

Osservatorio sulle fonti

LA LEGGE COME NORMA SULLA PRODUZIONE DI NUOVE FONTI PRIMARIE TRA TEORIA E DOGMATICA

di *Anna Alberti**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Hans Kelsen e il fondamento di validità. – 3. Franco Modugno e il principio d'inderogabilità delle competenze. – 4. L'argomento della consuetudine costituzionale. – 5. Regole regolative e costitutive. – 6. Dalla teoria alla dogmatica. – 7. Le fonti concorrenziali extra-governative. – 8. I legislatori creati dal legislatore. Gli art. 87, quinto comma e 89, secondo comma, Cost. – 9. Gli atti aventi forza di legge non emanati dal Capo dello Stato. – 10. Il controllo di costituzionalità degli atti aventi forza di legge. – 11. L'atto con valore di legge come decreto presidenziale. Il "ruolo" del Capo dello Stato nella nostra forma di governo. – 12. Il limite invalicabile della competenza. – 13. Conclusioni.

The purpose of this essay is to show that in our constitutional system the legislative power cannot create "other legislators", that is it cannot create other sources of law which have the same rank of statutes. I will use two arguments: the first one is that the art. 87, fifth paragraph, and 89, second paragraph, of the Italian Constitution require that all normative acts with the force of the law to be issued by the President and countersigned by the Cabinet. The second argument is the concept of "constitutional competence", which prescribes that all the primary sources have their own area of expertise that could not be transmitted to other competitive sources without departing from the Constitution.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Sassari.

Osservatorio sulle fonti

1. Premessa

Ci sono questioni che non invecchiano mai. Una di queste è l'oggetto di questo saggio e può essere sintetizzata in una domanda: la legge può istituire fonti primarie concorrenti?

È noto che la tesi affermativa è stata sostenuta in più occasioni da Franco Modugno¹. In uno scritto abbastanza recente il chiaro Autore critica la ricostruzione (della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza costituzionale) secondo cui «la disciplina della legislazione primaria è “riservata” alle fonti costituzionali». A Suo giudizio non è vero che «la legge ordinaria non (possa) disporre di sé medesima, della sua forza ed efficacia tipica» e che possa soltanto «prevedere e disciplinare (altre) fonti con essa non concorrenti»². Questa tesi sarebbe sicuramente corretta – aggiunge Modugno – se fosse vera la premessa da cui prende le mosse, cioè se fosse vero che «la Costituzione e le leggi formalmente costituzionali presentano una disciplina completa e “chiusa” di fonti legislative primarie»: in tal caso «non sarà certamente dato alla legge ordinaria di incidere legittimamente su di esse e forse neppure derogarvi». Sta di fatto, però, che – sempre a giudizio di Modugno – «la normazione costituzionale sulla normazione primaria non è in effetti completa e “chiusa” (esaustiva) ma che, perfino ove lo sembri, è dato invece riscontrare “invasioni” in essa o (...) aggiramenti che non è possibile evitare o (...) contrastare, nei fatti»³.

Il pensiero di Modugno è nitido: la legge può diventare fondamento di potestà normativa *solo se* per la Costituzione la questione è indifferente, cioè se la carta costituzionale non vieta espressamente questa possibilità. Di conseguenza, in mancanza di un divieto costituzionale, il legislatore potrà autorizzare altri organi a esercitare la funzione legislativa, e gli atti prodotti avranno la medesima forza della legge. La legge potrà, dunque, fungere da *fondamento* per altri tipi di fonti primarie, indicando l'organo competente, il procedimento formativo (ed eventualmente anche gli ambiti di competenza): e queste nuove tipologie di fonti primarie avranno la medesima forza della legge, poiché

¹ F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione* in Studi in Onore di M. Mazziotti di Celso, II, Cedam, Padova, 1995, p. 175 ss., spec. 189; ID., *La posizione e il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, in www.issirfa.cnr.it; ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.astrid-online.it. Da ultimo in ID., *Appunti su alcune ricerche dottorali dedicate alle “fonti del diritto”*, in www.gruppodipisa.it, p. 1. Oltre a Franco Modugno, anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in www.federalismi.it, n. 6/2014, p. 19 ss., spec. 21, ammette che si possano istituire fonti concorrenti.

² F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009, p. 9-10. Sulla tesi del “sistema chiuso” delle fonti primarie del diritto si veda V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 940.

³ F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, cit., p. 9-10.

Osservatorio sulle fonti

potranno validamente abrogare, sostituire o modificare le disposizioni legislative previgenti⁴.

Tuttavia, anche se queste considerazioni di ordine generale fossero condivisibili sul piano teorico, non è detto però che, per ciò stesso, lo siano anche sul piano dogmatico. La tesi teorica dell'apertura del sistema delle fonti deve trovare conferma nel testo costituzionale italiano. Ed è proprio questo che sarà messo in discussione in queste pagine. Difatti, ad avviso della scrivente, dalla nostra Costituzione si evincerebbe il divieto rivolto al legislatore ordinario di creare fonti primarie concorrenziali.

Prima però di spiegare perché non sia sostenibile dogmaticamente la tesi di Modugno, si dovranno ricostruire le due tesi contrapposte: quella della chiusura delle fonti primarie e quella dell'apertura. E per far questo è imprescindibile prendere le mosse dal corretto intendimento della nozione di "fondamento di validità".

2. Hans Kelsen e il fondamento di validità

Molto brevemente, per Hans Kelsen il «fondamento di validità» è la norma che «determina il procedimento con cui si produce un'altra norma». È ben possibile, però, che questa norma «al tempo stesso, in certa misura, (...) determini anche il contenuto della norma da produrre». Sicché, per fondamento di validità possiamo, in sintesi, intendere la *norma che determina il procedimento con cui si produce un'altra norma e che, eventualmente e in parte, ne determina il contenuto*. Per il maestro praghese «il rapporto fra la norma che regola la produzione di un'altra e la norma prodotta conformemente alla prescrizione si può rappresentare con l'immagine spaziale della sovrordinazione e della subordinazione. Superiore è la norma che regola la produzione, inferiore è la norma prodotta conformemente alla prescrizione». Poiché le regole *sulla produzione* sono gerarchicamente sovra-ordinate rispetto alle regole *di produzione*, ne consegue che l'ordinamento giuridico non è un sistema ove le norme giuridiche sono «poste l'una accanto all'altra in condizioni di parità», ma è una «struttura gerarchica (...) composta di vari piani di norme giuridiche»⁵.

⁴ Oltre a Modugno anche Costantino Mortati ha sostenuto la tesi dell'apertura del sistema delle fonti primarie. Nella monografia del 1964 (C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*) si afferma, infatti, che gli atti soggetti al controllo di costituzionalità non dovrebbero essere soltanto quelli indicati nell'art. 134 Cost. (leggi e atti aventi forza di legge), ma che vi rientrerebbero anche altre fonti, dotate anch'esse di "forza di legge". In particolare, Mortati si riferisce ai regolamenti di delegificazione e a quelli indipendenti, osservando come questi, pur essendo qualificati dalla dottrina dominante come fonti secondarie del diritto, possano tuttavia sostituirsi alle leggi previgenti ovvero regolare oggetti non ancora disciplinati dalla legge: di talché – sempre a giudizio di Mortati – tali tipologie di regolamento manifesterebbero, perlomeno sul piano sostanziale, una forza equivalente a quella della legge. Come sarà dimostrato (nel paragrafo 7), però, la tesi di Modugno non è armonizzabile con quella di Mortati.

⁵ Tutti i virgolettati presenti nel testo sono di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960, trad. it. M.G. LOSANO (a cura di), *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 251-252.

Osservatorio sulle fonti

È bene precisare che per Kelsen la produzione del diritto può essere disciplinata in diversi modi: ad esempio, «la norma superiore può determinare l'organo ed il procedimento per produrre la norma inferiore, ma può anche determinare il contenuto di questa norma»; oppure «la norma superiore (può) determina(re) soltanto l'organo (...) che deve produrre la norma inferiore, affidando alla discrezionalità di quest'organo tanto la determinazione della procedura da eseguire quanto la determinazione del contenuto della norma da produrre». Pure in quest'ultimo caso, anche se si tratta di una disciplina costituzionale per così dire “minimale”, è comunque la norma superiore a disciplinare la produzione della norma inferiore, perché «la determinazione dell'organo è il *contenuto minimo* della norma superiore rispetto a quella inferiore»⁶. Ogni atto produttivo di diritto, perciò, è sempre un atto di applicazione di norme superiori e preesistenti. E viceversa, se non ci sono norme superiori sulla produzione o se queste, pur essendoci, non autorizzano un dato organo all'esercizio della funzione normativa, allora l'atto normativo che tale organo volesse adottare non potrebbe considerarsi come un atto appartenente all'ordinamento, cioè non sarebbe una valida esplicazione di potestà normativa. Insomma, affinché un organo possa validamente adottare un atto produttivo di diritto, *dev'esserci sempre una norma gerarchicamente sovraordinata che lo autorizzi a farlo, sebbene ciò non comporti necessariamente che tale norma debba disciplinare anche il procedimento di formazione di quella inferiore, cioè le modalità di esercizio della potestà normativa conferita*.

Sin qui sembra che non ci sia nulla di nuovo rispetto a ciò che i lettori dell'opera kelseniana già sapevano. Ma in realtà dalla proposizione concessiva che chiude l'ampio corsivo di sopra, si possono trarre anche altri spunti di riflessione.

Partendo da queste ultime premesse kelseniane, soltanto le norme superiori (e dunque la Costituzione) determinano (almeno) gli organi che possono esercitare la funzione legislativa ed è, invece, la legge che determina gli organi abilitati a esercitare la funzione normativa di secondo grado. In particolare, la nostra Costituzione conferisce l'esercizio della funzione legislativa alle Camere, al Governo (previa delega o in casi straordinari di necessità e urgenza) e ai Consigli regionali. Questo significa che altri organi diversi da questi non potranno esercitare la suddetta funzione perché privi di un'autorizzazione costituzionale “minima”⁷. È chiaro, quindi, che non ci potranno esse-

⁶ Corsivi miei, virgolettati di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 265-266.

⁷ Sul punto si veda anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, cit., p. 21, secondo il quale le tesi sul divieto di istituzione di fonti concorrenziali e sul numero chiuso delle fonti del diritto richiederebbero sempre la necessità che (tutte) le fonti primarie possano vantare *almeno* un fondamento costituzionale (per evitare un loro incontrollato proliferare); di conseguenza, per Carnevale «il vincolo all'autoregolamentazione che se ne trae riguarderebbe) la *radice* del potere normativo di cui sono espressione, vale a dire la ‘norma di riconoscimento’ intesa come mera ascrizione di potestà normativa, lasciando tuttavia impregiudicato ogni altro aspetto della produzione normativa, sia sotto il profilo qualificatorio delle fonti (definizione dei presupposti, del procedimento di formazione, dell'ambito formale-materiale di competenza, ecc.), sia con riguardo alla definizione del regime applicativo delle norme (regole riguardanti la sfera temporale di efficacia)».

Osservatorio sulle fonti

re altri legislatori oltre alle Camere, al Governo e ai Consigli regionali. Di conseguenza, il catalogo delle fonti primarie sarebbe un elenco “chiuso”, nel senso che sarebbero primarie e, dunque, provviste di forza di legge soltanto le fonti che il dettato costituzionale disciplina. Non ci sarebbe spazio per altre fonti concorrenziali, perché la loro introduzione violerebbe il principio d’inderogabilità delle competenze.

Svolgendo coerentemente la linea di ricerca che si evince dal pensiero kelseniano, può dirsi che teoricamente e dogmaticamente *tutto ciò che non è costituzionalmente previsto, è vietato*⁸. E posto che la nostra carta costituzionale nulla dispone circa la creazione di altre fonti primarie concorrenziali, allora questo silenzio equivarrà a un divieto⁹.

3. Franco Modugno e il principio d’inderogabilità delle competenze

Come già si è accennato, il pensiero di Franco Modugno è il rovescio speculare dell’impostazione kelseniana (almeno per come è stata qui ricostruita).

Anzitutto Modugno ritiene che nel nostro ordinamento, non ci sarebbe un sistema di fonti primarie degno di questo nome. Il lemma “sistema”, infatti, «designa un insieme o complesso di elementi collegati tra loro, interdipendenti, in modo da formare un tutto organico, soggetto a determinate regole»¹⁰. Sicché, un sistema è tale se contiene una serie di regole *sulla* produzione, cioè un insieme di *regole sulle regole*, in base alle quali riconoscere i diversi tipi di fonte e ordinare i loro rapporti. Date queste premesse, un sistema delle fonti non potrà che essere, per definizione, ‘chiuso’¹¹. In un certo senso la ‘chiusura’ del sistema è tutt’uno con la sua ‘sistematicità’: se non fosse chiuso, sarebbe del tutto inutile definirlo ‘sistema’.

In secondo luogo – sempre a giudizio di Modugno – dal silenzio del testo costituzionale non potrebbe estrapolarsi il divieto implicito di creare altre fonti primarie. Ne discende che *ciò che non è costituzionalmente vietato è permesso*¹²: tesi, quest’ultima, che è esattamente speculare a quella dell’inderogabilità delle competenze costituzionalmente previste.

Per tutta questa serie di ragioni non potrebbe negarsi che la funzione legislativa possa legittimamente creare altre fonti primarie¹³. In particolare, muovendo dalla tesi che la

⁸ Ma la formula è tratta da A. RUGGERI, *La legge come fonte sulla normazione?*, in A. RUGGERI, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIV studi dell’anno 2010, Giappichelli, Torino, 2011, p. 54.

⁹ Tuttavia G.U. RESCIGNO, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 2587, osserva che «l’argomento del silenzio, da solo è bivalente: tanto può applicarsi per sostenere che chi tace non l’ha negato e quindi voleva affermare, tanto può sostenersi che se non l’ha affermato voleva negarlo».

¹⁰ F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di sistema delle fonti?*, cit., p. 1.

¹¹ Come osserva F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di sistema delle fonti?*, cit., p. 3.

¹² F. MODUGNO, *Appunti su alcune ricerche dottorali dedicate alle “fonti del diritto”*, in www.gruppodipisa.it, p. 2.

¹³ Com’è noto, prima dell’avvento della Costituzione repubblicana la legge era considerata la «fonte di tutte le fonti, vale a dire l’atto idoneo a fondare ogni altra possibile fonte e, dunque, a stabilirne limiti

Osservatorio sulle fonti

funzione legislativa sia «ordinario mantenimento e svolgimento della Costituzione (...)», Modugno giunge alla conclusione che la legge si «può essere *limitata soltanto* dalle norme costituzionali» e che «è sottoposta, in linea di massima, soltanto alla Costituzione», ma che «nei confronti di questa svolge (deve svolgere), in positivo, un ruolo di ordinaria e primaria fonte integratrice»¹⁴. E dunque, «se la funzione legislativa è funzione *creativa*, nei limiti della Costituzione», allora «il principio di tassatività delle fonti primarie va decisamente ridiscusso e ridimensionato, operando semplicemente nei confronti dell'esecutivo, cioè nei rapporti tra esecutivo e legislativo»¹⁵. Vale a dire, in assenza di espresso divieto costituzionale, non ci sarebbe «tassatività delle fonti primarie». Dunque il legislatore potrebbe disciplinare la materia costituzionale delle fonti primarie senza limiti ulteriori rispetto a quelli ricavabili *espressamente* dal dettato costituzionale.

4. L'argomento della consuetudine costituzionale

Ma la tesi 'aperta' del sistema delle fonti primarie si è spinta ben oltre.

Oltre che per le ragioni già esaminate, infatti, il sistema delle fonti primarie non sarebbe 'chiuso' anche per un altro motivo: perché «le regole positive sulla individuazione delle fonti non sono complete, nel senso che possono darsi norme effettivamente vigenti ed osservate che non risultano 'prodotte' da alcuna fonte 'legale', bensì da fonti c.d. *extra ordinem*, appunto estranee al presunto sistema». Modugno, ovviamente, non disconosce che vi siano regole positive sulle fonti (cioè disposizioni costituzionali sulla produzione del diritto). Tuttavia s'interroga «sul loro valore e sulla loro efficacia o, più in generale, *sul significato del complessivo fenomeno della produzione normativa*»¹⁶. E la risposta più convincente arriverebbe dall'Esposito teorico della consuetudine costituzionale¹⁷ e antikelseniano¹⁸.

di efficacia e, in una parola, il complessivo regime». Sotto taluni profili, la tesi 'aperta' si pone in linea di continuità con questa tradizione, perché ribadisce questa valenza della legge come criterio ordinante l'assetto delle altre fonti, cioè come «fonte delle fonti». Sul ruolo della legge prima della Costituzione, vedi anche A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 15-16. Secondo l'A. «discorrere di una possibile "separazione delle competenze" goduta da altre fonti nei confronti della legge era, dunque, a quel tempo, cosa priva di senso, dal momento che la legge poteva espandere la sua forza per ogni dove e, praticamente (...), senza limiti».

¹⁴ F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, cit., p. 4-5.

¹⁵ Tutti i virgolettati sono di F. MODUGNO, (in particolare il primo è tratto da F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, cit., p. 11; il secondo, invece, da ID., *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, cit., p. 189.

¹⁶ Tutti i virgolettati presenti nel testo sono di F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.aspid-online.it, p. 3.

¹⁷ C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 456 ss.

¹⁸ In parte contesterebbe questa affermazione F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., p. 4, secondo il quale, da un lato, la tesi espositiana è in netto contrasto con la ricostruzione gradualistica in tema di fonti della scuola kelseniana dall'altro lato, invece, ci sarebbe una consonanza con essa: «se ultima e vera scaturigine della norma giuridica è la coscienza umana, individuale o

Osservatorio sulle fonti

Difatti, per Esposito e quindi anche per Modugno, le regole sulla produzione del diritto o le disposizioni sulle fonti primarie, «più che fungere da fondamento delle norme, svolgono un *ruolo*, per così dire, *complementare*»: e ciò perché «le disposizioni sulle fonti non danno forza agli atti e ai comportamenti normativi, ma solo ne disciplinano la forza, la regolano ed eventualmente la eliminano»¹⁹. In un certo senso la ragione per cui una data tipologia di atti normativi s'afferma come fonte primaria del diritto non è il fatto che sia prevista come tale dalle regole costituzionali sulla produzione del diritto: le disposizioni costituzionali sulle fonti, infatti, valgono fintantoché sono avvalorate da una *consuetudine confermativa*. Insomma, le regole sulla produzione «valgono *se e nei limiti in cui sono osservate*»²⁰.

Alla luce di queste premesse teoriche la Costituzione (specialmente le regole costituzionali sulla produzione normativa) invero non avrebbe la forza di costituire alcunché. Non darebbe vita a un sistema (chiuso) delle fonti primarie: e anche se la Costituzione stabilisse quali sono le fonti del diritto (e a quali condizioni soggiacciono), tutto questo potrebbe sempre essere *dis*-confermato dalla consuetudine²¹.

5. Regole regolative e costitutive

Non c'è dubbio che se si svolgessero coerentemente gli insegnamenti espositivi, se ne dovrebbe trarre la conclusione che la Costituzione contenga soltanto regole «regolative» e non già anche regole «costitutive».

Le prime, come è noto, sono quelle che «vertono su un'attività che sussista indipendentemente da esse», mentre le seconde sono «il *prius* di ciò su cui esse vertono, ossia non vertono su attività che ad esse preesistano e che sussistano indipendentemente da esse»²². Detto in altri termini, «le prime disciplinano attività umane preesistenti all'entrata in vigore della norma. Le seconde, al contrario, creano il tipo di attività che regolano»²³. Un esempio del primo tipo sono «le norme in tema di attività venatoria»: «nella misura in cui hanno per oggetto un'attività umana primordiale, non creano, non costituiscono il fenomeno della 'caccia', ma soltanto lo regolano, limitandolo dall'esterno». Un esempio del secondo tipo sono «le regole sul gioco degli scacchi», in

sociale, allora fonte del diritto è qualsiasi fatto o atto potenzialmente normogeno, idoneo a produrre norme, quindi anche le decisioni giudiziarie, anche gli atti amministrativi e persino i negozi privati».

¹⁹ Così F. MODUGNO, *ult. op. cit.*, p. 4, il quale riprende le parole di C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, riprodotta in D. NOCILLA (a cura di), *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 318.

²⁰ F. MODUGNO, *ult. op. cit.*, p. 4.

²¹ Cioè – a ben vedere – da quella che G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1900, trad. it. M. PETROZZIELLO (a cura di), *La dottrina generale dello Stato*, Società Editrice Libreria, Milano, 1921, chiamava «forza normativa del fattuale».

²² Così F. MODUGNO, *Validità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 11.

²³ O. CHESSA, *Abbiamo il dovere di obbedire alla Costituzione?*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 814.

Osservatorio sulle fonti

quanto «ne costituiscono la stessa ragion d'essere: il gioco non esisteva prima delle regole che lo strutturano»²⁴.

Ora, se le regole costituzionali sulla produzione non *costituiscono* l'attività normativa cui si riferiscono, poiché questa non deriva certo da quelle la propria forza e validità (ma dalla «forza normativa del fattuale»), allora dobbiamo per forza intenderle come norme «regolative», cioè come norme che sono dirette a regolare ed eventualmente limitare attività normative la cui esistenza è indipendente rispetto alla regolazione costituzionale o che comunque non traggono da questa la propria vigenza e idoneità a operare nella normogenesi.

Sta di fatto, però, che il pensiero di Modugno sembra non voglia giungere a questa conclusione (che pure sarebbe coerente con le premesse da cui muove il chiaro Autore). Difatti, nella voce enciclopedica *Validità (teoria generale)* Modugno definiva come «costitutive (...) le norme sulle fonti (esempio, norme attributive del potere normativo, norme procedurali essenziali “alla “riconoscibilità” dell'atto normativo)»²⁵. E se le norme sulle fonti sono «costitutive», non sono evidentemente «regolative»: sicché non potrebbe certo sposarsi la tesi di Esposito e, con ciò, attribuire alla consuetudine costituzionale il valore confermativo ovvero *dis*-confermativo sopra accennato²⁶.

6. Dalla teoria alla dogmatica

Inoltre occorre valutare sino a che punto le affermazioni che sicuramente si collocano sul piano teorico, abbiano ricadute sul piano dogmatico.

A tale proposito e con riguardo al problema che ci occupa, va detto che un'affermazione di Esposito apre una crepa nell'impianto teorico/dogmatico seguito da Modugno. Com'è noto, Esposito asserisce (e Modugno implicitamente acconsente) che «negli ordinamenti costituiti vi è una *seria presunzione* che il diritto obiettivo venga in essere secondo le disposizioni sulla produzione del diritto»²⁷. Vale a dire, deve presumersi, fino a prova contraria, che la produzione normativa, ossia gli atti normativi attraverso i quali si esprime, corrispondano alle tipologie di atto normativo costituzionalmente prescritte.

Senonché, se si ammette questo, allora si dovrà altresì presupporre che anche la Costituzione, intesa come atto normativo individuabile, sia vigente e che di conseguenza non possano considerarsi validamente vigenti gli atti che vi contrastano. Prendendo perciò sul serio l'asserzione espositiana e traendone logicamente le conseguenze implicite,

²⁴ I virgolettati sono tratti da O. CHESSA, *op. ult. cit.*, p. 814.

²⁵ Così F. MODUGNO, *Validità (teoria gen.)*, cit., p. 12.

²⁶ In ogni modo, è difficile ipotizzare che la costituzione non sia regola costitutiva, ma solo regolativa. Del resto, una «costituzione» è tale proprio perché *costituisce* un assetto di potere e un corrispondente sistema di competenze (normative e non). Questa, però, è una complessa questione di teoria costituzionale, che in questa sede non è possibile affrontare in modo approfondito. Sia consentito il rinvio, per tutti, al saggio di M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.

²⁷ C. ESPOSITO, *Consuetudine costituzionale*, cit., p. 307.

Osservatorio sulle fonti

specialmente sul piano dommatico, il giudice e il giurista positivo dovrebbero muovere sempre dalla suddetta presunzione e ragionare *come se* la costituzione fosse vigente e vincolante.

Tuttavia – come è evidente – questo è un punto debole sia della teoria di Esposito che di quella di Modugno: un punto debole che peraltro ci riporta al punto di partenza. È, infatti, un altro modo per ribadire il principio d'inderogabilità delle competenze e che sembra perciò avvalorare la ricostruzione 'chiusa' del sistema delle fonti primarie. Insomma, si confermerebbe infine la tesi di Vezio Crisafulli, perlomeno sul piano dogmatico dei doveri riguardanti il giudice e in genere il giurista positivo.

7. Le fonti concorrenziali extra-governative

Posto che quanto si afferma sul piano teorico non è detto che possa trovare terreno fertile anche sul piano dogmatico, è su quest'ultimo che si condurranno le osservazioni che seguiranno.

Guardando al nostro sistema delle fonti primarie, Modugno ritiene che non tutta la normazione sia incompleta e, dunque, aperta. A considerare infatti la normazione costituzionale sulla funzione legislativa esercitata dal Governo, questa apparirebbe «specifica, dettagliata, completa e, almeno a prima vista, “chiusa”»²⁸. Se ne evincerebbe, perciò, che sarebbe *costituzionalmente* vietato istituire con legge nuove tipologie di atto primario *governativo* concorrenziale con la stessa legge²⁹.

Questa tesi, inoltre, pone in un vicolo cieco la ricostruzione dogmatica offerta da Mortati, secondo il quale anche i regolamenti di delegificazione e i regolamenti indipendenti sarebbero da ricomprendere tra gli atti aventi forza di legge. La ricostruzione mortatiana presuppone che si possano istituire con legge altre fonti *primarie governative*, diverse dal decreto legislativo e dal decreto legge. Ma questo, come è stato evidenziato da Modugno, è escluso dal tenore letterale dell'art. 77, il quale vieta chiaramente

²⁸ L'inciso «a prima vista» è d'obbligo, perché comunque questa disciplina costituzionale sulle fonti primarie governative «ha subito deroghe, aggiunte, specificazioni con leggi ordinarie parlamentari (più o meno costituzionalmente legittime) non facilmente eludibili e, comunque, non evitate nei fatti». Sicché all'ordine formale delle competenze quale risulta dal testo costituzionale si sarebbe sovrapposto un ordine materiale, giustificabile solo in nome dell'effettività. Ovviamente è un problema di grande rilievo teorico quello di stabilire sino a che punto l'effettività, le prassi, la forza del fattuale possano derogare al riparto costituzionale delle competenze. Si tratta di una questione complicata, che meriterebbe autonoma trattazione, sicché qui assumo, seppur assertivamente, che la dimensione fattuale pur potendo giocare un ruolo nell'interpretazione costituzionale, non abbia tuttavia forza normogenetica, tale cioè da operare legittimamente come fonte normativa alternativa rispetto a quelle formali.

²⁹ Ricostruisce nei medesimi termini il pensiero di Modugno, A. RUGGERI, *La legge come fonte sulla normazione?*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIV studi dell'anno 2010*, cit., p. 52.

Osservatorio sulle fonti

al Governo di adottare atti con forza di legge in assenza di delega legislativa (ammettendo solo la decretazione per i casi di necessità e urgenza)³⁰.

Di conseguenza, fuoriuscendo dall'ambito delle fonti primarie governative, Modugno ribadisce che non sarebbe vietato creare per legge altri atti aventi valore primario. Sicché il sistema delle fonti primarie del diritto non sarebbe un sistema complessivamente "chiuso", bensì integrabile con legge: ma, giova ripeterlo, ciò soltanto sotto la condizione che le fonti primarie istituite dalla legge abbiano natura *extra-governativa*³¹.

8. *I legislatori creati dal legislatore. Gli art. 87, quinto comma e 89, secondo comma, Cost.*

Di che tipo potrebbero essere, allora, le fonti primarie liberamente creabili dal legislatore? Quali legislatori potrebbe creare il legislatore?

Stando alla ricostruzione del pensiero di Modugno sin qui condotta, se ne dovrebbe evincere che il legislatore possa creare *ex novo* una fonte primaria affidandone la relativa competenza a un organo "terzo", diverso sia dal Parlamento sia dal Governo (considerato che, con riguardo a quest'organo, il sistema delle fonti primarie sarebbe sicuramente chiuso, stando sempre alle tesi di Modugno). Trattandosi però di un atto normativo con forza di legge, bisognerà chiedersi se la sua adozione debba rispettare gli artt.

³⁰ La tesi di Mortati non può armonizzarsi con quella di Modugno nemmeno sostenendo l'assimilabilità tra le leggi di delega (*ex art. 76 Cost.*) e quelle che autorizzano la regolamentazione indipendente o la delegificazione. Ad esempio, stando a quanto previsto dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 quest'operazione non è facilmente dimostrabile. Difatti, sia la legge di delegificazione, sia la legge 400 dell'88 autorizzerebbero il Governo ad adottare i regolamenti in questione senza precisi limiti temporali. C'è, però, anche un altro passaggio del pensiero di Mortati che non appare del tutto condivisibile. Per l'A. il concetto di forza di legge non è «fornito di caratteri sempre omogenei, che consentano di fare distinguere in modo preciso gli atti normativi che ne sono forniti, dagli altri che invece ne difettano. È stato (...) dimostrato come lo schema astratto che caratterizza la forza di legge, sulla base della duplice potenzialità che si assume racchiusa, attiva e passiva, non trova sempre riscontro nella realtà dalla quale è facile desumere invece numerosi esempi di dissociazione fra l'una e l'altra». Di conseguenza «così come può verificarsi una graduazione di forza di legge fra atti promananti dalla stessa fonte legislativa primaria (...), così è possibile che l'efficacia di norme fornite della forza di legge venga meno per opera di atti di fonti considerate di grado inferiore» (C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 96-97). Tutto vero, se s'assume come punto di vista la legge, ma lo stesso non vale per i regolamenti delegati e indipendenti. Difatti, questi atti possono sempre essere abrogati da altri regolamenti governativi e dunque non possiedono la cosiddetta forza passiva. Un conto è dimostrare che la forza di legge nelle sue due varianti (attiva e passiva) può ammettere graduazioni (come nel caso di una legge che può essere sostituita da un regolamento delegato). Altra cosa è un atto che non possiede la forza passiva. In quest'ultimo caso manca completamente una caratteristica essenziale e dunque non può essere annoverato tra gli atti aventi valore di legge. (Sulle qualità degli atti con forza di legge, si veda, F. CUOCOLO, *Gli atti dello stato aventi «forza di legge»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 97 ss., spec. 128 ss.).

³¹ Medesime conclusioni erano già rinvenibili in F. MODUGNO, *Relazione introduttiva. La funzione legislativa, oggi*, in *La funzione legislativa, oggi* (a cura di M. RUOTOLO), Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 17-18. È da evidenziare che la chiusura delle fonti primarie governative impone un altro vincolo costituzionale al legislatore: questi non potrà creare delle fonti primarie ministeriali.

Osservatorio sulle fonti

87, quinto comma e 89, secondo comma Cost., i quali prescrivono rispettivamente che il Capo dello Stato «promulga le leggi ed emana i *decreti aventi valore di legge*», e che «*gli atti che hanno valore legislativo (...)* sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei Ministri». È un passaggio cruciale, perché se trovano applicazione gli articoli suddetti, allora si tratterà di nuove fonti normative governative (pertanto ricadenti nel divieto costituzionale di creare nuovi fonti primarie governative): è, infatti, impensabile che – in base a qualsiasi ricostruzione voglia farsi dell'istituto della controfirma ministeriale – il Governo sia chiamato a controfirmare un atto normativo primario senza avere il potere di determinarne sostanzialmente il contenuto³².

Ebbene, la prima questione preliminare è capire se le due diverse formule utilizzate nelle disposizioni citate – e cioè, «*decreti aventi valore di legge*» e «*atti con valore legislativo*» – indichino la medesima cosa oppure se a questa diversità terminologica corrisponda un significato realmente differente.

Va detto che, a prima vista, il tenore letterale delle disposizioni costituzionali in esame pare suggerire l'identità di significato delle due formule, perché se in base all'art. 89 tutti gli «*atti con valore legislativo*» debbono essere controfirmati dal Governo ne discende che devono essere firmati dal Capo dello Stato, con la conclusione che «*atti*» non può che significare «*decreti*»³³.

Posto che il termine «*decreto*» (*ex art. 87*) è sinonimo di «*atto*» (*ex art. 89*) e che ogni atto con valore legislativo (diverso dalla legge parlamentare) non può che essere un decreto presidenziale, allora tutti gli atti/decreti che hanno valore legislativo devono essere emanati dal Presidente della Repubblica e controfirmati dal ministro proponente e dal Presidente del Consiglio. Anche se il legislatore ordinario affidasse a un organo terzo la competenza ad adottare la nuova tipologia di atto legislativo, comunque tale atto non

³² Sia accogliendo la tesi maggioritaria secondo cui gli atti normativi primari aventi la forma di decreti presidenziali sarebbero atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente governativi (sul punto la dottrina è copiosissima, si veda, ad esempio, S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, 1996, p. 447), sia accogliendo la tesi minoritaria (su cui vedi, da ultimo, O. CHESSA, *Il Presidente della repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010, p. 16 ss.) secondo cui tutti gli atti presidenziali sarebbero atti complessi, in ogni caso si tratterebbe di atti ricadenti nella competenza (esclusiva ovvero condivisa) del Governo.

³³ Non sarebbe questa la prima volta che termini diversi ricorrono col medesimo significato. Ad esempio, l'art. 77 Cost. chiama i decreti legge prima «*provvedimenti*» provvisori (secondo comma), e poi «*decreti*». Ancora, sempre nell'art. 77, comma primo, Cost., è prescritto che il «*governo non p(ossa) senza delegazione emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria*». È evidente che emanare è sinonimo di adottare e non può che essere inteso in questa maniera. In caso contrario, infatti, si dovrebbe escludere che i decreti delegati possano essere emanati dal Presidente della Repubblica. Infine, ricordiamo l'utilizzo a volte dell'espressione «*forza di legge*» (artt. 77 comma secondo e 134 Cost.), altre volte dell'espressione «*valore di legge*» (artt. 75, 77, comma primo, 87 Cost.) e altre volte ancora della formula «*valore legislativo*» (art. 89 Cost.). Ebbene, a queste differenti espressioni non corrisponderebbe un diverso significato. S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 262, spec. 263. Contrariamente, vedi A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1957, p. 6.

Osservatorio sulle fonti

potrebbe essere altro che un decreto presidenziale e quindi, in virtù della controfirma, anche un *atto governativo* (sostanzialmente e quindi interamente governativo ovvero complesso e perciò parzialmente governativo, secondo la ricostruzione della controfirma che si accoglie).

Senonché, come si è già ricordato (e come lo stesso Modugno asserisce), in base all'art. 77, comma primo, della Costituzione, le fonti primarie governative sono solo quelle disciplinate dalla Costituzione. La perfetta identità terminologica tra atti e decreti (aventi valore di legge) sconfesserebbe la tesi di Modugno.

9. Gli atti aventi forza di legge non emanati dal Capo dello Stato

Ma poniamo che quest'argomento, di tipo letterale, non sia conclusivo e supponiamo che invece «atto» e «decreto» indichino tipologie differenti di atto normativo: in tal caso se ne dovrà concludere che l'articolo 87, comma quinto, Cost. non potrà applicarsi con riguardo a quegli *atti* che hanno forza di legge ma che sono diversi dai *decreti*. D'altronde, pure questa soluzione non sarebbe priva di supporti letterali importanti. La categoria degli atti aventi forza di legge parrebbe, infatti, più ampia di quella dei decreti aventi valore di legge, visto che le disposizioni costituzionali menzionano più i primi che i secondi: ad esempio, l'art. 75, comma primo, Cost., autorizza l'abrogazione (totale o parziale) mediante referendum sia delle leggi sia degli *atti* con valore di legge; l'art. 134 Cost. prescrive che la Corte giudica delle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli *atti* aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; e così anche l'art. 136, che si rivolge agli *atti* aventi forza di legge (e non ai decreti); infine, l'art. 89 nel prescrivere che nessun atto del Capo dello Stato è valido se non è controfirmato dal ministro proponente aggiunge, al comma secondo, che gli *atti* aventi valore legislativo (e gli altri indicati dalla legge) sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio. Stando pertanto alle risultanze testuali, la categoria degli atti aventi forza di legge sembrerebbe un *genus* di cui farebbero parte, come *species*, i decreti aventi valore di legge.

Ma se il *meno* – cioè i «decreti» – non comprende il *più* – cioè gli «atti» – allora, quando l'art. 89 dice che il Presidente della Repubblica emana i «decreti aventi valore legislativo» (che saranno controfirmati dal Ministro proponente e dal Presidente del Consiglio, in quanto «atti che hanno valore legislativo»), non si riferirebbe a tutti i possibili atti con forza di legge (diversi dalla legge), ma solo a quelli che possono correttamente ricondursi alla categoria dei decreti presidenziali. Seguendo questa ipotesi interpretativa, con decreto presidenziale saranno adottati tutti gli atti aventi valore di legge dello Stato direttamente fondati in Costituzione, le fonti primarie governative e il referendum abrogativo³⁴. Ma resterebbero fuori dall'orbita presidenziale quegli atti con for-

³⁴ E, infatti, la legge attuativa dell'istituto referendario (legge 25 maggio 1970, n. 352 “*Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*”) prevede all'art. 37 che

Osservatorio sulle fonti

za di legge creati *ex novo* dal legislatore e per i quali non esisterebbe una disciplina direttamente fornita dalla Costituzione, cosicché potrebbero sfuggire alla presa degli artt. 87 e 89 Cost., e quindi potrebbero *non essere* emanati dal Capo dello Stato e *non essere* controfirmati dal Ministro proponente³⁵.

10. Il controllo di costituzionalità degli atti aventi forza di legge

Ovviamente, in base alla tesi qui ricostruita, sia gli «atti» che i «decreti» (aventi valore di legge) saranno soggetti al sindacato di costituzionalità (ex artt. 134 e 136 Cost.) e/o potranno essere abrogati (totalmente o parzialmente) con referendum abrogativo (art. 75 Cost.)³⁶.

Inoltre le nuove fonti primarie avranno sicuramente la capacità di abrogare, sostituire o modificare tutte le disposizioni legislative previgenti, *con la sola eccezione di quelle che istituiscono la nuova potestà normativa primaria*: infatti, tra la legge costitutiva del nuovo “tipo” e il tipo-fonte ci sarebbe un rapporto di micro-gerarchia o gerarchia logica; e di conseguenza, se l’adozione del secondo non osservasse le condizioni procedurali e sostanziali stabilite dalla prima, non avrebbe forza di legge e qualsiasi giudice dovrebbe poter legittimamente disapplicarlo. Insomma, questi nuovi tipi di fonte primaria sarebbero, ad un tempo, soggetti al controllo accentrato di costituzionalità e al controllo diffuso di legalità (diretto a vigilare sul rispetto delle condizioni stabilite dalla legge costitutiva del nuovo tipo)³⁷.

«qualora il risultato del referendum sia favorevole all’abrogazione (...) il presidente della Repubblica, con proprio decreto, dichiara l’avvenuta abrogazione della legge, o dell’atto avente forza di legge».

³⁵ È utile osservare che la distinzione tra le due tipologie di atti ricalcherebbe grossomodo quella tra regolamenti emanati dal Capo dello Stato (e controfirmati dal Governo) e regolamenti che non sono soggetti all’emanazione presidenziale. Anche se – è bene ricordarlo – i regolamenti non soggetti a emanazione presidenziale non sono sullo stesso piano gerarchico degli altri, dal momento che c’è una sorta di micro-gerarchia in virtù della quale i regolamenti ministeriali sono tenuti al rispetto delle prescrizioni contenute nei regolamenti governativi (che, guarda caso, sono quelli emanati dal Capo dello Stato). Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale. Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, vol. I, Utet, Torino, 1992, 206. Come ricorda, inoltre, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, p. 789, fin da subito l’art. 87, comma quinto, Cost., fu interpretato «nel senso che il Presidente della Repubblica emana i regolamenti che la legge prevede che siano emanati dal Presidente della Repubblica, e cioè non tutti. Siccome già in epoca statutaria era previsto che venissero emanati dal Re i regolamenti deliberati dal Consiglio dei Ministri, e invece venissero emanati dal soggetto deliberante, gli altri regolamenti, in particolare quelli ministeriali, si ritenne che la Costituzione avesse accolto e legittimato questa distinzione».

³⁶ Difatti, anche distinguendo tra «atti» e «decreti» (aventi valore di legge), comunque sarebbe logicamente impossibile sottrarre i primi al sindacato di costituzionalità, perché secondo l’art. 134 Cost. la Corte giudica della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti (aventi forza di legge).

³⁷ Uno spunto in tal senso sembra potersi ricavare dal pensiero di C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in *ID.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 272 ss., per il quale alla Corte spetterebbe solo di controllare le leggi rispetto alla Costituzione. Sicché sarebbe escluso che parametri diversi dalle disposizioni costituzionali possano essere utilizzati dai giudici delle leggi. Per l’A., sarebbe infatti precluso il vaglio di costituzionalità delle leggi rispetto ai regolamenti

Osservatorio sulle fonti

Bisogna però chiedersi se atti provvisti della forza di legge possano essere disapplicati a seguito di un controllo svolto in forma diffusa dal giudice comune. La Costituzione parrebbe escluderlo, visto che subordina questo evento alla previa declaratoria di illegittimità: i giudici non possono disapplicare gli atti legislativi se non alla condizione che la Corte costituzionale ne abbia dichiarato l'incostituzionalità.

Si obietterà che il controllo diffuso del giudice comune ha come funzione proprio quella di accertare se questi atti possano validamente fregiarsi della “forza di legge”. Quindi l'atto con forza di legge dovrà essere disapplicato dal giudice comune, se in contrasto con la legge che lo istituisce, mentre dovrà essere annullato da una pronuncia della Corte costituzionale, se contrasta col dettato costituzionale: il vizio di mera illegittimità dovrebbe essere rilevato *diffusamente* dai giudici comuni, mentre il vizio di illegittimità costituzionale dovrebbe essere riservato al controllo *accentrato* di costituzionalità³⁸.

Sta di fatto, però, che non è possibile scindere il controllo (giudiziale) di riconoscimento della forza di legge dal controllo (giudiziale) di riconoscimento della validità: una volta appurato che l'atto è in contrasto con la legge costitutiva e che non può perciò annoverarsi tra gli atti con forza di legge, ne discende altresì che dovrà considerarsi pure illegittimo e quindi disapplicarsi in quanto invalido. La perdita della forza di legge determina necessariamente la perdita della validità, con ciò dimostrando che il controllo diretto ad accertare la sua forza è tutt'uno col controllo diretto a stabilire se è un atto valido. Ma questo contrasta con l'art. 134 Cost., che riserva alla Corte costituzionale il controllo di validità degli atti con forza di legge.

Al limite, la ricostruzione proposta sarebbe ammissibile se consentisse di scindere i due controlli, in modo tale che dall'espletamento di uno non derivassero conseguenze per l'altro: ma ciò è impossibile, perché una volta degradato l'atto al rango di regola-

parlamentari (p. 273), dei decreti delegati rispetto alle leggi di delega (p. 275) e anche delle leggi regionali contrastanti con i principi fondamentali dettati dalla legge statale o che disciplinano materie o fattispecie diverse da quelle attribuite direttamente dalla Costituzione alla competenza regionale. Se per Esposito questo vale per le fonti primarie costituzionalizzate, a maggior ragione pare estendibile alle fonti primarie di creazione legislativa.

³⁸ Un'argomentazione simile è stata adoperata da Gustavo Zagrebelsky per escludere il sindacato di costituzionalità dei decreti legislativi delegati in contrasto con la legge di delega. Difatti, secondo l'A. il decreto legislativo delegato, prima ancora che incostituzionale, potrebbe essere illegittimo per contrasto con la sua legge di delega: e se è illegittimo in questo senso, allora esorbita dai termini della delegazione e non potrà pertanto considerarsi un atto con forza di legge, col risultato che non potrà neppure annoverarsi tra gli atti che, ai sensi dell'art. 134 Cost., sarebbero sottoponibili al sindacato di costituzionalità. «Nel caso di eccesso di delega – figura comprensiva della mancanza, anche parziale, di delegazione (...) – all'atto del Governo non dovrebbe riconoscersi forza di legge: il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge (...) e la decretazione che eccede la delega è appunto, per questa parte, ‘senza delega’. L'apprezzamento dei vizi di legittimità del decreto governativo, in quanto privo di forza di legge, rientrerebbe allora pienamente nella giurisdizione dei giudici comuni» (così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 550. Si vedano anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 139 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 242-243).

Osservatorio sulle fonti

mento o comunque di fonte secondaria, la sua legge dovrà considerarsi una comune legge di autorizzazione della potestà regolamentare, cosicché l'atto/regolamento che non fosse conforme alla sua legge di autorizzazione dovrebbe comunque considerarsi illegittimo e disapplicarsi (o annullarsi)³⁹.

In realtà, una volta che l'atto normativo è pubblicato nella *Raccolta Ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana* con un certo *nomen iuris* che lo qualifica come facente parte di un "tipo", deve applicarsi presumendo che appartenga al "tipo" che lo qualifica: e sarà in base al "tipo" cui dichiara d'appartenere che si definirà il regime dei controlli⁴⁰. Pertanto, se è pubblicato in *Raccolta Ufficiale* come un tipo di fonte primaria provvista di forza di legge, il regime dei controlli sarà quello spettante agli atti con forza di legge (e cioè il controllo accentrato di validità costituzionale). La forza di legge si presume per il solo fatto di essere pubblicato nella *Raccolta Ufficiale* con un certo *nomen iuris*: non è qualcosa che si conquista a seguito di un controllo giudiziale diretto a verificarne i presupposti, ma è semmai qualcosa che si perde – insieme alla validità – a seguito del controllo cui è tipicamente assoggettabile l'atto in oggetto.

In conclusione, la micro-gerarchia tra legge ordinaria costitutiva del nuovo tipo legislativo e atto normativo riconducibile a questo nuovo tipo darebbe luogo a un "rapporto (gerarchico) impossibile", perché comunque la forza legislativa dell'atto precluderebbe – per le ragioni che ho illustrato – un controllo diffuso diretto a vigilare sul rispetto della legge costitutiva.

11. L'atto con valore di legge come decreto presidenziale. Il "ruolo" del Capo dello Stato nella nostra forma di governo

³⁹ Tra l'altro, va detto che è pure dubbio che sia possibile una degradazione da atto con forza di legge a fonte secondaria. Difatti l'atto non può degradare a regolamento, in quanto non si qualifica come tale. Com'è noto, i regolamenti vengono emanati e pubblicati come «decreti del Presidente della Repubblica», ma secondo il disposto dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 devono recare nel titolo la denominazione di «regolamenti». Nel nostro caso, invece, l'atto non sarebbe nemmeno emanato dal Capo dello Stato. Insomma, un giudice che accertasse l'assenza della forza di legge di un atto creato dalla legge, non potrebbe fare altro che disapplicarlo. Ma se questa è la conclusione del giudizio dinanzi ai giudici comuni, allora il controllo operato non sarà più volto ad accertare la forza (o meno) degli atti, ma portando alla sua disapplicazione, si trasformerà in un *giudizio di validità* dell'atto di normazione primaria. Giudizio questo che può essere esercitato soltanto dalla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. E questo perché la funzione esercitata dalla Corte non sarebbe «tanto quella di sindacare la legittimità di un particolare atto (...), quanto quella di accertare se un certo effetto (il comandare cioè con forza di legge) si sia validamente prodotto (...). Ma per accertare se questo effetto si è validamente prodotto deve allora estendere il suo controllo a tutti gli atti che concorrono a farlo nascere, e quindi anche ai presupposti, nella misura in cui influiscono sul suo valido prodursi» (tutti i virgolettati sono di A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti con forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 425-426).

⁴⁰ Sul punto cfr. C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078 ss. e V. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti «con forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 715 ss.

Osservatorio sulle fonti

C'è anche da dire che provare a tracciare una distinzione tra atti aventi valore di legge non emanati dal Capo dello Stato e decreti aventi valore legislativo di emanazione presidenziale, poco si concilierebbe con la nostra forma di governo.

Com'è noto, c'è un rapporto di stretto collegamento tra le disposizioni costituzionali sulle fonti primarie del diritto e quelle che disciplinano la forma di governo⁴¹. Per Hans Kelsen le regole costituzionali per eccellenza sono quelle che disciplinano il procedimento legislativo, cioè sono quelle prescrizioni che indicano quale organo o quali organi possono validamente esercitare la funzione legislativa⁴². Ma le regole del procedimento legislativo, a ben guardare, riflettono quelle sulla forma di governo, o meglio: «il procedimento legislativo è la forma di governo in azione»⁴³.

Nella nostra forma di governo, tutti e tre gli organi costituzionali (Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica) hanno un ruolo più o meno incisivo nel procedimento d'adozione delle fonti primarie del diritto. La legge dev'essere promulgata dal Capo dello Stato, i decreti (legge e delegato) devono essere emanati dal Presidente della Repubblica. In tutti e tre i casi c'è l'intervento di tutti e tre gli attori costituzionali. In particolare, la funzione di volta in volta esercitata dal Capo dello Stato appare tanto più penetrante quanto più ci si allontana da coloro che attivano il circuito di legittimazione politica, cioè acquista maggiore incisività quando la produzione normativa primaria è svolta dall'organo, il Governo, la cui legittimazione democratico-elettiva è solo indiretta.

Ad esempio, non solo il potere presidenziale di promulgazione non sarebbe perfettamente equivalente al potere di emanazione⁴⁴, ma inoltre lo stesso potere d'emanazione varierebbe d'intensità a seconda che l'atto da emanare sia un decreto legislativo delegato o un decreto legge o, ancora, l'esito del referendum abrogativo. Se almeno nel caso del decreto legge si può provare a sostenere che il Presidente possa rifiutarsi di emanare il decreto-legge, di sicuro lo stesso non potrà affermarsi nell'ultima ipotesi, perché nel

⁴¹ A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2/1986, p. 217 ss.; L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 219; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali 2007, Giuffrè, Milano, p. 548 ss.

⁴² H. KELSEN, *Le garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, trad. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 152 ss. Tant'è vero che per il Maestro praghese la costituzione è «la regola del procedimento legislativo» e cioè quelle disposizioni che prescrivono in quali forme e attraverso quali modalità si esercita il potere legislativo.

⁴³ Secondo la nota formula coniata da L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 219). Ecco perché «la fonte è espressione di un potere; è lo strumento attraverso il quale si esercita il potere normativo da parte degli organi cui l'ordinamento lo attribuisce, i quali per ciò stesso rivestono un'importanza estrema» (corsivi miei, virgolettato di L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 547).

⁴⁴ Come sostenuto da M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *www.astrid-online.it*, 3 ss.

Osservatorio sulle fonti

caso del referendum la volontà impressa nell'atto da emanare è quella del Corpo elettorale⁴⁵.

Di conseguenza, se per atti diversi dal referendum (abrogativo) e dalla legge la Costituzione (implicitamente o espressamente) ha cucito addosso al Capo dello Stato un ruolo "attivo" di controllo, questo a maggior ragione dovrà valere anche per le fonti primarie create dal legislatore, proprio perché questi nuovi atti di normazione primaria non sarebbero adottati da organi direttamente (o indirettamente) legati al circuito di legittimazione politica disegnato dalla Costituzione⁴⁶.

12. Il limite invalicabile della competenza

Le obiezioni non finiscono qui. Sappiamo, infatti, che tutte le fonti primarie disciplinate nel testo costituzionale sono «tipizzate anche nella competenza», nel senso che a ciascun tipo è riservata la «disciplina esclusiva (e peculiare) di un certo ambito materiale, cioè (...) dà vita ad una molteplicità di rapporti inscindibili atto-materia, costitutivi della competenza di ciascun tipo di fonte»⁴⁷. Ciascuna fonte primaria ha il proprio ambito di competenza, e a volte quest'ambito è riservato (quando soltanto quel tipo di fonte adottato con quel procedimento può disciplinarlo), altre volte, invece, più fonti possono insistere sul medesimo oggetto⁴⁸. In ogni caso, sia che si discorra di *competenza riservata*, sia che si tratti di *competenza concorrente* il risultato non cambia: ciascun tipo di fonte primaria ha il proprio ambito di competenza, che può condividere o meno con altri atti pari ordinati.

⁴⁵ Quanto detto non può essere confutato modellando il potere d'emanazione su quello di promulgazione delle leggi (come una parte della dottrina sostiene. Si vedano, ad esempio, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 323, E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, in *Giur. Cost.*, 1959, 1014 ss., L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 215 ss., ID., *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, 2/1982, 324 ss.). Difatti, anche questa ricostruzione dogmatica comunque assegna al Capo dello Stato una funzione di controllo sulle leggi (in fase di promulgazione) e sugli atti aventi forza di legge (durante l'emanazione), che non si capisce perché debba venir meno nell'ipotesi di fonti primarie diverse da quelle "costituzionalizzate".

⁴⁶ E ciò a prescindere dalla natura del controllo presidenziale, se giuridico (su cui, vedi per tutti S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 40 e ID., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 384 ss.) o se politico (su cui, di recente, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, cit., p. 228, spec. 232).

⁴⁷ Tutti i virgolettati sono di A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 92.

⁴⁸ Ad esempio, la legge regionale può insistere sugli ambiti materiale che non sono riservati dalla stessa Costituzione alle legge statale e può prescrivere la disciplina di dettaglio su tutti quelli elencati nell'art. 117, comma terzo, Cost. Sempre secondo il dettato costituzionale, il decreto legislativo può disciplinare soltanto gli oggetti indicati nella legge di delega, mentre il decreto legge può essere adottato solo in casi straordinari di necessità e urgenza. Insomma la Costituzione ha previsto che ciascuna fonte primaria abbia il proprio ambito materiale.

Osservatorio sulle fonti

Insomma, è pacifico che ciascun tipo può «trasmettere alle fonti da esso rispettivamente prodotte *la qualità della tipizzazione materiale*, vale a dire *l'impronta competenzaale* immediatamente derivata dalla Costituzione»⁴⁹. Com'è stato evidenziato, «nel momento in cui una legge dovesse demandare ad altra fonte parte della disciplina che la Costituzione le ha riservato non si avrebbe (...) una mera *integrazione* bensì la *deroga* del dettato costituzionale»⁵⁰. A prescindere dal fatto che la nuova fonte possa disciplinare qualsiasi ambito materiale (salvo quelli espressamente riservati dalla Costituzione ad alcune fonti) o che abbia una limitata competenza, in ogni caso la fonte istitutiva modificherà il disegno delle competenze garantite alle fonti primarie del diritto.

13. Conclusioni

Il nostro testo costituzionale ha certamente delimitato il ruolo della legge che non è più «l'atto normativo primario per eccellenza (...), produttore (...) di regole generali e astratte». L'«emersione e (l)' affermazione di una serie di fonti (a valenza primaria e secondaria)» ha dunque contribuito a produrre quell'«impoverimento del ruolo della legge e la *de-strutturazione del sistema delle fonti*»⁵¹.

Il ruolo della legge parlamentare è dunque cambiato. Con l'avvento della Costituzione repubblicana «la legge viene (...) opportunamente temperata, con la riserva, in apparenza abbastanza modesta, che la capacità creativa del diritto della legge si arresta soltanto nei confronti delle fonti di ordine costituzionale»⁵². Ma anche se rispetto al previgente ordinamento la legge non è più il *dominus* incontrastato, tuttavia non ha certo perso «quel ruolo (...) di guida, di coordinamento e di garanzia» che gli è proprio⁵³. Occorre sempre tenere presente che, a parte il caso delle leggi regionali e del referendum abrogativo, gli altri atti con valore di legge (cioè, gli atti governativi primari) sono caratterizzati da un procedimento formativo che, o in entrata o in uscita, prevede il ruolo della legge parlamentare (della legge di delegazione nel caso dei decreti legislativi e della legge di conversione nel caso del decreto legge).

Parrebbe, a prima vista, che questo ruolo «di guida, coordinamento e garanzia» della legge parlamentare sia massimamente valorizzato laddove le si consentisse di creare nuovi tipi di fonte primaria. Ma non è affatto così, perché in realtà – in questo caso – si tratterebbe di una fuga del legislatore parlamentare, di un'abdicazione dal proprio ruolo

⁴⁹ A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., p. 99-100.

⁵⁰ Secondo A. RUGGERI, *Norme sulla normazione e valori*, in www.rivistaaic.it, p. 4.

⁵¹ Tutti i virgolettati sono tratti da F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazione della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2 e 38.

⁵² Così V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Scritti in memoria di G. Zanobini*, III, Giuffrè, Milano, 1965, p. 183. Si veda anche P. CARETTI, *La «crisi» della legge*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2010, p. 1 ss.

⁵³ Così S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 137.

Osservatorio sulle fonti

in favore di altre fonti, per forza di cose estranee al circuito costituzionale della legittimazione politica, come se ci fosse una scissione tra sistema delle competenze affidate agli organi costituzionali e procedimenti di normazione primaria.

In sostanza, insieme a quella che Modugno chiamerebbe «*de-strutturazione del sistema delle fonti*»⁵⁴, si realizzerebbe una destrutturazione della nostra forma di governo.

⁵⁴ F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit., p. 38.