si accompagnino all'acquisizione di professionalità non giuridiche, essenziali ai fini dell'analisi di fattibilità e della c.d. "opzione zero".

Non rimane che l'auspicio che il nuovo regolamento vada incontro ad una prassi attuativa migliore rispetto ai precedenti. Un elemento positivo sembra venire dal fatto che alcuni dei suoi contenuti sono stati in qualche modo "anticipati" da alcune leggi precedenti: così, ad esempio, la legge n. 11 del 2016 prevede consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della normativa attuativa.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2017, n. 807, cit., par. 35.