

NIHIL EST IN INTELLECTU QUOD PRIUS NON FUERIT IN SENSU:
CONSIDERAZIONI EMPIRICHE SUI DECRETI DEL PRESIDENTE DEL
CONSIGLIO DEI MINISTRI NELL'ESPERIENZA RECENTE *

DAVIDE DE LUNGO**

Sommario

1. Oggetto e metodo della ricerca. – 2. Presentazione ed elaborazione dei dati statistici. – 3. I dPCM nel sistema delle fonti. – 3.1. Il problema dei dPCM non regolamentari nella forma ma normativi nella sostanza: fra teoria e dogmatica. – 3.2. Segue: le posizioni della giurisprudenza. – 3.3. Il “problema del fondamento”: i dPCM normativi previsti da decreti legislativi e decreti-legge. – 3.4. Il “Governo fuggitivo”: osservazioni sul procedimento di formazione. – 4. I dPCM fra forma di governo e forma di Stato.

Suggerimento di citazione

D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario “I poteri normativi del Governo”, organizzato dalla *Rivista* e svoltosi a Firenze il 4 aprile 2019.

** Professore a contratto di Diritto pubblico – Università San Raffaele.
Contatto: davide.delungo@camera.it

1. Oggetto e metodo della ricerca

L'emersione, o meglio l'erompere, dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri rappresenta una delle tendenze più significative registratesi in materia di fonti del diritto negli ultimi decenni¹. Al contempo, i dPCM costituiscono, dal punto di vista scientifico, uno degli oggetti più difficilmente perscrutabili dell'orizzonte ordinamentale, per diverse ragioni.

Un primo ostacolo risiede nella oggettiva difficoltà di mappare quanti e quali decreti vengano adottati: da più parti si è evidenziato come una quota imprecisata di dPCM non venga pubblicata in Gazzetta Ufficiale²; fra quelli pubblicati, poi, in linea di massima sono numerati i soli decreti (pochi: attorno a 1/10 del totale) che si autoqualifichino come "regolamenti"; anche a livello

¹ Il tema è stato oggetto della riflessione scientifica sia nell'ambito di trattazioni di carattere generale dedicate al sistema delle fonti, sia di contributi di taglio più specifico. Fra i numerosi lavori in argomento possono ricordarsi, senza pretesa di completezza: U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988)*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, Milano 1991, 277 ss.; S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, 281 ss.; O. ROSELLI, *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in U. DE SIERVO (a cura di) *Osservatorio sulle fonti 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 54 ss.; L. CARLASSARRE - P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 951 ss.; S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, 384 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996 - 2006)*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, 183 ss.; L. CARLASSARRE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 548 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.; P. BONETTI, *Il coordinamento della progettazione degli atti normativi del Governo: problemi e prospettive*, in *Astrid Rassegna*, 2009; G. ARCONZO, *I regolamenti governativi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa del periodo 2001 - 2011: un bilancio*, nonché G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia*, entrambi in M. CARTABIA - E. LAMARQUE - P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Giappichelli, Torino, 2011, 67 ss. e 489 ss.; 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 questa *Rivista*, n. 3/2011; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milano, 2012, 303 ss.; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in questa *Rivista*, n. 2/2016; N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017; G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in questa *Rivista*, n. 1/2018; M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, in questa *Rivista*, n. 3/2018, 8 ss.

² Cfr. V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, cit., 2, che riprende sul punto quanto evidenziato dal Servizio Studi dell'Osservatorio sulla Legislazione, nel documento «Appunti del Comitato per la legislazione "La produzione normativa nella XVII Legislatura". Aggiornamento al 15 giugno 2016 n. 9 - Focus»; rilievi critici anche in F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 356.

istituzionale, peraltro, per i dPCM manca la periodica pubblicazione di report e statistiche, come invece avviene per leggi, decreti-legge e decreti legislativi³.

Il secondo elemento di difficoltà si coglie nella estrema caleidoscopicità del procedimento d'approvazione: la "disarticolazione tipologica" rispetto al paradigma dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 – a volte prefigurata dalla stessa fonte attributiva del potere, altre volte spontanea – investe ogni segmento dell'*iter*, dall'iniziativa all'approvazione. La prassi, da questo punto di vista, restituisce all'osservatore una realtà così variegata, da giustificare una sorta di sindrome del cartografo di Borges⁴: si sarebbe quasi tentati di incasellare ogni provvedimento in una categoria a sé, ma una tale classificazione sarebbe poi inservibile sul piano dogmatico.

Il terzo aspetto che rende arduo lo studio dei dPCM è quello della qualificazione dell'atto. Il decreto, infatti, è un "guscio neutro" idoneo ad accogliere e veicolare sia contenuti amministrativi che normativi: l'ordinamento abbonda di esempi, previsti o non previsti (cioè, ancora una volta, spontanei) di atti che, sotto la medesima veste formale di dPCM, recano sia previsioni generali, astratte e innovative, sia statuizioni di tipo provvedimentale. Il che impone, ai fini dell'individuazione della natura e quindi del regime giuridico dell'atto, di far ricorso a criteri di tipo sostanziale, inevitabilmente sdruciolevoli.

Ognuna di queste difficoltà suggerisce, nell'accingersi all'esame dell'evoluzione recente dei dPCM, un approccio metodologico necessariamente empirico, che muova dalla rilevazione del dato fattuale, per poi tentare uno sforzo di razionalizzazione e, nei limiti del possibile, di sistematizzazione: a pochi ambiti della scienza giuridica la celebre massima *nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*⁵, si attaglia così bene.

³ Ci si riferisce, in particolare, ai materiali predisposti dall'Osservatorio sulla Legislazione della Camera dei Deputati.

⁴ «In quell'Impero, l'arte della cartografia raggiunse tale perfezione che la mappa di una sola Provincia occupava un'intera Città, e la mappa dell'Impero un'intera Provincia. Col tempo, queste mappe smisurate non soddisfecero più e i collegi dei cartografi crearono una mappa dell'Impero che aveva la grandezza stessa dell'Impero e con esso coincideva esattamente. Meno dedite allo studio della cartografia, le generazioni successive capirono che quella immensa mappa era inutile e non senza empietà l'abbandonarono alle inclemenze del sole e degli inverni. Nei deserti dell'Ovest restano ancora lacere rovine della mappa, abitate da animali e mendicanti: nell'intero Paese non vi sono altre reliquie delle discipline geografiche». È il celebre *Del rigore nella scienza* di J.L. BORGES, in *Storia universale dell'infamia*, Il Saggiatore, Milano, 1961, 104.

⁵ Si tratta – come noto – di uno degli assiomi della filosofia scolastica, che trova la sua più celebre enunciazione nel *Quaestiones disputatae de veritate* (q. 2 a. 3 arg. 19) di San Tommaso, per poi venire ripreso più tardi da John Locke nel *Saggio sull'intelletto umano* (vol. II, cap. 1, par. 23), nell'ambito della teoria sul fondamento empirico della conoscenza.

In questa prospettiva, si procederà prima a presentare i dati numerici e il quadro statistico di riferimento; poi, a tematizzare le regolarità, le tendenze e le problematiche che essi denotano sul versante del sistema delle fonti, della forma di governo e della forma di Stato: ciò aderendo all'impostazione per la quale fra questi fattori esiste un nesso consustanziale e inestricabile⁶.

2. Presentazione ed elaborazione dei dati statistici

Prendendo le mosse dall'esposizione del quadro statistico, si rendono subito necessarie due precisazioni: per un verso, la grande mole di dati da analizzare ha imposto la limitazione dell'arco temporale di riferimento al periodo 1° gennaio 2014-31 dicembre 2018; per altro verso, la rilevazione riguarda i soli dPCM pubblicati in G.U., mentre, come si è anticipato, non è stato possibile individuare con esattezza gli atti non soggetti a tale forma di pubblicità. Pure in presenza di una perimetrazione così stringente, l'ampiezza ed eterogeneità del fenomeno restano significative e governabili a stento.

Per il periodo 2014-2015, sono stati assunti i dati elaborati dal Servizio Studi dell'Osservatorio sulla Legislazione, nel documento «Appunti del Comitato per la legislazione “La produzione normativa nella XVII Legislatura”. Aggiornamento al 15 giugno 2016 n. 9 – Focus»⁷.

Scendendo nell'analisi, nel biennio 2014-2015 sono stati emanati e pubblicati in G.U. 213 DPCM: 116 nel 2014 e 97 nel 2015.

⁶ Appare necessario ricordare, in questa direzione, le pagine di Cheli, là dove, nell'introdurre la propria riflessione sul potere regolamentare, l'Autore evidenzia come «la constatata insufficienza delle impostazioni normativistiche induce dunque a ricercare la vera chiave interpretativa [...] nella trama organizzativa (o istituzionale) sottesa al sistema apparente delle fonti del diritto statale». Cfr. E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 5. Altrettanto nota è l'immagine di Crisafulli, secondo cui «è l'ordinamento che determina da sé le proprie fonti, in base a criteri storicamente variabili, che sono in ultima analisi politici» e «determinando le fonti, ogni ordinamento definisce anche se stesso». Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 252. Sui rapporti che intercorrono fra sistema delle fonti, forma di Stato e forma di governo, la letteratura è assai vasta. Possono qui richiamarsi, senza pretesa di esaustività, G. GUARINO, *Contributo allo studio delle fonti del diritto*, in *Dir. e giur.*, 1946, 10 e 16; C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Ricerche, Roma, 1957-1958, 7 ss. e 183 ss.; E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 463 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, n. 2/1986, 217 ss.; C. SCHMITT, *L'evoluzione recente del problema delle delegazioni legislative* (1938), ora in *Quad. cost.*, n. 3/1986, 535 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1993, 14, che ricostruisce le fonti del diritto come «atti che esprimono formalmente processi di integrazione politica». Più di recente, F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*; L. CARLASSARRE, *Fonti del diritto*, cit., 548 ss.; A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo fra forma di governo e forma di Stato*, in M. CARTABIA - E. LAMARQUE - P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., 509 ss.

⁷ https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documenti/pdfs/000/001/119/CL009_15_06_2016_2_.pdf, pp. 11 ss.

Dal punto di vista della tipologia, 21 sono regolamenti (19 recano nel titolo la definizione di regolamento e sono pubblicati in G.U. come atti numerati; gli altri 2 si autoqualificano come regolamento nel preambolo e nell'articolato ma non sono numerati). Tutti gli altri 194 non sono numerati, e non recano specifiche definizioni o autoqualificazioni, ma avendo riguardo al contenuto può notarsi che: 53 presentano sostanza in tutto o in parte normativa; 35 attengono a questioni organizzative e/o di personale, incluso l'aspetto retributivo; 23 riguardano il trasferimento o l'assegnazione di risorse o la cessione di spazi finanziari; 22 concernono nomine e delega di funzioni nell'ambito governativo; 17 riguardano la sospensione dalla carica di presidente, assessore e consigliere regionale; 14 sono riconducibili a funzioni di programmazione; 10 autorizzano l'avvocatura dello Stato a stare in giudizio per conto di amministrazioni pubbliche; 10 riguardano proroga o differimento di termini (2 prorogano stati di emergenza); 4 concernono il bilancio della presidenza del Consiglio; 2 rientrano nell'ambito delle funzioni di controllo; 2 determinano la vigenza dell'ora legale.

Dal punto di vista del procedimento di formazione, 14 sono stati emanati previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, in deroga (o meglio, in contrasto rispetto) all'articolo 1, comma 1, lettera ii) della legge 12 gennaio 1991, n. 13, in base alla quale «tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri» sono adottati con decreto del Presidente della Repubblica; 7 (concernenti delega di funzioni a Ministri senza portafoglio) sono stati emanati previo parere del Consiglio dei Ministri; 1 è stato emanato previa deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica; 2 sono stati emanati sentito il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica; 95 sono stati emanati su proposta di almeno un organo (per lo più Ministri; in due casi l'iniziativa è stata dei Presidenti delle Regioni colpite dagli eventi sismici del maggio 2012; 1 su proposta del presidente dell'ISTAT; 1 su proposta del presidente del CNEL; 1 su proposta dell'Agenzia industrie difesa). I Ministri più coinvolti risultano: il Ministro dell'economia e delle finanze, proponente di 26 decreti; coinvolto nel concerto in 70 casi e in un caso nell'intesa col Presidente del Consiglio; il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, proponente di 14 decreti e coinvolto nel concerto in 20 casi; i 17 dPCM relativi alla sospensione dalla carica di consigliere, assessore o presidente regionale sono stati emanati sentito il Ministro dell'interno (in 12 casi, una volta nominato, anche il Ministro per gli affari regionali). Per quanto riguarda il coinvolgimento di altri organi, spicca il ruolo di Regioni e autonomie locali: già si sono richiamati i due casi di iniziativa dei presidenti di Regione; la Conferenza unificata è stata protagonista di intese in 9 casi e ha dato il parere su altri 7 decreti; la Conferenza Stato-Regioni è stata protagonista di intese in 8 casi e ha

dato il parere su altri 3 decreti; in 2 casi hanno siglato l'intesa singole Regioni; un dPCM ha visto pronunciarsi la Conferenza dei presidenti delle Assemblee legislative regionali e delle Province autonome. Il parere parlamentare è stato acquisito in 5 occasioni (per 2 dPCM il Governo ha effettuato una comunicazione alle Camere, indirizzata in un caso ai rispettivi Presidenti e nell'altro caso alle Commissioni competenti): su 1 dPCM si sono espresse le Commissioni parlamentari permanenti delle due Camere; su 2 dPCM si sono espresse le Commissioni competenti delle Camere e anche la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale; su 2 dPCM si è pronunciato il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica.

Dal punto di vista delle procedure di controllo, si registra un alto numero di decreti visti dalla Corte dei conti (161); in 8 casi il testo semplicemente preannuncia la generica sottoposizione alle procedure di controllo o, più precisamente, la trasmissione alla Corte dei conti.

Sui 21 dPCM di natura regolamentare, occorrono alcune distinzioni. I 19 che si autoqualificano nel titolo come regolamento sono visti dalla Corte dei conti. I 2 residui, emanati in base alla legge n. 124 del 2007 («Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto»), pubblicati in G.U., recano rispettivamente la disciplina della firma digitale dei documenti classificati e disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate e a diffusione esclusiva; in entrambi i casi il preambolo richiama l'articolo 43 della legge n. 124 del 2007, che consente l'adozione di regolamenti in deroga alle disposizioni dell'art. 17 della legge n. 400, e, dunque, in assenza del parere del Consiglio di Stato; l'ultimo articolo di ciascuno dei due atti (rispettivamente il 34 e l'84) dichiarano che «il presente regolamento non è sottoposto al visto ed alla registrazione della Corte dei conti in quanto adottato ai sensi dell'art. 43 della legge, in deroga alle disposizioni dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400». Di questi dPCM, 11 sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato; 8 regolamenti di organizzazione dei Ministeri o degli uffici di diretta collaborazione dei Ministeri sono stati emanati in deroga all'articolo 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988 (che prevede l'adozione di regolamenti di delegificazione), senza che fosse necessario acquisire il parere del Consiglio di Stato; 4 di essi esplicitano, nel preambolo, che il Governo ha ritenuto di non avvalersi del parere del Consiglio di Stato, come consentito dall'art. 2, comma 10-ter del d.l. n. 95 del 2012, e dall'art. 16, comma 4, del d.l. n. 66 del 2014.

Infine, con riguardo alla fonte attributiva del potere di decretazione, è presente una statistica che riguarda la generalità dei dPCM: 71 leggi, 63 decreti legislativi, 61 decreti-legge, 4 regolamenti, 14 combinati disposti fra decreti legislativi e leggi.

Con riferimento al periodo 2016-2018, si è proceduto ad una elaborazione autonoma degli atti reperibili sulla G.U., nonché nei siti istituzionali, in particolare il sito <http://www.programmagoverno.gov.it/it/> e tramite contatti con funzionari del DAGL.

Nel 2016, sono stati emanati e pubblicati in G.U. 133 dPCM, di cui 8 si qualificano come regolamenti. Nel 2017, sono stati emanati e pubblicati in G.U. 134 dPCM, di cui 11 si qualificano come regolamenti. Nel 2018, sono stati emanati e pubblicati in G.U. 112 dPCM, di cui 10 si qualificano come regolamenti.

Tutti i decreti che si qualificano nel titolo come regolamento sono numerati, con due eccezioni: il dPCM 24/11/2016 («Regolamento che disciplina l'attività negoziale del DIS, dell'AISE e dell'AISI, di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124»), pubblicato nella G.U. 16 dicembre 2016, n. 293; il dPCM 23/02/2018 («Regolamento di autonomia contabile e finanziaria della Presidenza del Consiglio dei ministri») che non risulta neppure pubblicato in G.U.

Anche in questo periodo, sebbene solo 29 si autoqualifichino come regolamenti, possono individuarsi almeno 62 decreti di contenuto in tutto o in parte normativo, alla luce della generalità e astrattezza dei contenuti, e/o della loro incidenza su precedenti atti di carattere sostanzialmente normativo. Più in dettaglio, nel 2016, sono almeno 23; anche nel 2017, sono almeno 23; nel 2018, sono almeno 16.

Per il 2016-2018 si è elaborata una statistica riferita selettivamente alle sole fonti attributive del potere di adottare dPCM regolamentari e dPCM non regolamentari ma aventi contenuto normativo: 42 trovano fondamento in leggi, 7 in decreti-legge, 28 in decreti legislativi, 2 in DPR, gli altri 11 in combinati disposti fra leggi e decreti legislativi. Non si coglie alcun'apprezzabile distinzione circa la tipologia della fonte attributiva del potere, fra atti che si qualificano espressamente come regolamenti, e atti che pur non avendo tale qualifica formale presentano contenuti in tutto o in parte normativi.

Al di là di quelli che si qualificano espressamente come regolamenti, e di quelli che hanno in tutto o in parte contenuto normativo pur non qualificandosi come regolamenti, i regolamenti residuali possono essere divisi per tipologia. Per comodità, riprendendo la classificazione proposta dal Servizio Studi dell'Osservatorio sulla Legislazione per il periodo temporale precedente, è il caso di distinguere fra: decreti che stanziavano e ripartiscono risorse; decreti di proroga e differimento di termini; decreti di nomina o delega di funzioni (per lo più si tratta di deleghe a ministri senza portafoglio); decreti di organizzazione, che riguardano per lo più gli uffici, il personale e il regime retributivo; atti di autorizzazione o di approvazione di altri atti (bandi, piani, programmi, bilanci); dichiarazioni relative a calamità naturali; provvedimenti

di sospensione in applicazione dalle cariche regionali; autorizzazione all'avvocatura dello Stato a stare in giudizio; ora legale.

Nel 2016 possiamo rinvenire: 30 decreti relativi allo stanziamento o riparto di risorse; 8 decreti di proroga; 10 decreti di nomina e delega; 10 decreti di organizzazione; 31 decreti di autorizzazione e approvazione; 2 decreti riguardanti calamità naturali; 7 provvedimenti di sospensione delle cariche regionali; 3 autorizzazioni all'avvocatura dello Stato a stare in giudizio; 1 relativo all'ora legale.

Nel 2017 si individuano: 23 decreti relativi allo stanziamento o riparto di risorse; 9 decreti di proroga; 22 decreti di nomina e delega; 15 decreti di organizzazione; 21 decreti di autorizzazione e approvazione; 1 decreto riguardante calamità naturali; 9 provvedimenti di sospensione delle cariche regionali.

Nel 2018, infine: 18 decreti relativi allo stanziamento o riparto di risorse; 2 decreti di proroga; 17 decreti di nomina e delega; 27 decreti di organizzazione; 11 decreti di autorizzazione e approvazione; 2 decreti relativi a calamità naturali; 7 provvedimenti di sospensione delle cariche regionali; 2 autorizzazioni all'avvocatura dello Stato a stare in giudizio.

Con riguardo ai profili procedurali, si conferma la prassi del 2014-2015, che vede forme d'intreccio fra Presidenza e Ministeri di volta in volta coinvolti, tramite le forme dell'approvazione su iniziativa o proposta, oppure d'intesa. Quasi tutti i dPCM aventi natura regolamentare hanno avuto l'avallo del Consiglio di Stato; parere, invece, mai prescritto né richiesto per quelli non regolamentari, con contenuto normativo. Nella quasi totalità dei casi, per entrambe le categorie, è presente il controllo della Corte dei conti, spesso preannunciato nella formula del «si trasmetta gli organi di controllo per i conseguenti adempimenti». Assai frequente è il coinvolgimento delle Regioni, specie tramite l'acquisizione del parere della Conferenza Stato-Regioni; non mancano, poi, forme d'interlocuzione con le autorità indipendenti (soprattutto Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali) o informative alle organizzazioni sindacali più rappresentative. Scarsissimo nei regolamenti, e pressoché nullo nei dPCM non regolamentari, il coinvolgimento delle Commissioni parlamentari.

Le citazioni della legge n. 400 del 1988 abbondano per i regolamenti, e figurano genericamente, senza specificazione di articolo, anche in alcuni dPCM sostanzialmente normativi. Quasi del tutto scomparsa è, nelle leggi attributive, la controversa formula che autorizza il Governo ad adottare decreti o atti «di natura non regolamentare»: solo tre i casi individuati nel periodo 2014-2018, rispettivamente nell'art. 1, comma 154, della legge n. 190 del 2014;

nell'art. 1, comma 985, della legge n. 208 del 2015; e nell'art. 17-ter del d.l. n. 148 del 2017⁸.

3. I dPCM nel sistema delle fonti

3.1. Il problema dei dPCM non regolamentari nella forma ma normativi nella sostanza: fra teoria e dogmatica

Nel tentativo di ordinare e decodificare le rilevazioni empiriche, il primo sforzo da compiere è quello di contestualizzare il quadro variopinto della prassi entro la cornice del sistema delle fonti del diritto: a questo livello si situano, in effetti, i più controversi elementi che affiorano dall'analisi.

Le maggiori attenzioni si appuntano su quella particolare categoria di dPCM che, pur essendo autorizzati da una fonte primaria e pur avendo contenuto normativo: a) non vengano a esistenza secondo il procedimento prescritto in via generale per i regolamenti dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988, o dalla specifica disposizione primaria attributiva del potere; b) non ricadano in quelle particolari materie "internistiche", espressione dell'autonomia organizzativa, contabile e di bilancio della Presidenza, in ordine alle quali l'art. 9, comma 7, del d.lgs. n. 303 del 1999 consente al Presidente del Consiglio di provvedere con propri decreti, non soggetti all'applicazione della legge n. 400 del 1988 né della legge n. 20 del 1994⁹.

Si tratta, in altri termini, di dPCM non regolamentari nella forma, ma normativi nella sostanza, che innovano l'ordinamento in ambiti esterni rispetto ai profili di auto-organizzazione della Presidenza, intesa come apparato.

Il problema è facilmente intuibile. Il sistema delle fonti secondarie non è chiuso a livello costituzionale¹⁰, e dunque la legge ben può crearne di nuove, fermi i limiti previsti dalla Costituzione, anche con riguardo al riparto di competenze fra enti territoriali disegnato dall'art. 117, comma 6, Cost. Nel nostro ordinamento – circoscrivendo qui per necessità l'analisi al versante

⁸ Per una disamina più approfondita in ordine a tale specifico punto, si rinvia a M. GIANNELLI, *I decreti "di natura non regolamentare". Un'analisi a partire della prassi della XVI e XVII legislatura*, in questa *Rivista*.

⁹ La disposizione in parola stabilisce in modo esplicito che «ai decreti di cui al presente articolo [rubricato: «Personale della Presidenza»] ed a quelli di cui agli articoli 7 e 8 [rubricati, rispettivamente, «Autonomia organizzativa» e «Autonomia contabile e di bilancio» non sono applicabili la disciplina di cui all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e quella di cui all'articolo 3, commi 1, 2 e 3, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Il Presidente può richiedere il parere del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sui decreti di cui all'articolo 8». In argomento, cfr. L. CARLASSARRE – P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., 951 ss.

¹⁰ All'opposto di quanto invece accade per le fonti primarie: cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, 126.

statale – la norma generale attributiva della potestà regolamentare al Governo è la legge n. 400 del 1988; le singole leggi, come pure gli atti aventi forza di legge con i limiti che si diranno, di volta in volta possono poi attribuire la potestà regolamentare, rimodulandone anche i profili procedurali, eventualmente in deroga alla legge n. 400, comunque applicabile in via residuale¹¹. Proprio qui è il punto: *quid iuris* per i regolamenti che hanno contenuto sostanzialmente normativo, e non seguono quanto ai profili formali la legge n. 400, e neppure un eventuale *iter* derogatorio previsto dalla singola fonte primaria attributiva del potere? In questi casi, a ben vedere, siamo potenzialmente al cospetto di fonti regolamentari atipiche, o meglio *extra ordinem* poiché create in contrasto con le norme sulla normazione, sorte nelle forme del provvedimento amministrativo, o all'esito di procedimenti del tutto inediti¹². Così riguardati, tali regolamenti pur assai eterogenei fra loro – e che potremmo approssimativamente designare come regolamenti atipici per la forma¹³ – si prestano ad essere incasellati in un *tertium genus* al confine fra i regolamenti indipendenti, previsti dall'art. 17, comma 1, lett. c) della legge n. 400 del 1988, e i regolamenti spontanei¹⁴, privi di base legislativa. Rispetto ai regolamenti spontanei, i regolamenti in discussione sono provvisti di un fondamento nella fonte primaria che li prevede e autorizza, e la "spontaneità" riguarda solo il procedimento di formazione; rispetto ai regolamenti indipendenti, che sono «liberi di scegliersi il proprio oggetto»¹⁵ ferma l'osservanza dei moduli procedurali previsti dalla legge, i regolamenti atipici sono liberi di scegliersi la propria forma, ma vincolati quanto all'oggetto, individuato dalla norma primaria attributiva.

Il principale interrogativo sollevato riguarda a monte la stessa compatibilità con il sistema costituzionale della fenomenologia descritta.

In applicazione del principio di legalità che s'impone al Governo tanto rispetto alla funzione amministrativa quanto normativa, oltretutto per ragioni di

¹¹ Sulla portata generale e residuale della legge n. 400 cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 15 ss., 21 ss.

¹² Il problema posto nel testo, quindi, riguarda i profili procedurali, e non tocca, a monte, il tema della spettanza o meno al Presidente del Consiglio di un proprio potere regolamentare, almeno analogo a quello spettante ai singoli Ministri: questione che può dirsi risolta da tempo in senso positivo. Cfr. al riguardo, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, cit., 281 ss.

¹³ Per il concetto di atipicità in relazione alla forma, qui però declinato nella veste di "depotenziamento" e "de-complexificazione" del procedimento, cfr. S.M. CICCONE, *Le fonti*, cit., 390.

¹⁴ Riprendendo la terminologia di G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 275-276; al riguardo cfr. anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 301.

¹⁵ Sempre citando G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 281.

gerarchia delle fonti, dovrebbe concludersi che l'esercizio di poteri regolamentari difformi dal paradigma previsto dalla fonte primaria sia illegittimo; ciò per due ordini di considerazioni.

Da un lato, il dPCM normativo, ove adottato a sugello di procedimenti diversi da quello previsto dalla legge n. 400 (che ha carattere generale e residuale) o da quello, in ipotesi derogatorio, previsto dalla singola legge attributiva del potere, sarebbe illegittimo, a seconda dei casi, per violazione dell'una o dell'altra, alla luce della loro pacifica sovraordinazione. Nessun atto, infatti, può essere validamente prodotto in contrasto con le (previe) regole che presiedono alla sua formazione¹⁶, a maggior ragione in ipotesi in cui la "norma sulla normazione" – per usare una terminologia nota – oltre ad avere in quanto tale un'efficacia condizionante di tipo logico¹⁷, si colloca anche su un piano di sovraordinazione gerarchica.

Dall'altro lato, il principio di legalità, assunto nella sua accezione sostanziale¹⁸, non può dirsi rispettato, di fronte a una norma primaria che si limiti solo a contemplare il potere di adottare il dPCM, senza alcuna ulteriore prescrizione volta a limitarlo e orientarlo. Anche là dove si declinasse il

¹⁶ Parafrasando V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 1984, 258, che, a proposito della distinzione fra costituzioni rigide e flessibili, mette in luce come «altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone».

¹⁷ È la tesi di F. MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 44 ss.

¹⁸ Sulla valorizzazione recente del principio di legalità anche nella sua dimensione sostanziale, può richiamarsi il plastico passaggio di Corte cost., sent. n. 115 del 2011: «questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Più di recente, cfr. Corte cost., sent. n. 69 del 2018, dove si evoca la necessità di rispettare il «principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione». Meno omogeneo è invece il panorama dottrinale, all'interno del quale sono state autorevolmente sostenute sia la tesi favorevole al generale accoglimento del principio di legalità sostanziale, sia quella che nega tale approdo soprattutto alla luce dell'esistenza del concorrente principio della riserva di legge: in proposito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. L. CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, 113 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 660 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Utet, Torino 1987, 53 ss.; L. CARLASSARRE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, 3 ss.; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 65; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, 84 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 56 ss.; G. PARODI, *Le fonti*, cit., 92 ss.

principio di legalità nel suo significato (solo) formale, e ci si accontentasse della presenza di un fondamento del potere secondario all'interno di una fonte primaria, si potrebbe superare la seconda considerazione, ma non la prima legata alla gerarchia delle fonti e alla "parametricità" della legge. Ciò, peraltro, ammesso e non concesso che il principio di legalità formale possa dirsi soddisfatto con la "mera evocazione" nella legge del potere di adottare i dPCM, anche a prescindere da prescrizioni di carattere procedimentale. In senso contrario, per gli stessi motivi, non parrebbe neppure dirimente ricorrere alla teoria del potere regolamentare come potere autonomo e originario del Governo: infatti, dal momento in cui esiste un procedimento di formazione dei regolamenti legislativamente predeterminato, il relativo potere, per quanto non bisognoso di autorizzazione, comunque non potrebbe esercitarsi *contra legem*. L'unica strada da percorrere, per nulla semplice, è forse quella di ritenere che i poteri normativi secondari dell'Esecutivo non si esauriscano nei poteri regolamentari, e non siano un *numerus clausus*¹⁹: provare a sostenere cioè, che il Governo possa adottare atti normativi di rango secondario che non siano regolamenti per i quali, in forza di un principio di legalità formale ridotto al minimo della sua densità prescrittiva, basti un fondamento nella fonte primaria, ma non serva una previa norma che ne disciplini la formazione.

Ragionando in questa prospettiva, l'illustrazione dei dPCM normativi nella sostanza, e non regolamentari nella forma, appare quasi una teratologia, uno studio di *monstra*: e tanto potrebbe bastare²⁰. Ma una lettura che voglia essere

¹⁹ Ipotesi che non pare esclusa da G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 808, secondo il quale «sarebbe temerario, alla luce della storia del nostro ordinamento, sostenere [...] che il nuovo Titolo V impone le seguenti nuove regole costituzionali: 1) tutti gli atti che la Costituzione chiama regolamenti nel Titolo V debbono portare il nome ufficiale di regolamenti e sono atti normativi per la sola loro forma; 2) nessun atto diverso dai primi può portare il nome di regolamento e pretendere il trattamento degli atti normativi». *Contra* però, da angolature diverse, G.G. FLORIDIA, *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in G.F. FERRARI – G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Cedam, Padova, 2003, 65 ss.; R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Jovene, Napoli, 2004, 334; F. BATISTONI FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 3 - 4 maggio 2005, Edizioni Plus, Pisa, 2006, 191 ss. In argomento si vedano anche, più di recente, le considerazioni di V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico*, cit., 5 ss.

²⁰ Vengono in rilievo, peraltro, anche le opzioni politiche di fondo dell'interprete, ben riassunte nella risalente, ma non per questo meno attuale, considerazione di Cammeo: «se dato un ordine di rapporti non regolato dalla legge, possa validamente il governo emanare un regolamento, si riduce a determinare se nel silenzio della legge debba presumersi la potestà sovrana dell'amministrazione o la libertà dei cittadini». Cfr. F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, 143.

realista, senza voler essere con ciò “giustificazionista”, non può trascurare l’effettività ordinamentale, il dato significativo e stabile (parliamo – come visto nel paragrafo 2 – di circa un centinaio di atti nel quinquennio 2014-2018, con una media annuale abbastanza costante) che da essa emerge e la sostanziale tolleranza del fenomeno. E allora, vengono alla mente le pagine di Esposito, e la considerazione che non tutto il diritto, inteso quale fenomeno sociale, sorge nel rispetto delle norme sulla produzione. Esse – in accordo alla ricostruzione in parola – si limitano a prestabilire le competenze e le procedure mediante le quali diventa più agevole e frequente la formazione del diritto e più difficile e raro, viceversa, che tale evento si realizzi in contrasto con quanto queste dispongono, assecondate come sono dalle attività degli apparati esecutivi e giudiziari che operano al loro servizio; le norme sulla normazione, quindi, non operano come causa o fattore “assoluto” di creazione del diritto, ma ponendo una presunzione favorevole o sfavorevole rispetto alla giuridicità delle norme, a seconda che esse siano state osservate o meno²¹.

Nella medesima linea di pensiero, bisogna poi considerare che la potestà normativa ha un legame coesenziale con la funzione d’indirizzo politico, di cui costituisce uno degli strumenti principali, se non il mezzo *par excellence*. Peraltro, l’evoluzione storica delle forme di Stato consente di apprezzare come l’allocazione della potestà normativa, e l’intensità della sua forza, dipendano

²¹ Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964, 206-207. Spunti anche in ID., *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 468 ss. Cfr. più di recente P.F. GROSSI, *Considerazioni introduttive per uno studio sulle fonti*, La Sapienza Editrice, Roma, 2004, 51-52. Di sicuro interesse, in questa prospettiva, è anche la riflessione sviluppata da L. CARLASSARRE, *Fonti del diritto*, cit., 552 ss.: «le norme che regolano la produzione giuridica, le stesse prescrizioni di forma e procedimento che consentono di individuare l’identità di una fonte, sono spesso ignorate: lo si è appena visto per i regolamenti. Ma la tendenza a liberarsi dalle regole, denunciata da tempo, riguarda le norme stesse della Costituzione e non soltanto le prescrizioni formali e procedurali della l. n. 400 del 1988. La soluzione più rigorosa alla domanda sulla posizione delle fonti che le abbiano violate [...] è che le norme sulle fonti debbano essere rispettate affinché un atto possa trovare collocazione nel sistema: un regolamento privo dei connotati formali non dovrebbe essere considerato tale o, almeno, dovrebbe giudicarsi invalido. Non sempre, tuttavia, la conclusione è questa, ma la risposta non è la medesima per tutte le fonti. La valutazione dei vizi formali - è interessante notarlo - talora varia a seconda della fonte: mentre nessuno dubita della illegittimità di leggi e atti di pari forza, leggi costituzionali, statuti e leggi regionali che ne siano affetti, il discorso si pone in modo diverso riguardo ai regolamenti, in ordine ai quali, lo si è visto, le opinioni divergono. Un atto ministeriale di contenuto normativo privo delle prescritte indicazioni formali talora si considera egualmente un regolamento. La propensione alla tolleranza verso atti normativi emanati in violazione delle norme sulle fonti si riscontra anche nell’altra ipotesi (inversa rispetto alla prima) in cui ne viene in rilievo il contenuto: qualora l’atto, pur rivestendo i connotati formali di una fonte e quindi agevolmente riconoscibile, non ne abbia invece il contenuto. Anche qui la dottrina è divisa: secondo alcuni si tratta comunque di una fonte del diritto la cui legittimità non è in discussione; per altri l’atto privo di contenuto normativo non può considerarsi una fonte ma è un atto legittimo di diversa natura; per altri, infine, è un atto invalido».

dal criterio di legittimazione del potere in quel momento assunto a riferimento, concentrandosi nel soggetto che ne risulta alimentato in maggior grado²².

Proprio il rafforzamento della legittimazione dei Governi, e, al loro interno, del *Premier* e dell'apparato che da esso dipende²³ (tanto che questi assolvano funzioni direttive del Gabinetto e della maggioranza, quanto che svolgano funzioni di mediazione fra le diverse anime che vi si agitano), sul piano dell'assetto istituzionale ha determinato la traslazione in capo ad essi delle quote più rilevanti dell'indirizzo politico; sul piano delle fonti del diritto ha invece assecondato in via di prassi, se non addirittura convalidato in via consuetudinaria, l'espansione dei poteri normativi primari e secondari dell'Esecutivo²⁴.

Il cerchio si chiude, allora, e si delinea un quadro che può apparire provocatorio. Nell'orizzonte ordinamentale esistono ad oggi, e con ogni probabilità continueranno ad esser prodotti, atti sostanzialmente normativi con forma di dPCM, autorizzati dalla legge, ma venuti ad esistenza secondo procedimenti atipici e spontanei, cioè non previsti dalla legge n. 400 del 1988 o dalla singola legge autorizzativa. Delle due l'una: a) tali atti sono illegittimi, e

²² Sul tema della legittimazione, è dovuto il riferimento a M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974; per ulteriori riferimenti nell'ambito politologico, cfr. D. FISICHELLA, *Lineamenti di scienza politica*, Carocci, Roma, 2010, 73 ss. Nel dibattito giuridico, oltre alle opere citate nella nt. 6, possono qui aggiungersi, con riferimento specifico alle vicende in esame, G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Costituzionalismo.it*, del 06.04.2005, 5, ove si evidenzia come «ogni sistema di fonti del diritto è legato ad una forma di Stato e di governo, anche se non si può stabilire una corrispondenza precisa e totalizzante, ma bisogna procedere per convergenze di principi»; A. MOSCARINI, *Sui decreti*, cit., 5075 ss., per la quale «occorre chiedersi se il processo di mutamento della forma di governo, così inscindibilmente legato ad una modifica del sistema delle fonti, sia giunto al punto tale da legittimare l'atipicità degli atti normativi dell'esecutivo e da favorire il ricorso alla forma provvedimentale per introdurre nell'ordinamento atti di natura sostanzialmente normativa»; G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008, 25 ss.

²³ Fenomeno determinato da una vasta serie di aspetti, non da ultimo la personalizzazione della politica assecondata dallo sviluppo dei nuovi strumenti di comunicazione, che qui non è certo possibile ricostruire, e per i quali si rinvia, senza pretesa di completezza a C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003; A. DI GIOVINE – A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007; F. LANCHESTER (a cura di), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2009; M. CALISE, *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016; se si vuole, D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, ESI, Napoli, 2017, 19 ss.

²⁴ Con un *caveat*, è chiaro: è indubbiamente vero che «esistono margini sufficienti di flessibilità per accordare l'evoluzione di ciò che resta del nostro "sistema" delle fonti con gli sviluppi fisiologici della nostra forma di governo e di Stato. Ma esiste anche il rischio molto vivo ed attuale che, attraverso l'uso patologico di determinate fonti, si vogliano in realtà forzare e colpire gli stessi equilibri sottesi al modello costituzionale espresso dalla forma di governo o di Stato di cui disponiamo». Così E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, in questa *Rivista*, n. 2/2010.

dunque, a seconda dei casi, devono essere annullati o disapplicati; b) tali atti sono tollerati, poiché in punto di effettività – intesa quale matrice prima della giuridicità²⁵ - i) è sorta una norma consuetudinaria che abilita la Presidenza del Consiglio dei Ministri ad adottare regolamenti in “forme deformalizzate”, o comunque ii) si è avvalorata una lettura dei principi costituzionali (si è detto, assai ardua ma forse non completamente peregrina), in base alla quale i poteri normativi secondari del Governo non si esauriscono nei poteri regolamentari, e possano dispiegarsi anche in atti di natura diversa, per i quali è sufficiente il fondamento nella fonte primaria, anche in assenza di una previa norma legislativa che ne disciplini il procedimento. *Tertium non datur*.

3.2. Segue: le posizioni della giurisprudenza

La questione qui esaminata è venuta in rilievo anche a livello giurisprudenziale.

La presa di posizione più netta, in proposito, è stata quella dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui «nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di “fuga dal regolamento” (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti “atipici”, di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988»²⁶.

In sede applicativa, però, questo orientamento ha avuto ben poche occasioni di dar prova di sé, poiché nella maggior parte dei casi il giudice

²⁵ Sul punto, cfr. S.M. CICONETTI, *Le fonti*, cit., 22 ss.

²⁶ Cfr. C.d.S., Ad. Plen., sent. n. 9 del 2012. Cfr. anche Tar Lazio-Roma, sez. II-bis, sent. n. 11452 del 2017, che ha annullato il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n. 272 del 13 novembre 2014, con oggetto «Decreto recante modalità per la redazione della relazione di riferimento, di cui all'art. 5, comma 1, lettera v-bis), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152», proprio per violazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988. Dopo aver riconosciuto, sulla base di indici sostanziali, la natura regolamentare del decreto, il Collegio rileva che esso avrebbe dovuto essere adottato in ossequio alla disciplina dettata dalla legge n. 400 del 1988, il cui rispetto «non riveste un carattere meramente formale, ma costituisce condizione di legittimità del regolamento adottato». In termini simili, nella giurisprudenza meno recente, cfr. anche C.d.S., sez. VI, sent. n. 3209 del 2011, e Tribunale superiore acque pubbliche, sent. n. 34 del 1993; quest'ultima procede all'annullamento, per violazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, del decreto del Ministro delle finanze 20 luglio 1990 con il quale erano stati rideterminati canoni, proventi, diritti erariali ed indennizzi comunque dovuti per l'utilizzazione dei beni immobili del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato. Per una casistica approfondita cfr. anche G. ARCONZO, *I regolamenti governativi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit., 67 ss.

amministrativo si è fermato “un passo prima”, negando a monte la natura normativa dell’atto censurato, talora anche a motivo del mancato rispetto delle forme prescritte dalla legge n. 400²⁷.

Ancor più sfumata è la posizione della Corte costituzionale, per fisiologici limiti legati all’ambito oggettivo della sua giurisdizione: il sindacato, in base all’art. 134 Cost., può investire al più le leggi e gli atti aventi forza di legge che attribuiscono il potere regolamentare, ove presentino dei vizi propri; restano difficilmente attingibili, invece, regolamenti venuti a esistenza secondo procedimenti difforni da quelli prescritti dalle fonti primarie, o addirittura privi di fondamento in esse²⁸.

Merita ricordare, in tal senso, la sentenza n. 116 del 2006: con riferimento ad un decreto ministeriale del quale si esplicitava la natura non regolamentare, la Corte ha alluso ad «un atto statale dalla indefinibile natura giuridica» sancendo sì l’incostituzionalità della legge che lo prevedeva, ma per profili legati alla violazione del riparto di competenze regolamentari Stato-Regioni ex art. 117, comma 6, Cost. Proprio attorno a quest’ultimo parametro hanno ruotato la maggior parte delle pronunce rese in materia: il ben noto impiego dei dPCM per forzare dietro la «truffa delle etichette»²⁹ il riparto di competenze delineato all’indomani della riforma del Titolo V non ha trovato impreparata la Corte, la quale ha escluso che lo Stato possa adottare atti sostanzialmente normativi di rango secondario, comunque denominati, al di fuori delle materie rispetto alle quali gode di competenza legislativa esclusiva. Al contrario, ha ammesso che possa adottare atti amministrativi, anche di

²⁷ Si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 5035 e 5036 del 2016 del Consiglio di Stato, giunte in riforma delle sentt. nn. 7478 e 7479 del 2016 del Tar Lazio, le quali invece, dopo aver riscontrato sulla base di criteri sostanziali la natura normativa degli atti impugnati, ne avevano disposto l’annullamento per violazione dell’art. 17 della legge n. 400. Cfr. in proposito l’osservazione critica di B. CARAVITA, *La débacle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, 5, che descrive le decisioni del Consiglio di Stato come rigorosa difesa della «ragion politica». Per vicende analoghe a quelle appena ricordate cfr. anche C.d.S., sez. VI, sentt. nn. 1011 del 2005 e 823 del 2015; Tar Lazio-Roma, sez. I, sentt. nn. 4212 del 2017 e 4594 del 2019; Cass., sez. trib., sent. n. 16158 del 2017.

²⁸ A proposito delle tecniche di sindacato (indiretto) della Corte costituzionale sui regolamenti sia sufficiente qui richiamare, anche per gli indispensabili riferimenti bibliografici, L. CARLASSARRE – P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., 951 ss.; più di recente, F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI – P. COSTANZO, *Le zone d’ombra dei giudizi costituzionali. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, 66 ss., nonché M. MASSA, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell’esecutivo*, in *Astrid Rassegna*, 2010.

²⁹ Riprendendo la nota espressione di F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale*, cit., 356.

carattere generale, ove sussistano i presupposti per la chiamata in sussidiarietà³⁰.

Dunque, tanto l'orientamento assunto dal giudice amministrativo, quanto quello seguito dal giudice costituzionale, hanno in definitiva eluso il problema, spostandolo sulla qualificazione in termini sostanzialmente normativi o meno dell'atto³¹.

La linea seguita è quella che si muove nel senso di lasciare in secondo piano il criterio formale, facilmente aggirabile, per favorire criteri sostanziali, volti a saggiare la "normatività" del contenuto. Da questo punto di vista, la giurisprudenza amministrativa e soprattutto costituzionale sono solite far ricorso ai canoni della generalità e astrattezza, della temporaneità o meno della statuizione, del carattere politico o tecnico della scelta rimessa al dPCM³². Particolarmente problematica, a tacere delle altre³³, appare proprio la distinzione fra norme politiche e regole tecniche³⁴. Nella sentenza n. 278 del 2010 – che per l'estrema rilevanza delle sue statuizioni merita citare per esteso – si afferma: «secondo un criterio obiettivo di corrispondenza delle norme prodotte alle materie ivi indicate, non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito. Nel caso di specie, tuttavia, la potestà [affidata al CIPE] non comporta la produzione di norme generali ed astratte, con cui si disciplinino i rapporti giuridici, conformi alla

³⁰ Il riferimento, fra le altre, è a Corte cost., sentt. nn. 278 del 2010 (la "capofila"), 311 del 2012, 139 del 2012, 88 del 2014, 141 del 2016.

³¹ Questo approccio è tematizzato, anche in termini problematici, dalla gran parte degli Autori già citati che si sono confrontati con gli sviluppi della potestà regolamentare del Governo. Per una sintesi efficace delle posizioni in campo cfr. V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico*, cit., 6 ss.

³² Possono assumersi a riferimento le medesime pronunce già citate nelle nn.tt. 26, 27 e 30.

³³ Per una disamina critica, cfr. ancora V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico*, cit., 6 ss.

³⁴ Il capitolo delle norme tecniche è al centro di una vivace riflessione scientifica: per limitare i riferimenti ai contributi dedicati più da vicino ai temi qui esaminati, cfr. N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, 100 ss.; A. COLAVECCHIO, *La Corte e l'atomo*, in *Giur. cost.*, 2010, 3502 ss.; D. GIROTTI, *Sulle fonti del diritto nell'organizzazione ministeriale dei beni culturali. L'Organizzazione del Mibact nel sistema delle fonti*, in *Aedon*, n. 2/2016; C. PINELLI, *Sul "rilievo essenzialmente tecnico" di un decreto del Presidente del Consiglio chiamato a ripartire risorse finanziarie fra le Regioni*, in *Giur. cost.*, 2016, 1088 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale*, cit., 10 ss.

previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo. Essa, invece, esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonee, in concreto e con un atto, la cui sfera di efficacia si esaurisce e si consuma entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa. Si è pertanto in presenza dell'esercizio di una funzione amministrativa, rispetto al quale non è conferente l'art. 117, sesto comma, Cost. Viene invece in rilievo [...] l'art. 117, terzo comma, Cost.».

Anche la giurisprudenza amministrativa è sembrata indulgente sui dPCM normativi, ove questi abbiano natura solo tecnica³⁵.

Ovviamente, la qualificazione di una scelta in termini di politicità o tecnicità è quantomeno scivolosa, anche più di quella basata sulla coppia generalità/astrattezza.

A seguire la giurisprudenza costituzionale, nella più esplicita sentenza in argomento³⁶, «vanno intese per norme tecniche quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano *standards* qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali). Non si possono, perciò, ricondurre a tale categoria disposizioni [...] che appaiono, invece, volte [...] a fissare criteri di organizzazione, ad individuare organi e procedure, a disciplinare, quanto al primo provvedimento, i criteri di gestione delle frigoemoteche come pure i rapporti tra i presidî sanitari e le strutture pubbliche territorialmente competenti; e, quanto al secondo, a predeterminare la composizione e i compiti dei comitati con riguardo, persino, alle scansioni temporali della loro attività».

È chiaro, però, che questa definizione, in via di principio cristallina, all'atto pratico impone di sciogliere due nodi: da un lato, discriminare in chiave epistemologica le “scienze esatte” dalle altre scienze³⁷; dall'altro lato, separare in maniera chirurgica il dominio della determinazione dei fini, cioè l'essenza della decisione politica, da quello del calcolo dei mezzi, affidato alla tecnica³⁸.

Questi nodi, peraltro, vengono proverbialmente al pettine proprio con riferimento ad alcune tipologie di dPCM che svolgono un ruolo chiave nel

³⁵ Cfr., per un chiaro esempio, C.d.S., Adunanza della Commissione speciale, 17 marzo 2016.

³⁶ La sent. n. 61 del 1997, resa in materia di conservazione del sangue.

³⁷ Questione oggetto di un dibattito secolare: per un primo orientamento nei suoi meandri cfr. L.V. HEDGES, *How Hard Is Hard Science, How Soft Is Soft Science? The Empirical Cumulativeness of Research*, in *American Psychologist*, 1987, 443 ss.

³⁸ Sul rapporto fra tecnica e politica cfr. almeno D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, nonché ID., *Lineamenti*, cit., 173 ss.; P.P. PORTINARO, *Tecnocrazia*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, Roma, 1998; P. MARTELLI, *Analisi delle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012, 391 ss.

nostro ordinamento. Il riferimento è, anzitutto, ai numerosi dPCM – spesso previsti dalle leggi finanziarie, di stabilità o di bilancio – che definiscono entro margini di ampia discrezionalità il concorso delle Regioni al contenimento della finanza pubblica, o disciplinano comunque l'impiego delle risorse: sembra pacifico che l'economia e la finanza non appartengano al novero delle scienze esatte, considerando il peso condizionante che in esse rivestono gli assunti di ricerca, la preponderanza dell'analisi qualitativa dei dati, la non riproducibilità con il metodo sperimentale delle dimostrazioni³⁹.

Analogo discorso può ripetersi rispetto ai dPCM con i quali, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2010, vengono definiti i criteri di calcolo dei fabbisogni standard: la scelta dei parametri statistici da considerare od omettere si riflette in modo decisivo sulla determinazione dei fabbisogni, e sulla conseguenziale assegnazione delle risorse; e non è affatto peregrino ritenere che la selezione dei parametri tecnici sia un *posterius*, rispetto all'individuazione, in sede politica, degli aspetti da valorizzare o degli interessi da soddisfare in misura prioritaria⁴⁰. E così, pure per il dPCM che stabilisce i LEA ex art. 1, comma

³⁹ Cfr., fra moltissimi, A.W. STONIER – D.C. HAGUE, *Principi di economica*, Cedam, Padova, 1964, 2 ss.; per una riflessione più generale che investe le scienze sociali, D. FISICHELLA, *Lineamenti*, cit., 15 ss.

⁴⁰ Illuminante, in proposito, è un passaggio della «Relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, sul federalismo fiscale» della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, ove, a p. 23, il par. 4.6.2. porta il titolo «Indirizzo politico e scelte tecniche». Vi si legge: «un tema rilevante, emerso anche nel corso delle audizioni, è quello del rapporto tra indirizzo politico e scelte tecniche nella determinazione dei fabbisogni. L'adozione di determinate metodologie statistiche costituiscono scelte tecniche solo in apparenza, in quanto da esse dipende la distribuzione di risorse finanziarie, che è un effetto tipicamente politico. Ai fini della determinazione dei fabbisogni standard, la considerazione o meno di alcuni indicatori (ad es. la collocazione territoriale dell'ente), il riconoscimento di fabbisogni valutati con funzioni di spesa, o viceversa di esclusione di fabbisogni stimati con funzioni di costo di servizi non offerti dall'ente (ad es. le spese per gli asili nido) ovvero la considerazione del costo del personale come variabile nella disponibilità dell'ente, quando invece costituisce un fattore non facilmente modificabile dall'ente nel breve periodo, o la necessità di differenziare la medesima struttura, in ragione delle specifiche territoriali e del carico ambientale e sociale sopportato (ad es. il concetto di strada provinciale è profondamente differenziato a seconda che si tratti di strade a traffico ordinario o a traffico intenso nei periodi turistici o interessate al traffico di mezzi pesanti o agricoli, ovvero che si trovino in territorio di pianura o montano, ove vi sono fenomeni atmosferici e climatici e l'assenza di altri mezzi di trasporto utilizzabili che incidono sull'usura), costituiscono scelte essenzialmente politiche. Per standardizzare la spesa o attraverso la funzione di spesa o attraverso la funzione di costo, esiste un problema, secondo la CTFS, di riuscire a considerare in maniera adeguata la specificità di diverse tipologie di comuni, come quelli turistici o quelli montani. Per talune realtà potrebbero essere ipotizzabili forme perequative specifiche. Altri fattori sociali e territoriali che richiedono scelte politiche riguardano la necessità di tenere conto della diversa allocazione, in ciascuna Regione, fra Regione ed enti locali, delle funzioni relative agli ambiti propri delle funzioni fondamentali delle province e delle città metropolitane e conseguentemente della diversa incidenza di tali funzioni fondamentali per province e città metropolitane in relazione alla Regione di appartenenza».

554, della legge n. 208 del 2015, appare ben difficile sostenerne la natura tecnica: l'atto, infatti, non solo appare normativo nella sostanza, individuando le prestazioni erogabili, i beneficiari e i presupposti organizzativi, ma risulta anche politico nel carattere, esprimendo un giudizio circa l'essenzialità o meno di un determinato trattamento sanitario⁴¹.

3.3. Il “problema del fondamento”: i dPCM normativi previsti da decreti legislativi e decreti-legge

Tornando alle statistiche, e continuando a ragionare nell'ottica del sistema delle fonti, un ulteriore profilo d'interesse si coglie nel fatto che spesso (più della metà dei casi) la fonte primaria attributiva del potere di adottare i dPCM sia un decreto legislativo o un decreto-legge. Ciò può sollevare delle criticità, proprio nel caso in cui il dPCM abbia natura normativa.

Là dove si tratti di decreti legislativi, è utile ricordare come lo stesso art. 17, comma 1, della l. n. 400 contempli in maniera esplicita i regolamenti esecutivi e integrativi/attuativi dei decreti legislativi stessi, e dunque in linea di principio non si pongono problemi ad ammettere che una fonte sostanzialmente regolamentare possa integrarne il contenuto precettivo. Sarà sufficiente accertare che il Governo non utilizzi il dPCM come strumento per degradare la potestà normativa attribuitagli, o per eludere i termini di esercizio della delega⁴².

Più controversa è, invece, l'autorizzazione recata nei decreti-legge. Inserire in un decreto-legge una disposizione non autosufficiente, che rinvia necessariamente, per la sua attuazione, al successivo intervento normativo di un altro soggetto, è una contraddizione in termini. Infatti, un decreto-legge che abbisogni di un regolamento attuativo difficilmente può dirsi fondato su presupposti di straordinaria necessità e urgenza, poiché l'arco temporale necessario all'elaborazione della fonte secondaria smentisce in radice l'indifferibilità della misura⁴³; ciò a meno di non voler riferire la straordinaria

⁴¹ Sul punto cfr. le osservazioni di M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale*, cit., 10 ss.

⁴² Riprendendo l'insegnamento di A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, XXVI, Treccani, Roma, 10.

⁴³ In tal senso è, del resto, la dottrina assolutamente prevalente, la quale esclude che il decreto-legge possa attribuire potestà regolamentare. Si veda, in termini particolarmente chiari, S.M. CICCONE, *Le fonti*, cit., 302-303: «esistono, comunque, alcune situazioni nelle quali la mancanza del requisito della straordinaria necessità e urgenza è certa: [...] quella nella quale il decreto-legge si limita a conferire al Governo l'autorizzazione ad adottare successivi regolamenti amministrativi oppure condizioni l'efficacia delle proprie disposizioni all'adozione di tali regolamenti». Alla questione dell'assenza dei presupposti di cui all'art. 77 bisogna anche aggiungere un'ulteriore problematica: infatti, «in caso di decadenza o reiterazione del decreto, il regolamento sembrerebbe destinato a venir meno, basandosi su un atto che -vanificandosi ex tunc, ovvero essendo integralmente sostituito dal

necessità e urgenza al provvedere in sé, piuttostoché alle singole disposizioni⁴⁴. Valore sintomatico deve pure annettersi al già citato art. 17, comma 1, della stessa legge n. 400 del 1988, stando al quale i regolamenti esecutivi e attuativi sono configurabili solo rispetto a leggi e decreti legislativi. Ciò conferma che, con riguardo al decreto-legge, può ammettersi con difficoltà un differimento della fase attuativa e, addirittura, di quella esecutiva; e dunque, l'atto dovrebbe essere tendenzialmente *self-executing* in ogni sua parte.

3.4. Il “Governo fuggitivo”: osservazioni sul procedimento di formazione

L'immagine del “Governo fuggitivo” riassume in modo efficace le torsioni morfologiche dei dPCM normativi adottati secondo schemi derogatori rispetto alla legge n. 400: l'analisi empirica restituisce, infatti, una serie caleidoscopica di varianti al procedimento di formazione, che confermano l'attualità di quel fenomeno di “fuga dal regolamento” già da tempo segnalata.

Più in dettaglio, per i dPCM che seguono specifiche procedure espressamente previste in deroga alla legge n. 400, l'aspetto più significativo è l'esclusione del parere del Consiglio di Stato. Le ragioni della “fuga dal Consiglio di Stato” sembrano difficili da individuare in modo univoco, e questa, anzi, potrebbe risultare addirittura contraddittoria per l'osservatore: una classica critica rivolta all'organo di vertice della giurisdizione amministrativa è la sua contiguità al Governo, che ne inficerebbe l'indipendenza; viceversa, questa tendenza fuggitiva porta alla luce una certa insofferenza dell'Esecutivo verso il Consiglio di Stato, non diversa da quella fisiologica che caratterizza ciascun potere, rispetto ad istanze che pretendano di assoggettarlo a controllo⁴⁵.

successivo -cessa di esistere e trascina con sé tutti gli effetti prodotti sino a quel momento (salvo apposita legge di sanatoria)». Così L. CARLASSARRE –P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., 951 ss. Anche nella giurisprudenza, seppur in modo assai più timido e sfumato, non mancano pronunce di questo segno. La più chiara è forse C.d.S., ad. gen., parere 11 aprile 1996, ove si evidenzia che «la previsione nei decreti-legge di una fonte regolamentare o, comunque, la necessità che le previsioni del decreto stesso siano completate da un regolamento possono costituire, in sede di puntuale verifica del caso concreto, sintomi del difetto dei presupposti di costituzionalità, cui è subordinato l'esercizio della decretazione d'urgenza».

⁴⁴ Come pure è stato autorevolmente sostenuto: «a stretto rigore, anche i requisiti della necessità ed urgenza si riferiscono al provvedere e non (necessariamente) al contenuto del provvedimento»: cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 844-845. Nello stesso senso si vedano pure, fra gli altri, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 125; F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Dir. soc.*, 1974, 524; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, 707.

⁴⁵ È la logica del «liberarsi delle regole» di cui parla L. CARLASSARRE, *Fonti del diritto*, cit., 552 ss.

Ad ogni buon conto, va segnalato che una tendenza sistemica in tale direzione possa rintracciarsi nell'ordinamento sin dalla legge n. 127 del 1997, che ha circoscritto in modo stringente il novero degli atti sui quali è previsto il parere obbligatorio dell'organo: per quanto qui interessa, l'art. 17, comma 25, lett. a) prevede fra essi gli «atti normativi del Governo e dei singoli ministri, [adottati] ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per l'emanazione di testi unici»; il fatto che la previsione sia contenuta in una legge ordinaria, e sia così formulata, da un lato consente a successive fonti legislative di derogarla, dall'altro lato esclude dal proprio ambito di applicabilità la schiera degli atti sostanzialmente normativi ma non regolamentari, o comunque non riconducibili all'art. 17 della legge n. 400, che affolla la prassi⁴⁶.

La causa della fuga dal Consiglio di Stato non sembra neppure tutta riconducibile a esigenze di celerità: il parere, infatti, deve essere reso entro 45 giorni, e il tempo medio di approvazione dei dPCM si aggira in modo costante intorno ai 55 giorni⁴⁷.

Con riguardo agli altri dPCM che vengono a esistenza secondo procedimenti spontanei, invece, ogni segmento è suscettibile di innumerevoli declinazioni: l'iniziativa può promanare da uno o più Ministri interessati, i quali, in alternativa, possono essere comunque coinvolti in corso d'opera tramite strumenti di raccordo successivo e pareri; può essere contemplata l'interlocuzione con autorità di settore (Autorità garante per l'infanzia e

⁴⁶ L'art. 17, ai commi 25 ss., dispone: «25. Il parere del Consiglio di Stato è richiesto in via obbligatoria: a) per l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per l'emanazione di testi unici; b) per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica; c) sugli schemi generali di contrattipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri. 25-bis. Le disposizioni della lettera c) del comma 25 non si applicano alle fattispecie previste dall'articolo 2, comma 203, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. 26. È abrogata ogni diversa disposizione di legge che preveda il parere del Consiglio di Stato in via obbligatoria. Resta fermo il combinato disposto dell'articolo 2, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dell'articolo 33 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054. 27. Fatti salvi i termini più brevi previsti per legge, il parere del Consiglio di Stato è reso nel termine di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta; decorso il termine, l'amministrazione può procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. Qualora, per esigenze istruttorie, non possa essere rispettato il termine di cui al presente comma, tale termine può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro venti giorni dal ricevimento degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate». Va ad ogni modo segnalato che l'auspicio a una remissione di questa tendenza si trova nella «Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno», in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, 38 ss.

⁴⁷ La statistica è riportata nel già citato documento «Appunti del Comitato per la legislazione “La produzione normativa nella XVII Legislatura”. Aggiornamento al 15 giugno 2016 n. 9 – Focus» e trova sostanziale riscontro nelle ricerche effettuate per gli anni 2016-2017-2018.

l'adolescenza, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, fra gli altri) o l'informativa alle associazioni sindacali maggiormente rappresentative nel caso di atti organizzativi; frequentissimo è il confronto con le Regioni, specie tramite l'acquisizione del parere della Conferenza Stato-Regioni: accorgimento che spesso viene adottato onde prevenire censure d'incostituzionalità per violazione del principio di leale collaborazione.

Rispetto a questa categoria, il profilo derogatorio più critico è la “fuga dal Presidente della Repubblica”, poiché tali atti sfuggono all'emanazione del Capo dello Stato. Come noto, l'art. 17 della legge n. 400 prevede che i regolamenti governativi, non anche quelli ministeriali e interministeriali, siano emanati con decreto del Presidente della Repubblica; anche l'art. 87 della Costituzione menziona fra i poteri presidenziali⁴⁸ quello di emanazione dei regolamenti governativi. Ora, ove si ritenga che l'elemento discriminante per integrare l'obbligo del passaggio per l'emanazione presidenziale sia l'imputabilità dell'atto normativo al Consiglio dei Ministri collegialmente inteso, a prescindere dal *nomen* regolamento o dall'applicabilità della legge n. 400, qualche dubbio in effetti si pone, nei non infrequenti casi in cui il dPCM sia stato adottato previa deliberazione del Consiglio dei Ministri⁴⁹: in siffatte ipotesi, il dPCM, pur formalmente imputabile al Presidente del Consiglio, è comunque il frutto di una deliberazione collegiale. Il problema, poi, diviene ancora più nitido, se si considera l'art. 1, comma 1, lett. ii) della legge n. 13 del 1991, in base al quale «tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri» sono adottati con decreto del Presidente della Repubblica: da questo angolo visuale i dPCM adottati previa deliberazione del Consiglio dei Ministri potrebbero risultare affetti da violazione di legge.

Anche per la fuga dall'emanazione presidenziale, è ardua una precisa ricognizione dei fattori causali; il movente principale, pure qui, è con ogni probabilità da rinvenire nell'esigenza di ritagliarsi un ambito di potestà normativa per quanto possibile “appartato” rispetto al controllo o comunque al condizionamento di altri poteri.

Resta poi da esaminare il versante delle conseguenze ordinamentali. Al riguardo, i dPCM normativi, data la loro collocazione nel sistema delle fonti, soggiacciono non solo ai parametri costituzionali, ma anche al rispetto delle disposizioni di rango primario. Ciò premesso, appare condivisibile la tesi

⁴⁸ Potere, ad ogni modo, che non deve ritenersi oggetto di una riserva esclusiva costituzionalmente necessaria: cfr. S. GALEOTTI – B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996, 417 ss., e Corte cost., sent. n. 79 del 1970.

⁴⁹ Come visto nel par. 2, sono stati documentati almeno 7 casi fra il 2014-2015. Sul caso specifico del dPCM n. 171 del 2014, cfr. D. GIROTTO, *Sulle fonti del diritto*, cit., 4 ss.

secondo cui il «Presidente non vada implicato in sindacati eterogenei rispetto all'intima natura del suo ufficio ma debba limitarsi a suggerire o ad imporre al Governo - secondo la varia natura e la varia gravità delle diverse ipotesi - un riesame degli atti in questione, almeno fino a quando non si profili un vero e proprio attentato alla Costituzione»⁵⁰; in altri termini, dalla funzione del Capo dello Stato, anche alla luce del suo tono costituzionale, esula, salvi casi manifesti, lo scrutinio al microscopio dei profili di violazione di legge. Tuttavia, la contemporanea e contestuale fuga dal paradigma dell'art. 17 della legge n. 400, e dal controllo del Consiglio di Stato, determina per la categoria di atti normativi in esame l'assenza di presidi preventivi, affidati a organi diversi da quello che adotta l'atto: un *unicum*, rispetto tanto alla legge, quanto agli atti aventi forza di legge e ai regolamenti ex legge n. 400, che transitano, rispettivamente, per la promulgazione e l'emanazione presidenziale, e questi ultimi anche attraverso il parere obbligatorio del Consiglio di Stato⁵¹.

4. I dPCM fra forma di governo e forma di Stato

Le statistiche quantitative, le torsioni procedurali e le varianti contenutistiche anche per i dPCM normativi, come per tutte le fonti del diritto, riflettono sovrastrutturalmente i mutamenti in atto a livello della forma di Stato e della forma di governo. È proprio su questo piano, allora, che occorre rintracciare le origini profonde e le ricadute sistemiche della loro ascesa.

Partendo dal versante della forma di governo, non è il caso, qui, di soffermarsi sui fenomeni giuridici, politici e non per ultimo sociali che hanno innescato la tendenza alla c.d. "presidenzializzazione degli Esecutivi", già ricordata⁵². Per quanto qui interessa, però, il significativo incremento dei dPCM e la rilevanza degli spazi a essi attribuiti sono causa, e al contempo effetto, di un rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio negli

⁵⁰ Così L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 236 ss.

⁵¹ Proprio l'aderenza al figurino dell'art. 17 della legge n. 400, con il prescritto parere del Consiglio di Stato, avevano consentito a Q. CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del Governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2010, 36-37, di concludere in modo condivisibile (almeno *rebus sic stantibus*) che «la collocazione dei regolamenti nel sistema delle fonti esclude il «tono costituzionale» delle problematiche ad essi eventualmente ascrivibili. Per essi, prima ancora di cogliere eventuali antinomie rispetto alle disposizioni costituzionali, si pone un problema di compatibilità con le fonti ad essi immediatamente sovraordinate. I regolamenti, dunque, possono destare dubbi di illegittimità che i previsti meccanismi di controllo preventivo, a cominciare dalla attivazione della funzione consultiva del Consiglio di Stato, sono potenzialmente in grado di dirimere». Proprio la mancata attivazione di tale funzione, divenuta così regolare nella prassi, attualizza però oggi quel rischio di assenza di filtri preventivi prima solo teorizzabile.

⁵² Il riferimento è al già citato A. DI GIOVINE – A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, cit.

equilibri di potere interni al Governo⁵³. Lo strumento, infatti, consente di razionalizzare le tendenze centrifughe tipiche del modello a direzione plurima dissociata⁵⁴, traducendo la centralità politica del Presidente nell'indirizzo, o quantomeno nel coordinamento dell'attività del Gabinetto: sempre più spesso il mezzo d'elezione ove esistano intrecci di competenze ministeriali diverse è il dPCM (e a ciò corrisponde, non per caso, il tramonto progressivo dei decreti interministeriali) che taglia il nodo gordiano, imputando l'iniziativa, e la decisione politica, alla Presidenza, salvo poi recuperare nel corso del procedimento d'adozione forme di coinvolgimento dei Ministri "espropriati". Il ruolo dei dPCM, poi, si lega anche a ragioni di comunicazione e visibilità politica, valendo ad associare l'immagine del *Premier* all'assunzione di determinate *policies* centrali nell'agenda di Governo.

Un dato in controtendenza rispetto alle tipiche modalità attraverso cui si manifesta l'*empowerment* della Presidenza, però, è la compressione del personale. Generalmente, la letteratura riscontra un certo parallelismo fra espansione dei poteri, ed espansione delle risorse organizzative⁵⁵. Gli anni della crisi finanziaria hanno lasciato il segno però anche sul DAGL e sulle altre strutture di supporto legislativo della Presidenza, al punto da determinare oggi, una situazione di relativa carenza d'organico, almeno rispetto alla mole di dPCM normativi che vengono prodotti⁵⁶. Questo indebolimento può rendere, al di là delle apparenze, la Presidenza più porosa alle iniziative dei Ministeri, dotati comparativamente di più personale, facendo così riemergere in maniera interstiziale proprio quelle dinamiche tipiche della direzione plurima dissociata.

Ma, come anticipato, le trasformazioni dei dPCM riflettono anche mutamenti in atto nella forma di Stato e nel tessuto delle democrazie pluraliste. Fra questi, possiamo ricordare⁵⁷ la strutturazione in senso multilivello dell'ordinamento, in cui ormai convivono centri di decisione politica e produzione normativa sovrastatali e infrastatali (organizzazioni

⁵³ In questa prospettiva, si è acutamente osservato come l'evoluzione dei dPCM costituisca una «plastica rappresentazione dei rapporti di forza endogovernativi»; così D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione*, cit., 6.

⁵⁴ Riprendendo la celebre espressione di E. CHELI - V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo, analisi e prospettive*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, 49.

⁵⁵ Aspetto posto accuratamente in luce da F. LANCHESTER (a cura di), *La barra e il timone*, cit.

⁵⁶ È indubbio che «non è possibile ripensare ai procedimenti di formazione delle fonti senza prestare attenzione alle strutture interne al Governo preposte alla redazione degli atti normativi». Così G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo*, cit., 17.

⁵⁷ Rinviando per una più approfondita disamina di questi fattori, sotto il profilo della loro incidenza sul sistema delle fonti, a D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, cit., 19 ss.

internazionali, Unione europea, Regioni, enti locali); l'osmosi fra pubblico e privato⁵⁸, che determina forme di co-gestione della *governance* fra istituzioni pubbliche e soggetti rappresentativi del pluralismo, secondo quello che è stato definito il modello dell'integrazione fra democrazia rappresentativa e *organic governance*⁵⁹; il ruolo ormai preminente della tecnologia e dell'economia nell'agenda politica, con il crescente fabbisogno di interventi regolatori tecnici e in tempo reale⁶⁰.

Basta scorrere le funzioni di indirizzo politico del Presidente del Consiglio dei Ministri elencate all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 303 del 1999⁶¹, per comprendere come una parte sempre più ampia di queste si determinino sempre di più attraverso atti non normativi, o, comunque, tradizionalmente considerati non normativi. Molte di queste funzioni, a cominciare da quelle di promozione, coordinamento e monitoraggio, e la stessa gestione delle relazioni con gli interlocutori con i quali il Governo è chiamato a interfacciarsi non necessitano di discipline normative rigide che ne delineino le modalità d'esercizio, e soprattutto non hanno "un prodotto normativo" come *output* necessario dei relativi processi. La complessità dei circuiti decisionali tipica degli ordinamenti pluralistici richiede processi di sintesi che sempre più spesso si manifestano attraverso atti ibridi come direttive, linee guida, misure di

⁵⁸ Prendendo a prestito il lessico di A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, 5 ss.

⁵⁹ Citando T.R. BURNS, *The evolution of parliaments and societies in Europe: challenges and prospects*, in *European Journal of Social Theory*, n. 2/1999, 172 ss.

⁶⁰ Aspetto messo particolarmente in luce da M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale*, cit., 10 ss.

⁶¹ Che qui conviene riportare per esteso: «il Presidente si avvale della Presidenza, in particolare, per l'esercizio, in forma organica e integrata, delle seguenti funzioni: a) la direzione ed i rapporti con l'organo collegiale di governo; b) i rapporti del Governo con il Parlamento e con altri organi costituzionali; c) i rapporti del Governo con le istituzioni europee; d) i rapporti del Governo con il sistema delle autonomie; e) i rapporti del Governo con le confessioni religiose, ai sensi degli articoli 7 e 8, ultimo comma, della Costituzione; f) la progettazione delle politiche generali e le decisioni di indirizzo politico generale; g) il coordinamento dell'attività normativa del Governo; h) il coordinamento dell'attività amministrativa del Governo e della funzionalità dei sistemi di controllo interno; i) la promozione e il coordinamento delle politiche di pari opportunità e delle azioni di Governo volte a prevenire e rimuovere le discriminazioni; l) il coordinamento delle attività di comunicazione istituzionale di informazione, nonché relative all'editoria ed ai prodotti editoriali; m) la promozione e verifica dell'innovazione nel settore pubblico ed il coordinamento in materia di lavoro pubblico; n) il coordinamento di particolari politiche di settore considerate strategiche dal programma di Governo; o) il monitoraggio dello stato di attuazione del programma di Governo e delle politiche settoriali».

coordinamento e *soft law*⁶², più che con disposizioni di carattere normativo in senso classico⁶³.

In questa prospettiva, la flessibilità e deformalizzazione procedimentale dei dPCM risponde a numerose esigenze: i) funge da risorsa inclusiva nella *governance* multilivello e nel pluralismo sociale organizzato, consentendo l'apertura del procedimento alle Regioni, alle autorità indipendenti, ai sindacati e ad altri *stakeholders*; ii) funge da risorsa inclusiva anche per sopperire al "fabbisogno tecnico", coinvolgendo tecnici ed esperti nel cuore del *decision making*; iii) consente, grazie alla minor rigidità degli schemi, l'aggiornamento in tempo reale della normativa⁶⁴.

Ma non è tutto. La flessibilità del contenuto da un lato, la qualificazione sfumata dall'altro, consente di dettare indirizzi "para-normativi" anche in materie dove la Presidenza del Consiglio o lo Stato non avrebbero competenza, sopperendo così al drenaggio di attribuzioni verso l'alto, il basso e laterale⁶⁵: con ciò assolvendo a quella che oggi appare la funzione principale della Presidenza del Consiglio, cioè coordinare, raccordare e indirizzare una miriade di centri decisionali, piuttostoché individuare (il che è pure necessario, come dimostra proprio l'espansione dei dPCM normativi) regole generali e astratte.

Proprio la naturale attitudine del dPCM a configurarsi come valvola di sfogo di una pluralità di esigenze magmatiche, di natura politica e tecnica, rendono assai arduo immaginare una razionalizzazione della legge n. 400 del 1988: nel contesto descritto, appare più facile vivere alla giornata, per così dire, che inseguire riforme archetipiche destinate ad essere presto erose dal mutevole corso della prassi.

Un'ultima postilla può dedicarsi al Parlamento, finora rimasto il convitato di pietra del ragionamento. Le leggi che configurano procedimenti d'approvazione dei dPCM atipici o derogatori rispetto alla legge n. 400 nascono, appunto, con la volontà, se non addirittura con la volontarietà, delle Camere. Viene dunque da chiedersi perché queste non oppongano una seria resistenza a infiltrazioni nel sistema delle fonti potenzialmente pericolose. Non sembra possibile fornire una risposta risolutiva, ma fra i fattori determinanti in

⁶² Numerosi sono gli studi dedicati a questa variegata panoplia di strumenti para-normativi: un'analisi sistematica relativamente recente in E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.

⁶³ Su questo, proprio con riferimento al ruolo istituzionale della Presidenza del Consiglio, cfr. già O. ROSELLI, *La riforma*, cit., 51, ove si evoca la «inevitabile espansione dell'area di determinazione dei processi decisionali attraverso atti non normativi».

⁶⁴ Lo spazio di una nota per segnalare come esigenze analoghe siano individuabili anche fra i fattori di successo della delegazione legislativa: sul punto, sia consentito il rinvio a D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, cit., 19 ss.

⁶⁵ L'immagine è di B. CARAVITA, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo*, cit., 5

questa prospettiva va segnalata una certa tendenza a scaricare sui dPCM, senza la necessaria consapevolezza o addirittura con aperto disinteresse, gli sviluppi tecnici e le vicende attuative della normativa. Infatti, il dividendo politico che matura dall'annuncio dell'approvazione di una legge è istantaneo e alquanto slegato dalle sorti successive dell'atto; l'attuazione, poi, richiedendo di apprestare discipline di dettaglio, privilegiando in modo inevitabile determinati interessi a scapito di altri, è foriera di lungaggini procedurali e scontenti comprensibilmente poco attraenti per il decisore politico.

Ad ogni modo, per contenere almeno le derive più preoccupanti, un certo ruolo potrebbe esercitarlo il Comitato per la legislazione: l'organo alla Camera è stato fra le più attente sentinelle contro le prassi anomale che andiamo descrivendo. Tuttavia, le armi spuntate delle quali è dotato, hanno consentito ad esso di incidere ben poco⁶⁶.

⁶⁶ Per una ricostruzione sistematica degli orientamenti assunti dal Comitato per la legislazione, e degli strumenti di cui esso dispone, è doveroso il rinvio a N. LUPO, *La normazione secondaria*, cit.; cfr. anche D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione*, cit., 10 ss.