



**PER UN SUPERAMENTO DELLE “DECISIONI RINNEGANTI” IN MATERIA DI
DECRETAZIONE D’URGENZA
SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DALLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE***

di

Giuliano Serges

*(Dottore in giurisprudenza
Università Roma Tre)*

11 luglio 2014

«I decreti devono essere emanati solo in caso di necessità e urgenza. Altrimenti vi è un’usurpazione da parte dell’esecutivo e si rischierebbe di precipitare verso la repubblica di Weimar»¹.

Sommario: 1. Meno di una premessa; 2. Per una storia ragionata della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d’urgenza: A. Le tre fasi della Corte Costituzionale: 1. La fase di assestamento; 2. Il momento dell’«adesso basta»; 3. L’era dell’«almeno non»; B. La giurisprudenza dell’«almeno non» nella sua più recente evoluzione: 1. La sent. n. 22/2012 e la “svolta” della “evidente eterogeneità”; 2. La sent. n. 220/2013 e i “consigli di mala legislazione”: a) Il decreto-legge n. 95/2012 e la Costituzione (a mo’ di interludio); b) *Segue*: l’«eccesso di assorbimento come problema di leale collaborazione»; c) *Segue*: la sent. n. 220/2013 come caso emblematico di «almeno

* Il presente contributo, sottoposto a referaggio da parte del Comitato direttivo del focus, rappresenta la rielaborazione dell’intervento al seminario di studi su: Decreto-legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale – Università degli studi Roma Tre, 7 maggio 2014.

¹ Virgolettato attribuito a Francesco Saja, che avrebbe pronunciato quelle parole in occasione della sent. n. 302/1988, e riportato da C.M., *La Stampa*, 16 marzo 1988, n. 60, pagina 2.

non»; **3.** Per una definizione di “decisione rinnegante”: A. Il diritto rinnegante: a) La “effettività rinnegante”; b) La “normativa rinnegante”; c) *Segue*: “normativa” ed “effettività” nella decretazione d’urgenza (a mo’ d’interludio); B. La “giurisprudenza rinnegante”: a) le “decisioni rinneganti” (*con interludio*: «la sent. n. 1/2014 quale esempio di “decisione rinnegante”»); b) *Segue*: Gli effetti delle “decisioni rinneganti” e le loro declinazioni in materia di decretazione d’urgenza (*con interludî*: «L’art. 77 e l’emendabilità in sede di conversione» e «La metafora dei bracci (o delle leve)»); **4.** Per un superamento della giurisprudenza rinnegante in materia di decretazione d’urgenza: A. L’esigenza di un superamento; B. Ragionando per materie: le tesi “estrema” (ma condivisibile) di Lorenza Carlassare; C. Ragionando “oltre” le materie: una nuova proposta “*estremissima*” e gli altri rimedi: a) La nuova proposta; b) Gli altri rimedi; c) Il problema del *come*; D. La sent. n. 32/2014: *quoi de neuf?* (meno di una conclusione).

1. Meno di una premessa

Il tema del decreto-legge non ha certo bisogno di “presentazioni”, “premesse” o “introduzioni”. Pochi altri istituti giuridici possono vantare una tale fortuna nella letteratura giuridica (non solo costituzionalistica) e nella giurisprudenza costituzionale. E tale fortuna è senz’altro “meritata”, nel senso che, da un lato, l’eccezionalità dell’istituto, il quale consente al potere esecutivo di emanare atti aventi forza di legge², e, dall’altro, la sua “trasversalità”, potendo esso riguardare, in astratto, qualunque settore del diritto e *quasi* qualunque materia³, fanno del decreto-legge una fonte di riflessione praticamente inesauribile⁴.

² Come notava il Paladin in un articolo del 1958, «i decreti-legge costituiscono una fra le più rilevanti eccezioni alla regola per cui gli atti di partecipazione ad una funzione diversa da quella normalmente propria dell’organo emanante mantengono l’efficacia caratteristica degli atti di esercizio della funzione normale» (L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno VIII, 1958, p. 533).

³ Sempre Paladin (ivi, p. 534) rilevava «l’assoluta indefinitezza del campo d’azione degli atti in esame, che abbraccia la quasi totalità delle materie suscettibili di disciplina legislativa ordinaria».

⁴ La “inesauribilità” dell’argomento comporta, per altro, l’impossibilità pratica di ricostruire in maniera completa una bibliografia pressoché sterminata, ragion per la quale nel testo ci limiteremo a richiamare unicamente taluni scritti che abbiamo ritenuto, in qualche misura, “funzionali” alla nostra trattazione. In ogni caso indichiamo, qui di seguito, senza alcuna pretesa di completezza, alcune tra le opere principali in materia (ordinate in ordine cronologico ascendente in base all’anno di pubblicazione dell’ultima opera citata di ciascun Autore), rinviando ad esse per ulteriori riferimenti bibliografici: L. PRETI, *Il Capo dello Stato e la formazione della legge. Decreto legislativo e decreto legge*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, Ferrara, 1948, pp. 23 ss.; G. SOLAZZI, *I decreti-legge*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Firenze, 1950; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, 1962, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992; F. MOHRHOFF, *Note sul decreto legge nel diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1962; G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e ammin.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970; F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; L. PALADIN, *In tema*, cit.; ID., *Decreto-legge*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1960; ID., Art. 77, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, Bologna-Roma 1979; F.

Un filone particolarmente ricco, almeno tra i costituzionalisti, è sempre stato quello dei vizi cc. dd. formali o *in procedendo* relativi al decreto-legge ed alla legge di conversione (tra i quali ormai vanno annoverati anche quelli relativi alla carenza dei presupposti della «straordinaria necessità ed urgenza»⁵). Nell'ambito di tale filone possiamo individuare tre decisioni, emanate nell'ultimo triennio, che hanno fatto particolarmente discutere e che sono state in prevalenza salutate come una benefica evoluzione della giurisprudenza in materia: la n. 22/2012; la n. 220/2013; la n. 32/2014.

Il proposito di quest'intervento è quello di trarre spunti di riflessione dalla recente giurisprudenza, con un'analisi più approfondita nel particolare della sent. n. 220/2013, sotto lo specifico e circoscritto profilo del legame che intercorre tra la tecnica argomentativa utilizzata

CAZZOLA, M. MORISI, *L'alluvione dei decreti: il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Milano, 1981; C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico italiano*, Padova, 1986; G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989; V. CRISAFULLI, *In tema di leggi di conversione*, in *Il foro italiano*, n. 67/1942, pt. 3, pp. 4 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, 1, VI ed. a cura di F. CRISAFULLI, Padova, 1993; AA. VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Milano, 1996; A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Anno 29, n. 111, 1° trimestre 1996, pp. 5 ss.; G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, pp. 421 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, Padova, 1997; ID., *Decreto-legge, postilla di aggiornamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001; N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti-legge davanti alla Camera dei Deputati*, Brescia, 2001; F. VARI, *La conversione del decreto legge*, Roma, 2003; L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento. Il decreto-legge*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006; A. CELOTTO, DI BENEDETTO E., *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost.*, Torino 2006; G. GUZZETTA, *Decreto-legge*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006 (in particolare i saggi di G. MARAZZITA, *La legislazione d'emergenza nella giurisprudenza costituzionale. Il Parlamento fra abuso della straordinarietà e ordinarietà straordinaria*, pp. 185-221, e A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, pp. 35-86); S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 2007, pp. 262 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, pp. 323 – 380; ID., *Decreto legge*, in S. PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, Vol. 4, Milano, 2007, pp. 681 – 669; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; ID. (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006; ID., *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Torino, 2007; M. MALO, *Art. 77*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione. Fondato da Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, II. ed., Padova, 2008, pp. 706 ss.; G. DI COSIMO, *Tutto ha un limite (la Corte e il Governo legislatore)*, in M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma 2010; A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, 2011; 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"*, Torino, 2011; F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; ID., *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996; ID., *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, pp. 144 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, in corso di pubblicazione. Per una ricostruzione storica dell'istituto si veda anche M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, 2009.

⁵ Si era infatti dubitato, in passato, che la carenza dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza fosse un vizio formale e non, invece, esclusivamente di merito. Sul punto si veda *infra*, nota 11.

dalla Corte e la reale efficacia delle decisioni di quest'ultima nel contrasto all'abuso del decreto-legge. Talvolta la trattazione sarà accompagnata da alcuni «*interludî*» i quali, lungi dal voler essere dei “fuori tema”, sono piuttosto, per restare nella metafora musicale, delle “variazioni sul tema”, che si propongono di offrire un angolo visuale più esteso delle questioni esaminate. Verranno poi proposte, nell'ultima parte del lavoro, delle brevi considerazioni interlocutorie di più ampio respiro.

2. Per una storia ragionata della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d'urgenza

A. Le tre fasi della Corte Costituzionale

1. La fase di assestamento

Per meglio comprendere l'angolo visuale dal quale intendiamo esaminare il tema, riteniamo prima di tutto necessaria, però, una sintetica rilettura della “storia” della giurisprudenza relativa ai vizi cc. dd. formali del decreto-legge, volta a fornire una “chiave di lettura” particolare e ad evidenziare alcuni aspetti che saranno strumentali alla nostra analisi successiva.

Più nel dettaglio, vorremmo proporre una ricostruzione strutturata in tre “momenti”, ciascuno dei quali esprime una *tendenza* o, per meglio dire, una *attitudine* della giurisprudenza in materia.

Il primo “momento” è individuabile, con qualche approssimazione, dall'istituzione della Corte Costituzionale fino alla fine degli anni '80. Lo possiamo considerare alla stregua di un “**periodo di assestamento**” durante il quale la Corte ha preso le misure del suo ruolo, da un lato, e del nuovo “abito costituzionale” dell'ordinamento italiano, dall'altro. In questa fase assistiamo, quindi, ad una Corte Costituzionale “giovane” che, forse anche perché alla ricerca di una legittimazione istituzionale, adotta una posizione più che prudente in materia, una sorta di *non expedit* auto-imposto. In particolare, analizzando la giurisprudenza fino al 1988, la Corte sembra aver voluto evitare il rischio di interferire con le decisioni dell'esecutivo, lasciando a quest'ultimo la più ampia libertà, fino al punto da non determinare neppure *se vi fosse un “recinto”* all'interno del quale egli fosse costretto. Medesimo approccio fu adottato, poi, nei confronti del Parlamento, riguardo alle problematiche relative alla legge di conversione.

L'esecutivo, dal canto suo, si pose costantemente, sin dall'entrata in vigore della Costituzione,

in maniera piuttosto disinvolta rispetto allo strumento del decreto-legge, e se durante i Governi presieduti da De Gasperi i limiti costituzionali all'emanazione di atti con forza di legge «furono sostanzialmente rispettati, ciò fu probabilmente dovuto al fatto che i governi del tempo potevano avvalersi delle collaborazioni di una maggioranza parlamentare relativamente docile e di un'opposizione quasi sempre messa fuori gioco dalla sua stessa intransigenza», mentre nell'«epoca post-gasperiana [...] la difficoltà di fissare un indirizzo politico coerente intorno al quale potessero coagularsi le maggioranze spesso eterogenee che sostenevano i vari governi e soprattutto di imporre tale indirizzo ad un Parlamento sempre più spesso dominato dalle opposizioni, indusse i governi a ricorrere con crescente frequenza allo strumento del decreto legge, interpretando assai estensivamente la previsione costituzionale della necessità e dell'urgenza»⁶.

Poi, già a partire dagli anni '70 e, con ancora più evidenza, negli anni '80, la “disinvoltura” del Governo, come noto, assunse i caratteri patologici di un abuso di sempre più consistente entità⁷. Abuso tra gli abusi, quello dato dalla c.d. “reiterazione”, pratica “inaugurata” con il d.l. n. 1351/1964⁸ e poi via via sviluppata negli anni, grazie alla quale il Governo si era gradualmente auto-attribuito la titolarità di un potere di produzione legislativa del tutto illegittimo⁹. Contro questa degenerazione si schierarono praticamente tutti: la dottrina, che nella fase precedente aveva assunto un atteggiamento in parte «condiscendente»¹⁰, pur restando ancora divisa sulla possibilità di un sindacato di legittimità sui requisiti della

⁶ A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, in 1981, nn. 2-3, pp. 304 – 305. Sulla decretazione d'urgenza nelle prime tre legislature si veda l'ottima ricostruzione (con elenco ragionato e commentato di tutti i decreti-legge emanati nel periodo esaminato, pp. 29-102) di F. MOHRHOFF, *op. cit.*, dalla quale peraltro emerge (pp. 23 ss.) come già all'epoca si fossero prospettati «problemi di natura costituzionale e parlamentare sui decreti-legge».

⁷ Cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., pp. 250 ss., che parla di una «esplosione incontrollata degli abusi» e F. CAZZOLA, M. MORISI, *op. cit.*, che usano invece l'espressione «alluvione dei decreti».

⁸ Così, almeno, stando alla ricostruzione di A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., p. 478, n. 409.

⁹ Come rileva A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA, *op. cit.*, usando un'espressione ormai celebre, il Governo si era trasformato in un «colegislatore», mentre il decreto-legge era diventato un «disegno di legge governativo, rafforzato dalla posizione costituzionale dell'atto che ne consente l'immediata operatività». Peraltro, come nota A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., pp. 252 – 253, n. 198, il Predieri sembra raccogliere alcune significative suggestioni che venivano da precedente dottrina, quali: L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 1525, che rilevava come «il decreto-legge si riduce in sostanza ad una anomala proposta che il Governo sottopone alle Camere, sia pure per darle immediata esecuzione»; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977, p. 95, che notava come quella del decreto-legge si fosse trasformata in una «forma di iniziativa legislativa decisamente contraria con la fisiologia del sistema, che rischia di scatenare un conflitto permanente fra potere legislativo e potere esecutivo o, peggio, una rassegnazione del parlamento ad approvare qualunque proposta del governo».

¹⁰ L'espressione è ripresa da L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge*, cit., che attribuiva il fenomeno dell'abuso del decreto-legge (anche) alle «condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti» (p. 1520). Sul punto si vedano anche: C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pp. 834 ss.; V. DI CIOLO, *op. cit.*, pp. 223 ss.; L. SINAGRA, *Questioni in tema di decreto-legge*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, n. 3/1970, pp. 851 ss.; A. CELOTTO, *L'«abuso»*, pp. 254 ss.; ID., *Carlo Esposito, le "condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti" e il sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2008, pp. 1502-1506.

«straordinaria necessità ed urgenza» (che veniva comunque in prevalenza ammessa)¹¹, assunse un atteggiamento piuttosto compatto nel rilevare come il comportamento del Governo in materia di decretazione d'urgenza concretasse un vero e proprio abuso, e nell'invocare un intervento del Giudice delle Leggi che mettesse fine al fenomeno della reiterazione¹²; i giudici misero in atto una vera e propria «ribellione organizzata»¹³ adottando, com'è stato ricordato, «numerossime ordinanze di rimessione aventi a oggetto decreti reiterati, la cui efficacia rispetto ai processi *a quibus* [era], così, di fatto sospesa»¹⁴; il Parlamento cercò di contenere il fenomeno, da un lato, con l'art. 15 della legge n. 400/1988¹⁵ e, dall'altro, con una riforma dei regolamenti parlamentari¹⁶ (nonché con una proposta di revisione costituzionale, poi rimasta

¹¹ Quanto alle posizioni sfavorevoli al sindacato sui requisiti – che, come già ricordato, finirono comunque per essere minoritarie – esse possono essere divise in tre gruppi: un primo che negava la riconducibilità della fattispecie a quella del vizio di legittimità, trattandosi, invece, di vizio di merito (si veda ad esempio, A. PIZZORUSSO, *I controlli*, cit., pp. 309 ss.); un secondo, che muoveva dall'assunto, per altro *in parte* smentito dalle sentt. nn. 184/1974, 302/1988 e 161/1995, della impossibilità pratica di giungere al sindacato sul decreto-legge prima dal decadimento ovvero della conversione, attribuendo a quest'ultima una piena efficacia sanatoria (riconosciuta anche dalla Corte in diverse occasioni: sentt. nn. 108/1986, 243/1987, 808, 810, 1033, 1035 e 1060 del 1988, 263/1994, nonché, più di recente, 419/2000, 376/2001, 16 e 29 del 2002); una terza, che invece negava la possibilità di un controllo poiché esso avrebbe finito per tradursi, inevitabilmente, in un controllo politico (per una ricostruzione di queste ultime due posizioni si vedano, oltre ai testi già citati (v. *supra*, nota 4), M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 1437 ss). Si noti, peraltro, che almeno per quanto riguarda la seconda delle tesi appena ricordate (impossibilità pratica di un controllo sul d.l., efficacia sanatoria della conversione), chi negava la possibilità di un sindacato sui requisiti in esame legge riconosceva comunque, in linea di principio, che vi fosse un abuso del Governo, e non riteneva possibile il sindacato di legittimità unicamente per ragioni tecniche relative alla struttura del processo costituzionale.

¹² Per una ricostruzione della dottrina dell'epoca si veda, per tutti, A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., pp. 255 ss.

¹³ L'espressione è di A. CELOTTO, *Sarà il giudice ordinario a limitare la reiterazione del decreto-legge?*, in *Diritto e società*, 1995, p. 539.

¹⁴ D. CHINNI, *La decretazione d'urgenza tra abusi e controlli. Qualche considerazione quindici anni dopo la sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 1/2012, p. 57.

¹⁵ Cfr. F. MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del governo. Considerazioni critiche*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1988.

¹⁶ Diverse furono le iniziative intraprese. Una prima, ricordata da A. PACE, *Sulla declaratoria d'incostituzionalità di una disposizione ormai inefficace di un decreto-legge, già radicalmente emendato; sulla competenza delegata «concorrente» in materia paesaggistica e sul «messaggio» della Corte Costituzionale contro la decretazione dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXIII, 1988, fasc. 6, p. 1249, n. 6, proponeva di modificare il Regolamento del Senato (*Atti Sen.*, X leg., Doc., II, n. 17), di tal guisa che fosse applicabile alla fattispecie in esame l'art. 76 del Regolamento sulla temporanea improcedibilità dei disegni di legge che riproducessero il contenuto di altri disegni di legge respinti: «ciò nella considerazione che, se il Presidente non procedesse all'assegnazione di un disegno di legge di conversione, il decreto relativo non potrebbe essere sottoposto al voto dell'Assemblea e rimarrebbe inevitabilmente in vigore sino allo spirare del termine costituzionalmente previsto per la conversione in legge». Ma la proposta più rilevante, che poi riuscì ad affermarsi tra il 1981 ed il 1983 con l'introduzione dell'art. 96-bis del regolamento della Camera e la modifica dell'art. 78 del regolamento del Senato, «affidava alla Commissione Affari Costituzionali un controllo preliminare sulla sussistenza dei presupposti dei decreti-legge» (D. CHINNI, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 56; sul punto si vedano anche: P. SAITTA, *Controllo e conversione dei decreti-legge*, Roma, 1984, pp. 19 ss.; V. LIPPOLIS, *Il procedimento di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 1982, pp. 227 ss.; G. BERTOLINI, *Conversione dei decreti-legge e controllo parlamentare al Senato*, in *Quad. cost.*, 1982, pp. 449 ss.; E. CUCCODORO, *Una postilla a seguito della modificazione ex articolo 78 del Regolamento del Senato*, in *Parlamento*, 1982, fasc. 3-4-5, p. 57).

lettera morta¹⁷); anche il Presidente della Repubblica intervenne sul tema¹⁸.

¹⁷ P. SAITTA, *Controllo e conversione*, cit., p. 21, n. 37, ricorda, a tal proposito, la *Relazione conclusiva* del 12 novembre 1984 della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali presieduta da A. Bozzi dove, al punto 6.4, si proponeva la riformulazione dell'art. 77 Cost. nei seguenti termini: «In caso di necessità e urgenza concernenti calamità naturali, la sicurezza nazionale o l'emanazione di norme finanziarie che debbano entrare immediatamente in vigore, il Governo può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge. Il Governo deve, il giorno stesso, presentare il decreto alle Camere chiedendo la conversione in legge. Le Camere, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro 5 giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione. Possono tuttavia essere regolati con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. La legge di conversione indica la decorrenza dell'efficacia degli emendamenti apportati in sede parlamentare al decreto-legge. Non sono ammessi emendamenti che non siano strettamente attinenti all'oggetto del decreto. In altri casi di necessità e urgenza il Governo può chiedere che sia dichiarata l'urgenza di un progetto di legge da parte della Camera presso la quale è presentato. Se l'urgenza è dichiarata, i competenti organi parlamentari decidono la durata della discussione e il termine entro il quale deve essere concluso l'esame del progetto di legge, termine che non può essere superiore a 60 giorni. Decorso detto termine, il Governo può emanare un decreto per attribuire al provvedimento forza di legge. Entro i 60 giorni le Camere deliberano definitivamente sull'approvazione o sulla reiezione del provvedimento; in caso di reiezione, il provvedimento cessa di avere vigore dal momento della sua relativa deliberazione parlamentare. Per gli eventuali emendamenti si applicano le disposizioni del terzo comma. La procedura di cui ai due commi precedenti non può essere utilizzata per provvedere in materia costituzionale od elettorale né per l'approvazione di bilanci o consuntivi». Proposte di revisione analoghe sono state, per altro, riproposte in diverse occasioni nel corso degli anni. Sul punto si veda *infra*, nota 233.

¹⁸ Tralasciamo qui il celebre episodio avvenuto sotto la Presidenza Pertini, quando quest'ultimo, per la prima volta nella storia repubblicana, rifiutò l'emanazione di un decreto-legge precisando, in un comunicato stampa, che «il Capo dello Stato ha preso la sua determinazione in piena autonomia, in considerazione del fatto che la nuova normativa, adottata in forma di provvedimento di urgenza, avrebbe inciso su procedimenti referendari in corso» (riportato da A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il "Caso Englaro"*, su www.giurcost.org, 2009), in quanto, nel caso di specie, più che diretto ad una generale denuncia degli abusi del decreto-legge, a noi pare che l'intervento del Capo dello Stato fosse, piuttosto, circoscritto al contenuto specifico di *quel* decreto. Sono invece alcuni interventi del Presidente Cossiga a rivestire particolare interesse e che si collocano perfettamente, anche da un punto di vista cronologico, nella fase da noi definita dell'«adesso basta» (v. *infra* § II, A, 2). Ci riferiamo, in modo particolare, a due episodi, che riguardano precipuamente il problema della reiterazione. Il primo, riguardante il d.l. n. 199/1989 sui *tickets* sanitari, che il Governo, in piena crisi, voleva reiterare. In quell'occasione il segretario del PCI Occhetto, in una conferenza stampa, «aveva annunciato di aver inviato una lettera al Presidente della Repubblica, in quanto garante della Costituzione, affinché non procedesse alla emanazione del decreto reiterato, considerato un "atto istituzionalmente e politicamente inammissibile" in quanto avrebbe comportato "una sorta di esproprio dei poteri del Parlamento"» (ivi), tanto più dal momento che esso veniva emanato da un Governo dimissionario. Secondo quanto emerse da una nota dell'ufficio stampa del Partito comunista, il Capo dello Stato diede seguito a quella richiesta, inviando una lettera al Presidente del Consiglio nella quale, come riportato da G. GUIGLIA, *Ancora un intervento del Presidente della Repubblica in tema di decreti-legge*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1989, p. 547, si «avvertiva» quest'ultimo che «quando la decretazione d'urgenza da parte del Governo dimissionario [...] tende ad affievolire la distinzione tra Governo nella pienezza delle funzioni e Governo dimissionario, i doveri del Capo dello Stato non possono non assumere una diversa intensità e il controllo da parte sua non può non diventare di più penetrante incisività a tutela dei fondamenti stessi dell'ordinamento costituzionale, la cui ripartizione dei poteri rischia di essere profondamente alterata». Il secondo episodio che vogliamo richiamare avvenne a seguito della sent. n. 302/1988 (sulla quale v. *infra*, nota 20). Secondo quanto riportato da C.M., *La Stampa*, 16 marzo 1988, n. 60, pagina 2, il presidente della Repubblica Cossiga, pur acconsentendo alla emanazione di un decreto-legge in materia di previdenza e miglioramento delle gestioni degli enti portuali, ha «subito dopo ha preso carta e penna per scrivere al presidente del Consiglio Goria una lettera che grosso modo dice così: per questa volta ho firmato, la prossima volta non lo faccio più». Più in particolare il Presidente scriveva, nella lettera: «ho provveduto a sottoscrivere il decreto ma non posso al tempo stesso non richiamare la Sua attenzione sulla opportunità che il Governo proceda a un approfondito esame delle valutazioni contenute nella recente sentenza della Corte Costituzionale in ordine alla legittimità sia della reiterazione, sia delle norme in essi contenute che dispongano la salvezza degli effetti di decreti per i quali sia intervenuta decadenza» (riportato in *ibidem*). Cossiga osservava, quindi, che «il decreto legge, secondo il dettato costituzionale, è adottato dal governo nella sua esclusiva competenza e sotto la sua responsabilità in presenza dei presupposti di necessità e urgenza e da ciò non possono derivare particolari vincoli al potere di emanazione conferito al presidente della Repubblica».

2. Il momento dell'«adesso basta»

Fu così che, gradualmente, si uscì dalla fase di assestamento e si entrò in quella che abbiamo battezzato dell'«adesso basta».

In questa fase la Corte assunse progressivamente, secondo l'efficace ricostruzione allegorica del Cicconetti, il «ruolo di Giove tonante»¹⁹ (anzi, aggiungiamo noi, prima “tonante”, poi “pluvio”). Così, in un primo momento, il Giudice delle Leggi “tuonò”, cioè emanò una serie di decisioni-avvertimento con le quali, per la prima volta, fece sapere al Governo (e al Legislatore) che *esisteva un “recinto”*, e che il suo scavalcamento era, in ipotesi, sanzionabile in sede di legittimità costituzionale²⁰. Poi, constatata l'inefficacia dei meri avvertimenti, passò

(*ibidem*). Non potendo dilungarci oltre sulla ricostruzione e l'analisi degli interventi dei Presidenti della Repubblica in materia di decretazione d'urgenza si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; D. CHINNI, *Le “convergenze parallele” di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, in *Giur. It.*, dicembre 2012, pp. 2499 ss., ora su www.giurcost.org; ID., *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge. Tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte costituzionale*, in questo *Focus* della Rivista Federalismi.it. Per una ricostruzione fino al 1989 si veda anche V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica e controllo in sede di emanazione dei decreti-legge*, in *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n. 3, dic. 1989, pp. 534 ss.

¹⁹ Il riferimento è a S. M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte Costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti-legge: tanto tuonò che piovve*, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 3162 ss.

²⁰ I “tuoni” della Corte furono numerosi. Il primo, forse, fu quello contenuto nella sent. n. 302/1988 (sulla quale si veda, per tutti, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 150 ss.) nella quale, in un *obiter dictum*, era affermato che «in via di principio, la reiterazione dei decreti-legge suscita gravi dubbi relativi agli equilibri istituzionali e ai principi costituzionali, tanto più gravi allorché gli effetti sorti in base al decreto reiterato sono praticamente irreversibili [...] o allorché gli effetti sono fatti salvi, nonostante l'intervenuta decadenza, ad opera dei decreti successivamente riprodotti». F. SORRENTINO, *Reiterazione dei decreti legge e competenze regionali in materia paesaggistica*, in *Riv. amm.*, 1988, definì la sentenza di cui si tratta – ed il citato *obiter* nel particolare – una «lezione di diritto costituzionale» (p. 73). Ma in realtà, come notò A. PACE, *Sulla declaratoria d'incostituzionalità*, cit., p. 1249, quella frase apparentemente «superflua» non era solo una semplice “lezione”, ma «un vero e proprio “messaggio” politico». Oltre al menzionato *obiter dictum*, infatti, la decisione in esame «merita di essere ricordata [...] per il fatto – doppiamente memorabile – che, con essa, la Corte ha per la prima volta sindacato la legittimità di un decreto-legge e, in tale occasione, ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione (l'art. 12 d.l. 12 gennaio 1988, n. 2), che – a ben vedere – era ormai non più vigente», in quanto non convertita, «non solo al momento della decisione (9 marzo 1988), ma addirittura al momento stesso della discussione della causa in pubblica udienza (8 marzo 1988)» (ivi, p. 1245). Così, continuava il Pace, «poiché è altamente improbabile che i giudici costituzionali non fossero a conoscenza della mancata conversione della disposizione impugnata» (ivi, p. 1246), «non resta allora che ritenere che sono ragioni di opportunità politica quelle che hanno indotto la Corte a dichiarare, nonostante tutto, l'incostituzionalità di una norma ormai non più vigente» (ivi, p. 1247). In altri termini la Corte volle lanciare un messaggio chiaro all'esecutivo, comunicandogli che la sua “tolleranza” sugli abusi in materia di decretazione d'urgenza, specie quelli dati da reiterazione del decreto-legge, stava per raggiungere il limite. Come nota A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., pag. 496, «molto probabilmente, se di lì a poco la Corte costituzionale avesse fatto seguire un'altra decisione “forte” in tema di reiterazione – che invece è sopraggiunta solo nel 1996, *chiudendo le porte dopo che i buoi erano già scappati* – non avremmo assistito» al prosieguo dell'abuso negli anni a venire. Il Giudice delle leggi, invece, dimostrò negli anni successivi che il raggiungimento del “limite” della sua “tolleranza” era più lontano di quanto non avesse voluto lasciare intendere nel 1988: i “tuoni” cessarono per un po', senza considerare che fino al 1994 (sent. n. 263/1994) la Corte continuò a sostenere senza eccezioni l'efficacia sanante della legge di conversione. La soglia del “limite di tolleranza” fu invece raggiunta nel biennio 1995-1996, quando, più che di “tuoni”, la Corte fece “deflagrare” una “tempesta di avvertimenti”, escludendo la portata sanante della legge di conversione (sentenze nn. 29/1995, 84/1996) – aprendo così «la strada alla sindacabilità dei decreti-legge reiterati anche

alle vie di fatto (a “far piovere”), con la storica sent. n. 360/1996²¹, ove si dichiarava «l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, comma 4, del decreto-legge 6 settembre 1996, n. 462, che ha reiterato, con contenuto immutato ed in assenza di nuovi presupposti di necessità ed urgenza, la disposizione espressa nell’art. 12, comma 4, dei decreti-legge impugnati», segnalando «al Parlamento ed al Governo l’opportunità di intervenire sulle cause che hanno condotto, negli ultimi anni, a dilatare il ricorso alla reiterazione». Per qualche tempo, complice anche un intervento del Presidente della Repubblica di pochi mesi precedente la decisione in esame²² nonché, probabilmente, un assetto politico complessivo favorevole, l’abuso del decreto-legge subì un significativo ridimensionamento (pur senza *mai rientrare* entro limiti fisiologici), il fenomeno della reiterazione (non senza qualche eccezione²³) scomparve e, di conseguenza, pure il numero dei decreti-legge diminuì drasticamente²⁴. Come noterà più tardi Franco Modugno, con la sent. n. 360/1996 la Corte Costituzionale sembrava essere riuscita «quasi miracolosamente a frenare una prassi degenerativa assai grave e con essa il ricorso sistematico al decreto-legge quale forma alternativa di produzione normativa»²⁵.

successivamente alla loro conversione in legge» (S. M. CICONETTI, *La sent. n. 360*, cit., p. 3162) – e ammettendo (in particolare, ma non solo, con la sent. n. 84/1966) che le censure di illegittimità costituzionale di un decreto-legge si trasferiscono alla identica norma contenuta nel decreto-legge reiterato (per una ricostruzione della giurisprudenza, davvero copiosa e di non facile analisi, si veda ivi, nota 3). Ma vi è di più: con la sent. n. 29/1995 la Corte, come noto, arrivò ad affermare, sia pure in via ipotetica, il suo sindacato sulla carenza della «straordinaria necessità ed urgenza», che viene quindi, finalmente, ad essere individuata quale vizio *formale* e non (solo) “di merito”. L’ultimo “tuono” prima della “pioggia” fu dato dall’ord. n. 197/1996, con la quale la Consulta sollevò di fronte a sé stessa la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 269/1996 per violazione dell’art. 77 Cost. proprio sotto il profilo della reiterazione: «la valenza “politica” di questa ordinanza era chiarissima: non essendo stato sufficiente inviare “avvisi” sempre più pressanti al Governo sulla illegittimità della prassi degenerativa nell’uso dell’art. 77 Cost., si era deciso di far ricorso ad un monito con un termine finale, ad una sorta di “ordigno a tempo”, che prefigurasse nitidamente all’Esecutivo la prossimità di una declaratoria di incostituzionalità» (A. CELOTTO, *L’«abuso»*, cit., pp. 500 – 501).

²¹ Su questa decisione si vedano, oltre al già citato S. M. CICONETTI, *La sent. n. 360*, anche: R. ROMBOLI, *La reiterazione dei decreti-legge decaduti. Una dichiarazione di incostituzionalità con deroga per tutti i decreti-legge in corso (tranne uno)*, in *Foro It.*, 1996, I, pp. 3269 ss.; F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 3157 ss.; V. CAIANIELLO, *Quale futuro per i decreti-legge (ovvero i decreti-legge tra grazia e giustizia)*, in *Gazz. Giur.*, 1996, n. 40, pp. 2 ss.

²² Come ricordano R. ROMBOLI, *La reiterazione*, cit., e, più recentemente, D. CHINNI, *La decretazione d’urgenza*, cit., pag. 59, nel maggio 1996 il Presidente della Repubblica Scalfaro scrive al Presidente del Consiglio incaricato (Romano Prodi) che la reiterazione è «una usurpazione delle prerogative del Parlamento», tale da porre in essere «una lesione permanente dei principi fondamentali della ripartizione delle funzioni tra gli organi costituzionali» e da «minare lo stesso concetto di divisione tra i poteri».

²³ Come ricordano, infatti, A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 333 s., e N. MACCABIANI, *Le reiterazioni dei decreti-legge successive alla sentenza 360/96 della Corte costituzionale*, in *Rass. Parl.*, 2001, 423 ss., anche successivamente alla decisione di cui si tratta vi fu qualche sporadico caso di reiterazione.

²⁴ Come nota G. MARAZZITA, *Decreto legge*, cit., p. 681, «la decisione del giudice costituzionale ha sostanzialmente eliminato la prassi della reiterazione e ha determinato un forte decremento nell’emanazione dei decreti. Si consideri che si è passati da una media mensile di 34 decreti legge emanati prima della sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale a una media mensile di 3,3 decreti legge dopo quella decisione».

²⁵ F. MODUGNO, *A mo’ di introduzione. Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II – *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, p. 47.

Fu a partire da questo periodo che l'acquisizione di una certa maturità nell'evoluzione della tematica a livello dottrinale ed i passi in avanti, pur con numerosissimi oscillamenti successivi, compiuti dal Giudice delle leggi, hanno gradualmente portato il dibattito ad assestarsi, se non proprio su di un piano stabile, quanto meno su due o tre punti "quasi fermi", riguardanti soprattutto la sanzionabilità (almeno in teoria) della carenza dei presupposti di necessità e urgenza, il divieto della reiterazione del decreto-legge e la "trasmissibilità" dei vizi cc. dd. formali del decreto-legge alla legge di conversione.

Sulla scorta di questi "punti quasi fermi" gli Autori che hanno scritto manuali di diritto pubblico e costituzionale nel XXI secolo hanno potuto fornire agli studenti un quadro che, pur non difettando di problematicità, appare senz'altro più definito di quello presentato nei manuali del '900, e dal quale quasi sembra trasparire qualche parvenza di certezza in materia. Ma chi riteneva che fosse sufficiente sanzionare la reiterazione per riportare la decretazione d'urgenza a livelli fisiologici o, comunque, solo leggermente distorsivi²⁶, sottovalutava la questione. Né deve ingannare il fatto che il "numero" dei decreti-legge non tornò ai livelli precedenti poiché, com'è stato lucidamente notato, «parallelamente v'è stata una drastica diminuzione della produzione legislativa parlamentare ordinaria, dominata oramai dalle leggi di conversione e di ratifica, di modo che si è verificata, in verità, una "crescita notevolissima in termini relativi" della decretazione d'urgenza»²⁷.

Contestualmente al *tendente* assestamento dottrinale, infatti, il Governo, con un moto *apparentemente* opposto, anziché adagiarsi sui quei "punti fermi" e muoversi all'interno dei limiti tracciati dalla Corte Costituzionale, tornò ben presto alla sua originaria "disinvoltura"²⁸,

²⁶ È stato sostenuto, infatti, che fosse da sanzionare in quanto «abusiva» solo la prassi della reiterazione, che faceva venir meno la «efficacia sostanzialmente provvisoria» del decreto-legge (A. PIZZORUSSO, *I controlli*, cit., p. 316), ritenendo invece che il mancato rispetto dei requisiti di «straordinaria necessità ed urgenza», oltre a non essere valutabile dalla Corte Costituzionale in quanto attinente al contenuto politico delle norme (ivi, pp. 309 ss.), pur comportando «una certa distorsione del decreto-legge», «non merita[ss]e] tutte le critiche che ha ricevuto» poiché «consente di rendere meno inefficiente il meccanismo legislativo» (A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 1-9, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 260).

²⁷ D. CHINNI, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 62, richiamando tra virgolette l'espressione di A. SIMONCINI, *Dieci anni*, cit., 136. D'altronde, per rendersi conto delle dimensioni ancora considerevoli della decretazione d'urgenza nelle più recenti legislature, basti vedere i dati raccolti in SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *La decretazione d'urgenza*, in *Documentazione e ricerche*, n. 108, 26 marzo 2014, pp. 3 ss.

²⁸ Notava, nel 2007, G. MARAZZITA, *Decreto-legge*, cit., p. 681, che solo il 20% dei decreti «è riconducibile a situazioni indiscutibilmente suscumbibili nei casi straordinari di necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost. (calamità naturali, ordine pubblico e difesa, norme finanziarie di immediata applicazione); mentre oltre il 70% riguarda situazioni di mera "urgenza politica" e cioè misure rilevanti nella realizzazione del programma del Governo in carica [...]»; infine una piccola quota della decretazione d'urgenza è dedicata a politiche settoriali». Ma al di là di questi dati statistici, sia pur significativi, è nei contenuti dei singoli decreti-legge dove si può notare come la prassi abusiva oggi abbia raggiunto livelli che non hanno nulla da "invidiare" a quelli della reiterazione nel secolo scorso. La nuova "piaga" della decretazione d'urgenza, che ha preso il posto della reiterazione, è quella dei c.d. decreti-*omnibus*, nei quali vengono inserite disposizioni relative alle materie più

cercando nuovi pertugi attraverso i quali poter “scappare dal recinto”, sia per il mezzo di *escamotages* truffaldini e «operazioni di *maquillage*»²⁹ esperiti soprattutto in sede di conversione (emendamenti disomogenei, modifica del nome dell’atto o, come ricorda il prof. Amedeo Franco nel suo intervento³⁰, abrogazione del decreto e contestuale reinserimento tramite allegato della normativa abrogata³¹), sia, più semplicemente, non curandosi della giurisprudenza costituzionale e sperando, per così dire, di “farla franca”. E ciò non ostante il fatto che quei pochi limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale non solo lasciavano ampî spazi di manovra al Governo, conferendo ad un istituto per sua natura “straordinario” un alone fin troppo nitido di “ordinarietà”, ma erano di gran lunga più elastici di quelli proposti da una consistente parte della dottrina sulla base di una ricostruzione sistematica e, a nostro avviso, tutt’affatto puntuale del disposto costituzionale³². Come osservò anche l’allora Presidente della Corte Costituzionale Francesco Amirante, nelle ultime legislature si è assistito – tanto della decretazione d’urgenza, quanto della delega legislativa – «a una imponente espansione quantitativa, spintasi [...] sino a erodere la stessa centralità della legge formale quale ordinario canale individuato dalla Costituzione per la produzione normativa

disparate, ciascuna delle quali, sovente, in carenza dei presupposti (v. anche A. DI GIOVINE, *op. cit.*, che già nel ’95 aveva denunciato i «decreti privi di ogni omogeneità di contenuto» definendoli come una «piaga»). *Quantitativamente questi decreti contano come “uno”*, e danno l’illusione di un uso moderato della decretazione d’urgenza; ma *qualitativamente essi equivalgono ad un numero di gran lunga superiore*, vale a dire ad un insieme di numerosi decreti-legge, spesso tutti illegittimi, che solo formalmente si presentano riuniti sotto un unico atto. Esempio significativo, che analizzeremo meglio in seguito (*infra* § II, B, 2, a)), il d.l. 95/2012 – decreto “*omnibus*” con il quale, tra le molte cose, si pretendeva perfino di sopprimere le Province – al quale fece seguito un altro decreto-legge (il n. 188/2012), poi non convertito per cause politiche, con il quale si volevano correggere alcune disposizioni (in taluni casi perfino dei meri refusi) contenuti nel primo (v., ancora, *infra* § II, B, 2, a)).

²⁹ L’efficace espressione è di D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell’ostacolo) nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d’urgenza*, su *Giur. It.*, dicembre 2008, p. 2672.

³⁰ A. FRANCO, *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*, in questo *Focus* della Rivista *Federalismi.it*, § 2.

³¹ Il riferimento, qui, è alle disposizioni relative all’esproprio del teatro Petruzzelli di Bari contenute nel decreto-legge n. 262/2006, da cui è “scaturita” la nota sent. n. 128/2008. Sul punto specifico si vedano, tra gli altri, G. MONACO, “*necessità e urgenza*” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007, su www.gruppodipisa.it, 2011, pp. 2 ss., e D. CHINNI, *Un passo avanti*, cit., pp. 2671 ss. Sulla sentenza n. 128/2008 si vedano, inoltre: P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte Costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto legge* (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata, in www.forumcostituzionale.it; A. CELOTTO, *La “seconda rondine”: ormai c’è un giudice per i presupposti del decreto legge*, su www.giustamm.it, 2008; A. RUGGERI, “*Evidente mancanza*” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008), su archivio.rivistaaic.it, 2008; D. BALDAZZI, *Quando i casi di scuola diventano casi concreti*, su www.forumcostituzionale.it, 2008.

³² Stilare un “elenco” degli Autori non avrebbe molto senso, mentre l’analisi puntuale di ogni posizione espressa in materia richiederebbe lo spazio di uno studio monografico, non essendo certo sufficiente quello concesso alla nota di un saggio breve. Rimandiamo, quindi, ai testi già citati (v. *supra*, nota 4), fatta eccezione per la tesi di Lorenza Carlassare, di cui tratteremo più approfonditamente (v. *infra* § IV, B).

statale di rango primario»³³.

Abbiamo scritto, tuttavia, che questo moto è solo “apparentemente” opposto. A nostro avviso, infatti, esso è pienamente conseguenziale all’atteggiamento della giurisprudenza costituzionale.

Secondo la nostra ricostruzione, infatti, la sent. n. 360/1996 rappresenta, sì, la decisione con la quale il momento dell’«adesso basta» raggiunse la sua massima compiutezza e drammaticità, il suo *spannung*, ma, allo stesso tempo, l’atto con cui quella fase *si chiuse*, e la Corte, pur non tornando all’originario *non expedit* (anche perché non sarebbe stato possibile, una volta affermata con la sent. n. 29/1995 – v. *supra*, nota 20 – la sua competenza a sanzionare la carenza dei requisiti ex art. 77 Cost.), assunse un atteggiamento di generale tolleranza, sia pure con diverse sfumature di “severità” a seconda del caso.

3. L’era dell’«almeno non»

Pure a seguito dei perpetuati abusi governativi in materia di decretazione d’urgenza, insomma, il Giudice costituzionale, anziché continuare con un approccio “duro” è, per così dire, repentinamente “regredito”, connotando la sua successiva giurisprudenza come una serie «di ondivaghi e contraddittori orientamenti»³⁴. In questa nuova fase, da noi chiamata dell’«almeno non» (per i motivi che illustreremo qui di seguito), la Corte “oscilla” tra due atteggiamenti. In alcune occasioni essa si mostra completamente tollerante, a volte persino a costo di tornare sui suoi passi³⁵. In altre la Corte sanziona l’abuso della decretazione d’urgenza, talvolta anche individuando dei nuovi “paletti” (specie a partire dal 2007), ma senza alcuna continuità, e di norma solo a fronte di violazioni plateali.

Questa attitudine crea incertezza quando si tratta di “abusi” che la Corte ha già accertato in passato, poiché incentiva quell’atteggiamento dell’esecutivo poc’anzi ricordato dato dall’emanazione di decreti-legge illegittimi “sperando di farla franca”. Ma è quando la Corte individua “per la prima volta” dei “nuovi paletti” che si creano gli effetti più distorsivi, poiché, nel sanzionare solo la violazione plateale, si finisce per *ammettere l’insindacabilità di (e quindi, di fatto, favorire) comportamenti abusivi dell’esecutivo se contenuti entro certi limiti*. Ecco, quindi, perché abbiamo denominato questa fase della giurisprudenza con

³³ F. AMIRANTE, *Prefazione*, in AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta il 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, p. V.

³⁴ L’espressione è ripresa da A. CELOTTO, *La “storia infinita”: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. Cost.*, 2002, pp. 133 ss.

³⁵ Si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 419/2000, 376/2001, 16/2002 e 29/2002, con le quali si riafferma l’efficacia sanante della legge di conversione (cfr. A. CELOTTO, *La Corte costituzionale, inspiegabilmente, torna indietro di cinque anni (la conversione in legge torna a “sanare” ogni vizio proprio del decreto-legge!)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2001, pp. 3152-3155; ID., *La storia infinita*, cit.).

l'espressione «almeno non». Il messaggio, rivolto al Governo (e al Parlamento, per ciò che gli compete), che traspare da questo filone giurisprudenziale, potrebbe, insomma, esprimersi in questi termini: «se proprio non puoi fare a meno di adottare decreti-legge al di fuori dei limiti costituzionali fai pure, ma “almeno non”...».

Ci spiegheremo meglio con un esempio, dato dalla famosa sentenza n. 171/2007³⁶, che in qualche maniera costituisce la prima di questa nuovo “filone giurisprudenziale”, con la quale la Corte, dando seguito allo specifico avvertimento contenuto nella sent. n. 29/1995 (v. *supra*, nota 20), ha elaborato quest'ultimo in una logica temperata, quasi a voler dire, riprendendo la formula poc'anzi proposta: «se proprio non puoi fare a meno di adottare decreti-legge in carenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, fai pure, ma “almeno non” quando tale carenza è evidente» (v. *infra*, § II, B, 2).

Così, *nel fissare i limiti “massimi” dell’atteggiamento abusivo del Governo, il Giudice delle leggi finisce di fatto per legittimare gli abusi, per così dire, “minimi”*. Per questo abbiamo parlato, poc'anzi, di moto “apparentemente opposto”, ma in realtà “conseguenziale”, da parte del potere esecutivo: all'interno di un recinto che – è ormai pacifico – esiste, ma i cui contorni vengono disvelati a poco a poco e che *si rivela essere “sempre più largo”*, è normale che anche gli sconfinamenti al di fuori avvengano “sempre più oltre”.

È evidente la differenza di approccio tra la giurisprudenza dell'«almeno basta» e quella dell'«almeno non». Con la sent. n. 360/1996 la Corte aveva, infatti, decretato l'illegittimità della reiterazione abusiva sotto qualunque gradazione³⁷ (non solo, cioè, per i casi più gravi),

³⁶ Sulla quale si vedano: S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in www.federalismi.it; P. CARNEVALE, *Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. It.*, 2007; ID., *Considerazioni sulle più recenti decisioni*, cit.; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte Costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. Pen.* 2007, nonché in *Giustizia amministrativa*, 2007, pp. 513 ss. e su www.giurcost.org; A. CONCARO, *La Corte costituzionale e il decreto-legge privo dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Quad. cost.*, 2007; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e sindacato dei presupposti di costituzionalità dei decreti-legge*, in *Rass. Parlam.*, 2007; L. FASCIO, *La sentenza della Corte costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171: una pronuncia realmente innovativa?*, in www.amministrazioneincammino.it; R. ROMBOLI, *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro It.* 2007, I; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Foro It.*, 2007, I.

³⁷ **Contro questa affermazione** si potrebbe obiettare che, in realtà, nella n. 360/1996, la Corte Costituzionale ammette la legittimità di almeno due forme di reiterazione: quando il nuovo decreto risulti caratterizzato da contenuti sostanzialmente diversi, e quando il nuovo decreto risulti fondato su nuovi autonomi e sopravvenuti motivi (cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., pp. 508 ss.). Queste due statuizioni del Giudice delle leggi sono senz'altro discutibili (si veda, ad es., il commento di F. SORRENTINO, *La reiterazione*, cit.), ma non ci pare possano essere usate per smentire la nostra affermazione secondo la quale «la Corte aveva decretato l'illegittimità della reiterazione abusiva sotto qualunque gradazione». Quanto alla reiterazione data dai «contenuti sostanzialmente diversi», si può agevolmente replicare che la Corte non riteneva tale fattispecie rientrante nella nozione di “reiterazione”. Come nota esattamente S. M. CICCONE, *La sent. n. 360*, cit., p.

utilizzando una formula che, seppure espressa in termini più prosaici del nostro «adesso basta», ne aveva sostanzialmente lo stesso contenuto concettuale³⁸. La giurisprudenza dell'«almeno non», invece, muove da presupposti contrari, e cioè che non si debba sanzionare l'illegittimità della decretazione di urgenza, salvo, *talvolta* (v. *infra* § III, B, a)), nei casi più gravi.

Per concludere, va rilevato come, a nostro avviso, la Corte, da quell'ormai lontano 1996, non abbia mai più detto «adesso basta» (in relazione, s'intende, alla questioni trattate), mentre la fase dell'«almeno non» dura ancora oggi, e in essa si colloca perfettamente la giurisprudenza più recente, che ora andremo in parte ad analizzare.

3165, infatti, secondo il Giudice delle leggi «in tal caso si è al di fuori della fattispecie della reiterazione». Quanto alla reiterazione data dai «nuovi autonomi e sopravvenuti motivi», va detto che la Corte muoveva dalla premessa paladiniana (cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 249) «secondo la quale un singolo atto non esaurisce la funzione della quale è espressione», da cui la deduzione – che Cicconetti ritiene «meno persuasiva» – della «legittimità della reiterazione del decreto-legge qualora permangano i presupposti giustificativi della straordinaria necessità ed urgenza, presupposti che, con l'andar del tempo, possono addirittura aggravarsi, se non altro in situazioni di crisi economica» (S. M. CICCONE, *La sent. n. 360*, cit., p. 3184). Anche qui, quindi, la fattispecie presa in considerazione esula dalla nozione di reiterazione abusiva delineata dalla Corte, la quale, muovendo da una interpretazione, condivisibile o meno, dell'art. 77 Cost., distingue una reiterazione legittima, giustificata proprio in base al disposto costituzionale, e una illegittima, poiché contrastante con il dettato costituzionale che consente la decretazione d'urgenza solo quando connotata dai caratteri della *straordinarietà* e della *provvisorietà* (v. anche F. SORRENTINO, *La reiterazione*, cit., p. 3160, che parla di «distinzione tra reiterazione giustificata e reiterazione ingiustificata»). Una cosa, insomma, è dire: «esiste una forma di reiterazione legittima, che si può usare, e una di reiterazione abusiva, che non si può usare *mai*»; altro sarebbe stato dire (come avviene con la giurisprudenza dell'«almeno non»): «pur riconoscendo una forma di reiterazione come abusiva, se ne consente l'utilizzo salvo nei casi di abuso plateale». È quest'ultimo il caso, invece, della sent. n. 171/2007, dove la Corte, pur affermando che la decretazione d'urgenza al di fuori dei casi di straordinaria necessità e urgenza è abusiva, decide di voler sanzionare l'illegittimità solo nei casi «evidenti».

Questione ancora diversa, poi, è quella relativa ad un passaggio, contenuto nel *Cons. dir.* § 6 della sentenza n. 360/1996, interpretato da parte della dottrina nel senso che la Corte avesse sancito, peraltro in contrasto con alcune sue decisioni precedenti, l'efficacia sanatoria della legge di conversione sui decreti illegittimamente reiterati (Cfr. R. ROMBOLI, *La reiterazione*, cit., p. 3273 e A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., p. 506). Su tale punto, in primo luogo va detto che non meno efficace ricostruzione è stata proposta da altra dottrina, secondo la quale, invece, la decisione in esame si configurerebbe, problematicamente, quale «sentenza *a tempo*», poiché «il fatto che la Corte faccia riferimento ai decreti la cui conversione risulti *attualmente* in corso, potrebbe far pensare ad una sanabilità *transitoria* degli stessi. [...] Né sembra possibile considerare la affermazione relativa all'illegittimità della reiterazione come un semplice monito, dovendosi presumere (e auspicare) che, decorsi i «termini costituzionali» per la conversione dei decreti ormai reiterati al tempo della pubblicazione della sentenza, la Corte dichiari l'illegittimità costituzionale dei decreti successivamente emanati che presentino tali vizi o delle relative leggi di conversione» (M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, pp. 300 e 301). Ma anche a voler ritenere corretta la prima tra queste due possibili letture della sentenza in esame, ciò non riuscirebbe a scalfire, a nostro avviso, l'«adesso basta» della Corte *relativo alla reiterazione abusiva*, poiché, semmai, qui trattasi solo di un «adesso basta» *mancato* nei confronti della efficacia sanatoria *maria et montes* della legge di conversione, che è questione diversa e sulla quale, invero, vi era ancora dottrina contrastante ed assai meno compatta (v., sul punto: V. DI CIOLO, *op. cit.*, pp. 289 ss., e G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, specialmente pp. 139 ss., nonché, più recentemente, A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza*, cit., pp. 150 ss.).

³⁸ Ci riferiamo al punto 8 *Cons. dir.*, ove il Giudice delle leggi afferma: «questa Corte, nell'adottare la presente pronuncia, è consapevole delle difficoltà di ordine pratico che dalla stessa, nei tempi brevi, potranno derivare sul piano dell'assetto delle fonti normative, stante l'ampiezza assunta dal fenomeno della reiterazione nel corso delle ultime legislature. Tali difficoltà, ancorché ben presenti, non sono, peraltro, tali da poter giustificare il protrarsi di una prassi che è andata sempre più degenerando e che ha condotto ad oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria quali quelli enunciati nell'art. 77 della Costituzione, principi la cui violazione o elusione è suscettibile di incidere non soltanto sul corretto svolgimento dei processi di produzione normativa, ma anche sugli equilibri fondamentali della forma di governo».

B. La giurisprudenza dell'«almeno non» nella sua più recente evoluzione

1. La sent. n. 22/2012 e la “svolta” della “evidente eterogeneità”

Riconoscere le sentenze rispondenti alla logica dell'«almeno non», in astratto, è facile, poiché di norma possiedono le tre caratteristiche seguenti: una decisione grossomodo condivisibile, quanto al dispositivo o, comunque, agli effetti sull'atto impugnato; l'individuazione, almeno in apparenza (v. *infra* § III, B, a)), di un nuovo limite alla decretazione d'urgenza, di tal guisa che esse vengono sempre celebrate come una “svolta” giurisprudenziale; la presenza, nelle motivazioni, di quelle che chiamiamo “clausole di prudenza”, cioè delle affermazioni che esprimono l'«almeno non» e che poi, di norma, si traducono, come vedremo, in veri e propri “consigli di mala legislazione” (v. *infra* § II, B, 2). Naturalmente la seconda delle tre caratteristiche è solo eventuale, poiché vi sono alcune decisioni “figlie” che, tracciandosi nel solco di una decisione “madre”, non presentano il carattere della “svolta”.

Nella pratica, invece, non sempre l'«almeno non» è di così facile individuazione. Vediamo il caso della sent. n. 22/2012³⁹.

³⁹ Su questa decisione si vedano: C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; A. CARDONE, *Eterogenesi dei fini ed omessa interpretazione conforme: in tema di protezione civile statale e autonomia finanziaria regionale una sentenza “autonomista” che perpetua un modello “centralista”*, su www.forumcostituzionale.it, 2012; A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Giur. It.*, 2012, pp. 2494 ss., ora su www.giurcost.org, pp. 2493 ss.; D. CHINNI, *Le “convergenze parallele”*, cit., pp. 2499 ss.; S. M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *Giur. It.*, 2012, pp. 2492 ss., ora su www.giurcost.org; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità” di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza*, su federalismi.it, 2012; C. DOMENICALI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale sanziona «l'abuso dei mezzi di conversione»*, in *Quad. cost.* 2012, 398 ss.; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra stato e regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, su *Rivista AIC*, n. 1/2014; D. GALLIANI, *Decreto legge e legge di conversione stretti nella tenaglia della Consulta e del Quirinale*, in *Studium iuris* 2012, 802 ss.; A. GHIRIBELLI, *I limiti al potere emendativo nel procedimento di conversione in legge alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012*, in *Rass. parlam.*, 2012, 649 ss.; E. LAMARQUE, *I profili processuali della sentenza n. 22/2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2012, pp. 2494 ss., ora su www.giurcost.org, pp. 2487 ss.; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. cost.* 2012, 292 ss.; V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, su www.forumcostituzionale.it, 2012; G. SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, in *Rass. parlam.*, 2012, 365 ss.; G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. It.*, pp. 2494 ss., ora su www.giurcost.org; ID., *Brevi note sulla legge di conversione del decreto-legge come legge “tipizzata” e sui limiti al potere di emendamento parlamentare*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Vol. I., Bari, 2012, pp. 309 ss.; A. SPERTI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale «chiude il cerchio»*, in *Quad. cost.*, 2012, 395 ss.; C. TUCCIARELLI, *Corte*

Come noto, oggetto della decisione era la disposizione contenuta in un “decreto milleproroghe” (l’art. 2, comma 2 quater, d.l. n. 225/2010, n. 225, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. n. 10/ 2011), ed il *thema* era quello della possibilità, per la legge di conversione, di inserire emendamenti “eterogenei”.

Del concetto di “omogeneità normativa” ha già trattato ampiamente il prof. Paolo Carnevale nel suo intervento⁴⁰, per cui non entreremo nel merito di tale questione.

Ciò che qui rileva, invece, è che, per la prima volta, la Corte Costituzionale sanziona l’eterogeneità degli emendamenti inseriti in sede di conversione, arrivando fino al punto da delineare una vera e propria «“tipizzazione” della legge di conversione»⁴¹, come confermato dalla stessa Corte in un’altra decisione⁴². Ecco subito emergere, dunque, i primi due elementi: una decisione condivisibile, e che costituisce senz’altro una “svolta”, auspicata, in questo caso, non solo dalla dottrina ma anche da (ben due) Presidenti della Repubblica⁴³.

Anzi, secondo autorevole dottrina⁴⁴ la decisione in esame costituirebbe, addirittura, una “doppia svolta” poiché sembrerebbe affermare in un passaggio contenuto nelle motivazioni – discostandosi in parte da quanto aveva detto nella precedenti sentenze n. 171/2007 e n. 128/2008 – che la non omogeneità del contenuto del decreto-legge sia non già un “sintomo”, ovverosia un mero “indice”, della carenza del requisito dell’estrema necessità e urgenza, che poi deve trovare riscontro nelle singole disposizioni, bensì una vera e propria “prova”. In altri termini, la Corte arriverebbe ad affermare che è sufficiente il riscontro della eterogeneità delle disposizioni contenute nel decreto-legge per ritenere «*tout court* illegittimo il decreto-legge», in quanto il vincolo della omogeneità sarebbe «implicitamente previsto dall’art. 77 Cost. ed esplicitato dall’art. 15, comma 3, L. 23 agosto 1988, n. 400»⁴⁵.

Fatte tali premesse, tuttavia, andiamo ora a verificare la presenza della “clausola di prudenza”, come l’abbiamo denominata.

Per individuare la “clausola” in questione è necessario mettere a fuoco i presupposti teorici

costituzionale e federalismo fiscale: appunti sulla sentenza n. 22/2012, su www.forumcostituzionale.it, 2012; R. ZACCARIA, *L’omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.* 2012, 283 ss.

⁴⁰ P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”*, in questo *Focus* della Rivista *Federalismi.it*, di cui condividiamo l’auspicio conclusivo per il quale l’omogeneità normativa «presto possa tornare ad affermarsi quale essa è stata in origine pensata: come limite contenutistico proprio del decreto-legge».

⁴¹ Sul punto si veda G. SERGES, *La “tipizzazione”*, cit., e, più approfonditamente, ID., *Brevi note*, cit., nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D. CHINNI, *La limitata emendabilità*, cit., § 4.

⁴² Il riferimento è alla sent. n. 32/2014, dove si parla delle legge di conversione come «legge a competenza tipica» (Cons. dir. § 4.1) e di «funzione tipica della legge di conversione» (Cons. dir. § 5).

⁴³ Molto suggestiva, a tal proposito, l’espressione «convergenze parallele» usata da D. CHINNI, *Le “convergenze parallele”*, cit., al quale si rimanda per una compiuta trattazione dell’argomento.

⁴⁴ S. M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità*, cit., pp. 2492 ss.

⁴⁵ S. M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità*, cit., p. 2492.

dai quali la Corte muove. Coerentemente con l'attuale tendenza della giurisprudenza costituzionale, che vuole decisioni "lunghe", con una forma più simile a quella di un saggio che non a quella di una decisione, il Giudice delle leggi, anziché trattare direttamente del problema della emendabilità in sede di conversione, espone prima quali debbano essere i vincoli di omogeneità del decreto-legge, ciò che gli fornisce l'opportunità di precisare la "sua" nozione di "eterogeneità". Così, al punto 3.3 del *Considerato in diritto*, si afferma che «la urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono *interventi oggettivamente eterogenei*, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare»⁴⁶.

Muovendo da tali premesse, la Corte arriva, quindi, ad ammettere nel punto successivo (3.4) l'ammissibilità in astratto anche dei "decreti mille proroghe", non potendosi ravvisare una disomogeneità in relazione alla materia cui attengono le disposizioni ivi contenute, quando esse siano comunque accomunate da un, sia pur generico, elemento teleologico (lo «scopo unitario»). Spiega, infatti, il Giudice delle Leggi che «i cosiddetti decreti "milleproroghe", che, con cadenza ormai annuale, vengono convertiti in legge dalle Camere, sebbene attengano ad ambiti materiali diversi ed eterogenei, devono obbedire alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento, o di incidere su situazioni esistenti – pur attinenti ad oggetti e materie diversi – che richiedono interventi regolatori di natura temporale».

Tornando al discorso generale, deve dunque riconoscersi come non sia, secondo il Giudice costituzionale, la carenza di una "omogeneità di mera materia" a poter viziare l'atto, ma è – viene poi specificato – «l'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto» che «spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed "i provvedimenti provvisori con forza di legge"» (*Cons. dir.* § 3.3).

Ad analoghe conclusioni, continua poi la Corte Costituzionale, deve giungersi con riguardo al problema della emendabilità, posto che «la necessaria omogeneità del decreto-legge [...] deve essere osservata dalla legge di conversione» (*Cons. dir.* § 4).

Sulla falsariga – per la verità molto "falsa" – della sent. n. 360/1996, ove la Corte aveva isolato una "nozione" di reiterazione abusiva da altre ipotesi assimilabili (si veda *supra*, nota

⁴⁶ Corsivo aggiunto.

36), il Giudice delle leggi opera, quindi, una *summa divisio* (per altro assai discutibile⁴⁷) tra “omogeneità di mera materia” e “omogeneità di oggetto e finalità” (od “oggetto e scopo”). Parallelamente a questa distinzione, quindi, si delineano due fattispecie diverse di “eterogeneità”: una legittima – di “mera materia” – e una abusiva “di oggetto e scopo”.

La sola eterogeneità sanzionabile dalla Corte, con riferimento *tanto* al decreto-legge *quanto* agli emendamenti inseriti in sede di conversione, sarebbe la seconda⁴⁸. In ciò starebbe la “tipizzazione” della legge di conversione, con la quale, quindi, non si può emendare il decreto-legge se l’emendamento non ne rispetta la finalità e l’oggetto.

La conseguenza logica di tale premessa sarebbe dovuta essere quella per la quale la Corte poneva fine, una volta per tutte, alla biasimevole prassi della “emendazione eterogenea abusiva”, e tracciava il percorso per far cessare, alla prima occasione utile, l’altra (non meno biasimevole) prassi dei decreti-legge *omnibus* – che costituisce, come ricordato (*supra*, nota 28), la nuova “piaga” della decretazione d’urgenza – sia pure, s’intende, nell’ambito ristrettissimo della nozione di “omogeneità di oggetto e scopo” accolta in premessa. Invece, analizzando meglio il testo della decisione, «se il profilo della “tipizzazione” della legge di conversione si delinea con chiarezza nella motivazione [...] non altrettanto rigide si rivelano le condizioni alla cui stregua sarà possibile valutare l’eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione per verificare se l’uso del procedimento tipico risulti (per usare la stessa espressione della Corte) più o meno improprio»⁴⁹.

È in tale frangente che il Giudice costituzionale inserisce la sua “clausola di prudenza”, che in questo caso viene ad emergere da un “combinato disposto” dei punti 4 e 4.2 del *Considerato in diritto*. Al punto 4 la Corte afferma che la «interna coerenza» di un decreto-legge va

⁴⁷ Può richiamarsi, ad esempio, la tesi dello Zagrebelsky, secondo la quale gli emendamenti dovrebbero essere circoscritti alla materia del decreto-legge (G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, pp. 182 ss.). Altra dottrina, invece, ha ritenuto che l’omogeneità dovrebbe «essere considerata come coerenza delle norme del decreto-legge», di guisa che non sarebbe riscontrabile la “eterogeneità” qualora «le diverse norme, benché attinenti a più materie, risultino legate da un fine unitario» (F. VARI, *La conversione*, cit., p. 33). Sull’argomento si vedano, inoltre, le osservazioni di G. SERGES, *Brevi note*, cit., 309 ss., e C. BERTOLINO, *op. cit.*, più precipuamente relative alla sentenza in esame.

⁴⁸ Tale assimilazione tra “omogeneità del decreto-legge” ed “omogeneità degli emendamenti”, per altro, suscita qualche perplessità, condividendosi qui la tesi – sostenuta dal prof. Carnevale nel suo intervento – secondo la quale «ad onta della identità terminologica, quella predicabile per il decreto-legge e quella per la legge di conversione “emendativa” sono omogeneità (o, per converso, disomogeneità) diverse. Se, infatti, per l’atto governativo quella è frutto di una selezione del materiale normativo, per la legge è una qualità riflessiva e gregaria, tutta dipendente e assolutamente condizionata dalla opzione governativa di prendere in esame e disciplinare determinati rapporti, istituti, ambiti materiali. In altre parole, si tratta di una omogeneità *per relationem* [...]. Non solo, andrebbe altresì rilevato che il limite dell’omogeneità si presenta per il Parlamento come un limite generale al *potere* (legislativo) di conversione, laddove per il Governo si configura come un limite rispetto all’atto e non al *potere* di adottarlo, giacché il vincolo di omogeneità gravante sul singolo decreto può essere superato attraverso l’esercizio opportunamente frazionato di quel *potere*» (P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto*, cit., § 4).

⁴⁹ G. SERGES, *Brevi note*, cit., p. 314.

«valutata in relazione all'apprezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità e urgenza». Al punto 4.2 si statuisce, poi, che «l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti **del tutto estranei** all'oggetto e alle finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario»⁵⁰, da cui la conclusione, subito dopo, per la quale «considerato che le norme impugnate nel presente giudizio, inserite nel corso del procedimento di conversione del d.l. n. 225 del 2010, sono **del tutto estranee** alla materia e alle finalità del medesimo, si deve concludere che le stesse sono costituzionalmente illegittime, per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost.»⁵¹. La stessa locuzione, “del tutto estranea”, viene usata anche nel punto 3.4.

Che cosa vuol dire la Corte in questi passaggi? La risposta è complessa ma, al tempo stesso, semplice. Il Giudice costituzionale non intende dire altro, se non che la verifica della sussistenza del requisito della “omogeneità di oggetto e di scopo”, tanto per i decreti-legge quanto per gli emendamenti in sede di conversione, spetta alla *valutazione politica* del Governo e del Parlamento, potendo (*rectius*, volendo) intervenire la Corte Costituzionale solo in caso di disposizioni “del tutto estranee”, vale a dire *solo quando la eterogeneità abusiva è...evidente*⁵². Se invece l'eterogeneità *pur abusiva* (!) risulta *non* evidente, allora il Giudice delle leggi si astiene.

È la stessa Corte Costituzionale che, in un'ordinanza di qualche mese successiva (la **n. 34/2013**), fornisce una sorta di “interpretazione autentica” della sent. n. 22/2012, affermando che con essa si volevano sanzionare non già tutte le disposizioni eterogenee, ma solo quelle che risultassero «del tutto estranee alla *ratio* del provvedimento governativo», solo quando, cioè, l'insindacabile giudizio della Consulta avesse registrato «uno *scostamento intollerabile* della funzione legislativa dal parametro evocato» (corsivo aggiunto). L'uso del termine

⁵⁰ Grassetti nostri.

⁵¹ Grassetti nostri.

⁵² L'espressione «“evidente” eterogeneità» è usata per la prima volta da G. SERGES, *La “tipizzazione”*, cit., p. 2497, proprio in commento alla sent. n. 22/2012, secondo la quale, osserva l'A., «il requisito della omogeneità originaria del decreto sembra destinato oggi a poter essere considerato sotto il profilo della sola “evidente” eterogeneità delle disposizioni», dunque «l'omogeneità del decreto e l'omogeneità degli emendamenti parlamentari in sede di conversione potranno rilevare sotto il profilo della illegittimità costituzionale solo quando il decreto contenga disposizioni “del tutto estranee” allo scopo e alle finalità del decreto e, a loro volta, gli emendamenti parlamentari si configureranno come costituzionalmente illegittimi solo quando ne sarà evidente la loro estraneità allo scopo ed alle finalità originarie». Sul punto si vedano, inoltre, ID., *Brevi note*, cit., e R. DICKMANN, *La Corte sanziona*, cit., il quale usa l'analoga espressione «evidente estraneità».

“intollerabile” è indicativo: significa che, per la Corte, vi sono “*scostamenti tollerabili*” ed altri che non lo sono.

A ben vedere, dunque, lo schema logico seguito è *esattamente* lo stesso già sperimentato con la sent. n. 171/2007, solo esposto in maniera un po’ più tortuosa, e risponde, quindi, perfettamente alla “filosofia” dell’«almeno non». Il messaggio, in questo caso, è così sintetizzabile: «se proprio vuoi continuare a produrre dei decreti-legge eterogenei, fai pure, ma “almeno non” quando l’eterogeneità è evidente». Stessa cosa per quanto riguarda gli emendamenti in sede di conversione.

Dietro questo atteggiamento, per così dire, prudente della Corte si annida, però, un rischio più grande. Nel sanzionare solo le violazioni maggiori, il Giudice delle leggi non solo legittima, come abbiamo rilevato (v. *supra* § II, A, 3), le violazioni “minori”, ma di fatto finisce addirittura per *suggerirle*, fornendo dei veri e propri “*consigli di mala legislazione*” al Governo (e al Parlamento). Complice (ma non causa) di questa “cattiva abitudine” della Consulta è la tecnica “saggistica” di redazione delle decisioni costituzionali, cui facevamo cenno prima: nel voler molto motivare, molto argomentare, la Corte dice, sì, “molto”, ma a volte dice pure troppo.

La sentenza in esame non è esente da questa critica. Abbiamo visto come, per decidere circa l’emendabilità in sede di conversione, la Corte parta dal concetto di omogeneità normativa in relazione al decreto-legge. Di fatto questa parte della decisione è superflua, svolge solo una funzione argomentativa *ad adiuvandum*: ben si sarebbe potuto, infatti, trattare *direttamente* la questione della omogeneità degli emendamenti. Ed è proprio in questa parte che si legge, in un passo già riportato poc’anzi, che «i cosiddetti decreti “milleproroghe”, [...] con cadenza ormai annuale, vengono convertiti in legge dalle Camere, sebbene attengano ad ambiti materiali diversi ed eterogenei, devono obbedire alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo o dal Parlamento».

Ora, che i “decreti milleproroghe” siano a volte necessari lo si può anche – assai problematicamente – sostenere, così come si può – altrettanto problematicamente – sostenere che, aderendo ad una nozione di “omogeneità” molto ristretta, essi non siano da ritenere incostituzionali *a priori*. Ma tutto ciò non toglie che gli atti in esame costituiscano una delle prassi più dubbie e criticate dalla dottrina⁵³ non solo dal punto di vista della decretazione

⁵³ Sul punto si vedano, almeno, N. LUPO, *Decreto legge e manutenzione legislativa: i decreti legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita*, cit., pp. 180 ss.; M. CARLI, *Rapporto sugli incontri universitari dedicati a “Problemi delle fonti normative” di interesse del Comitato per la legislazione*, in R.

d'urgenza, ma anche sotto il profilo della qualità della tecnica normativa. Legittimi o meno che possano essere da un punto di vista costituzionale, essi costituiscono comunque un'aberrazione giuridica, una "toppa" raffazzonata che le istituzioni (Governo e Parlamento) esperiscono a causa delle loro stesse inefficienze.

Che sia proprio la Corte Costituzionale, il "Giudice delle leggi", nell'ambito di motivazioni ultronee, a "suggerire" che i "decreti mille proroghe" si possano adottare (e convertire), anche, magari, con «cadenza annuale» e, perché no, con contenuto *necessariamente* eterogeneo rispetto alla "mera materia", e che addirittura essi siano *indispensabili* per evitare effetti – non già *oggettivamente* «dannosi» rispetto a «interessi ritenuti rilevanti» – ma solo considerati, insindacabilmente, come tali dal Governo o dal Parlamento, lascia (molto più che) perplessi.

È un cristallino esempio di cosa intendevamo, poco sopra, con l'espressione "consigli di mala legislazione".

2. La sent. n. 220/2013 e i "consigli di mala legislazione"

Abbiamo scritto, nel paragrafo precedente, che l'odierna tecnica "saggistica" di redazione delle sentenze – e quindi di motivazione delle decisioni – adottata dalla Corte Costituzionale è «complice ma non causa» dei "consigli di mala legislazione" contenuti nelle decisioni dell'«almeno non». Al di là, infatti, della circostanza che essi talvolta emergono nelle parti ultronee delle decisioni, va rilevato come il "consiglio di mala legislazione" sia *sempre* presente, *ineluttabilmente* presente, in *tutte* le decisioni redatte con la tecnica dell'«almeno non», in quanto ad esse connaturato.

Possiamo trarre un significativo esempio dalla già richiamata sent. n. 171/2007, *madre* (inconsapevole) di tutte le sentenze dell'«almeno non».

La Corte afferma, come noto, che «l'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità». Non solo le carenze "evidenti", quindi, ma anche quelle *non* evidenti *possono* essere oggetto di scrutinio. La Corte, tuttavia, «nell'affermare l'esistenza del suindicato proprio compito, è stata ed è

ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative: atti dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia e LUISS di Roma*, Roma, 2008, pp. 1 ss.; P. L. PETRILLO, *Forma di governo apparente e "sostanza" parlamentare: il caso del milleproroghe*, in R. ZACCARIA, *Aspetti problematici*, cit.; G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2008; S. SPADA, *La qualità della normazione secondo la "giurisprudenza" del Comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2010; E. GRIGLIO, *La delegificazione del "milleproroghe": una speciale fuga dal regolamento...o meglio dal procedimento legislativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARUQUE, P. TANZARELLA, *op. cit.*, ora anche su www.gruppodipisa.it, 2011.

consapevole che il suo esercizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento». *Ergo*, pur “potendo” intervenire su *qualunque* entità di carenza dei requisiti *ex art. 77 Cost.*, il Giudice delle leggi *sceglie* di auto-limitarsi, affermando che perché la carenza possa essere valutata essa «debba risultare evidente». Il “sott’inteso” che emerge da tali argomentazioni, è che al Governo sia consentito di emanare – *anche in carenza dei presupposti, purché non evidente*, e (per usare ancora le parole della Corte) con «un largo margine di elasticità» – decreti-legge disciplinanti «una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri)». Quindi la Corte, praticamente, fa sapere al Governo che può tranquillamente emanare decreti-legge al di fuori dei requisiti richiesti dalla Costituzione, per esempio per intervenire a seguito di atti e provvedimenti di pubblici poteri *etc.* (e qui l’«esempio» della Corte assume incontestabilmente le sembianze di un suggerimento), e che il limite entro il quale si può muovere prima che venga sanzionata la “evidenza” è “largamente elastico”. Come altro definire questo “messaggio”, se non un consiglio di mala legislazione?

Stessa cosa si può dire della già citata sent. n. 22/2012, che invia un *suggerimento* del tutto analogo (sempre facendo perno sul concetto di “evidenza” – cioè di “intollerabilità” – del vizio) con riferimento all’omogeneità del decreto-legge e degli emendamenti in sede di conversione. Ed il già citato passaggio sui decreti “mille proroghe” (v. *supra* § II, B, 1) si pone, in questo contesto, a mo’ di “esempio-suggerimento”.

Non siamo i primi, d’altronde, a ravvisare questo “effetto collaterale”, se così lo si può chiamare, della “tipologia” di decisioni in esame.

A proposito della **sent. n. 355/2010** – anch’essa collocabile nel filone dell’«almeno non» e che poi, almeno in parte, è stata oggi superata proprio dalla n. 22/2012 – è stato ad esempio rilevato, molto acutamente, che se da un lato essa scopriva un “nuovo paletto”, affermando la possibilità di un sindacato sui presupposti di straordinaria necessità ed urgenza anche sugli emendamenti al decreto-legge, essa realizzava, dall’altro, «non soltanto uno sdoganamento della deprecata prassi della emendazione senza bussola dei decreti-legge in sede parlamentare, ma addirittura un atteggiamento promozionale nei confronti di essa, che viene *quodammodo* premiata dalla Corte con un trattamento di favore: l’insindacabilità per mancata provvista dei presupposti di necessità ed urgenza. Non è difficile ricavarne una sorta di effetto incentivo nei confronti di parlamentari e Governo che vogliano approfittare – secondo una celebre espressione – del treno rapido della legge di conversione per aggiungervi “tanti vagoni della

più svariata mercanzia”»⁵⁴.

Nella maggior parte dei casi capita, poi, che la presenza di questi “consigli di mala legislazione” sia accompagnata da un “rifiuto” della Corte a fornire “consigli di buona legislazione”. È questo il caso, ad esempio, della sent. n. 220/2013 che, come ricordato in apertura del nostro lavoro, merita un’analisi più approfondita.

a) Il decreto-legge n. 95/2012 e la Costituzione (a mo’ d’interludio). La sent. n. 220/2013 aveva ad oggetto il d.l. n. 95/2012, c.d. *spending review*, contenente «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini». Tale atto è particolarmente interessante per gli studiosi della materia, poiché rappresenta, praticamente, un compendio di tutto ciò che un decreto-legge *non* dovrebbe essere.

Dal punto di vista contenutistico esso si presenta come un “figlio” della sent. n. 22/2012: tenute insieme dallo “scopo” generalissimo della “revisione della spesa”, vi erano disciplinate un’infinità di materie, che spaziavano dalla messa in liquidazione o vendita delle società *in house* che svolgono servizi nei confronti della sola p.a. (art. 4, commi 1 – 3) alla destinazione dell’otto per mille per emergenza neve, dallo stanziamento di risorse per la prosecuzione della gestione dello stato di emergenza connesso con l’eccezionale afflusso di immigrati nordafricani alla previsione di finanziamenti alle Università non statali, dalla gratuità dei testi scolastici agli alunni che ne hanno diritto (articolo 23) all’abolizione delle Province (art. 17) con contestuale istituzione delle Città Metropolitane (art. 18), *etc.*

E tuttavia, malgrado l’elasticità dello scopo prefissato (“revisione della spesa”), il decreto si presentava talmente carente dei requisiti *ex art. 77 Cost.* che neppure piegando all’inverosimile i limiti, pur molto flessibili, sanciti dalla sent. n. 22/2012 (v. *supra* § II, B, 1) si sarebbe riusciti ad argomentarne, in modo serio, la conformità a

⁵⁴ P. CARNEVALE, D. CHINNI, *op. cit.*, p. 13, richiamando tra virgolette l’espressione di A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 2003, p. 359. Adesivi a tale ricostruzione ci sembrano anche: A. CELOTTO, “Come la tela di Penelope”. *Ulteriori tortuosità nella giurisprudenza sui decreti-legge*, in www.giustamm.it, 2010; A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero sia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte Costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la “seconda svolta”*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *op. cit.*, pp. 18 ss. Per una differente lettura della decisione in esame si vedano, invece, Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni «eccentriche» introdotte in sede di conversione*, in *Rass. parlam.*, 2011, e N. LUPO, *L’omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in astrid.eu, e ora in G. D’ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, § 4.

Costituzione.

Innanzitutto, quanto alle materie disciplinate nell'atto in esame, è quantomeno dubbio che il Governo possa intervenire con decretazione d'urgenza in materia costituzionale, secondo quanto si deduce dal combinato disposto degli articoli 15, comma 2, lettera b), l. n. 400/1988 e 72, comma 4, Cost. Ed alla "materia costituzionale" sembrava poter essere riconducibile l'art. 18 del d.l. n. 95/2012 il quale, prevedendo l'istituzione obbligatoria delle Città Metropolitane, costituiva di fatto la prima attuazione legislativa del "nuovo" primo comma dell'art. 114 Cost.⁵⁵

Per altro già attenta dottrina aveva ravvisato l'inopportunità giuridica di inserire disposizioni riguardanti l'attuazione delle autonomie locali all'interno di una legge di spesa⁵⁶.

Contestualmente alla istituzione delle Città Metropolitane era, poi, prevista la soppressione delle Province. Ora, si può discutere se l'istituzione dell'ente metropolitano sia o meno materia costituzionale (v. *supra*, nota 55), e se i limiti fissati dall'art. 15 l. 400/1988 siano o meno vincolanti, ma non si può certo discutere che al decreto-legge sia inibita la disciplina di materie, quali l'abolizione di un ente costituzionalmente garantito, sulle quali non può intervenire neppure la legge ordinaria, in quanto riservate alla legislazione costituzionale⁵⁷.

⁵⁵ Ciò, naturalmente, qualora si aderisse alla tesi secondo la quale nella "materia costituzionale" sarebbero ricomprese anche (come sembra preferibile) o solo (come pure è stato sostenuto) le leggi attuative della Costituzione. Sulla non agevole definizione del sintagma "materia costituzionale" si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, almeno: G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Dir. giur.*, 1948, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, 1994, pp. 171 ss.; C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, III, Milano, 1962, pp. 199 ss.; S. DE SIMONE, *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1953; S. M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, pp. 66 ss.; ID., *Le leggi in materia costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, pp. 2062 ss.; ID., *Le fonti*, cit., pp. 204 s.; D. GIROTTO, *Art. 72*, in S. BARTOLE e R. BIN, *op. cit.*, pp. 706 ss; E. SPAGNA MUSSO, *Scritti di diritto costituzionale*, vol. 1, Milano, 2008, pp. 932 ss.

⁵⁶ S. GAMBINO, *Riordino delle province e (obbligatorietà dell'esercizio associato delle) funzioni comunali: qualche dubbio sulla idoneità di una legge di spesa a farsi carico delle esigenze di attuazione (sia pure parziale) della Carta delle autonomie*, in www.astrid-online.it, 2012.

⁵⁷ Vero è che nei molti tentativi effettuati per istituire le Città Metropolitane, il Legislatore (o il Governo in sede di decreto delegato) hanno spesso ritenuto, sulla base di una interpretazione errata dell'art. 114, di poter sopprimere le Province senza ricorrere ad una legge costituzionale. Va notato, tuttavia, come, in realtà, la Costituzione, nella sua formulazione attuale, da un lato non sembri affatto lasciar intendere che Provincia e Città Metropolitana siano due Enti l'uno alternativo all'altro, ma dice, invece, che ambo le due – non, quindi, l'una o l'altra – *costituiscono* la Repubblica italiana; dall'altro non prevede alcun meccanismo specifico per l'abolizione degli Enti locali garantiti ex art. 114 Cost., limitandosi, semmai, ad individuare le procedure idonee per la creazione, il mutamento o la fusione di nuove Regioni (art. 132/1), Province (art. 133/1) e Comuni (art. 133/2). D'altronde chi si sognerebbe di dire che per sopprimere le Regioni basterebbe una legge ordinaria o – addirittura – un decreto-legge? Nell'attuale formulazione della Costituzione, nulla lascia intendere, se si vuol essere onesti, che la soppressione delle Province possa avvenire con legge ordinaria. Inoltre, in un'ottica comparatistica, possiamo notare come, ad esempio, nella Costituzione francese la possibilità di abolire con legge ordinaria un

Quanto all'omogeneità, va innanzitutto notato che, non ostante la generalità della dizione "revisione della spesa", con la quale si possono tenere unite, sotto il profilo teleologico, disposizioni incidenti praticamente in qualunque materia, era quantomeno dubbia la riconducibilità allo scopo delle disposizioni relative alla riorganizzazione/soppressione delle Province, posto che lo stesso Governo, nella relazione tecnica⁵⁸ con la quale ha licenziato il d.l. n. 95, da un lato ha ammesso che «non è possibile quantificare» preventivamente «gli effetti finanziari» dati dal procedimento articolato di riorganizzazione o soppressione delle Province, visto che questi «potranno essere rilevati solo successivamente, al completamento dell'*iter*», e, dall'altro, a proposito precipuamente dell'istituzione delle Città Metropolitane, ha affermato che «la norma è formulata in maniera da garantire l'invarianza di spesa». Ebbene, la imprevedibilità degli effetti finanziari da un lato, e l'invarianza di spesa dall'altro, sembrano non consentire di individuare nello scopo principale delle disposizioni in esame quello della "revisione della spesa", e fanno apparire piuttosto eterogenee (almeno) le disposizioni relative all'istituzione delle Città Metropolitane ed alla soppressione delle Province. Lo scopo principale del procedimento di riordino del sistema Provinciale e dell'istituzione delle Città Metropolitane, insomma, non era – e non sarebbe potuto essere – quello della "revisione della spesa" (che semmai è un effetto incidentale e, comunque, imprevedibile *a priori*), visto che, con riferimento all'intero processo di revisione degli enti locali provinciali, non erano calcolabili i futuri effetti finanziari, ma costituiva, evidentemente, un *intervento organico e*

ente locale costituzionalmente garantito – qualora esso venga sostituito da un nuovo ente – sia prevista da una norma costituzionale (art. 72, comma 1, *Const. Fr.*), altrimenti sarebbe da considerarsi vietato. Se, quindi, si vuole abolire il sistema Provinciale, lo si può fare solo ed esclusivamente con legge di rango costituzionale. Nel caso, il Legislatore costituzionale avrebbe almeno tre opzioni: 1) approvare una legge costituzionale che, *sic et simpliciter*, dichiari l'avvenuta soppressione dell'Ente provinciale; 2) approvare una legge di revisione costituzionale che sopprima la parola "Provincia" da tutti gli articoli in cui essa è contenuta; 3) approvare una legge di revisione costituzionale con la quale modificare la lettera dell'art. 114 Cost., statuendo che Enti locali e autonomi della Repubblica sono «Comuni, Province ovvero Città Metropolitane, Regioni». La Corte Costituzionale, proprio nella sent. n. 220/2013, ha, infine, esplicitamente riconosciuto, in un *obiter dictum*, che per sopprimere le Province occorre una legge costituzionale (v. *infra* § II, B, 2, c)). E anche in tal caso, per altro, a noi pare che potrebbe essere solo l'intero "sistema provinciale" ad essere abolito, ed eventualmente "rimpiazzato" dal nuovo "sistema metropolitano", e non già la *singola Provincia* (in corrispondenza della singola Città Metropolitana), in quanto la Provincia, per sua "natura", risponde al criterio della ripartizione territoriale, il che significa che essa deve essere presente su tutto il territorio. È dunque possibile ridurre, ampliare, fondere, dividere la Province esistenti, secondo le modalità previste dall'art. 113/1 della Costituzione, ma non si possono lasciare porzioni di territorio "scoperte", neanche se viene istituita una Città Metropolitana. Sul punto sia consentito rinviare al nostro GIU. SERGES, *Alla ricerca di una definizione giuridica di "Città Metropolitana"*. Dalla metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio, in corso di pubblicazione su Federalismi.it.

⁵⁸

Consultabile all'indirizzo provinceditalia.files.wordpress.com/2012/07/dl_95_2012_relazione_tecnica.pdf.

web

autonomo di natura strutturale, con il quale si voleva dare una prima, parziale, attuazione legislativa (nel caso di specie con undici anni di ritardo!) della riforma dell'art. 114, comma 1, Cost, che, prevedeva il passaggio dell'organizzazione degli enti locali dal criterio della "ripartizione" a quello della "costituzione", unitamente alla possibilità d'istituire le Città Metropolitane.

Ma in ogni caso va notato come in sede di conversione fosse stata cambiata l'intestazione dell'atto, aggiungendo alla dizione «disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini» le parole «nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario». Come si può sostenere la "omogeneità di oggetto e di scopo" delle disposizioni di un decreto-legge dinnanzi ad un atto che, a seguito dell'intervento della legge di conversione, risulta eterogeneo addirittura nel titolo, e dunque nell'indicazione delle finalità perseguite?

Quanto alla sussistenza dei presupposti della *straordinaria necessità ed urgenza*, va infine notato come per alcune delle disposizioni contenute nell'atto in esame fosse prevista un'attuazione di molto ritardata rispetto all'entrata in vigore del decreto-legge. Un esempio per tutti (ma se ne potrebbero fare altri) è proprio quello dato dalle disposizioni relative alle Città Metropolitane, delle quale si sanciva l'istituzione entro il primo gennaio 2014 (ricordiamo che il decreto-legge era del 2012). A noi non pare possa revocarsi in dubbio – e ciò anche qualora si volesse aderire alla distinzione espositiana tra *necessità del provvedere* e *necessità del provvedimento*⁵⁹ – che non vi può essere alcuna "straordinaria necessità ed urgenza" nell'istituzione *entro il 2014* di un ente locale previsto dall'ordinamento *già dal 1990*, e che fino ad oggi non si è mai voluto istituire, non ravvisandosene, in fin dei conti, una necessità così impellente, senza contare il fatto che oggi il comma 3 dell'art. 15, l. n. 400/1988 stabilisce espressamente che «i decreti devono contenere misure di immediata applicazione»⁶⁰.

A coronamento dell'abuso, il Governo, che aveva scritto il d.l. *spending review* in "fretta e furia", commettendo *quindi* molti errori e imprecisioni, emana, poco dopo, un

⁵⁹ Riteneva infatti Carlo Esposito (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, p. 162, n. 1; ID., *Decreto-legge*, cit., § 8, pp. 219 ss.), in disaccordo con altra dottrina (SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 387; L. PALADIN, *In tema*, cit., p. 557; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, p. 902), che la provvisorietà del provvedimento *ex art. 77* si riferisca all'atto e non al contenuto, e che dunque «in base all'art. 77 potrebbe essere giustificato disporre immediatamente [...] anche se poi le disposizioni correlative [...] debbano avere corso a distanza di settimane o mesi» (C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., p. 221, n. 46).

⁶⁰ Per una disamina del problema relativo ai decreti-legge recanti misure ad efficacia differita si veda A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza*, cit., pp. 31 ss., nonché L. DE BERNARDINI, *Il problematico vizio di illegittimità dei decreti-legge ad efficacia differita*, in *Giur. cost.*, n. 1/2002, pp. 264 ss.

secondo decreto-legge “correttivo” del precedente (il d.l. n. 188/2012, già ricordato *supra*, nota 28), con il quale, da un lato, si abrogavano per intero dei commi che, non presenti nell’originario testo del decreto, erano stati aggiunti in sede di conversione, e, dall’altro, si facevano delle vere e proprie “correzioni” – riguardanti, talora, perfino dei supposti refusi⁶¹ – al testo originario.

Un vero e proprio «mostro giuridico», per riprendere l’espressione usata da un Autore in un caso in qualche misura analogo⁶².

Ora la giurisprudenza dell’«almeno non», come vedremo meglio in seguito (*infra* § III, B, a)), ha la caratteristica di poter sempre fornire alla Corte la possibilità di “aggirare il problema”, qualora essa voglia astenersi dal rilevare i vizi formali, sfruttando la elasticità di concetti quali la “non evidente carenza”⁶³. Qualora, invece, il Giudice delle leggi voglia intervenire con dichiarazione d’incostituzionalità, in casi come il d.l. n. 95/2012 l’unico ostacolo possibile è dato solo dall’imbarazzo nella scelta del vizio da sanzionare.

b) Segue: L’«eccesso di assorbimento» come problema di leale collaborazione. Nel caso del d.l. 95/2012, oltre ai vizi di tipo formale i ricorrenti avevano individuato altre possibili censure di tipo sostanziale⁶⁴. Non entreremo nel merito di tali censure, che non riguardano il tema di questo lavoro. Tra le molte, tuttavia, almeno una merita di essere segnalata, per motivi che si spiegheranno più avanti.

Si tratta della questione relativa alla potestà istitutiva delle Città Metropolitane. Secondo dottrina prevalente⁶⁵, e come ammesso più di recente dall’ex Presidente del Consiglio Enrico Letta⁶⁶, l’art. 117, II comma, lettera p), escluderebbe un intervento statale riguardante gli enti

⁶¹ Possiamo ricordare, ad esempio, l’art. 5, comma 2, con il quale si sostituivano le parole «le regioni provvedono con proprie leggi» con «la regione provvede con legge». Poiché la disposizione riguardava *tutte* le Regioni, la formula originaria appare perfino più corretta (o, comunque, non meno corretta) di quella “nuova”.

⁶² A. CELOTTO, *Breve storia di un “mostro” giuridico (Il decreto-legge n. 324/93 convertito, con emendamenti, in legge n. 423/93 e modificato dal decreto-legge n. 438/93)*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/1994, pp. 55-60.

⁶³ Il prof. Amedeo Franco ricorda (A. FRANCO, *La evidente disomogeneità*, cit., § 4), l’ord. 34/2013, con la quale veniva riconosciuta l’omogeneità di un decreto-legge, perché le norme erano accumulate dalla unica *ratio* generalissima di «realizzare un incremento del gettito fiscale».

⁶⁴ Reg. ric. nn. 145, 151, 153, 160 del 2012, pubblicati in *Gazzetta Ufficiale* – 1^a Serie Speciale – Corte Costituzionale nn. 47, 48 e 50 del 2012.

⁶⁵ Si vedano, ad esempio, M. CECCHETTI, *Sui più evidenti profili di possibile illegittimità costituzionale del d.d.l. as n. 1212 (disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni)*, su www.federalismi.it, gennaio 2014, pp. 5 ss., e A. LUCARELLI, *Prime considerazioni in merito all’istituzione della Città Metropolitana*, su www.federalismi.it, ottobre 2012, p. 2, n. 4.

⁶⁶ Ci si riferisce alla relazione con cui è stato presentato il d.d.l. cost. AC 1543, dove si legge che «per quanto riguarda le Città Metropolitane, la scelta adottata del presente disegno di legge costituzionale è quella di rimettere alla legge statale la definizione del territorio, delle funzioni, delle modalità di finanziamento e

metropolitani al di fuori delle materie della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali. La potestà istitutiva delle Città Metropolitane sarebbe quindi demandata alla legge regionale ex art. 117, comma 4. A confortare tale tesi vi sarebbe il fatto che il legislatore costituzionale ha previsto espressamente delle procedure rivolte alla istituzione di nuove Province e di nuovi Comuni (articolo 133 Cost.), di talché non sarebbe ragionevole che, nel silenzio della Costituzione, la competenza all'istituzione della Città Metropolitane debba ritenersi implicitamente assegnata al legislatore statale. Contro questa tesi, invece, si sostiene che, consistendo di fatto l'istituzione di una Città Metropolitana nella creazione dei suoi organi di governo, delle procedure elettorali volti a comporli e nella definizione delle funzioni fondamentali, il complesso delle materie assegnate dall'articolo 117, comma secondo, lettera p), comprenderebbe al suo interno anche l'*istituzione* delle Città Metropolitane⁶⁷, ovvero che essendo l'ente metropolitano, di fatto, pienamente alternativo a quello provinciale, varrebbero per esso le stesse regole previste per l'istituzione di nuove Province.

Si tratta di uno di quei molteplici problemi interpretativi a cui ha dato luogo la pessima tecnica di redazione normativa con cui fu riformato il Titolo V della Costituzione, e che obbliga il giurista a dover sempre colmare con la logica le lacune del testo, con risultati spesso incerti.

Come spesso avviene soprattutto quando trattasi di decisioni concernenti gli atti con forza di legge emanati dal Governo, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate per violazione dell'art. 77 della Cost., dichiarando «assorbiti gli altri profili di illegittimità costituzionale prospettati».

Quando la Corte decide su di una questione di legittimità costituzionale, infatti, dapprima esamina le richieste di inammissibilità; poi riscontra la sussistenza degli eventuali vizi formali o *in procedendo* lamentati dal ricorrente, che potrebbero aver inficiato la validità dell'atto; infine, passa all'esame delle questioni più strettamente di merito (quelle, insomma, sui cc. dd. "vizi sostanziali"), privilegiando, se ve ne sono, quelle di carattere generale (il cui accoglimento, cioè, determinerebbe l'invalidità del maggior numero delle disposizioni impugnate). Questo schema ha una indubbia, e incontestabile, valenza logica, che non può

dell'ordinamento, rimediando alla ventennale inerzia che, per diversi motivi ha portato al fallimento della scelta di demandare la loro istituzione alla legge regionale».

⁶⁷ Così, ad esempio, G. M. SALERNO, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle città metropolitane. Profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, su www.federalismi.it, gennaio 2014, p. 12.

essere posta seriamente in discussione⁶⁸.

Tuttavia va fatta una precisazione. Se il riconoscimento dell'inammissibilità della questione determina, necessariamente, l'impossibilità di procedere all'esame nel merito (non si può esaminare nel merito una questione inammissibile), altrettanto non può dirsi per quanto riguarda il riscontro di *vizi formali o in procedendo*. A ben vedere, anzi, la precedenza che la Corte assegna all'esame di questi ultimi si giustifica (ed è normalmente condivisibile) solo sulla base della logica, ma non è imposta da nessuna norma giuridica. Per quanto potrebbe sembrare, per così dire, bizzarro (ma in alcuni casi persino *preferibile*, come si dirà tra poco), la Corte potrebbe anche, in teoria, decidere di esaminare prima una questione di merito in senso stretto e poi una questione relativa ai *vizi in procedendo*. Ma, soprattutto, il Giudice delle leggi potrebbe (e alle volte avviene), in qualsiasi ordine, decidere di esaminare sia l'una che l'altra, in quanto l'esame di una questione relativa ad un vizio *in procedendo* non determina a nessun titolo una preclusione all'esame di una questione di un vizio sostanziale, e viceversa. Invece molto spesso (forse troppo), la Corte Costituzionale si ferma al riscontro del vizio formale, o al primo vizio sostanziale più generale, dichiarando "assorbite tutte le altre questioni".

La domanda che dobbiamo allora porci è la seguente: tale comportamento da parte della Corte è un comportamento corretto? Qui non si fa riferimento, evidentemente, alla correttezza formale della decisione: che la Corte, in principio, possa dichiarare assorbite alcune questioni è un assunto che non può revocarsi in dubbio. La correttezza di cui si tratta si muove sul piano dell'opportunità, e attiene, a nostro avviso, all'*obbligo di leale collaborazione tra i poteri e*

⁶⁸ Sbaglierebbe chi, ad esempio, sostenesse che il vizio di forma sia meno importante di quello di merito, o che esso non debba essere rilevato qualora non accompagnato anche da un vizio sostanziale in quanto tratterebbesi di annullamento di una norma "giusta", à savoir un "eccesso di formalismo". Vero è, come scriveva Italo Mereu, che "la forma è per i mediocri" (I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale, seconda edizione*, Milano, 1988). In un mondo di esseri "perfetti", la forma sarebbe infatti inutile. Ma se "mediocri" significa "perfettibili", allora tutti gli esseri umani lo sono, e con loro le cose da essi prodotte (tra cui gli atti giuridici). Naturalmente è sempre possibile, ed in alcuni casi biasimevole, un "eccesso di formalismo" – basti vedere i danni provocati dall'iper-formalismo dell'inquisizione nell'età del diritto comune (Cfr. I. MEREU, *Storia dell'intolleranza* (II ed.), cit., *passim*. Ci sia inoltre consentito richiamare GIU. SERGES, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011) – che corrisponde, se vogliamo, ad un "eccesso di mediocrità", ma senz'altro tale eccesso non sussiste in quelle occasioni nelle quali, per usare un'espressione nota, "la forma è sostanza", e tale è senz'altro il caso del decreto-legge (così come quello del decreto delegato), il cui abuso può determinare spostamenti anche *definitivi* negli equilibri tra i poteri dello Stato (v. *infra* § III, B, b)). In tali ipotesi, piuttosto, dovrebbe valere l'insegnamento di Natalino Irti, il quale scriveva qualche anno fa che la "forma" è un "salvagente" (N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007). La Corte fa bene, anzi benissimo, a dichiarare invalide le leggi e gli atti con forza di legge quando la regola procedurale violata è stata posta a salvaguardia del sistema democratico. Semmai chi sbaglia è proprio chi l'accusa di "eccesso di formalismo", come è stato acutamente fatto notare, proprio a proposito della sentenza n. 220 del 2013 (A. SAITTA, *Basta legalità! Interpretiamo lo spirito del tempo e liberiamo lo sviluppo!*, su www.forumcostituzionale.it, 2013).

gli organi dello Stato, promanante dall'omonimo principio⁶⁹, già chiaramente formulato (sia pure in forma “embrionale”) da Montesquieu: «*ces trois puissances [i poteri dello Stato] devraient former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert*»⁷⁰.

Nell'ordinamento italiano il principio di leale collaborazione tra poteri e organi «è tanto fondato in Costituzione quanto lo può essere l'esigenza che la macchina istituzionale, attentamente progettata in alcuni suoi particolari, alla fine funzioni come un complesso efficiente. È una questione di buon senso, anzitutto, percepita in qualsiasi sistema costituzionale. [...] Il principio di leale cooperazione aggiunge una postilla alla regola che disciplina l'esercizio di una pubblica funzione: il soggetto agente deve applicarla tenendo in debito conto le esigenze e le prerogative degli altri soggetti, configurabili come “poteri dello Stato”, con cui occasionalmente si trovi ad interferire, così come la condotta degli altri soggetti deve tenere in debito conto le prerogative costituzionali del soggetto agente»⁷¹. Vero è che, nel nostro ordinamento, il “giudice” della leale collaborazione è la Corte Costituzionale stessa, e in ogni caso (anche qualora, cioè, non si volesse ricostruire il problema dell'«eccesso di assorbimento» in termini di leale collaborazione tra poteri) le decisioni della Consulta sono inimpugnabili, ciò che ha portato alcuni Commentatori a criticare la proposta, pure avanzata in dottrina⁷², secondo la quale il Giudice delle leggi dovrebbe pronunciarsi almeno su tutti i “vizi fondamentali” delle questioni prospettate, in quanto tale proposta lascia «insoddisfatti» perché sconta un «problema quasi insormontabile [...]: chi – se non solo la Corte la quale ha il monopolio di tale decisione – decide nei casi concreti se una questione è fondamentale o, invece, marginale?»⁷³.

E tuttavia il fatto che la decisione della Corte Costituzionale non sia impugnabile in altre sedi non significa certo che il Giudice delle leggi non sia tenuto al rispetto del principio di leale collaborazione o di altri principî dell'ordinamento (è una antica questione, destinata

⁶⁹ Sul principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti fra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, pp. 3 – 13, ora anche in www.robertobin.it, da cui citiamo, e P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 11/2011, ora in M. D'AMICO E B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 1445 ss.

⁷⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, mœurs, climat, religion, commerce, etc.* (sic) ; à quoi l'auteur a ajouté des recherches sur les lois romaines touchant les successions, sur les lois françaises et sur les lois féodales, vol. I, lib. XI, cap. VI, I ed., Genève, 1748.

⁷¹ R. BIN, *Il principio di leale collaborazione*, cit.

⁷² F. SORRENTINO, *La Corte e l'eguaglianza. La sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche tra la sent. n. 24 del 2004 e la sent. n. 262 del 2009*, in A. CELOTTO (a cura di), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, Roma, 2009, p. 82.

⁷³ A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, p. 315.

probabilmente a rimanere insoluta, quella della “custodia dei custodi”⁷⁴).

Ora, in molti casi la tecnica dell’assorbimento è senza conseguenze, o produce conseguenze lievi o comunque non drammatiche. In altri casi, tuttavia, la tecnica dell’assorbimento pone, a nostro avviso, un grave ostacolo al migliore svolgimento della funzione legislativa, posto che il Legislatore si troverà in una situazione di seria incertezza nell’elaborazione di una legge che incida sulla stessa materia relativa ad un atto che la Corte ha dichiarato incostituzionale per vizio *in procedendo* assorbendo le questioni di tipo sostanziale. E tale condizione di incertezza può comportare, in alcune ipotesi, delle *conseguenze anche gravi* al momento dell’attuazione della legge.

Un esempio recente dei “danni” provocati dalle dichiarazioni di assorbimento dei vizi sostanziali è dato dalla nota sentenza **n. 272/2012** in materia di mediazione civile⁷⁵. Già all’indomani del decreto legislativo con cui era stata introdotta nell’ordinamento la mediazione civile obbligatoria (d.lgs n. 28 del 2010⁷⁶) la dottrina aveva sollevato serie preoccupazioni riguardo alla legittimità costituzionale dell’istituto, sia per ragioni formali (eccesso di delega), sia per vizi di tipo sostanziale⁷⁷. I giuristi pratici, invece, preoccupati dal

⁷⁴ «*Pone seram, cohibe, sed quis custodiet ipsos custodes?*», si chiedeva Giovenale. «*Nempe ridiculum esset, custode indigere custodem*» gli aveva già “risposto”, molto tempo prima, Platone, asserendo che sta ai custodi non ubriacarsi, per non avere bisogno di essere custoditi. Al che si può ribattere, sempre con Giovenale (e la storia gli ha dato ampiamente ragione!), «*cauta est et ab illis incipit uxor*».

⁷⁵ Si veda in particolare, sul punto specifico, il commento di L. NANNIPIERI, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l’eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, su www.forumcostituzionale.it, 2013. Da segnalare anche il commento di G. COSMELLI, *Ancora in tema di illegittimità della mediazione civile c.d. obbligatoria: sugli effetti dei comunicati-stampa della Corte costituzionale*, su www.giurcost.org, 2013, il quale si occupa di un altro profilo interessantissimo, quello degli effetti negativi dato dai comunicati stampa anticipatori del dispositivo. Si tratta di una prassi sorta con buone intenzioni (eliminare il “chiacchiericcio preventivo”, dato dalla fuga di notizie, relativo alle decisioni considerate politicamente sensibili), che oggi, essendo divenuta probabilmente inutile allo scopo cui era preposta (persino la Corte di Cassazione, oramai, riesce a contenere la “fuga di notizie” sulle proprie decisioni!), *produce più nocimento del beneficio che vorrebbe apportare*, trovandosi il destinatario della decisione nell’imbarazzante posizione di conoscere il dispositivo della sentenza prima della pubblicazione di quest’ultima e, tuttavia, di non poterlo applicare in quanto il comunicato stampa non ha alcun valore giuridico (sul punto si veda anche A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte Costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d’incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, la quale, tuttavia, pure riconoscendo la prassi in esame come un “abuso della forma”, nega – *sub § 5* – che ad essi debba riconoscersi una «assoluta irrilevanza giuridica», dovendosi ricercare «caso per caso» il «concreto condizionamento in cui consiste tipicamente l’effetto preliminare discendente dai comunicati-stampa»). Da ultimo, la sentenza in esame è stata commentata anche da C. PASINI, *La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata*, su www.judicium.it, 2013.

⁷⁶ Art. 5: «Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto [...]. L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

⁷⁷ Cfr. ad esempio: G. SCARSELLI, *L’incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, in *Foro It.*, anno 2011, parte V, col. 54; G. SERGES, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell’Ordinanza Tar*

fatto che per la mediazione obbligatoria non era prevista la necessaria difesa tecnica, hanno investito nella creazione dei cc. dd. “organismi di mediazione”, nella convinzione che i litiganti avrebbero preferito rivolgersi a mediatori tecnicamente più qualificati⁷⁸. Altri soggetti interessati al “mestiere” di mediatore, hanno investito per frequentare l’apposito corso di formazione.

Ebbene, quando la Corte si è trovata a decidere sulla questione, ha rilevato l’illegittimità costituzionale della normativa in esame solo per l’eccesso di delega, dichiarando assorbiti tutti gli altri profili. A coloro che avevano investito negli organismi di mediazione o nei corsi di formazione per mediatore, quindi, è stata praticamente tolta la base giuridica che giustificava tali investimenti. Sennonché, qualche mese dopo, il Legislatore ha riproposto⁷⁹, sia pur con alcune modifiche rispetto al vecchio d.lgs. n. 28/2010, la mediazione civile obbligatoria. La nuova normativa si porta dietro molti dei dubbî di legittimità costituzionale di tipo sostanziale che erano già stati rilevati in riferimento alla vecchia disciplina, ed è possibile che la questione tornerà alla Corte, venendo decisa nei normali tempi che si impiega per l’esame delle questioni di legittimità costituzionale, con esiti incerti quanto al contenuto della pronuncia. Con il risultato che chi aveva investito nella mediazione avrà avuto da aspettare almeno quattro anni, dal 2010, per sapere se l’investimento fatto allora sia stato o meno un buon investimento. Un’attesa che certamente comporta danni per il privato, e che non si sarebbe prodotta se la Corte avesse da subito chiarito le questioni di tipo sostanziale.

Tornando alla sentenza n. 220/2013, un esempio di possibili “danni da eccesso di assorbimento” è dato proprio dal problema, che per questo avevamo poc’anzi ricordato, relativo alla potestà istitutiva dell’ente metropolitano, che la Corte non ha chiarito a chi spetti. Oggi il Legislatore statale ri-tenta l’istituzione delle Città Metropolitane con lo strumento della legge dello Stato (l. n. 56/2014). Se tale legge fosse impugnata, e la Corte ne dichiarasse l’illegittimità proprio perché non spetta alla legislazione statale l’istituzione delle Città Metropolitane, magari *dopo* che in alcune realtà locali essa sia già avvenuta, il nuovo sistema degli enti locali si troverebbe a dover essere *smantellato*, le Province ri-istituite, i suoi organi

Lazio, Sez. I, n. 3202 del 2011, in M. D’AMICO E B. RANDAZZO, *op. cit.*, pp. 1815 ss.; G. D’ELIA, *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria “purchessia”*, in *Federalismi.it*, n. 23/2011; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, su www.judicium.it; L. NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in www.giurcost.org, 2012.

⁷⁸ A norma dell’art. 4 comma 3 Decreto Ministeriale n. 180/2010, infatti, per essere mediatore era sufficiente «possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, essere iscritti a un ordine o collegio professionale», purché in possesso dei cc. dd. “requisiti di onorabilità” e «di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione».

⁷⁹ Legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione con modifiche del d.l. n. 69/2013, cosiddetto “decreto del fare”.

rieletti, il processo istitutivo dell'ente metropolitano dovrebbe ricominciare ancora da capo, e l'attuazione del primo comma del nuovo articolo 114 sarebbe ulteriormente rimandata. Con uno spreco di risorse e di danaro pubblico di entità appena immaginabile.

Lo stesso Giudice delle leggi, qualora tale ipotesi si realizzasse, si troverebbe in grande imbarazzo, poiché dovrebbe bilanciare, da un lato, l'interesse alla legalità costituzionale ma, dall'altro, le catastrofiche conseguenze della sua decisione sulle finanze pubbliche e l'*interesse costituzionale* all'attuazione di un sistema degli enti locali non più basato sulla vecchia ripartizione territoriale – che è stata colpita, per così dire, da una sorta di incostituzionalità sopravvenuta e che resiste ancora temporaneamente⁸⁰ – bensì sul nuovo disegno dettato dal riformato art. 114 Cost., che attribuisce agli enti locali, ivi comprese le Città Metropolitane, un ruolo fondamentale e importantissimo, in quanto essi, *assieme* allo Stato, *costituiscono* la Repubblica italiana.

Non sarebbe stato meglio se la Corte avesse chiarito da subito la questione, evitando il permanere di tale incertezza? Non è forse un dovere di leale collaborazione dell'organo preposto al mantenimento della legalità costituzionale fornire, quando se ne presenti l'occasione, tutte le indicazioni utili che rientrano nella sua competenza a chi deve esercitare la funzione legislativa, affinché quest'ultima possa essere svolta nel migliore e più efficiente dei modi, e senza pregiudizio dei diritti dei cittadini?

Sarebbe bastato che la Corte non dichiarasse assorbita la questione, per evitare il profilarsi di questa ipotesi, tanto più che, forse, questo era uno di quei rari casi nei quali *la censura sostanziale sarebbe stata logicamente anteriore rispetto a quella formale*. Dichiarando l'incostituzionalità *ex art. 77 Cost.*, infatti, la Corte dice che l'istituzione delle Città Metropolitane non può avvenire con decreto-legge. Dichiarandola, invece, *ex art. 117, quarto comma, Cost.*, la Corte avrebbe detto che l'istituzione in parola non può avvenire con la legge dello Stato, e *quindi neanche con decreto-legge*.

Certo, nella riflessione sull'«eccesso di assorbimento» non si possono non considerare tre elementi fondamentali: **il primo**, che non potendosi considerare vietato in sé l'assorbimento delle ulteriori questioni, diventa difficile stabilire quando l'assorbimento costituisca un eccesso, quale sia, cioè la linea di demarcazione tra legittimo esercizio delle proprie funzioni

⁸⁰ Già nel 2007 S. MANGIAMELI, *I processi di riforma in itinere. Considerazioni sul riflusso della riforma federale in Italia*, in O. GASPARI e A. PIRAINO (a cura di), *Il gioco della cooperazione. Autonomie e raccordi istituzionali nell'evoluzione del sistema italiano*, Roma, 2007, p. 51, scriveva che «per ciò che concerne gli enti locali, l'attuazione e la realizzazione della riforma del Titolo V resta ancora da scrivere, vivendo questi enti una condizione costituzionale di fatto non corrispondente a quella delle disposizioni della Carta costituzionale».

da parte della Corte Costituzionale e violazione del dovere di leale collaborazione⁸¹; **il secondo**, che, come già scritto sopra, è la Corte Costituzionale il giudice della leale collaborazione, *ergo* l'eventuale violazione di tale principio da parte della Consulta è destinato a rimanere senza sanzioni; **il terzo**, che essendo la Corte un organo collegiale, composto da quindici giudici, dieci dei quali scelti da Parlamento e Presidente della Repubblica, le cui decisioni non prevedono l'esternazione delle opinioni dissenzienti⁸², è inevitabile che spesso, dietro la dichiarazione di assorbimento delle ulteriori questioni, si celi l'esigenza di un compromesso, dato dal fatto che su quelle "ulteriori questioni" i giudici non hanno trovato un accordo, o la maggioranza non rispecchia il pensiero del redattore.

Qualche tempo fa Gustavo Zagrebelsky notava che, quando la Corte decide sulla legittimità costituzionale degli atti con forza di legge, «dietro il vizio formale non è difficile scorgere un vizio sostanziale che viene colpito indirettamente»⁸³, e in termini «non troppo distanti»⁸⁴, se non analoghi, si esprimeva Giuseppe Branca⁸⁵. Queste ricostruzioni, com'è stato esattamente notato, sono «fondate su un forte dato di realtà», ma tale "dato" deriva da premesse non condivisibili⁸⁶.

Fatte le dovute precisazioni, quindi, nulla toglie che sarebbe auspicabile che la Corte, innanzi a situazioni nelle quali le dichiarazioni di assorbimento delle ulteriori questioni potrebbero produrre, manifestamente, danni, anche di cospicua entità, *facesse uno sforzo* per indirizzare al meglio il legislatore, esercitando su se stessa, se così si può dire, la propria funzione di giudice della leale collaborazione. Da questo punto di vista ci pare di poter condividere la tesi avanzata in dottrina (sia pure non ricostruendo il problema in termini di leale collaborazione), secondo la quale il Giudice delle leggi dovrebbe «"autoimporsi" una coerente giurisprudenza

⁸¹ Come ha notato R. BIN, *Il principio di leale collaborazione*, cit., è lo stesso il principio di leale cooperazione che «si presta poco ad una ricostruzione dommatica. Vano sarebbe cercarne il fondamento costituzionale, perché esso affonda in strati più profondi dello stesso edificio costituzionale; vana sarebbe la ricerca di una definizione dei suoi contenuti che vada al di là di quell'obbligo di correttezza reciproca, quanto alle procedure, e al bilanciato assetto delle esigenze dei diversi soggetti istituzionali, quanto all'obiettivo».

⁸² Per una ricostruzione di questo problema, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda L. PACE, *La dissenting opinion*, in *Momenti di storia della giustizia*, cit., pp. 69 – 104.

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in AA. VV., *La delega legislativa*, cit., p. 320.

⁸⁴ L'espressione è di E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale tra vecchie questioni e nuovi profili problematici*, su www.gruppodipisa.it, 2011, p. 25 la quale per prima ha "ricollegato" le considerazioni di Zagrebelsky e del Branca, chiarendo, per altro che, nel caso di specie, la formula "vizi formali" era da intendersi come riferita «non esclusivamente ai vizi che possono derivare dalla violazione di norme sul procedimento, ma a tutti i vizi derivanti dalla violazione dei limiti posti dal delegante al delegato il passare del tempo» (p. 24).

⁸⁵ Il riferimento è al noto G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, V, pp. 28 ss., il quale notava che «se ex art. 76-77 si è dichiarata l'incostituzionalità di una legge, lo si è fatto [...] perché sotto premevano altri motivi costituzionalmente rilevanti quantunque non indicati» (pp. 28-29).

⁸⁶ E. FRONTONI, *Il decreto legislativo*, cit., p. 25 e, più approfonditamente, ID., *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012.

costituzionale in punto di assorbimento dei vizi di costituzionalità», così da individuare alcuni criteri stabili sulla base dei quali “autovincolarsi” per il futuro⁸⁷. Secondo l’A., più in particolare, la Corte dovrebbe evitare l’assorbimento almeno in presenza di tre circostanze: 1) quando «in conseguenza della modifica del *tertium comparationis* o della norma comunitaria si potrebbe ipotizzare una possibile “legittimità costituzionale sopravvenuta” della disposizione»⁸⁸; 2) quando trattasi di «questione di costituzionalità di una norma per la violazione di un parametro formale e di vari parametri sostanziali»⁸⁹; 3) quando al Giudice delle leggi viene «sottoposta la questione di costituzionalità della norma vivente»⁹⁰.

Dobbiamo ora domandarci se questo nostro *excursus* sull’«eccesso di assorbimento» abbia una qualche attinenza con la giurisprudenza dell’«almeno non». A tale quesito, la risposta dovrebbe essere, a nostra avviso, risolutamente positiva. La tecnica dell’«assorbimento», infatti, è tanto più frequente quando le censure riguardano atti con forza di legge emanati dal Governo e comporta, di fatto, il “rifiuto” della Corte di dare “consigli di buona legislazione”. Quando questo avviene in una decisione dell’«almeno non» (ed avviene quasi sempre) ciò comporta, come già accennato (*supra* § II, B, 2), che *nella stessa decisione* il Giudice delle leggi fornisce “consigli di cattiva legislazione” e *non fornisce*, pur potendo, “consigli di buona legislazione”. Una miscela che a noi pare esplosiva.

Nel voler essere prudente, nel non voler sovrapporsi alla valutazione politica del Governo e del Parlamento, la Corte Costituzionale finisce così, involontariamente e, anzi, contrariamente alle sue stesse intenzioni, per costituire un *grave ostacolo al migliore svolgimento della funzione legislativa*, comportarsi in maniera “sleale” nei confronti di altri organi e poteri dello Stato, sacrificare la legalità costituzionale sull’altare della politica, a volte provocare perfino consistenti e ingiusti danni economici a privati o alla pubblica amministrazione e, in ultima analisi, venire meno al suo ruolo di garanzia e di “chiusura” del sistema.

Visto sotto questo profilo, l’«eccesso di assorbimento» è l’*altra faccia* dell’«almeno non», di cui rappresenta, quando presente, l’apoteosi. Trattare del secondo senza menzionare il primo vorrebbe dire vedere la “medaglia” solo da un lato.

Il punto di osservazione dato dalla sentenza n. 220/2013 – senz’altro da collocarsi nel “filone” dell’«almeno non» – è quindi ottimale per un’analisi compiuta della tematica.

⁸⁷ A. BONOMI, *op. cit.*, p. 318.

⁸⁸ *Ivi*, p. 316.

⁸⁹ *Ivi*, p. 317. Nella medesima “categoria” andrebbe, peraltro, ascritto il caso, piuttosto raro ma, come abbiamo visto, non impossibile, in cui *il vizio di tipo sostanziale rivesta un carattere più generale ed inclusivo di quello formale*. In tale ipotesi, infatti, sarebbe a nostro avviso preferibile che la Corte non dichiari assorbito il vizio sostanziale o, in alternativa, che essa “ribalti” il suo normale schema decisionale, affrontando *prima* il vizio sostanziale e, al limite, dichiarando assorbito quello formale.

⁹⁰ *Ibidem*.

c) **Segue: La sent. n. 220/2013 come caso emblematico di «almeno non».** Dopo aver accennato all'oggetto della decisione ed a ciò che essa *non* ha detto, rimane, dunque, da vedere cosa essa, invece, *ha detto*⁹¹.

Del tutto condivisibile è la decisione in sé (ciò che, per altro, costituisce un primo “indizio” dell’«almeno non»: v. *supra* § II, B, 1), che dichiara l’incostituzionalità, diretta o consequenziale, di molti articoli del “mostruoso” d.l. 95/2012 per violazione dell’art. 77 Cost. Quanto alle motivazioni, va detto innanzitutto che vi sono molti passaggi rimarcabili, nei quali vengono individuati alcuni “sintomi” in qualche misura tipici della incostituzionalità del decreto-legge.

In primo luogo, la Corte – dopo aver fornito una definizione del decreto-legge⁹² – riconosce come tanto l’abolizione delle Province quanto l’istituzione delle Città Metropolitane non abbiano come finalità principale quella della revisione della spesa, la quale potrebbe porsi, al più, come *finalità eventuale*⁹³. Indice di tale circostanza sarebbe il fatto che non sono prevedibili gli effetti della riforma degli enti locali sulla spesa pubblica, neppure in via approssimativa (v. *supra* § II, B, 2, a)). Così il Giudice costituzionale, richiamando la sent. n. 22/2012 (*Cons. dir.* § 12.1), torna a ribadire, sia pur implicitamente, come la eterogeneità delle disposizioni contenute in un decreto-legge rispetto all’oggetto ed alle finalità di quest’ultimo possano essere causa di incostituzionalità. Si tratta, se vogliamo, di una precisazione rispetto alla precedente decisione, dalla quale si potrebbe desumere che perché vi sia “omogeneità di oggetto e di scopo” è necessario che la finalità del decreto sia quella *principale* di tutte le disposizioni ivi contenute, e non già solamente *secondaria* o addirittura *eventuale*.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ammette come indice della evidente carenza dei requisiti della straordinaria necessità ed urgenza il fatto che la stessa normativa preveda

⁹¹ La decisione è stata commentata, tra gli altri, da R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d’uso del decreto-legge*, su www.giurcost.org, 2013; G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Le Regioni*, 2013, e su www.giurcost.org; F. FABRIZZI, *Il problema è il metodo. Brevissime considerazioni in tema di riforma delle province (e non solo)*, in Federalismi.it; M. MASSA, *Come non si devono riformare le province*, in *Le Regioni* e su www.giurcost.org; A. SEVERINI, *La riforma delle Province, con decreto legge, “non s’ha da fare”*, su www.rivistaaiic.it, Osservatorio, 2013; A. SAITTA, *Basta legalità!*, cit. Quest’ultimo commento, tuttavia, non si occupa precipuamente del contenuto della decisione, quanto delle reazioni politiche e giornalistiche che le hanno fatto seguito.

⁹² «I decreti-legge [sono atti che] traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità», *Considerato in diritto*, 12.1.

⁹³ Il decreto-legge «entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni [...] recanti discipline mirate alla costruzione di nuove strutture istituzionali, senza peraltro che i perseguiti risparmi di spesa siano, allo stato, concretamente valutabili né quantificabili, seppur in via approssimativa» (*Cons. dir.* § 12.1).

“processi attuativi necessariamente protratti nel tempo”⁹⁴. Si era fatto, poco sopra, l’esempio delle Città Metropolitane, da istituirsi quasi due anni dopo l’entrata in vigore del decreto. La Corte Costituzionale fa un altro esempio⁹⁵, ma il concetto di fondo è il medesimo⁹⁶. Inoltre viene riconosciuta, a tal proposito, la portata vincolante del terzo comma dell’art. 15, l. n. 400/1988⁹⁷, sicché a noi pare possa ravvisarsi una tendenza del Giudice delle leggi a intendere la previsione all’interno del decreto-legge di misure di non immediata applicazione non già come un mero “sintomo”, bensì quasi come una “prova” dell’incostituzionalità, allontanandosi così dalla visione espositiva della decretazione d’urgenza come riferibile alla “necessità del provvedimento”⁹⁸ (v. *supra*, nota 59).

Il terzo passaggio “condivisibile” non riguarda specificamente il problema dei vizi del decreto-legge, ma è comunque notevole perché costituisce forse l’unico “consiglio di buona legislazione” in una decisione che, almeno nei passaggi in esame, ne è praticamente scevra (v. *supra* § II, B, 2, b)). Si tratta di un *obiter dictum* contenuto alla fine del punto 12.1 del *Considerato in diritto*, ove la Corte afferma che «la legge costituzionale [è] indispensabile [...] se si intenda sopprimere uno degli enti previsti dall’art. 114 Cost., o comunque si voglia togliere allo stesso la garanzia costituzionale». Così il Giudice delle leggi chiarisce, una volta

⁹⁴ Il decreto-legge «entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo» (*Cons. dir.* § 12.1).

⁹⁵ «Lo stesso legislatore ha implicitamente confermato la contraddizione sopra rilevata quando, con l’art. 1, comma 115, della legge n. 228 del 2012, ha sospeso per un anno – fino al 31 dicembre 2013 – l’efficacia delle norme del d.l. n. 201 del 2011, con la seguente formula: “Al fine di consentire la riforma organica della rappresentanza locale ed al fine di garantire il conseguimento dei risparmi previsti dal decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, nonché quelli derivanti dal processo di riorganizzazione dell’Amministrazione periferica dello Stato, fino al 31 dicembre 2013 è sospesa l’applicazione delle disposizioni di cui ai commi 18 e 19 dell’art. 23 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”. [...] Tale ambiguità conferma la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l’immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale» (*Cons. dir.* § 12.1).

⁹⁶ Si veda *supra* § II, B, 2, a), nonché la nota n. 4 per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹⁷ Spiega infatti la Corte che «il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere “misure di immediata applicazione” (art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 “Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri”). La norma citata, pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge». Con tale affermazione, per altro, il Giudice costituzionale sembra assumere una posizione più netta rispetto a quella già che aveva caratterizzato una più risalente giurisprudenza, con la quale si era ritenuto che quello della omogeneità non fosse un «requisito costituzionalmente imposto (seppur opportunamente previsto dal comma 3 dell’art. 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400)» (sent. n. 196/2004, *Cons. dir.* § 18). Sul punto si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, N. MALO, *op. cit.*, pp. 709 s.

⁹⁸ Si noti, a tal proposito, come la Corte, in un passaggio della decisione in esame (12.1 *Cons. dir.*) scriva di «urgenza del provvedere», mentre nel *Cons. dir.* § 3.3 della sent. n. 22/2012 si usa addirittura l’espressione «necessità del provvedere» (v. *supra* § II, B, 1), terminologia che richiama senz’altro la distinzione espositiva tra “necessità del provvedere” e “necessità del provvedimento”.

per tutte, che non è possibile disporre la soppressione delle Province *non solo* con decreto-legge, ma neppure con legge ordinaria.

Ora, tutti questi bei passaggi sono, sì, in qualche misura condivisibili, ma non costituiscono la motivazione principale della dichiarazione d'incostituzionalità, bensì ne sono un “condimento” ad “ulteriore dimostrazione”.

La motivazione principale, invece, muove da un presupposto in parte nuovo, quello della “natura” della materia oggetto di decretazione d'urgenza, tanto che parte della dottrina (v. *supra*, nota 91) ha salutato la decisione in esame come una “svolta” (secondo indizio dell'«almeno non»).

Nell'esame della questione relativa all'art. 18 (trattata congiuntamente a quella relativa all'art. 17), la Consulta esordisce (considerato in diritto, 12.1) richiamando l'art. 117, secondo comma, lettera p), Cost. che, come abbiamo già ricordato, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la disciplina della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (v. *supra* § II, B, 2, b)). «Legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali sono», scrive la Corte, «le componenti essenziali dell'intelaiatura dell'ordinamento degli enti locali», e «per loro natura [devono essere] disciplinate da leggi destinate a durare nel tempo e rispondenti ad esigenze sociali ed istituzionali di lungo periodo, secondo le linee di svolgimento dei principi costituzionali nel processo attuativo delineato dal legislatore statale ed integrato da quelli regionali». Da tale premessa, la Consulta trae agevolmente la conseguenza che «è appena il caso di rilevare che si tratta di norme ordinamentali, che non possono essere interamente condizionate dalla contingenza, sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dal secondo e terzo comma dell'art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari e improcrastinabili dall'insorgere di “casi straordinari di necessità e d'urgenza”».

I passi riportati nei precedenti due capoversi costituirebbero affermazioni di una certa importanza. In essi, infatti, la Corte arriva a dire: 1) che ci sono materie che “*per loro natura*” sono incompatibili con la decretazione d'urgenza perché rispondenti ad “esigenze di lungo periodo” e, per ciò, “non possono essere condizionate interamente dalla contingenza”; 2) che i limiti di contenuto del decreto-legge possono derivare anche dalla “*ristrettezza*” del dibattito parlamentare previsto per quest'ultimo tipo di atto. Se ci limitassimo a leggere queste due affermazioni, potremmo quasi essere autorizzati a pensare che la Corte abbia voluto, in qualche misura, “tipizzare” in maniera restrittiva il contenuto del decreto-legge, riconoscendo che solo alla legge spetterebbe la disciplina di materie per le quali il dibattito parlamentare

“lungo” è indefettibile per la “natura” stessa della materia, non avendo alcuna importanza, sotto questo profilo, il fatto che i due atti abbiano la stessa “forza”.

L’uso del condizionale, tuttavia, è d’obbligo, perché subito dopo queste due (condivisibili) dichiarazioni di principio, la Corte, con una di quelle che chiamiamo “clausole di prudenza”, smentisce se stessa (ed ecco il “terzo indizio” dell’«almeno non»). Essa afferma, infatti, che «ben potrebbe essere adottata la decretazione di urgenza per incidere su *singole funzioni* degli enti locali, su *singoli aspetti* della legislazione elettorale o su *specifici profili* della struttura e composizione degli organi di governo secondo valutazioni di opportunità politica del Governo sottoposte al vaglio successivo del Parlamento», essendo vietato l’uso del decreto-legge solo per «la trasformazione [...] dell’*intera disciplina*»⁹⁹.

Qui la contraddizione è, a nostro avviso, palese: se da un lato si dice che le funzioni degli enti locali, la legislazione elettorale e la composizione degli organi di governo rientrano a pieno titolo tra le materie che «per loro natura» sono incompatibili con la decretazione d’urgenza, dall’altro si afferma che però, se trattasi di “singoli aspetti” di ciascuna di quelle materie, la decretazione d’urgenza potrebbe (anzi, «ben» potrebbe) essere utilizzata, essendo vietata solo la riforma della «intera» disciplina. Ragionando a partire da questa seconda affermazione, si dovrebbe dedurre che è la *percentuale di incisione sulla materia* ciò che determina la legittimità costituzionale di un decreto-legge: se s’interviene solo per modificare alcuni aspetti della disciplina previgente (ciò che, in ipotesi, potrebbe determinare anche la modifica sino al 99,9% di quest’ultima), allora spetta al Governo stabilire se sussistano i requisiti di straordinaria necessità e urgenza, e la Corte nulla può, anche se la materia è per “sua natura” insuscettibile di essere interamente condizionata dalla contingenza; se, invece, l’intervento è sul 100% della disciplina (la Corte parla, testualmente, di «intera disciplina», e l’intero di un’unità è 1/1, cioè il 100%), allora, quando la materia è per sua natura rispondente ad esigenze di lungo periodo, la Corte ne deve dichiarare l’incostituzionalità.

Ora, delle due l’una: o le materie “funzioni enti locali”, “legislazione elettorale” e “composizione degli organi di governo” sono, per loro natura, incompatibili con la decretazione d’urgenza, perché rispondono ad esigenze di lungo periodo, e allora non dovrebbe avere alcuna importanza il *quantum* dell’intervento paralegislativo¹⁰⁰ d’urgenza, essendo esso sempre giuridicamente inopportuno; oppure non lo sono, e allora non si capisce, a maggior ragione, cosa importi se si modifica l’1% o il 100% della disciplina, essendo

⁹⁹ Corsivi nostri.

¹⁰⁰ Va precisato che usiamo la parola “paralegislativo” per definire gli atti con forza di legge del Governo, da non confondere, invece, con il termine “pseudolegislativo” con il quale si identificano, talvolta, gli interventi di tipo “manipolativo” o “creativo” della Corte Costituzionale.

sempre rimessa al Governo la rilevazione della sussistenza dei presupposti (salvo, s'intende, i casi di "evidente" carenza).

In ogni caso, dire che vi sono materie che "per loro natura" non si prestano alla decretazione d'urgenza, ovvero dire che il decreto-legge non può avverare riforme complessive della disciplina, sono due affermazioni che, autonomamente, possono essere condivisibili ma, se condizionate l'una dall'altra, risultano contraddittorie.

L'unico modo di leggere in una maniera "coerente" il "messaggio" della Corte, allora, è quello di riformularlo in termini di «almeno non»: «posto che vi sono materie che per loro natura sono insuscettibili di decretazione d'urgenza, se proprio vuoi adottare decreti-legge in una di tali materie, fai pure, ma "almeno non" incidendo sull'intera materia».

Ritroviamo, infine, i "consigli di mala legislazione". La Corte, infatti, non si limita a dire che anche materie che per loro natura non si presterebbero ad interventi in via di straordinaria necessità e urgenza possono, entro certi limiti, essere oggetto di decretazione d'urgenza ma, facendo un esempio pratico, suggerisce, come abbiamo visto, che «ben potrebbe essere adottata la decretazione di urgenza per incidere su singole funzioni degli enti locali, su singoli aspetti della legislazione elettorale o su specifici profili della struttura e composizione degli organi di governo, secondo valutazioni di opportunità politica del Governo».

Consigli di mala legislazione, eccesso di assorbimento, clausola di prudenza basata non già, come altre volte, sul concetto di "evidenza" bensì sulla dicotomia "singoli aspetti"-«intera disciplina», fanno della sent. n. 220/2013 una sentenza davvero esemplare del metodo dell'«almeno non».

In effetti questo "filone" giurisprudenziale, iniziato nel 2007, sembra avere acquisito un'importanza sempre maggiore, diventando l'«almeno non» uno degli strumenti argomentativi prediletti dalla Corte, poiché le offre la possibilità di decidere in maniera "giusta" relativamente al caso concreto, ma senza "legarsi le mani" per il futuro e, dunque, senza apparire prevaricatrice delle determinazioni politiche del Governo e del Parlamento (sul punto v. anche *infra* § III, B, b)). Apparentemente potrebbe sembrare un compromesso ragionevole, il modo ideale con cui conciliare le esigenze della politica con quelle della legalità costituzionale.

Noi riteniamo, invece, che si tratti di uno strumento pericolosissimo, che a lungo andare, come cercheremo di dimostrare nelle pagine che seguono, potrebbe consentire all'(ab)uso sconsiderato della decretazione d'urgenza di produrre «effetti devastanti»¹⁰¹ sull'ordinamento

¹⁰¹ L'espressione è un richiamo a Paladin, che denunciava il possibile «effetto devastante» dell'abuso del decreto-legge (v. *infra*, nota 157).

costituzionale.

Dopo aver analizzato, sia pur brevemente, la giurisprudenza dell'«almeno non», dalla “nascita” sino alla “punta dell’iceberg”, costituita dalla sent. n. 220/2013, è giunto il momento, dunque, di interrogarci più a fondo su quali siano i reali effetti pratici di questo tipo di decisioni, e su come la Corte possa uscire dal “guado” in cui si è ormai impantanata.

III. Per una definizione di “decisione rinnegante”

A. Il diritto rinnegante

Come chiariremo meglio tra poco, noi riteniamo che la tipologia di decisioni in esame sia ascrivibile alla categoria delle “decisioni rinneganti”.

Il termine “rinnegante”, in ambito giuridico, ha avuto un utilizzo limitato ma carico di significato.

“*Rinnegare*” o “*rinegare*” (ormai raro) è un composto del suffisso “ri-” e del verbo “negare”. In particolare il suffisso “ri-”, come il “re-” latino, esprime un ripetizione, una riaffermazione, del verbo cui è riferito. “Rinnegare” significa dunque, genericamente, negare due volte. Ma la “negazione di una negazione” è una non-negazione. Il suffisso “ri-”, quindi, riferito a “negare”, esprime piuttosto il «ritorno ad una fase anteriore, con un valore di opposizione»¹⁰², al pari, ad esempio di “riacquistare” (acquistare ciò che si era già acquistato in passato, e che poi si era perduto). “Rinnegare”, insomma, significa negare un’affermazione precedentemente fatta: sia di tipo negativo (rinnegazione propria, o in senso stretto), ad es. “non si può vendere droga. Nego che non si possa vendere droga”; sia di tipo positivo (rinnegazione impropria, o in senso ampio), ad es. “credo in Dio. Rinnego Dio”.

Il contrario di “rinnegare” può essere, a seconda della prospettiva adita, “riaffermare”, cioè ribadire (anziché negare) la prima affermazione – ad es. “non si può vendere droga. Chi vende droga compie un’azione illegale” –, oppure, semplicemente, “affermare”, vale a dire non smentire la prima affermazione (che può anche consistere in un “negare”) – ad es. “non si può vendere droga”.

Un diritto “rinnegante” (o “rinegante”), dunque, è un diritto che smentisce sé stesso, che “afferma” qualcosa, per poi negarla. Se con “diritto”, poi, intendiamo non già il singolo diritto soggettivo, ma l’ordinamento giuridico nel suo complesso (il c.d. “diritto oggettivo”), cioè

¹⁰² Lo Zingarelli, Zanichelli, 2001, voce “ri-”, p. 1510.

l'insieme di regole predeterminate su cui si fonda la convivenza sociale, l'accostamento del termine "rinneante" sta a significare la negazione del diritto stesso, o meglio la negazione dell'esistenza di regole predeterminate, poiché nel "diritto rinneante" *tutto è rimesso all'arbitrio dell'autorità*, quindi all'opportunità riscontrata nel singolo caso di applicare una certa regola o di non applicarla, ovvero di applicarne un'altra ad essa perfettamente antagonista.

a) La "effettività rinneante". La "negazione" del diritto può avvenire con riferimento a diversi momenti. Il diritto può rinnegarsi, ad esempio, con riferimento al momento della *effettività*. Si è parlato, in questo senso, di "effettività rinneante"¹⁰³, con precipuo riferimento al diritto penitenziario (ma l'espressione può essere utilizzata in qualunque ambito), per descrivere lo scostamento tra il diritto affermato in sede normativa e la sua effettività, data da una «illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme»¹⁰⁴. Le regole sancite a livello normativo vengono così "rinneate", e al loro posto si insidia l'*arbitrio* di chi quelle regole avrebbe dovuto eseguirle (ad es. l'amministrazione penitenziaria, nel caso del diritto penitenziario). Il contrario di "diritto rinneante" dovrebbe essere, dunque, "diritto riaffermante", o "riaffermativo", poiché si tratterebbe di *riaffermare* il momento normativo sul piano dell'effettività.

b) Segue: La "normativa rinneante". Ma il "rinneamento" (o la "rinneazione") può avvenire anche in un momento, per così dire, precedente a quello della effettività, e manifestarsi già sul piano normativo. In questo senso Italo Mereu ha usato, per primo, la locuzione "normativa rinneante"¹⁰⁵, sintagma con il quale s'intende «quel metodo mediante

¹⁰³ La locuzione è stata "coniata" da F. BRICOLA, *Introduzione* a F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, poi ripresa da altri autori quali, ad es. M. PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario. *La tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in appendice all'edizione italiana di G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978 – il quale, in realtà, parla di «efficacia rinneante», ma con esplicito riferimento al Bricola – e M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, Utet, Torino, 2007, vol. I, pp. 331-337, nonché ID., *L'effettività «rinneante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6/2000, 4127 ss.

¹⁰⁴ F. BRICOLA, *Introduzione*, cit., p. 1227.

¹⁰⁵ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, I ed., Milano, 1979, poi ripresa dallo stesso Autore nella seconda edizione dello stesso lavoro (1988, cit.), nonché in altri saggi successivi (ad es., ID. *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Roma, 1982) ed in alcuni articoli pubblicati, con lo pseudonimo MERIT, su quotidiani d'informazione (ad es. *Una breccia fa controriforma*, in *Il Sole-24-Ore*, 27 ottobre 1990, e *Un colpo da Restaurazione*, in *Il Sole-24-Ore*, 6 giugno 1992), ora pubblicati (il primo col titolo *I principi non si addicono al cocktail*) in ID., *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, a cura di R. BOGGIANI, Pordenone, 1994, pp. 164 ss. Anche A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 20, usa l'espressione «normativa

il quale il legislatore pone nello stesso contesto normativo (o in testi diversi) due principi fra loro opposti e contrastanti, lasciando a chi detiene il potere la possibilità di valersi dell'uno e dell'altro»¹⁰⁶. Si tratta di una tecnica di redazione normativa tipica dei regimi nei quali il potere vuole avere le “mani libere”, poter decidere caso per caso, essere *legibus solutus* solo formalmente (quindi non esserlo): «così un principio viene ammesso e negato allo stesso tempo; dal campo dei valori siamo trascinati nella fanghiglia delle opportunità; ed è la casistica; sono i distinguo; “le regole e le eccezioni alle regole”; cioè tutto è ridotto al volere condizionante ed assoluto, e agli “umori” di chi detiene il potere»¹⁰⁷.

Tale tecnica era già ampiamente utilizzata nel medioevo e nell'età moderna, specialmente in materia di normativa criminale. Bonifacio VIII, nel suo *Sesto*, ad esempio, scriveva «*nullum delictum sine culpa nisi subsit causa*». Così, come spiega il Mereu, «con la prima proposizione si enuncia il principio per cui nessuno può essere punito se non per un delitto colpevolmente commesso [...]; ma con quel “*nisi*” che separa il primo enunciato dal secondo si afferma il contrario; anche chi non è responsabile, per qualunque ragione [...] può essere chiamato a rispondere»¹⁰⁸. Altro esempio tipico di quel periodo riguarda la tortura giudiziaria, che in molte legislazioni si affermava poter essere erogata solo se in presenza di gravi indizi di colpevolezza dati da prove idonee. Regole apparentemente, per così dire, “garantiste”, sennonché poi erano gli stessi inquirenti ad apprezzare l'idoneità delle prove e la gravità degli indizi¹⁰⁹.

Ritroviamo la “normativa rinnegante” nello Statuto albertino, dove si affermava, ad esempio, che «*la stampa sarà libera ma soggetta a leggi repressive*» (art. 28): «nella prima parte si enuncia il principio di libertà per la stampa [...]; con quel *ma* avversativo si sanziona il principio opposto»¹¹⁰.

Il fulcro della tecnica normativa rinnegante sta, quindi, nelle locuzioni o nei sintagmi avversativi – *nisi* (se non), *ma*, *salvo che*, *etc.* – con i quali apparentemente si sancisce una mera eccezione alla regola, ma che in realtà rinnegano la regola stessa, che viene interamente

rinnegante», con un significato che a noi pare analogo a quello datale da Mereu. Il concetto mereuiano di “normativa rinnegante” viene poi ripreso in M. PIFFERI, *Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, 2010, pp. 41 ss., nonché, ampiamente, in alcuni nostri lavori (che ci sia consentito richiamare), quali GIU. SERGES, *La tortura giudiziaria*, cit., pp. 275 ss., e ID., *Garantismo e Inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna*, scritto in collaborazione con P. ALVAZZI DEL FRATE, in M. CAVINA (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna, 2012, pp. 26 ss., entrambi ora su Dirittopenitenziarioecostituzione.it.

¹⁰⁶ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza* (II ed.), cit., p. 5.

¹⁰⁷ Ivi, p. 21.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Sul punto si veda, ampiamente, il nostro *La tortura giudiziaria*, cit.

¹¹⁰ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza* (II ed.), cit., p. 21.

“inghiottita” dall’eccezione. Di fatto, insomma, non si hanno più una regola generale ed una speciale, bensì *due regole generali* alternative e *perfettamente* antagoniste, delle quali una è, per così dire, “*mascherata*” da *norma speciale*.

Come contrario di “normativa rinnegante”, dunque, possiamo usare l’espressione “normativa affermante”, o “affermativa”, indicandosi con tale formula una regola che viene “affermata” e mai smentita.

c) Segue: “Normativa” ed “effettività” nella decretazione d’urgenza (a mo’ d’interludio). Fatte le dovute premesse, non può sfuggire come anche l’art. 77, commi primo e secondo, sia stato redatto con una tecnica che si avvicina molto a quella propria della normativa rinnegante: «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria», laddove quel “senza” assume incontestabilmente il significato di “salvo”, “eccetto che (su)”. E anche il secondo comma può essere pacificamente riformulato in questi termini: «Il Governo non può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge *salvo* in casi straordinari di necessità e d’urgenza».

Dobbiamo quindi porci la questione se l’art. 77 Cost. sia o no un caso di normativa rinnegante. Se così fosse, dovremmo ammettere che la Costituzione abbia voluto lasciare al Governo la facoltà di emanare atti con forza di legge in modo del tutto arbitrario, vale a dire, nello specifico del decreto-legge, senza alcuna limitazione quanto ai presupposti per l’esercizio del potere di decretazione d’urgenza.

Per quanto riguarda il primo comma – quindi il decreto delegato – al quesito si può rispondere agevolmente in maniera negativa. La normativa rinnegante sussiste solo quando il “controllato” e il “controllore” coincidono, cioè quando l’organo a cui è rivolta la regola è lo stesso che verifica la sussistenza dei presupposti per l’eccezione. Nella decretazione delegata, invece, le due posizioni non coincidono: da un lato c’è il *Governo* che *non* può emanare decreti con forza di legge, mentre dall’altro c’è il *Parlamento* che può eccezionalmente autorizzarlo, imponendogli il rispetto di principi e criteri direttivi, tempo limitato ed oggetti definiti (art. 76) sul cui rispetto vigila (o dovrebbe vigilare), poi, la *Corte Costituzionale* (art. 134, I comma).

Per quanto riguarda il decreto-legge, invece, la questione è un po’ più complessa, poiché il Governo non è soggetto ad alcuna autorizzazione preventiva: è egli stesso che accerta la sussistenza dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza e, contestualmente, emana l’atto. L’unica “autorizzazione”, se si può così chiamare, da

parte del Parlamento è solo successiva (legge di conversione, art. 77, III comma) e, in ogni caso, non è strutturalmente idonea a garantire un puntuale controllo di legittimità (v. *infra* § III, B, b)), che la Costituzione assegna alla Corte Costituzionale. Ma se si ammette che l'art. 77 sia una forma di normativa rinnegante, allora dovrà ammettersi pure che il solo vincolo al cui rispetto il Governo è tenuto sia di tipo squisitamente formale, vale a dire quello di “dichiarare” l'avvenuto accertamento con esito positivo della straordinaria necessità ed urgenza. E, se tale dichiarazione è presente, la Corte nulla può.

Il Giudice delle leggi, come abbiamo visto (*supra* § II, A, 1), ha seguito questa strada fino agli anni '80. Ma l'interpretazione “rinnegante” della Costituzione è inaccettabile in un sistema democratico. La normativa rinnegante, infatti «riflette esattamente lo stato del diritto»¹¹¹, ed è espressione di tutto ciò *contro* cui la Costituzione stessa è nata, cioè uno Stato autoritario, non pluralistico e illiberale¹¹².

In altri termini, l'interpretazione dell'art. 77, secondo comma, come normativa rinnegante ammette la presenza di una regola tipica e caratterizzante dei regimi autoritari, poiché consente un uso arbitrario – quindi, di fatto, *legibus solutus* – del potere, in un testo ispirato, invece, al costituzionalismo democratico, cioè alla pratica dei limiti del potere e al contestuale riconoscimento del «diritto di avere diritti»¹¹³, ovverosia del diritto dell'individuo a vedersi non solo riconosciuti ma anche garantiti i suoi diritti di libertà in quanto cittadino e in quanto essere umano.

L'unica interpretazione possibile, allora, dell'art. 77, secondo comma, è quella per la quale il Governo sia vincolato non solo a “dichiarare” la straordinaria necessità ed urgenza, bensì pure a prestare attenzione a che essa sussista veramente. E, per evitare la coincidenza tra “controllato” e “controllore”, si dovrà ammettere che quest'ultimo ruolo non sia ricoperto dall'esecutivo stesso, ma da un organo diverso e *sufficientemente indipendente*. È la Costituzione stessa ad indicarlo, all'art. 134, comma 1: «La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale [...] degli atti aventi forza di legge», quale il decreto-legge è.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Come ha sintetizzato in maniera efficace E. MARZO, *Le voci del padrone. Saggio di liberalismo applicato alla servitù dei media*, Bari, 2006, p. 128, «la “normativa rinnegante” può ben simboleggiare tutta l'involuzione di quel tipo d'interpretazione che rovescia il liberalismo nel suo contrario. Il regno del “ma” [...] segna il trionfo dell'ossimoro. All'affermazione di bei principi di libertà si aggiunge un “ma”, che nella pratica limita fino al capovolgimento radicale quei medesimi principi, rendendoli una caricatura o un drammatico sberleffo. Il potere pubblico predica virtù ma bada soltanto al consolidamento di se stesso. Il “ma” mina la certezza del diritto e regala al potere una discrezionalità amplissima»

¹¹³ L'espressione è chiaramente ripresa da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

Con la giurisprudenza dell'«adesso basta», la Corte, finalmente, ricolloca l'art. 77 in una dimensione normativa *affermante*, in linea con i principî democratici sottesi alla Costituzione. E tuttavia, risolta la questione al momento normativo, resta da vedere se ad essa faccia seguito una *effettività riaffermativa*, ovvero rinnegante.

La risposta a tale questione l'abbiamo già data in apertura di questo lavoro (v. *supra*, II, A, 2): l'effettività del decreto-legge è rinnegante. Il destinatario del precetto, vale a dire il Governo, cerca sempre, per utilizzare le nostre stesse parole, nuovi pertugî attraverso i quali poter “scappare dal recinto”, sia per il mezzo di *escamotages* truffaldini e “operazioni di *maquillage*” esperiti soprattutto in sede di conversione, sia, più semplicemente, non curandosi dei limiti che gli sono imposti e sperando di “farla franca”.

B. La “giurisprudenza rinnegante”

Oltre a quello normativo e a quello della effettività, vi è un terzo momento in cui il rinnegamento del diritto può manifestarsi, vale a dire quello dell'applicazione delle regole, intesa come controllo giurisdizionale sull'effettività.

Di solito la “rinnegazione” dell'effettività è accompagnata da un altrettanto rinnegante controllo giurisprudenziale: così, per ritornare all'esempio del diritto penitenziario, l'amministrazione penitenziaria non rispetta o interpreta la legge in maniera tale da riconoscersi un potere arbitrario, ma ciò è consentito anche da una giurisprudenza che risulta inadeguata nella tutela dei diritti del singolo. Lo stesso può dirsi relativamente alla giurisprudenza costituzionale sulla decretazione di urgenza, quando ritiene non sanzionabili alcuni atteggiamenti abusivi dell'esecutivo: forme particolari di reiterazione, forme particolari di disomogeneità, *etc.* (v. *supra* § II, B, 1 *et nota* 37).

Quest'atteggiamento, tuttavia, rientra ancora nel concetto di *effettività* poiché il momento in cui si colloca il “rinnegamento” del diritto si individua in relazione al soggetto cui spetta il riconosciuto potere arbitrario. Il che significa, per altro, che “normativa rinnegante” ed “effettività rinnegante” sono concettualmente alternativi: o c'è l'una, o c'è l'altra, posto che, sul piano logico, l'effettività rinnegante presuppone una normativa affermativa, e viceversa.

Ora, la giurisprudenza che non sanziona l'effettività rinnegante si limita a ribadire quest'ultima (trattasi, se vogliamo, di una “riaffermazione” del “rinnegamento”) e, per ciò, si colloca al suo interno, ma non riconosce (se non di riflesso) una *propria* arbitrarietà, un'arbitrarietà, cioè, che promana e si esaurisce in capo all'autorità giurisdizionale. Solo in quest'ultima caso si potrà parlare di “giurisprudenza rinnegante”, o di “applicazione

rinnegante”, che si esprime per il mezzo di “decisioni rinneganti”.

a) Le “decisioni rinneganti”. Come abbiamo accennato (v. *supra* § III, A), riteniamo che le decisioni dell’«almeno non» rientrino nella categoria che abbiamo denominato delle «decisioni rinneganti» (il cui contrario è decisione “affermente” o “affermativa”, v. *infra*, nota 129). Con tale locuzione intendiamo – parafrasando la definizione mereuiana di “normativa rinnegante” (v. *supra* § III, A, b)) – quelle decisioni giurisprudenziali nelle quali *l’autorità giurisdizionale pone nello stesso contesto due principî fra loro opposti e contrastanti, lasciando a sé stessa la possibilità di valersi dell’uno e dell’altro*.

Visto sotto questo profilo, «almeno non» è uno di quei sintagmi avversativi tipici della tecnica redazionale del diritto rinnegante, e potrebbe essere sostituita da un’altra locuzione avversativa (ad es. «il Governo può emanare decreti legge in carenza dei requisiti della straordinaria necessità ed urgenza, *salvo/ma non/eccetto che* quando tale carenza è evidente»). Si dirà che, tuttavia, ciò non basterebbe a collocare le decisioni in questione in un’ottica rinnegante, poiché si ha rinnegamento del diritto solo quando l’eccezione “copre” interamente la regola generale, mentre nel caso della giurisprudenza sui decreti-legge la Corte Costituzionale si limiterebbe a riconoscere un ampio arbitrio al Governo e al Parlamento per quanto riguarda le “violazioni minori” (v. *supra* § II, A, 3) – ciò che rientra senz’altro all’interno della “effettività rinnegante” – relegando a sé stessa un potere di intervento sì, limitato alle “violazioni maggiori” (ovverosia i casi “evidenti”, “intollerabili”, *etc.*), ma comunque sussistente e non arbitrario. In realtà tale obiezione sarebbe agevolmente superabile, poiché non terrebbe conto di un elemento dirimente: concetti quali l’«evidenza» o l’«intollerabilità» sono tanto elastici quanto fluidi, ed il loro contenuto variabile è, nel caso, del tutto rimesso alla *valutazione arbitraria* della Corte, non ostante gli sforzi della dottrina di individuare – anche a partire dagli indici che lo stesso Giudice costituzionale fornisce, talvolta (e non senza incoerenze), negli *obiter dicta* – dei criteri certi¹¹⁴.

Prendiamo il caso delle due sentenze che abbiamo poc’anzi esaminato.

La conseguenza logica del ragionamento sotteso alla sent. n. 22/2012 porta, com’è stato notato, ad un risultato contraddittorio. Posto, infatti, che secondo la Corte gli “oggetti” «possono riguardare materie diverse purché accomunate da uno scopo unitario», quindi da una unica “finalità”, deve ravvisarsi tuttavia come «anche lo scopo del provvedere, in quanto condizionato, a sua volta, dalla complessità e varietà delle situazioni che si intendono

¹¹⁴ Sul punto si vedano le lucide ricostruzioni di A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., pp. 18 ss., e G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., pp. 341 ss.

fronteggiare può risultare assai articolato e, dunque, di difficile perimetrazione. Nozioni, quelle di “oggetto” e “finalità”, dotate di un forte tasso di elasticità destinato a riflettersi sulla stessa concezione di “eterogeneità”, con il rischio che, assunte tali nozioni nella loro massima estensione, si svuotino conseguentemente ogni possibile controllo sull’eccentricità dell’emendamento ovvero, all’opposto, il potere di emendamento ne esca fin troppo azzoppato consentendo così la prospettazione di questioni di costituzionalità con eccessiva frequenza»¹¹⁵. Il “limite” del controllo sarebbe dato dalla “evidente eterogeneità” ovverosia, per usare la già richiamata terminologia dell’ord. n. 34/2013 (v. *supra* § II, B, 1), dallo “scostamento intollerabile” dal dettato costituzionale. Ma chi decide quando la carenza d’omogeneità (o dei requisiti della “straordinaria necessità ed urgenza”, nel caso della sent. n. 171/2007) è “evidente”? Chi decide quando lo scostamento è “intollerabile”? La risposta è una ed incontrovertibile: la Corte Costituzionale.

Quanto alla sent. n. 220/2013, il limite dato dall’«intera materia» sembrerebbe essere, apparentemente, meno flessibile, ma non è così. Ritenere, infatti, che la Corte si metta a verificare l’esatta percentuale di incisività del decreto-legge sulla materia sarebbe, con tutta evidenza, semplicemente inverosimile. In realtà *il termine “intera” assume significati variabili*. Nella sentenza di cui si tratta, ad esempio, il Giudice delle leggi ha riscontrato l’«interesse» sulla presunzione che una «riforma organica», quale era indubbiamente quella degli enti locali presentata dal d.l. n. 95/2012, incida necessariamente sulla “intera materia”. Ma tale presunzione è inesatta: in primo luogo perché il concetto stesso di “materia” è molto labile, e può avere una portata più ampia o più ristretta a seconda del caso e delle valutazioni dell’interprete¹¹⁶; in secondo luogo perché è comunque possibile fare delle “riforme organiche” che non intacchino un nucleo duro di disposizioni preesistenti (così come è possibile, viceversa, “incidere”, di riflesso, sulla “intera materia” con modifiche minime alla disciplina vigente). In realtà, nel significato dato dal Giudice delle leggi alla locuzione, il limite dell’«intera materia» significa semplicemente “non troppo”, “senza esagerare”. E chi decide cosa è “troppo”, o quando si “esagera”? Sempre la Corte.

Interludio: la sent. n. 1/2013 quale esempio di “decisione rinnegante”. Questa tecnica redazionale “rinnegante” delle sentenze non riguarda solo la giurisprudenza dell’«almeno non» in materia di decretazione d’urgenza, e non solo le decisioni assunte in sede di scrutini di legittimità costituzionale. Prendiamo, ad esempio, la discussa sent.

¹¹⁵ G. SERGES, *La “tipizzazione”*, cit., p. 2497.

¹¹⁶ Sul punto si veda anche *infra* § IV, B.

n. 1/2013¹¹⁷. La Corte afferma che le intercettazioni del Presidente della Repubblica devono essere immediatamente distrutte, senza contraddittorio tra le parti, quand'anche queste siano state acquisite legittimamente, com'è il caso, per stessa ammissione della Corte¹¹⁸, delle intercettazioni indirette casuali. Per giungere a tale conclusione il Giudice delle leggi, dopo aver proposto una ricostruzione complessiva della posizione costituzionale del Presidente della Repubblica, usa tre argomenti consequenziali: **1)**

¹¹⁷ Vista anche la rilevanza politica del conflitto da cui è scaturita la decisione, è normale che in molti si siano interessati alla vicenda e che la dottrina si sia divisa. Peraltro sarebbe difficile rilevare una distinzione netta tra le posizioni a favore e quelle contro la sentenza di cui si tratta, perché molte sono le sfumature di pensiero manifestatesi. Senza pretesa di completezza, possiamo dunque individuare come **favorevoli o tendenzialmente favorevoli** alla sent. n. 1/2013: M. AINIS, *La sentenza è un lascito al Presidente che verrà*, su *Il Corriere della Sera*, 16 gennaio 2013, p. 1; S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013. Il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 gennaio 2013; F. CLEMENTI, *Priorità a Costituzione ed equilibrio dei poteri*, su *Il Sole 24 Ore*, 16 gennaio 2013, p. 9; U. DE SIERVO, *Quei paletti fissati dalla sentenza*, su *La Stampa*, 16 gennaio 2013, p. 1; ID., *Una buona sentenza a tutela delle libertà del Presidente della Repubblica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pp. 64 ss.; T. F. GIUPPONI, *L'inviolabilità del Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1357 ss.; M. C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 115 ss.; M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, nonché in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pp. 513 ss.; R. ORLANDI, *L'inviolabilità del Presidente della Repubblica e la Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.* 2013, 1347 ss. Sono, invece, **critici o tendenzialmente critici**: A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 1, nonché in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pp. 71 ss.; L. CARLASSARE, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, su *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 59 ss.; ID., *Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano*, su *Il Manifesto*, 17 gennaio 2013; D. CODUTI, *La sentenza n. 1 del 2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo dei rapporti tra politica e magistratura. Una decisione forse inevitabile ma non priva di ombre*, in *Rivista telematica Amministrazione In Cammino*, 2013; F. CORDERO, *Morbo italico*, Roma, 2013, pp. 168–193 e 241–269; P. COSTANZO, *Postilla*, in *Rass. parl.*, 2013, pp. 243 ss., nonché in giurcost.org; A. D'ANDREA, *attività informale e iper-riservatezza del Presidente della Repubblica. Il via libera della Corte con qualche slancio di troppo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 77 ss.; M. DEGANELLO, *Presidenza della Repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese. Una decisione non sufficientemente meditata della Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013; V. P. FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni casuali del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2013, pp. 1286 ss.; M. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla sent. n. 1 del 2013, con cui la Corte Costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo*, su *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 50 ss.; F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 1279 ss.; ID., *Una rassegna di dottrina sulla sentenza n. 1 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pp. 3933 ss.; M. OLIVETTI, *Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)*, su *Avvenire*, 17 gennaio 2013, p. 2; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, 2013, nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1268 ss.; ID., *Perché ho difeso la Procura di Palermo*, su *l'Unità*, 21 gennaio 2013, p. 16; A. RACCA, *Il Presidente "vince" ma la Corte "non convince"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, n. 10, pp. 2001 ss.; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pp. 54 ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013.

¹¹⁸ Punto 14 *Cons. dir.*, ove la Corte afferma che la distinzione tra intercettazioni dirette, indirette e casuali «potrebbe assumere rilevanza per valutare la responsabilità di chi dispone le intercettazioni, giacché diversa è la posizione di chi deliberatamente interferisce in modo illegittimo nella sfera di riservatezza di un organo costituzionale e di chi si trovi occasionalmente di fronte ad una conversazione captata nel corso di una attività di controllo legittimamente mirata verso un altro soggetto».

l'irrilevanza, relativamente alla riservatezza delle comunicazioni presidenziali, della «distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali» e l'indistinguibilità di fatto delle conversazioni “formali” da quelle “informali”¹¹⁹; **2)** il superamento dell'interpretazione letterale del dettato costituzionale, poiché «metodo primitivo»¹²⁰, e la possibilità di ricostruire norme non scritte di rango costituzionale (o, come scrive la Corte, di «natura giuridico-costituzionale») anche sulla base di mere «presupposizioni logiche», quale sarebbe il privilegio «dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato»¹²¹; **3)** la conseguente estensibilità, per analogia, alle conversazioni *con qualunque soggetto* del Presidente della Repubblica dell'art. 202, comma 1, c.p.c. – relativo alla riservatezza delle comunicazioni dei ministri di culto, delle ostetriche, dei farmacisti e degli esercenti professioni legali o mediche quando esse hanno ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione – e quindi dell'art. 271, comma 3, c.p.c., del quale la Corte fornisce un'interpretazione del tutto originale, secondo la quale la distruzione della documentazione dovrebbe avvenire, *relativamente al solo caso in cui ad essere intercettato sia il Presidente della Repubblica*, «senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti»¹²².

Ora, nessuna di queste argomentazioni, ivi compresa la ricostruzione della posizione presidenziali, a nostro avviso, risulta essere particolarmente convincente¹²³, ma non è

¹¹⁹ Cons. dir. § 12 ss.

¹²⁰ Cons. dir. § 10.

¹²¹ Cons. dir. § 9.

¹²² Cons. dir. § 15.

¹²³ Per i principali rilievi critici si può fare riferimento alle opere già citate *supra*, nota 117, nonché ad alcuni lavori, pubblicati prima della decisione della Corte Costituzionale, tra i quali possiamo ricordare: AA. VV., *Il Presidente intercettato*, Dossier su Forumcostituzionale.it, 2012, con contributi di A. ANZON DEMING, D. CHINNI, P. FARAGUNA, F. J. B. FREJUDO, D. GALLIANI, A. GIGLIOTTI, T. F. GIUPPONI, R. ORLANDI, C. PANNACCIULLI, S. PRISCO, D. VICOLI; F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e magistratura. Conflitto o leale collaborazione?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; A. PIROZZOLI, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte Costituzionale: i dubbi della vigilia*, su *Forum di quaderni costituzionali*, 2012; M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato. Quella volta che al telefono c'era Scalfaro...*, in ilsussidiario.net, 2012; G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, su *la Repubblica*, 17 agosto 2012, p. 1. **Ci sia poi consentito** proporre, relativamente ad alcuni tra quegli “argomenti” usati dalla Corte che abbiamo poc'anzi, nel testo, richiamato, alcune sintetiche considerazioni “aggiuntive”, nel senso che, pur arrivando a conclusioni analoghe a quelle già rilevate da parte della dottrina, introducono elementi argomentativi che a noi sembrano originali: **1)** è vero che un'interpretazione *meramente* letterale è un “metodo primitivo” (*rectius*, “primario”), che richiama le anacronistiche concezioni del «*juge bouche de la loi*» e dell'«*in claris non fit interpretatio*», ma una cosa è andare *oltre* la “mera” lettera, altro è *prescindere* dalla lettera. Com'è stato esattamente osservato da M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, p. 156, l'interpretazione estensiva di una disposizione è possibile solo «a condizione che il significato ricavato non sia del tutto incompatibile con l'enunciato di partenza o che, con riferimento al caso da decidere, manchi effettivamente la statuizione positiva atta a qualificarlo». Utilizzare mere «presunzioni logiche» per “superare” – nel senso, appena chiarito, di “prescindere da” – la lettera, è un metodo forse ancora più primitivo, che costituisce, per restare in tema, una forma di *rinnegamento* del diritto stesso, inteso come complesso di regole

questo il punto. Ciò che vogliamo segnalare, invece, è la frase con cui la Corte “chiude” il *Considerato in diritto*, subito prima di passare al dispositivo: «Ferma restando la assoluta inutilizzabilità, nel procedimento da cui trae origine il conflitto, delle intercettazioni del Presidente della Repubblica, e, in ogni caso, l’esclusione della procedura camerale “partecipata”, l’Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali

preordinate al quale i poteri e gli organi dello Stato sono soggetti. E ciò vale ancora di più quando si cammina su di una materia delicata come quella delle prerogative degli organi costituzionali, nella quale la stessa Corte ha chiarito che le deroghe al principio di eguaglianza non possono essere estese al di là delle ipotesi espressamente previste o, al limite, deducibili in modo *trasparente* e *inequivocabile* dalla Costituzione (cfr., ad es., sent. n. 262/2009). Il *prescindere* dalla lettera sulla base di meri *presupposti logici*, pone poi un altro problema: qual è la “logica” da cui si ricava il presupposto? Una cosa è la “logica matematica”, per la quale è indiscutibile che, in un sistema decimale, $4-2=2$. Altro è la “logica” applicata al diritto, dove talvolta il ragionamento può essere condizionato da valutazioni politiche: così, ragionando per eccessi, un filo-monarchico avrà tendenza a considerare il Capo dello Stato una figura quasi mitica, *sacer et inviolabilis*, degna di qualunque privilegio, mentre un anarchico considererà logico che il Presidente della Repubblica sia un *primus inter pares* assoggettato in tutto alla disciplina di diritto comune. La Corte Costituzionale cerca di “sfuggire” a questa possibile obiezione, ancorandosi come meglio può al “complesso” delle norme costituzionali, e utilizzando lo “spirito della Costituzione” per superare il testo delle singole disposizioni, ma l’impresa è impossibile e, com’è stato notato, «per realizzare l’*overruling* la Corte è ora costretta ad una» (*falsa*, aggiungiamo noi) «interpretazione sistematica, che finisce coll’alterare il significato e la *ratio* delle norme su cui si fonda» (F. SORRENTINO, *La distruzione*, cit., par. 4): il che significa, per l’appunto, *prescindere* dal dettato costituzionale, per individuare, nel caso di specie, non già una nuova prerogativa, ma addirittura un nuovo *privilegio* riconosciuto in capo al Presidente della Repubblica; 2) non sarebbe corretto infatti, a nostro avviso, ricondurre l’obbligo di distruzione senza contraddittorio di qualunque conversazione abbia come interlocutore il Presidente della Repubblica ad una semplice “prerogativa”, e questa considerazione discende proprio dal disposto che la Corte usa per riconoscere questa regola, vale a dire quello combinato degli artt. 202, comma 1, e 271, comma 3, c.p.p. L’inutilizzabilità delle comunicazioni, ad esempio, tra l’ostetrica e il paziente, o tra il confessore ed il fedele, discende non già da una improbabile collocazione dell’ostetrica e del confessore *al di sopra* degli altri soggetti di diritto, ma da un’esigenza di riservatezza propria *dei loro interlocutori*. Tant’è che il segreto professionale viene riconosciuto in capo agli avvocati, non ai loro clienti. Naturalmente di questo “diritto alla riservatezza” si avvalgono, in un certo senso, anche avvocati, ostetriche, confessori, *etc.*, poiché ciò consente un più sereno svolgimento delle loro professioni e stimola la fiducia del paziente, cliente o fedele che sia. Per questo la riservatezza delle conversazioni viene riferita ai professionisti e ai ministri di culto e non all’interlocutore, in quanto cioè trattasi di una *prerogativa* connaturata alla professione o al ministero. Anche l’impossibilità di intercettare direttamente il Presidente della Repubblica, prevista dalla legge, risponde a questa logica: quando Egli interloquisce, ad esempio, con un Capo di Stato estero, quest’ultimo ha diritto a che la conversazione rimanga riservata, e viceversa. La dimostrazione della validità della nostra affermazione sta nel fatto che se il Presidente parlasse con soggetti ai quali non spetta la prerogativa in parola, nulla potrebbe garantirgli la riservatezza della conversazione, salvo, qualora l’interlocutore fosse intercettato da un’autorità italiana, l’apposizione del segreto di stato (non a caso previsto dal nostro ordinamento). Nel prevedere l’inutilizzabilità di *qualunque* conversazione con *qualunque* soggetto su *qualsivoglia* argomento l’interesse tutelato è non già quello dell’interlocutore, bensì quello del Presidente stesso, ciò che connota la “riservatezza” non già come una *prerogativa*, bensì come un vero e proprio *privilegio* derivante dalla funzione, che infatti la Corte riconosce come «*naturaliter* sopra gli altri poteri» (ivi, par. 1), in quanto «al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato» (*Cons. dir.* § 8.2). Controprova ne sia il fatto che se, ad esempio, il Presidente della Repubblica parlasse con il suo avvocato di questioni legali che lo riguardano, il *privilegio* del primo si *sovrapporrebbe* alla *prerogativa* del secondo, cosa che invece non accade quando ad interloquire sono due soggetti coperti da semplice *prerogativa* (ad es. medico e avvocato, ostetrica e confessore). Da cui ne discende inoltre, e per concludere sul punto, che l’estensione per analogia degli artt. 202, comma 1, e 271, comma 3, c.p.p. al caso di specie è del tutto impropria e, anzi, è una falsa analogia, poiché di fatto la Corte crea una nuova norma, così come crea una nuova norma quando prevede che *solo per il caso delle intercettazioni casuali del Presidente* debba essere escluso il contraddittorio tra le parti sulla distruzione del materiale. Il che lascia doppiamente perplessi, poiché, come nota il Modugno, la Corte ha «*inventato*» una «norma costitutiva [...] in una sede (giudizio su conflitto di attribuzione) in cui non le è consentito adottare sentenze “creative”» (F. MODUGNO, *Una rassegna*, cit., pp. 3941 – 3943).

supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento»¹²⁴.

In altri termini la Corte dice: le intercettazioni del Presidente della Repubblica devono *sempre* essere immediatamente distrutte, senza contraddittorio tra le parti, *salvo che* quando vi siano in gioco interessi riferibili a principî costituzionali supremi. Si tratta, com'è stato notato anche da un Autore "favorevole" alla decisione, di «una sorta di clausola di salvaguardia» (o, come preferiamo chiamarla noi, una "clausola di *prudenza*"), «il cui significato si potrà chiarire solo nell'eventuale (ed improbabile) prassi»¹²⁵.

Di fatto, dunque, «la Corte sembra non voler pregiudicare il futuro: infatti, l'accoglimento del ricorso porta con sé, nella parte finale della sentenza, un tarlo che in qualche modo lo neutralizza»¹²⁶.

La sentenza in esame viene così a configurarsi come un caso evidente di «decisione rinnegante», poiché il solo giudice dei "principî costituzionali supremi" – l'unico, cioè, che può dire, definitivamente, se un principio debba essere considerato come tale o meno – è la Corte Costituzionale stessa. E va ricordato che, nella giurisprudenza costituzionale, anche il *diritto alla tutela giurisdizionale* ed il *diritto di difesa*, ai quali può essere riferito l'*interesse al contraddittorio* (sacrificato, invece, nel caso di immediata distruzione delle intercettazioni), sono stati riconosciuti quali *principî costituzionali supremi* dell'ordinamento (rispettivamente sentt. nn. 18/1982 e 10/1993), nonché *diritti fondamentali della persona umana* (risp. sentt. nn. 98/1965 e 198/2000), così come l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, sancita dall'art. 112 Cost., è stata riconosciuta dal Giudice delle Leggi «come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale» (sent. n. 84/1979)¹²⁷. Il

¹²⁴ Cons. dir. punto 16.

¹²⁵ S. CECCANTI, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶ L. CARLASSARE, *Napolitano*, cit. Su questo aspetto della decisione in esame si veda anche F. MODUGNO, *Tanto rumore*, cit.

¹²⁷ Notava correttamente F. CERRONE, *op. cit.*, p. 3, che «è dubbio che fra le prerogative presidenziali possa annoverarsi una garanzia insuperabile di riservatezza delle comunicazioni [...] perché, da un lato, limiti alla riservatezza provengono dal diritto di cronaca, dal diritto di difesa, dal principio del contraddittorio, dall'obbligo di esercizio dell'azione penale per il p.m.; dall'altro, perché probabilmente l'attacco più aggressivo e significativo alla riservatezza proviene dal *mercato* delle informazioni, dall'urto cioè dell'interesse economico contro la sfera della privacy». Così, continua l'A., «si comprende subito che una copertura totale delle comunicazioni presidenziali implicherebbe sacrificio drastico, come dicevamo, di diritti, vincoli e principi costituzionali: diritto di cronaca; diritto di difesa; obbligo di esercizio dell'azione penale in capo al pm; principio

che vuol dire che, qualora dovesse ripresentarsene l'occasione, la Corte Costituzionale potrà scegliere, *tra le due regole alternative da essa enunciate* (le intercettazioni si devono distruggere/le intercettazioni si possono non distruggere), *quella che ritiene più "giusta", financo più opportuna, in relazione al caso di specie.*

b) Segue: Gli effetti delle “decisioni rinneganti” e le loro declinazioni nella giurisprudenza in tema di decretazione d’urgenza. La possibilità di scegliere tra le due regole “alternative” quella che si ritiene più “giusta” e “opportuna” per il caso di specie è, dunque, la *ratio* sottesa a qualunque “decisione rinnegante”. La Corte, cioè, sembra rifiutare l’idea di poter assumere decisioni “in astratto”, basate su considerazioni di mera legalità costituzionale, che possano vincolarla per il futuro, ma vuole decidere solo in relazione al caso concreto, eventualmente temperando la “legalità costituzionale” con elementi di “*giustizia secondo equità*” (nel senso processualciviltistico del termine) o, addirittura, di semplice *opportunità politica*. Così, per non “legarsi le mani” per il futuro, rimette tutto al suo arbitrio, riservandosi di decidere caso per caso. E tuttavia, in questo ragionamento, non si tiene conto che non esiste solo il “caso concreto” che arriva davanti alla Corte, ma esistono o *esisteranno* numerosi altri “*casi concreti*” di cui il Giudice delle leggi non conoscerà, e le cui parti hanno diritto non solo al massimo di “certezza giuridica” che quest’ultimo può offrirgli (mentre le “decisioni rinneganti” lasciano nella più totale indeterminatezza), ma soprattutto ad una decisione che sia basata sul diritto positivo e non modellata sulle esigenze di “equità” o di opportunità *di un solo singolo caso* che finisce per diventare condizionante per tutti¹²⁸. È appena il caso di ricordare, d'altronde, che la vincolatività *erga omnes* delle decisioni di accoglimento è proprio una delle peculiarità del giudizio di legittimità costituzionale, rispetto, ad esempio, al processo civile, dove il giudizio secondo equità è ammesso dalla legge. Può poi avvenire che alle “decisioni rinneganti” si accompagni (magari con la “complicità” delle prime) una “effettività rinnegante”. Se quest’ultima e la “normativa rinnegante” sono, infatti, alternative (v. *supra* § III, B), altrettanto non può dirsi in relazione ad “effettività

del contraddittorio [...]. A ritenere diversamente, bisognerebbe imboccare la strada, tutta in salita ripida, della presenza di un valore e di un principio, costituzionalmente fondato, il cui integrale rispetto esiga di essere soddisfatto anche a costo del sacrificio totale dei summentovati diritti e principi costituzionali.

¹²⁸ Va rimarcata la differenza tra il caso di cui si tratta – decisione modellata su di un caso singolo – e quello delle decisioni assunte sulla base di un principio di giustizia materiale ispirato al *fiat iustitia ne pereat mundus* – dove, al contrario, si avrebbe una decisione “ingiusta” dal punto di vista strettamente giuridico per il caso singolo, ma assunta “affinché non finisca il mondo”, cioè affinché sia moralmente “giusta” in relazione alle conseguenze che essa avrebbe su gli altri casi diversi da quello “singolo” da cui scaturisce. Ciò che, naturalmente, pone non meno questioni etiche (si vedano le interessanti considerazioni sul punto di S. FOIS, *Intervento*, in AA. VV., *La delega legislativa*, cit., pp. 269 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, cit., pp. 320 ss.) ma non ha nulla a che vedere con ciò di cui stiamo trattando.

rinnegante” e “giurisprudenza rinnegante” le quali, invece, possono cumularsi¹²⁹. È questo, come già abbiamo visto, il caso della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d’urgenza (v. *supra* § III, B, a)), dove il sintagma «almeno non» riveste *la precipua caratteristica di incarnare, contestualmente, le due dimensioni della “rinnegatività” giuridica*, quella dell’effettività (per quanto riguarda gli abusi “minori”) e quella della giurisprudenza (relativamente agli abusi “maggiori”).

Ebbene, il risultato di questo *cocktail* esplosivo tra “effettività rinnegante” e “giurisprudenza rinnegante” è quello di una *interpretatio abrogans* delle stesse norme che si rinnegano¹³⁰. Così, per restare nell’esempio, dalla norma costituzionale, data dal combinato disposto degli articoli 77, 134 e 136 Cost., secondo la quale «il Governo non può emanare provvedimenti provvisori con forza di legge salvo in casi straordinari di necessità e d’urgenza» e, in caso di controversie relative alla legittimità costituzionale dei decreti-legge, «la Corte ne dichiara l’illegittimità», si passa ad una norma esattamente contraria, secondo la quale «il Governo può, quando vuole, emanare provvedimenti provvisori con forza di legge, salvo quando non vi sia alcuna necessità e urgenza» e, solo in tal caso, «la Corte può, se lo ritiene, dichiarare l’illegittimità costituzionale». Una conseguenza difficilmente accettabile, tanto più se è effetto proprio dell’atteggiamento dell’organo che sarebbe deputato a garantire la legalità costituzionale.

Osservando le decisioni rinneganti dall’angolo visuale privilegiato della giurisprudenza in materia di decreti-legge, possiamo poi individuare altri “effetti collaterali” da esse provocati.

¹²⁹ Per altro in alcune, particolarissime, ipotesi, la “giurisprudenza rinnegante” può determinare uno spostamento della “rinnegazione” dal momento dell’effettività a quello della normativa. Va precisato, a tal riguardo, che quella delle “rinneganti” è una *tipologia di decisioni* che si affianca, per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, alle classiche distinzioni tra “accoglimento” e “rigetto”, ovvero tra “secca”, “manipolativa” e “interpretativa”. Sotto il profilo dell’affermatività, la decisioni possono essere sia “rinneganti”, sia “affermative” (o “affermandi”, v. *supra* § III, B, a)). Una decisione può essere, ad esempio, di rigetto secca affermativa, ovvero di accoglimento sostitutiva rinnegante. Ora se è vero che, nelle decisioni cc.dd. “manipolative” (o creative) la Corte esercita una funzione *pseudo-legislativa* (v. *supra*, nota 100), dovrà ammettersi pure che, per il tramite di *sentenze di accoglimento manipolative rinneganti*, si avrà un caso di *normativa rinnegante impropria*. La qual cosa comporta, di fatto, che la “rinnegazione” giuridica “salga” al livello normativo, e non possa più essere individuata al momento dell’effettività.

¹³⁰ Non va confusa l’*interpretatio abrogans* con la “normativa rinnegante” (sulla quale v. *supra* § III, A, b)). In quest’ultima la norma generale viene *neutralizzata* da una norma speciale, di guisa che, di fatto, le due norme vengono a porsi entrambe come “generali” e antagoniste, e l’autorità può scegliere *à la carte* quale applicare. Nell’*interpretatio abrogans*, quando riferita a disposti caratterizzati dalla dicotomia “norma generale – norma speciale”, vi può essere una trasformazione della norma nel suo contrario, di modo che la generale diventi speciale, e viceversa. In altri casi, invece, l’*interpretatio abrogans*, anche qualora venga riferita a norme non caratterizzate dalla suddetta dicotomia, ha come effetto quello di una disapplicazione di fatto della norma. In sintesi, si può dire che la *interpretatio abrogans* è una *forma di interpretazione* ultra-estensiva – che si traduce, di fatto, in un tentativo di abrogazione impropria “mascherato” da interpretazione – di una normativa che di per sé non sarebbe rinnegante, mentre la “normativa rinnegante” è data da una *particolare tecnica redazionale* delle disposizioni con la quale vengono affiancate due regole perfettamente contraddittorie, in modo che nessuna delle due riesca a prevalere sull’altra ed ambo le due possano essere validamente usate in maniera alternativa.

Alcuni li abbiamo già evidenziati nel corso della trattazione, e possiamo limitarci, qui, a richiamarli solo sinteticamente.

Prima di tutto va ricordato come non solo la Corte *non riesca in nessun modo a ridimensionare l'attitudine abusiva del Governo*, ma addirittura sembri spingere quest'ultimo – involontariamente, certo – a muoversi fuori dal recinto. L'espressione «almeno non», in fondo, racchiude e sintetizza il paradosso per cui ogni qualvolta il Giudice delle leggi sanziona una violazione “maggiore”, “autorizza” di fatto una o più forme di abusi “minori”, laddove, per altro, i secondi sono normalmente più frequenti della prima. E quello “spazio” che intercorre tra il dettato costituzionale e l'«almeno non» della Corte, finisce troppo spesso, come abbiamo visto, per tradursi in una sorta di “*consiglio di mala legislazione*” diretto al Governo o, relativamente alla legge di conversione, al Parlamento.

In secondo luogo le “decisioni rinneganti” finiscono per configurarsi come “decisioni politiche”, a discapito, forse, delle stesse intenzioni della Corte. Si è ritenuto, infatti, che dietro la tradizionale “prudenza” della Corte si nasconda l'intento di non sostituirsi alla valutazione politica del Governo circa la sussistenza della “necessità” e dell'«urgenza»¹³¹. Ebbene, se tale è la motivazione che muove la Corte, deve notarsi come il risultato cui essa pervenga sia paradossale: da un lato si lascia lo stesso Governo nell'indeterminatezza, poiché egli si trova, come abbiamo cercato di dimostrare, ad essere “stimolato” all'abuso minore ma, allo stesso tempo, incerto sulla reale misura del “limite di tolleranza” da non oltrepassare; dall'altro, quest'ultimo viene rimesso all'arbitrio della Corte, la quale decide, come si è poc'anzi scritto, secondo equità ovvero *secondo opportunità politica*. Ciò significa che il Giudice delle leggi, forse per evitare di emanare decisioni corrette ma che potrebbero *apparire come politiche* (o comunque come prevaricatrici del potere esecutivo), preferisce emanare decisioni spesso discutibili e che *sono davvero politiche*, poiché dettate dall'opportunità.

A conclusioni altrettanto paradossali la Corte giungerebbe se, come pure si è sostenuto¹³²,

¹³¹ Sicuramente questo fu il principale motivo che, nella prima fase di vita della Corte (v. *supra* § II, A, 1), ha determinato il suo iniziale *non expedit*, poiché in quel periodo, come notò il Modugno, «gli abusi sono stati, per così dire, tollerati e in definitiva giustificati dalla circostanza che la valutazione dei presupposti di legittimità del decreto-legge è stata da sempre ritenuta [...] una questione politica» (F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.5/1994, p. 3236).

¹³² Così, ad esempio, C. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 13, muovendo da alcuni suggerimenti ricevute dalla sent. n. 22/2012, afferma che «l'intento della Corte, [...] non è quello di 'sminuire' il ruolo delle Camere, come potrebbe invece evincersi dalla quotidiana prassi politico-istituzionale di 'bassa cucina', bensì quello di valorizzare «il ruolo del Parlamento, richiamandone la funzione primaria di garante dei valori e dei diritti fondamentali sigillati nella nostra Carta costituzionale, i quali non riusciranno mai a trovare piena collocazione e il necessario apprezzamento in un atto, quale la legge di conversione, sottoposto ad un dibattito parlamentare contingentato nei tempi e nelle finalità. Anche per questo alto fine, la Corte ha opportunamente, così, posto l'accento sul ruolo

essa ritenesse di muoversi in un'ottica di deferenza nei confronti del Parlamento, al cui controllo in sede di conversione non si vuole sostituire in quanto è il solo momento in cui il legislativo può, per così dire, “rivalersi” sull'esecutivo. Prima di illustrare, però, per quale motivo, a nostro avviso, un tale approccio giungerebbe a conseguenze paradossali, dobbiamo innanzitutto individuare quale sarebbe il “tipo” di controllo al quale la Corte Costituzionale avrebbe timore di sostituirsi. Una prima ipotesi potrebbe essere quella per la quale il Giudice delle leggi ritenga che il Parlamento possa effettuare da solo il controllo di legittimità sul decreto-legge. Tale posizione, tuttavia, non apparirebbe convincente nelle premesse, poiché non sembrerebbe tenere in debita considerazione il fatto, pure da altri sottolineato, che il “controllo” del Parlamento «è un controllo eminentemente politico», che «non può ridursi al puro e semplice accertamento dell'esistenza o della carenza dei requisiti necessari per l'emanazione del decreto legge»¹³³. Certo, nulla impedisce al Parlamento di non convertire un decreto-legge per carenza dei presupposti, ma, come si è già accennato in precedenza, il controllo parlamentare *non è strutturalmente idoneo* a garantire un controllo di legalità costituzionale efficace e puntuale degli atti aventi forza di legge, per il quale, non a caso, la Costituzione ha deputato un organo *ad hoc*, la Corte Costituzionale. Controprova ne sia il fatto che è lo stesso legislativo ad adottare, spesso, leggi poi dichiarate incostituzionali (tra le quali anche le leggi di conversione), e ciò senza che sia necessariamente “colpa” del Parlamento, poiché tale circostanza attiene (o dovrebbe attenersi) più spesso ad una dimensione fisiologica della funzione legislativa, tanto più se essa si svolge in un sistema caratterizzato dalla presenza di un controllo di costituzionalità successivo ed accentrato. Ma come si può pretendere, allora, che il Parlamento effettui, nei tempi ristretti della conversione del decreto-legge, un controllo che *non può svolgere efficacemente neppure nei tempi lunghi delle “proprie” leggi?*

Una seconda ipotesi (ma, a nostro avviso, non meno “paradossale” circa le conclusioni cui perviene) potrebbe essere, invece, quella per la quale l'atteggiamento del Giudice costituzionale sarebbe dato dal non voler limitare i poteri esperibili dal Parlamento in sede di conversione, evitando di sanzionare le violazioni meramente formali commesse in tale fase (ciò che, per altro, spiegherebbe forse la “prudenza” della Corte relativa ai vizi della legge di conversione, ma non quella attinente ai vizi del decreto-legge). In tal caso, quindi, si riconoscerebbe al controllo – o comunque al “momento” – parlamentare un ruolo centrale,

di controllo, quanto mai necessario in questo momento, che il Parlamento deve svolgere nei confronti degli atti normativi d'urgenza del Governo».

¹³³ A. PIZZORUSSO, *I controlli*, cit., p. 312.

dunque prevalente rispetto a quello della Corte Costituzionale, senza però riconoscergli in principio l' idoneità a farsi carico di un controllo di legittimità. Ci pare, per altro, che da premesse analoghe muova la tesi esposta dal dott. Filippetta nel suo intervento¹³⁴ relativamente al problema della emendabilità in sede di conversione, riprendendo le argomentazioni già presentate in un suo precedente ed attento lavoro, nel quale egli aveva preso posizione *contro* l' inemendabilità dei decreti-legge, da un lato dubitando che essa «possa determinare una limitazione dell' abuso della decretazione d'urgenza» e, dall' altro, poiché la stessa porterebbe, a suo avviso, ad uno scenario ben peggiore di quello attuale:

«escludere l' emendabilità significherebbe incentivare il Governo ad abusare ancor più del decreto-legge e far divenire il fatto compiuto ancor più compiuto, venendosi a trovare il Parlamento nella difficile e svantaggiosa condizione di scegliere tra la conversione e la decadenza *ex tunc* di una normativa che ha già prodotto i suoi effetti. Per di più l' inemendabilità del decreto-legge ne accentuerebbe il carattere di disegno di legge motorizzato o garantito, in quanto il Parlamento non avrebbe alternative non solo circa la scelta se iniziare o meno la sua discussione, ma anche rispetto alla delimitazione dell' area delle possibili soluzioni da dare alle tematiche affrontate con il decreto. Senza tener conto del fatto, decisivo sotto il profilo della forma di Stato democratica, che le minoranze sono tutelate soltanto in sede di conversione e non anche in sede di emanazione del decreto-legge»¹³⁵.

Analoghe considerazioni vengono poi estese dall' A. relativamente all' ipotesi di una emendabilità consentita ma vincolata alla omogeneità di oggetto e scopo, criticando in ciò la sent. n. 22/2012¹³⁶ nonché, ora, la n. 32/2014¹³⁷ (sulla quale v. *infra*, § IV, D).

Interludio: l' art. 77 Cost. e l' emendabilità in sede di conversione. Se può essere *senz' altro condivisa* la tesi per la quale sarebbe da rigettare l' ipotesi di un divieto

¹³⁴ G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell' irresistibile necessità e dell' inevitabile difficoltà di riscrivere l' art. 77 Cost.*, in questo Focus della rivista [Federalismi.it](http://federalismi.it).

¹³⁵ G. FILIPPETTA, *L' emendabilità*, cit., pp. 28 – 29.

¹³⁶ Ivi, pp. 35 ss.

¹³⁷ G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32*, cit., dove l' Autore afferma che, con la decisione in esame, il Giudice costituzionale avrebbe consolidato un orientamento «apertamente in contrasto con la lettera della Costituzione» e «con la *ratio* dell' art. 77 Cost. risultante dai lavori preparatori e da oltre mezzo secolo di concordi riflessioni dottrinali, prassi parlamentari e decisioni della stessa Corte costituzionale», con il quale si sarebbe andati «persino al di là dei confini dell' interpretazione adeguatrice» arrivando, addirittura, ad «una sostanziale riscrittura dell' art. 77».

assoluto di emendabilità, *più difficile ci risulta aderire* a quella per la quale andrebbe riconosciuta la possibilità di emendare senza limiti, sulla base di una supposta – ed a nostro avviso non convincente¹³⁸ – “indifferenziabilità” contenutistica tra la legge di conversione e le altre leggi dello Stato. Filippetta, in particolare, muove dalla considerazione, certamente esatta, che l’art. 77 Cost. stia a presidio della titolarità del potere legislativo in capo al Parlamento contro le possibili prevaricazioni dell’esecutivo, da cui la previsione della «legge di delega» e della «legge di conversione», e da tale premessa trae la conclusione, a nostro avviso meno convincente, che se si ammettessero limiti all’emendabilità l’art. 77 si trasformerebbe «da articolo sui limiti del potere normativo primario del Governo in articolo sui limiti del potere legislativo delle Camere»¹³⁹. Tuttavia a noi pare che il “presidio della titolarità del potere legislativo in capo al Parlamento” passi *prima di tutto* per l’esigenza che il potere di normazione paralegislativo e *straordinario* del Governo *non si trasformi in strumento di legislazione ordinario e difforme da quello sancito dall’art. 72 Cost.* – esigenza certamente individuabile nella *ratio* storica della disposizione in esame¹⁴⁰ e oggi ribadita chiaramente dal primo sintagma dell’art. 77 («Il Governo non può...») che *informa tutto l’articolo* – e *non necessariamente* per il riconoscimento di poteri illimitati in sede di

¹³⁸ Se è vero, infatti, che sul piano strettamente formale la legge di conversione possa essere assimilata alle altre leggi del Parlamento, bisogna tuttavia considerare che i due atti, ed i relativi procedimenti che li precedono, presentano in realtà numerose differenze: l’iniziativa necessariamente governativa e la presentazione «lo stesso giorno» del decreto-legge, la scadenza dei «sessanta giorni», la finalità predeterminata dalla Costituzione della legge di conversione, il fatto che l’esame parlamentare del decreto-legge si effettui su di «norme già operanti nell’ordinamento giuridico» (G. F. CIAURRO, *op. cit.*, p. 13), *etc.* Ora, a noi pare che tali “differenze” non possano essere prive di conseguenze giuridiche, e debbano tradursi (anche) nella individuazione di limiti contenutistici relativi agli emendamenti proposti in sede di conversione. Salvo che sul piano formale, insomma, la legge di conversione dovrebbe necessariamente considerarsi “diversa”, dunque “*differenziabile*” anche sotto il profilo contenutistico, dalle altre leggi dello Stato. Sul punto si vedano: C. BERTOLINO, *op. cit.*, *passim*; Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, pp. 103 ss.; D. CHINNI, *La decretazione d’urgenza*, cit., pp. 76 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato*, cit., p. 90; V. DI CIOLO, *op. cit.*, p. 303; A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *op. cit.*, pp. 364 ss.; G. MONACO, *op. cit.*, pp. 392 ss.; A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA. VV., *I decreti-legge non convertiti*, cit., p. 45; M. RAVERAIRA, *Necessità ed urgenza dei decreti-legge e legge di conversione*, in *Giur. Cost.*, 1986, p. 603; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale. I, L’ordinazione in sistema*, Torino, 1993, p. 351; G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., p. 424; G. SERGES, *Brevi note*, cit., *passim*; R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 972. A favore, invece, della completa assimilazione tra legge di conversione e altre leggi si vedano, tra gli altri, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., p. 157, e L. PALADIN, *Art. 77*, cit. p. 84.

¹³⁹ G. FILIPPETTA, *L’emendabilità*, cit., p. 32.

¹⁴⁰ Come osserva, infatti, il Preti – il quale oltre che fine giurista è stato anche membro dell’Assemblea costituente – se «con la legge 31 gennaio [1926] n. 100 il governo fascista dette una disciplina al decreto-legge, facendo di esso uno strumento straordinario», la prassi si svolse «in senso diverso, di maniera che dal 1926 al 1939 i governi Mussolini fecero del decreto-legge *la fonte ordinaria di legislazione*» (corsivo aggiunto), sicché la Costituente repubblicana si è trovata a dover risolvere il problema di «dare una disciplina giuridica al decreto-legge» che evitasse il ripetersi di quella prassi (L. PRETI, *op. cit.*, pp. 25-26).

conversione in capo alle assemblee parlamentari. Queste due esigenze, infatti, che apparentemente potrebbero sembrare armonizzarsi tra loro, possono talvolta apparire in contrasto. Ammettere un'illimitata emendabilità al decreto-legge, infatti, significa – per riprendere la metafora usata dal prof. Flick nel suo intervento¹⁴¹ – “sfruttare” il “Treno ad alta velocità” della legge di conversione per inserire norme che nulla hanno a che vedere con l'oggetto del decreto-legge e che, normalmente, avrebbero dovuto seguire l'*iter* ordinario di approvazione delle leggi, quando invece la Costituzione consente, eccezionalmente, quel “Treno ad alta velocità” *solo ed esclusivamente* in relazione al caso di straordinaria necessità ed urgenza e dunque, a nostro avviso, solo per le norme ad esso destinate o ad esso riferibili¹⁴². A ragionare diversamente, d'altronde, si arriverebbe proprio a ciò che Filippetta, condivisibilmente, vorrebbe evitare, vale a dire alla “trasformazione” dell'art. 77 – o, per meglio dire, del suo secondo comma – da disposto sui limiti del potere para-legislativo d'urgenza del Governo in qualcosa di diverso. In particolare, esso diventerebbe, innanzitutto, un disposto sul procedimento di produzione legislativa. Dedurre la concessione di illimitati poteri di emendabilità in sede di conversione, infatti, significherebbe desumere delle norme attinenti alla funzione legislativa parlamentare sulla base del solo articolo 77, prescindendo cioè da una lettura sistematica delle norme costituzionali che tenga conto, prima di tutto, dell'art. 72 Cost. Con la conseguenza che il secondo comma dell'art. 77 si “trasformerebbe”, come poc'anzi accennato, nella disciplina di un procedimento di produzione legislativa alternativo rispetto a quello previsto dall'art. 72 Cost. Tale *iter*, per altro, non solo sarebbe, sotto molti aspetti, meno aggravato di quello *ex art. 72*, ma presupporrebbe che l'esercizio della funzione *legislativa ordinaria* avvenga a seguito di un atto *straordinario* di iniziativa esclusivamente *governativa* (quale verrebbe ineluttabilmente a configurarsi il decreto-legge). Sotto diverso aspetto, poi, il secondo comma dell'art. 77 si trasformerebbe anche in norma conferente al Governo, *in via*

¹⁴¹ G. M. FLICK, *Intervento al seminario “Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale”*, in questo Focus di [Federalismi.it](http://federalismi.it), § 3, il quale paragonava l'*iter* di conversione del decreto-legge ad un «Treno Frecciarossa», spiegando che «la legge di conversione di un decreto legge viaggia su un binario dedicato, al massimo della velocità (riapertura delle Camere sciolte, discussione molto concentrata e, in generale, una serie di procedure di estrema rapidità). Da molto tempo il legislatore ha preso l'abitudine di attaccare al Frecciarossa una serie di vagoni che non c'entrano nulla; ma l'unico modo per farli viaggiare veloci è proprio quello di inserirli in sede di conversione di un decreto legge». Per altro anche il Manzella, come ricordato (v. *supra*, nota 54), aveva utilizzato una metafora analoga.

¹⁴² Già nel 1989 G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 149, notava come proprio l'uso disinvolto degli emendamenti al decreto-legge abbia comportato una trasformazione funzionale del procedimento di conversione, che da momento di “rivalsa” del Parlamento sul Governo è diventato un vero e proprio «procedimento legislativo alternativo». Sul punto si veda anche G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., p. 426.

implicita, potere emendativo illimitato in sede di conversione poiché, è appena il caso di ricordarlo, gli emendamenti possono avere origine anche governativa.

Né si potrebbe, a nostro avviso, giustificare un'emendabilità senza limiti con la motivazione che essa tutelerebbe le minoranze parlamentari. Come ha affermato in maniera molto convincente Daniele Chinni nel suo intervento, «è tutto da dimostrare l'assunto per cui le minoranze sarebbero maggiormente tutelate da un procedimento di conversione in cui possa liberamente emendarsi il decreto-legge – anche da parte della maggioranza e del Governo, ovviamente – piuttosto che da uno in cui oggetto di confronto e discussione è solo e soltanto il provvedimento governativo e la disciplina ivi contenuta. Invero, ci sembra che questo secondo modo di intendere il procedimento di conversione ponga maggiormente in risalto la distinzione maggioranza/opposizione, metta al centro la valutazione sull'operato e la responsabilità dell'Esecutivo e, in fin dei conti, riconosca ed esalti il ruolo specifico delle minoranze»¹⁴³.

A ciò si può forse aggiungere che, pur volendo ammettere l'esattezza delle premesse da cui parte la tesi in esame, a noi pare che, nell'attuale assetto politico-istituzionale, prevedere l'emendabilità senza limiti non possa tutelare né il Parlamento nei confronti del Governo, né la minoranza nei confronti della maggioranza. Leggi elettorali ispirate al principio maggioritario (cioè vestite con l'«abito» della proporzionalità, sotto il quale si nascondono, però, premî di maggioranza “drogati”) e apposizione della questione di fiducia sulla legge di conversione, magari con maxi-emendamento governativo e/o con inserimento di norme di delega legislativa su emendamento (sempre governativo), rendono la maggioranza parlamentare la “protesi” del Governo, e la minoranza impotente e oppressa dalla maggioranza¹⁴⁴. A noi pare ormai difficile, dunque, sostenere che l'emendabilità illimitata servirebbe da limite all'esecutivo. Come pure è stato notato, infatti, «il Parlamento (e, perciò, non nascondiamocelo, quella maggioranza politica che è in buona sostanza pilotata dallo stesso Governo) ha infatti mano libera, potendo caricare i propri atti di normazione dei contenuti più vari, piegando le forme (e le funzioni per il cui esercizio le stesse si rendono disponibili) alle congiunturali esigenze della politica, al suo bisogno irresistibile di farsi sempre e

¹⁴³ D. CHINNI, *La limitata emendabilità*, cit., § 5.

¹⁴⁴ Come nota G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, cit., p. 328, «il Parlamento, da luogo di elaborazione politica, in dialogo-confronto col governo, quale fu concepito sessant'anni fa, si è trasformato in un luogo di pura e semplice esecuzione di decisioni assunte fuori addirittura dalle sedi istituzionali formali, fatte proprie dal Governo e imposte alla traduzione in legge da parte della sua maggioranza».

comunque valere»¹⁴⁵.

Arriviamo così al “paradosso” cui si accennava prima: se veramente la Corte fosse ispirata da intenti di *self-restraint* per non sostituirsi, o comunque non limitare, il controllo parlamentare in sede di conversione, dovrebbe tuttavia ammettersi che *è la stessa Corte che, di fatto, contribuisce a neutralizzare il controllo parlamentare*, consentendo alcune di quelle pratiche poc’anzi menzionate (fiducia, maxi-emendamento, norme di delega, emendabilità pressoché illimitata) che costituiscono senz’altro una prevaricazione dell’esecutivo e della maggioranza sulla minoranza parlamentare, e che a noi sembrano configurarsi come abusi ben sanzionabili in sede di legittimità costituzionale, sulla base di limiti *deducibili del dettato costituzionale*, e non invece una «‘malizia del costituzionalista’ impiegata per combattere la malizia della politica»¹⁴⁶.

È stato sostenuto, infatti, che alcuni dei limiti individuati dalla dottrina, ed in ispecie quello dell’inemendabilità parziale o assoluta del decreto-legge in sede di conversione, non sarebbero limiti connaturati al modello di decretazione d’urgenza sancito dalla Costituzione, ma risponderebbero ad esigenze “terapeutiche” sorte dall’osservazione della contingenza politica¹⁴⁷ e tradottesi in una «nuova cultura costituzionale» sovversiva, addirittura, dell’«ordine valoriale» sotteso al disposto costituzionale ed espressione dell’intento che animò il Costituente di porre in atto una «radicale rottura con il sistema fascista delle fonti del diritto e con la forma di integrazione del pluralismo politico, sociale, economico e culturale che quel sistema presupponeva e realizzava»¹⁴⁸. Da cui la critica secondo la quale i limiti all’emendabilità dovrebbero, invece, essere discussi con riferimento alla «normalità delle situazioni»¹⁴⁹. Viene da chiedersi, però, quale sia questa normalità cui si fa riferimento. La “contingenza politica”, infatti, a noi pare che s’inscriva in una tendenza che progredisce da almeno vent’anni nella stessa direzione (e che ispira, oggi, tutte le proposte di “riforma” istituzionale), vale a dire quella – richiamando le parole recentemente usate da Gaetano Azzariti in un bell’intervento tenuto a Modena¹⁵⁰ – della iper-valorizzazione della

¹⁴⁵ A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge*, cit.

¹⁴⁶ G. FILIPPETTA, *L’emendabilità*, cit., p. 25.

¹⁴⁷ *Ivi*, *passim*.

¹⁴⁸ G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32*, cit.

¹⁴⁹ G. FILIPPETTA, *L’emendabilità*, cit., p. 27.

¹⁵⁰ Ci riferiamo all’incontro del 2 giugno 2014 organizzato dall’Associazione *Libertà e Giustizia*, dal titolo *Per un’Italia libera e onesta*. L’intervento di Azzariti è stato parzialmente riportato sul quotidiano *Il Manifesto* del 2 giugno stesso, in un editoriale dal titolo *Conservatori al potere*.

“governabilità” a discapito della “pluralità”¹⁵¹. Il che comporta, in sostanza, uno sbilanciamento dell’«equilibrio» tra i poteri volto a rafforzare l’esecutivo e a svilire il legislativo e, di riflesso, a rafforzare la maggioranza parlamentare ed a soffocare, sino al punto da renderle irrilevanti, le minoranze. È questa – piaccia o meno – la “normalità” con la quale dobbiamo fare i conti, e quei limiti di contenimento del fenomeno proposti dalla dottrina non sono dei «farmaci» elaborati dalla fantasia dei costituzionalisti, come qualcuno li ha intesi¹⁵², bensì limiti deducibili direttamente dal dettato costituzionale, che finora non sono stati usati – e che in parte, è vero, non erano stati neanche individuati dalla dottrina più risalente (ma questo non può essere usato come argomento contro) – proprio anche a cagione del differente quadro politico che ha caratterizzato epoche passate¹⁵³.

Arriviamo così, *naturaliter*, a trattare dell’ultimo “effetto collaterale” dato dal connubio tra «decisioni rinneganti» e «almeno non». Esso si potrebbe, forse, sintetizzare, scrivendo che l’atteggiamento di *self-restraint* sulle “violazioni minime”, da un lato, e il voler rimettere tutto alla propria discrezionalità (quindi al proprio arbitrio) per il tramite delle decisioni rinneganti quanto alle “violazioni massime”, dall’altro, fanno della Corte Costituzionale un “complice”, certo involontario, di quella “tendenza” ad un malinteso concetto di governabilità, di cui abbiamo poco sopra scritto. E tuttavia questa sintesi non riuscirebbe a descrivere puntualmente ed efficacemente la “posta in gioco”, la vera entità del rischio dato dall’«effetto collaterale» di cui si tratta.

Franco Cordero, parlando della tortura giudiziaria, la descriveva come un istituto «incompatibile con la legalità», poiché – affermava – «i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento» e, «siccome rende», «lo adoperano senza tanti scrupoli»¹⁵⁴. Questa descrizione sarebbe, probabilmente, vera anche se riferita al decreto-legge. Che «siccome rende lo adoperano senza tanti scrupoli» è un dato innegabile di realtà. Ma non meno vero è, a nostro avviso, che «gli abusi appartengono alla fisiologia dello strumento»: concetti quali la “straordinaria necessità ed urgenza” non possono prestarsi fino in fondo ad una preventiva ed

¹⁵¹ Facciamo riferimento, in particolare, ad un passaggio dell’intervento in cui l’A. ha osservato, a proposito delle riforme istituzionali, che «invertire la rotta vuol anche dire non continuare a sbarrare la strada ai nuovi competitori politici: clausole di sbarramento, premi, torsioni maggioritarie sono tutti strumenti finalizzati a favorire lo scopo legittimo della governabilità, ma è giunto il tempo di dire che, oltre alla governabilità, anche il pluralismo delle forze politiche è un valore costituzionale» (G. AZZARITI, *Conservatori al potere*, cit.).

¹⁵² Il riferimento è, ancora, a G. FILIPPETTA, *L’emendabilità*, cit., *passim*.

¹⁵³ Vero è, per altro verso, che nella “normalità” dell’attuale quadro istituzionale rientra anche «l’esagerato proliferare di provvedimenti governativi» e la «pluralità di contenuti che essi assumono», sicché certamente «sarebbe vano, se non controproducente, un controllo stretto sul momento parlamentare della conversione, qualora non venisse accompagnato da altrettanta, se non maggiore, severità su quello dell’adozione del decreto-legge» (D. CHINNI, *La limitata emendabilità*, cit., § 5).

¹⁵⁴ F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, 1984, p. 140.

esaustiva ricostruzione in termini di limiti rigidi e oggettivi. Resterà sempre un residuo *marginale di elasticità* nel quale il Governo potrà muoversi (v. *infra* § IV, C) ma, come lucidamente notato dal Ruotolo, «il *grado di elasticità sostenibile* va pur sempre *commisurato alla tutela degli equilibri istituzionali* prefigurati dalla nostra Costituzione»¹⁵⁵. Il problema, allora, si sposta sulla ricerca del “margine sostenibile”, cioè sull’individuazione del “margine di elasticità” in una misura tale che sia – per l’appunto – “sostenibile” dall’ordinamento costituzionale, di guisa che gli abusi rientrino in una dimensione fisiologica e possano essere efficacemente sanzionati in sede di controllo di legittimità. Per comprendere, però, cosa sia “sostenibile” e cosa, invece, non lo sia, è necessario prendere coscienza dal reale impatto dell’istituto in esame sull’ordinamento giuridico.

Poco fa abbiamo “preso in prestito” delle frasi scritte a proposito della tortura giudiziaria per descrivere alcune caratteristiche del decreto-legge. I due istituti, naturalmente, sono molto diversi tra loro, ma volendo usare un linguaggio metaforico ben si potrebbe, a nostro avviso, descrivere il decreto-legge come una “*tortura*” dell’ordinamento giuridico. La parola “tortura”, infatti, viene dal latino *torquēo* (“torcere”), ed è indubbio che il decreto-legge comporti sempre una “torsione” del normale equilibrio tra i poteri. Non ci pare, d’altronde, che l’esistenza di questa “torsione” sia mai stata messa in dubbio da qualcuno. Ciò che però alle volte non sembra emergere con sufficiente chiarezza, è che questa “torsione” può, a lungo andare, tradursi in uno spostamento *definitivo* degli equilibri tra i poteri dello Stato, al di fuori del disegno costituzionale e pericolosamente sbilanciato a favore dell’esecutivo. Sarebbe un errore ritenere, cioè, che l’abuso della decretazione d’urgenza, dando luogo a semplici deroghe *una tantum*, per quanto ripetute, non possa incidere, sia pur gradualmente, sull’assetto complessivo del sistema, *modificando in maniera tendenzialmente definitiva gli equilibri democratici dell’ordinamento*.

Interludio: la metafora dei bracci (o delle leve). Usando una metafora, si immagini lo Stato come una bilancia dai molteplici bracci (o leve), in equilibrio tra loro, ognuno dei quali si conclude con un contenitore concavo, riempito di un liquido (diverso per ogni braccio) che ne determina il peso. Ogni contenitore rappresenta un potere dello Stato, il liquido il suo contenuto specifico. Ogni deroga al normale equilibrio tra i poteri, si traduce in un oggetto solido immerso nel liquido del contenitore, ciò che ha come conseguenza di far abbassare il braccio e di determinare, quindi, una modifica dello

¹⁵⁵ M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in AA. VV., *La delega legislativa*, cit., p. 83.

stato iniziale. Ora, questi oggetti solidi, con riferimento allo specifico liquido nel quale sono immersi, possono consumarsi a contatto con il liquido, consentendo così un successivo, graduale, ritorno all'equilibrio iniziale, oppure essere insolubili e determinare da subito un disequilibrio definitivo. Il decreto-legge, rappresenta senz'altro un "solido degradabile", come testimoniato dalla previsione della legge di conversione, che ne rappresenta la percentuale di "assorbibilità" o "degradabilità", quindi di "sostenibilità", da parte dell'ordinamento costituzionale (già di per sé, dunque, molto bassa). Va detto, però, che anche i "solidi degradabili" possono raggiungere il risultato di un disequilibrio definitivo, quando il numero dei solidi inseriti nel liquido è eccessivo, con un processo più lungo ma non meno efficace: dapprima non sarà possibile un riassorbimento in tempi rapidi dei pesi aggiunti, e in un secondo momento questi ultimi saranno così numerosi da non essere più sufficiente il liquido del contenitore per assorbirli tutti.

La dottrina più accorta non ha mancato di notare questa circostanza, e di denunciare la *pericolosità* del decreto-legge in quanto strumento in grado di «scardinare le stesse strutture portanti della nostra forma di stato e di governo»¹⁵⁶, poiché l'«effetto devastante» del suo abuso può incidere «sull'intero sistema delle fonti e [...] sul funzionamento degli organi costituzionali»¹⁵⁷, e vi è chi spinto sino al punto da affermare che esso possa determinare addirittura una *modifica tacita della Costituzione*¹⁵⁸. La possibilità di una rottura definitiva degli equilibri costituzionali per il mezzo del decreto-legge era stata, poi, denunciata, con non comune chiarezza, dall'ex Presidente della Repubblica Scalfaro¹⁵⁹. La stessa Corte Costituzionale ha mostrato di non ignorare la "pericolosità" dell'atto in esame¹⁶⁰, anche se poi

¹⁵⁶ L'espressione è di L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, pp. 425-426, la quale notava come il decreto-legge sia «uno strumento pericoloso, in grado di scardinare le stesse strutture portanti della nostra forma di stato e di governo», il cui costante utilizzo in materia di «diritti fondamentali persino, in particolare la libertà personale, le fattispecie criminose e le relative sanzioni» ha comportato una «espropri[azione del] Parlamento della sua essenziale funzione», con «gravissimi danni ai beni più preziosi dell'intera comunità nazionale, destinati a proiettarsi sulle generazioni future con effetti irreversibili».

¹⁵⁷ L. PALADIN, *Atti Legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 10/1996, p. 29, ripreso dalla stessa Carlassare in L. CARLASSARE, *La "riserva di legge"*, cit., p. 425.

¹⁵⁸ Ci riferiamo alla tesi avanzata da C. FRESA, *op. cit.*, in particolare 129 ss.

¹⁵⁹ Come abbiamo già ricordato *supra*, nota 22, infatti, il Presidente della Repubblica Scalfaro scrisse all'allora Presidente del Consiglio incaricato (Romano Prodi) che la reiterazione è «una usurpazione delle prerogative del Parlamento», tale da porre in essere «una lesione permanente dei principi fondamentali della ripartizione delle funzioni tra gli organi costituzionali» e da «minare lo stesso concetto di divisione tra i poteri».

¹⁶⁰ Pensiamo, ad esempio, al punto 5 del *Considerato in diritto* della celebre sentenza n. 171/2007 (v. *supra* § II, A, 3 et II, B, 2), dove si considerava che «affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie». E ci pare che non

sembra sottovalutarla al momento di prendere decisioni al riguardo.

È questa, allora, la vera “posta in gioco” cui facevamo riferimento sopra. Le “decisioni rinneganti” del Giudice delle leggi, insomma, “aiutano”, sia pur involontariamente, l’affermazione di un disequilibrio costituzionale che, nel tempo, può financo divenire *definitivo*. Il che significa, per altro, che il “margine di elasticità” concesso dalla Corte è troppo ampio, *e non è sostenibile dal nostro ordinamento costituzionale* (v. pure *infra* § IV, A).

Con ciò si spiega perché, nella prima parte di questo lavoro (*supra* § II, B, 2, c)), avevamo affermato che la giurisprudenza dell’«almeno non», espressa per il tramite di decisioni rinneganti, potrebbe consentire all’(ab)uso sconsiderato della decretazione d’urgenza di produrre «effetti devastanti» sull’ordinamento costituzionale.

IV. Per un superamento della giurisprudenza rinnegante in materia di decretazione d’urgenza

A. L’esigenza di un superamento

Che vi sia bisogno di una vera, nuova, svolta giurisprudenziale in materia di decretazione d’urgenza, è ormai necessità riconosciuta dalla quasi unanimità della dottrina. Gli insopportabili e perpetuati abusi della decretazione d’urgenza, non ostante gli sforzi (purtroppo, come visto, non sempre adeguati all’entità del problema) di contenimento operati dalla Corte Costituzionale, hanno ormai superato ogni limite (compreso, se ci è permesso usare un’espressione forte, quello della decenza).

Bisogna ora domandarsi, però, se vi sia o meno l’esigenza di un totale superamento della fase dell’«almeno non» e delle decisioni rinneganti in materia di decretazione d’urgenza. Tra i motivi che spingono la Corte alla prudenza – necessità di decidere secondo equità ovvero secondo opportunità, valorizzazione delle decisioni politiche del Governo, deferenza nei confronti del Parlamento e delle minoranze parlamentari – ve ne sono alcuni che possono apparire “nobili”. Partendo da questa premessa, si potrebbe arrivare a dire che non è necessario, e che anzi sarebbe inopportuno, ricondurre la decretazione d’urgenza in una dimensione completamente fisiologica, potendosi intervenire solo per limitare, sia pur in maniera più incisiva di come oggi avvenga, gli abusi più gravi. Questa posizione, tuttavia, non

possa revocarsi in dubbio il fatto che quest’affermazione è valida riferita non solo al problema della sanabilità in sede di conversione, bensì a qualunque vizio del decreto-legge si manifesti come cronico.

appare condivisibile per diverse ragioni. **Prima di tutto**, la legalità costituzionale non è un qualcosa da applicare *à la carte*: in questo sta, d'altronde, la stessa ragion d'essere della Corte Costituzionale, la quale è l'unico organo, tra quelli che hanno la possibilità di effettuare un controllo sugli atti con forza di legge, a non poter anteporre, almeno in teoria, valutazioni politiche alla verifica della legittimità costituzionale (volendosi ancora una volta tralasciare, qui, il problema del “*fiat iustitia ne pereat mundus*”: v. *supra*, nota 128). **In secondo luogo**, a noi pare che il voler ricostruire il problema dell'abuso del decreto-legge in termini di “ridimensionamento” della dimensione patologica non tenga conto della peculiarità assoluta del fenomeno abusivo in esame, che è dato non già da un semplice *snaturamento* dello strumento della decretazione d'urgenza, bensì da un vero e proprio «sdoppiamento della nozione di decreto-legge», come già fu intuito dal Lavagna¹⁶¹ e poi teorizzato compiutamente da Franco Modugno, per il quale accanto ai *decreti-legge straordinari* – quelli cioè *adottati in casi veramente straordinari*, ex art. 77, comma 2, Cost. – si è venuta a formare la categoria dei *decreti-legge ordinari* – «vero e proprio nuovo iter di formazione della legge»¹⁶² (sul punto si veda anche *supra* § II, A, 2). Contrastare la dimensione patologica della decretazione d'urgenza, dunque, significa ricondurre a nozione unitaria il decreto-legge, ciò che può avvenire solamente con un annichilimento del “decreto-legge ordinario”, e non già con un semplice “ridimensionamento dello sdoppiamento”, ciò che costituirebbe un non senso logico: *uno “sdoppiamento” non si può ridurre, ma solo eliminare*. Abbiamo visto, d'altronde, come la prudenza della Corte Costituzionale, ispirata al principio dell'intervento solo per le violazioni più gravi, non riesca in nessun modo a contenere l'abuso del decreto-legge. Vi è, infine, una **terza ragione**, più “politica” (ma in senso alto), per la quale riteniamo necessario superare l'attuale fase giurisprudenziale. Abbiamo visto come un approccio morbido e flessibile da parte della Corte Costituzionale possa avere come effetto ultimo persino quello di un disequilibrio tendenzialmente definitivo tra i poteri dello Stato che si traduce in un lento (ma ormai in stadio avanzato) prevaricamento dell'esecutivo sugli altri poteri e, in ispecie, su quello legislativo. Ebbene, deve osservarsi come il “punto di non ritorno” sia ormai molto vicino e che, anzi, alcuni “disequilibri” definitivi si siano già attestati. Proprio l'abuso della decretazione d'urgenza (e della legislazione delegata), hanno

¹⁶¹ Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, p. 295, ove l'A. riconosceva che «dei decreti-legge si hanno in sostanza due tipi»: il primo, «rigorosamente conforme all'art. 77» e che «attribuisce al decreto-legge la natura di *atto legislativo indifferibile, ma provvisorio*», ed il secondo, che è invece «basato su una interpretazione storica ed estensiva» per la quale il decreto-legge consiste in un «*atto di mera anticipazione legislativa*, destinato ad introdurre una disciplina immediata, ma tendenzialmente stabile».

¹⁶² F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi*, cit., p. 3236. Sul punto si veda pure F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., *passim*.

comportato – come ha pregevolmente ricordato Marta Cartabia – ad «alcune trasformazioni sistemiche» e «fondamentali» consistenti in una «alterazione complessiva degli equilibri istituzionali in tema di fonti», data da una «perdita di alterità e di dialettica istituzionale tra Parlamento e Governo nella produzione normativa» e, soprattutto, «dall’assunzione, da parte del Governo, del ruolo di “signore delle fonti”»¹⁶³. Una volta si riteneva, certo con eccessiva rigidità, che al Parlamento spettasse il potere legislativo, al Governo l’esecutivo, alla Magistratura il giudiziario; che il Presidente della Repubblica fosse una sorta di “notaio”. Ma se quella visione era rigida e irrealistica, la situazione empirica attuale sfiora (e forse la supera) quella che potremmo definire la «illegalità democratica». Il Parlamento, eletto sulla base di una legge elettorale incostituzionale (Corte Cost., sent. n. 1/2014), ridotto a poco più di un mero esecutore delle decisioni assunte in sede governativa; il Governo che si comporta da titolare del legislativo; il Presidente della Repubblica che ormai incide, di fatto, anche sulla determinazione dell’indirizzo politico, esercitando una funzione che potrebbe definirsi “para-esecutiva”. E la lista potrebbe continuare. Questa situazione si è resa possibile, e continua ad aggravarsi, anche grazie all’utilizzo sconsiderato del decreto-legge che, da atto da assumere in casi di straordinaria necessità e urgenza, si è trasformato nello strumento con il quale un esecutivo – *signore delle fonti*, secondo la suggestiva espressione usata dalla Cartabia – sempre più insofferente ai limiti imposti dalla democrazia parlamentare ha tentato di scardinare i varî “laccî e lacciuoli” che il Costituente aveva posto proprio per consentire al sistema di resistere agli eventuali “tentativi di sconfinamento” del Governo. E il *paradosso* di questa situazione sta proprio in ciò, che la previsione di una disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza, presentata dalla Costituzione come *extrema ratio* da usarsi solo nei casi di «straordinaria necessità e urgenza», era stata prevista dal Costituente come *limite al potere esecutivo*¹⁶⁴, come tentativo, cioè, di “ingabbiare” gli interventi para-legislativi del Governo all’interno di limiti predeterminati, mentre nella prassi l’art. 77 viene di fatto a svolgere una funzione esattamente opposta, di «continuità e non di discontinuità rispetto alle esperienze del passato»¹⁶⁵, vale a dire quella di *dare una base costituzionale, e quindi “legale”, ad un atteggiamento di persistente prevaricazione del Governo sul potere legislativo*.

¹⁶³ M. CARTABIA, *Introduzione. Il Governo “signore delle fonti”?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *op. cit.*, p. XI.

¹⁶⁴ Come ricorda molto puntualmente L. PRETI, *op. cit.*, p. 26, scegliendosi di dare una disciplina costituzionale al decreto-legge – anziché, come pure era stato proposto, lasciarlo privo di una base giuridica trasformandolo in uno strumento *contra legem* (o *contra constitutionem*) che il Governo avrebbe dovuto adottare sotto la sua piena responsabilità politica – il Costituente ha voluto «evitare il pericolo che il silenzio della legge possa favorire un arbitrario uso di questa arma da parte del Governo».

¹⁶⁵ A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 8.

Ebbene, il fatto che la decretazione d'urgenza sia stata usata regolarmente come strumento per erodere i meccanismi di auto-salvaguardia del sistema, per scardinare, cioè, l'equilibrio dato dai pesi e dai contrappesi, dai poteri e dai contropoteri, previsti dalla Costituzione, è il sintomo a nostro avviso incontestabile che il secondo comma dell'articolo 77 Cost. sia stato *interpretato (dalla Corte Costituzionale) e utilizzato (dal Governo) in modo sbagliato*¹⁶⁶. Non può certo revocarsi in dubbio, d'altronde, che un istituto giuridico il quale viene usato per *finalità esattamente contrarie* a quelle che avevano ispirato la sua disciplina sia stato *applicato sulla base di presupposti errati*. A ragionare diversamente, d'altronde, si dovrebbe ammettere che non sia possibile dare un'interpretazione dell'articolo 77 che risulti coerente con le sue finalità, che quindi quest'ultimo sia solo un orpello inutile e, anzi, controproducente. Da cui dovrebbe trarsi la ulteriore deduzione che non vi sia, né vi possa essere, alcun modo di predeterminare dei limiti legali alla decretazione d'urgenza, di guisa che – come pure era stato sostenuto già in seno all'Assemblea Costituente¹⁶⁷ – se veramente si volesse relegare il decreto-legge a casi straordinari, lo si dovrebbe rendere strumento *contra constitutionem*, privandolo cioè di qualsivoglia disciplina e lasciando al Governo la piena responsabilità di adottarlo *illegalmente* in quei casi talmente eccezionali nei quali – «*ne pereat mundus*» – egli possa ritenersi, per così dire, “scriminato” dalla contingenza.

L'esigenza di un superamento dell'attuale giurisprudenza sulla decretazione d'urgenza, dunque, emerge anche dalla necessità di reinterpretare l'articolo 77 in maniera congrua alle sue stesse finalità, incentivando così il Governo ad utilizzare il decreto-legge in modo corretto, e *riflette, su di un piano più generale, la più grande esigenza, già ravvisata in dottrina, di «riattivare un circuito virtuoso tra Parlamento e Governo», per la quale «l'intervento del giudice delle leggi non è più differibile»*¹⁶⁸.

Queste considerazioni, per altro, ci consentono di poter scartare serenamente tutte le tesi (invero quantitativamente prevalenti) che cercano una soluzione, per così dire, “moderata” al problema, forse sulla scorta di una certa (comprensibile) rassegnazione, o più semplicemente

¹⁶⁶ Né si potrebbe giustificare un siffatto uso del decreto-legge sulla base del fatto che “il fine giustifica mezzi”. Com'è stato mirabilmente notato, la «sconfitta» del complessivo meccanismo istituzionale «non riesce neppure a risarcire con la moneta dell'efficienza e della rapidità decisionale gli alti costi che la banalizzazione del decreto legge – ridotto, quando va bene, a “disegno di legge a urgenza garantita” (Predieri) – fa pagare in termini di scardinamento del riparto delle attribuzioni legislative fra governo e parlamento e di attentato ai valori a quel riparto strutturalmente connessi (certezza del diritto, salvaguardia dei diritti degli individui, tutela delle minoranze...)» (A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 11. Per il richiamo al Predieri si veda in questo saggio, *supra*, nota 9).

¹⁶⁷ Ci riferiamo a quel «punto di vista che potrebbe dirsi della scuola liberale» – che peraltro, in un primo momento, era prevalso in sede di Commissione – secondo il quale si riteneva «di non disciplinare nella Costituzione il decreto-legge, in maniera da attribuire al Governo la piena responsabilità politica per gli eventuali provvedimenti legislativi d'urgenza che esso credesse di dover adottare *contra legem*» (L. PRETI, *op. cit.*, p. 26).

¹⁶⁸ M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata*, cit., p. 91. Corsivi aggiunti.

perché, parafrasando Piero Fiorelli, «l'argomento era di moda e, tra le tesi opposte, è naturale che le moderate, nelle loro varie gradazioni, raccogliessero molti suffragi»¹⁶⁹.

L'impossibilità di un mero "ridimensionamento" dell'abuso, per i motivi sopra esposti, e l'ormai avanzato stadio di disequilibrio democratico dell'ordinamento non possono che condurre, invece, ad assumere soluzioni "forti". Perché l'auspicato *nuovo* «adesso basta» della Corte possa essere veramente efficace, è necessario che esso sia anche un «mai più». Il che significa che la Corte dovrà giungere ad individuare il *maggior numero di limiti rigidi e oggettivi*, che, da un lato, le neghino qualunque forma residua di "arbitrarietà" delle decisioni e, dall'altro, *restringano al minimo possibile quel «residuo margine di elasticità nel quale il Governo potrà muoversi»* di cui si parlava sopra (v. *supra* § III, B, b)). La prima di queste due esigenze può essere facilmente assolta *rinunciando per sempre all'emanazione di decisioni rinneganti*. La seconda esigenza, invece, è più complessa, e richiede interventi, per così dire, "estremi".

B. Ragionando per materie: la tesi "estrema" (ma condivisibile) di Lorenza Carlassare

Nell'ambito del dibattito relativo ai limiti contenutistici del decreto-legge la posizione forse più estrema è quella di Lorenza Carlassare¹⁷⁰. Il punto di partenza delle riflessioni dell'Autrice sta, come già accennato, nell'osservazione della "pericolosità" del decreto-legge in relazione al mantenimento dell'equilibrio tra i poteri dello Stato e, dunque, in relazione alla configurazione democratica dell'ordinamento. Da tale constatazione, viene ravvisata l'esigenza di un ripensamento dei limiti alla decretazione d'urgenza, da effettuarsi sulla base di una interpretazione sistematica della Costituzione. Così, richiamando la dottrina spagnola sui *decretos-leyes* (art. 86, comma 1, della *Constitución española*) secondo la quale «le materie non suscettibili di essere regolate con decreto-legge non sono soltanto quelle riservate dalla Costituzione alla legge organica, ma anche quelle riservate alla legge ordinaria»¹⁷¹, la Carlassare ritiene che siano inibiti agli atti governativi, ex art. 77, secondo comma, Cost. It., tanto le materie indicate, puntualmente, dall'art. 15 della l. 400/1988 – i cui limiti imposti alla

¹⁶⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, Vol. II, Varese, 1953, p. 257, analizzando le posizioni di alcuni Autori in materia di tortura giudiziaria (ma le medesime considerazioni valgono anche, *mutatis mutandis*, per il decreto-legge, così come valgono, probabilmente, per qualunque altro istituto giuridico).

¹⁷⁰ La tesi cui ci riferiamo è stata sostenuta dall'Autrice in diverse occasioni, tra le quali possiamo ricordare, almeno, L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, tomo 2, Milano, 2008, 536 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, cit.; ID., *La "riserva di legge"*, cit.; ID., *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris* 1996, 986 ss.

¹⁷¹ L. CARLASSARE, *La "riserva di legge"*, cit., p. 461.

decretazione d'urgenza, d'altronde, l'A. ritiene discendere direttamente dalla Costituzione¹⁷² –, quanto quelle per le quali la Costituzione prevede una (qualunque) riserva di legge, rigettando invece, con fermezza¹⁷³, le altre tesi più permissive, compresa quella, pur prevalente (e comunque meno “permissiva” delle altre), secondo la quale sarebbero vietati i decreti-legge solo in presenza di una riserva di legge c.d. “formale”¹⁷⁴. Ragionando in quest’ottica, tra l’altro, parimenti inibita alla decretazione d’urgenza sarebbe pure la materia della disciplina degli Enti locali, sulla quale anche parte della dottrina italiana ha assunto una posizione restrittiva (v. *supra*, nota 56). Vero è che la Costituzione spagnola vieta espressamente il decreto-legge sia in relazione «*al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado*» che «*al régimen de las Comunidades Autónomas*» (art. 86, comma 1, *Const. Es.*), ma va pure detto che, secondo la dottrina spagnola, tali limiti «esisterebbero comunque», cioè a prescindere dall’espresso divieto *ex art. 86 Const. Es.*, «in quanto già derivanti dalle [altre] disposizioni costituzionali che riservano determinate materie alla legge»¹⁷⁵.

Benché, nella prevalenza di tesi “moderate”, la tesi di Lorenza Carlassare possa apparire “estrema”, a noi pare che essa sia pienamente condivisibile. D'altronde se è vero – e noi ne siamo convinti – che il “*modello gerarchico*” non sia più idoneo a spiegare tutti i complessi rapporti e le differenze intercorrenti tra le varie fonti del diritto, potendosi esso al più mantenere solo «come schema di massima»¹⁷⁶, a noi pare non si possa più sostenere, come pure ha fatto la Corte in passato¹⁷⁷, che, con le cc. dd. “riserve di legge sostanziali”, il Costituente abbia semplicemente voluto assegnare la potestà normativa in una certa materia ad un certo “livello” della gerarchia (in particolare quello c.d. “primario”), e non, invece, ad un certo tipo di atto (cioè la legge). Legge e decreto-legge sono atti diversi, assimilabili solo

¹⁷² Così, in L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto*, cit., p. 553, l'A. scrive che quelli «ribaditi dall’art. 15 comma 2 l. n. 400» sono «limiti costituzionali», pur riconoscendo, altrove, che la legge in questione «non [ha] valore costituzionale» (L. CARLASSARE, *La “riserva di legge”*, cit., p. 458).

¹⁷³ Si chiede, infatti, l'A. «com’è possibile che nel nostro paese, a un cinquantennio ed oltre dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, dottrina e giurisprudenza continuino a rimanere indifferenti a considerazioni tratte dai principi supremi, rimanendo ancora ancorate ad argomentazioni e discorsi legati a strutture del passato e già allora – almeno dalla dottrina più attenta – condannati»? (Ivi, p. 463).

¹⁷⁴ Più in particolare, l'A. nega, alla radice, la distinzione tra riserva di legge (solo) formale e riserva di legge sostanziale, chiedendosi: «se, come pare corretto, la riserva non può che essere riserva di legge formale, come si spiega tale denominazione, e, soprattutto, a cosa si riferisce»? (Ivi, p. 456).

¹⁷⁵ Ivi, p. 462, richiamando, in particolare, A. M. CARMONA CONTERAS, *La configuración constitucional del decreto-Ley*, Madrid, 1997, pp. 129 ss.

¹⁷⁶ Ci riferiamo, naturalmente, alla tesi di Franco Modugno, sostenuta in diverse occasioni, tra le quali, recentemente: F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997; ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, nonché in www.astrid-online.it, 2008; e, da ultimo, ID., *Le fonti del diritto*, cit., pp. 104 ss., da cui è tratta la citazione nel testo.

¹⁷⁷ Possiamo ricordare, *ex multis*, la sent. n. 184/1974, nella quale si affermava che «la parificazione alle leggi formali degli atti “aventi forza di legge” (tra i quali certamente rientra il decreto legge) abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate» (*Cons. dir.* § 5).

per forza e valore. Se il primo ha competenza generale, il secondo ha competenza limitata per contenuto e ai soli casi di straordinaria necessità e urgenza. Se il primo è espressione della ordinaria funzione legislativa, il secondo è espressione di un intervento eccezionale del potere esecutivo. Se il primo è frutto di un lungo dibattito tra le tutte le forze politiche (anche di minoranza), il secondo è un atto contingibile ed urgente introdotto nell'ordinamento dal Governo (cioè dalla sola maggioranza) e che viene a stabilizzarsi con la conversione in tempi brevissimi. Insomma, i due atti sono diversi tra di loro quasi sotto ogni profilo, e se la Costituzione, in alcuni casi, parla di “legge”, non si può dare a tale parola il significato di “rango primario”, poiché *prima che per gerarchia le fonti si distinguono per competenza*. Nel caso di specie, dunque, quella che si ravvisa è, da un lato, la inidoneità «di “provvedimenti” eccezionali di necessità e urgenza a porre “discipline” ferme e stabili, come quelle su cui grava una riserva di legge»¹⁷⁸ e, dall'altro, l'attestarsi della legge (la n. 400/1988, nel caso di specie) ora come atto di «mantenimento e sviluppo (svolgimento) della Costituzione»¹⁷⁹, ora come fonte competente a “dettare” norme sulla normazione *anche in riferimento allo stesso “livello primario”*»¹⁸⁰.

Ci sia consentita un'ultima osservazione: se il decreto-legge fosse stato interpretato, e dunque, usato nel modo suggerito, già a suo tempo, da Lorenza Carlassare, sarebbe stato certamente molto più difficile, forse ai limiti del possibile, utilizzarlo per «scardinare» gli equilibri dell'ordinamento. La “prudenza” della Corte, invece, non solo ha consentito ma, addirittura, ha finito per promuovere (v. *supra* § II, B, 2) un uso distorto della decretazione d'urgenza. Prima che le argomentazioni tecniche (già, di per sé, convincenti) è, infine, la storia a dare ragione – o quantomeno a “non dare torto” – alla tesi “estrema” – sino ad oggi sempre scartata a tutti i livelli¹⁸¹ – di Lorenza Carlassare.

Naturalmente, anche la proposta in esame, come tutte le tesi, può essere “perfettibile”.

Ad essa, per esempio, si potrebbe obiettare che «ritenere che al decreto-legge non sia consentito d'intervenire negli ambiti coperti da riserva di legge significherebbe, con effetti alquanto paradossali, impedire all'ordinamento d'apprestare una reazione tempestiva proprio

¹⁷⁸ G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, cit., p. 322.

¹⁷⁹ Qui il riferimento è alla nota tesi di Franco Modugno, sintetizzata da ultimo in *Le fonti del diritto*, cit., pp. 134 ss., secondo la quale la funzione legislativa non possa più essere intesa né come «funzione normativa», né come «funzione di emanare atti con la forma e il valore di legge», bensì «nel mantenimento e nello sviluppo (svolgimento) della Costituzione, ossia dei valori fondamentali di cui è sostanziato l'ordinamento» (p. 135).

¹⁸⁰ Cfr. F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., *passim*.

¹⁸¹ Fatte salve, naturalmente, alcune eccezioni, tra le quali possiamo ricordare, ad esempio, G. DI COSIMO, *E le Camere stanno a guardare*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. I *Delle fonti del diritto*, Napoli 2009, p. 163 s.

nel campo dei diritti fondamentali»¹⁸² e delle libertà, quello, cioè, «in cui tipicamente si esplica la decretazione d'urgenza»¹⁸³; oppure che «visto il numero e la qualità delle riserve di legge previste in Costituzione, l'art. 77 avrebbe davvero poco senso»¹⁸⁴. Queste critiche sono certamente spinte da preoccupazioni molto serie e condivisibili, quali la possibilità di approntare una tempestiva tutela a possibili lesioni dei diritti fondamentali e l'esigenza che il decreto-legge, da “strumento di chiusura”, non si trasformi in uno strumento di scarsa utilità perché impossibilitato a provvedere in maniera efficace rispetto alla contingenza urgente. Per altro verso, però, non ci pare possa revocarsi in dubbio che, riconoscendosi il decreto-legge quale istituto straordinario poiché comportante una deroga di consistente entità alla normale dinamica degli equilibri istituzionali, i limiti alla decretazione d'urgenza debbano essere ricercati non già per quello che *potrebbe essere utile che possa fare*, bensì per quello che *può fare nella misura in cui è consentito che faccia*. E quest'ultima è data da quel “margine di sostenibilità” di cui abbiamo scritto prima (v. *supra* § III, B, b)), margine che, invero, è molto stretto. A tal proposito, devono farsi almeno due considerazioni: la prima, che quella di impedire al decreto-legge di invadere il campo dei diritti fondamentali fu proprio una delle preoccupazioni principali emerse in seno all'Assemblea costituente, e che infine spinse quest'ultima a escludere la possibilità che con il decreto-legge potessero essere modificate norme di rango costituzionale¹⁸⁵; la seconda, che la ragione che spinse il Costituente ad inserire nel testo le varie riserve di legge fu proprio quella di limitare fortemente la possibilità che il Governo incidesse sui diritti fondamentali e le libertà¹⁸⁶. Bisognerebbe allora “rassegnarsi”, forse, al fatto che su certe materie non si possa intervenire, piaccia o non piaccia, per il mezzo del decreto-legge, poiché in gioco c'è l'interesse superiore alla salvaguardia della democraticità dell'ordinamento. Si tratterebbe, insomma, di un

¹⁸² D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., cap. 1, par. 3.1.

¹⁸³ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 162.

¹⁸⁴ M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, già in astrid.eu, ora in A. CERRI, P. HÄBERLE, IB M. JARRAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelantonio Cervati*, vol. III, Roma, 2000, da cui citiamo, p. 153, n. 55.

¹⁸⁵ Come riportano V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Vicenza, 1976, p. 222, «l'on Codacci Pisanelli [...] propose, e la proposta fu accolta dalla Commissione e dall'Assemblea, che si parlasse di leggi ordinarie (“decreti che abbiano valore di legge ordinaria”), “escludendo quindi che con essi (i decreti-legge) possano essere modificate leggi costituzionali”: il Governo, in altri termini, deve poter esercitare la funzione legislativa ordinaria, ma non quella costituente (che non è mai neppure delegabile); si avrà così una maggiore garanzia, perché se con i decreti-legge si poté in passato modificare anche disposizioni su cui si basavano i diritti fondamentali di libertà dei cittadini, in avvenire questo non sarà più possibile» (corsivi aggiunti).

¹⁸⁶ Come nota F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 111, è lo stesso istituto della riserva di legge che, storicamente, nasce con la ratio di obbligare il legislatore a normare su date materie «precipualemente legate alla sfera della libertà individuale», le quali vengono, dunque, «riservate alla legge in quanto il legislatore è presunto essere il soggetto più idoneo a disciplinarle». Sul punto si vedano anche: S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; L. CARLASSARE, *Riserva di legge*, cit.; ID., “Riserva di legge”, cit.

bilanciamento di interessi – quello alla salvaguardia della democraticità, da un lato, e quell'altro che potrebbe venire ad essere tutelato, nel caso, con decreto-legge, dall'altro – che si trova *già risolto* a favore della prima all'interno della Carta costituzionale, *proprio perché* non si possa “cedere alla tentazione” di risolverlo in altra maniera. A ragionare diversamente, a noi pare, si rischierebbe di far dipendere la determinazione dei limiti alla decretazione d'urgenza da esigenze emergenti prevalentemente dall'opportunità.

A ciò si aggiunga, poi, che non sarebbe neanche del tutto esatto affermare che al decreto-legge sia impedito qualunque intervento nel campo dei diritti fondamentali, poiché ve ne sono alcuni – quale, ad esempio, il diritto di difesa (art. 24 Cost.), riconosciuto anche quale principio supremo dell'ordinamento (v. *supra* § III, B, a), *interludio*) – che non sono coperti da riserva di legge. Da tale constatazione, per altro, si può agevolmente dedurre che, pure a voler ammettere la sussistenza dei limiti di materia proposti dalla tesi in esame, vi sarebbero ancora degli spazi residui in cui il decreto-legge potrebbe essere legittimamente adottato per approntare misure efficaci rispetto alla contingenza urgente, senza considerare il fatto che è sempre possibile una ricostruzione elastica degli stessi limiti di materia, sicché la preclusione della decretazione d'urgenza nelle materie coperte da riserva di legge non avrebbe necessariamente quella portata “paralizzante” che era stata paventata.

Bisogna invece osservare che, semmai, è proprio la “*elasticità*” dei limiti di materia che potrebbe costituire, a nostro avviso, un “punto debole” della tesi in esame. Essa, infatti, potrebbe andare incontro all'obiezione che il “controllo per materia” rischia di divenire un controllo *spesso aleatorio* e nient'affatto “rigido”, poiché in concreto, come dimostra la cospicua giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa ai commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., non sempre è facile ricondurre una tal norma ad una certa materia.

Per rispondere a tale obiezione, però, è necessaria una riflessione più profonda.

C. Ragionando “oltre” le materie: una nuova proposta “*estremissima*” e gli altri rimedi

a) La nuova proposta. Quello della elasticità dei limiti contenutistici, infatti, è forse, il più grande problema relativo al controllo al decreto-legge. Concetti quali la «straordinaria necessità ed urgenza» si svuotano di contenuto quando non si riescano a trovare degli appigli oggettivi e rigidi che possano supplire alla elasticità del concetto di partenza. Naturalmente la Corte Costituzionale, come visto nel corso della trattazione, ci mette del suo, “elasticizzando” all'inverosimile anche quei pochi “scoglietti” ai quali ci si potrebbe aggrappare, sia per il tramite delle ricordate puntualizzazioni concettuali (tipi di reiterazione, tipi di omogeneità,

etc.), sia per il tramite della tecnica di redazione “rinnegante” delle decisioni. Ma anche proprio a causa di questo atteggiamento della Corte, il tentativo di risolvere il problema unicamente con l’identificazione di “materie” escluse dalla decretazione d’urgenza potrebbe rivelarsi insufficiente se non, addirittura, irrilevante.

Questa problematica sembrerebbe, probabilmente, *insuperabile*, qualora ci si basasse sull’attuale modello di decreto-legge. Se è vero, come abbiamo scritto sopra, che «l’abuso appartiene alla fisiologia dello strumento» a causa della sua “elasticità intrinseca”, davanti al riscontro dell’impossibilità di individuare qualsivoglia criterio oggettivo idoneo a delimitare efficacemente i limiti della decretazione d’urgenza (e a garantire, di riflesso, un altrettanto efficace sindacato di costituzionalità), dovrebbe ammettersi che l’unico modo di impedire al Governo di usare il decreto-legge *contra constitutionem* sia quello di impedire, sopprimendolo, lo stesso decreto-legge, decretando così lo “sbaglio” dell’Assemblea costituente la quale, non ostante opinioni discordanti (v. *supra*, note 164 et 166), aveva infine ritenuto più efficace la soluzione di “ingabbiarlo” entro limiti predeterminati, piuttosto che relegarlo alla categoria degli “atti illegittimi eccezionalmente autorizzati”.

Per non dover giungere ad una tale, deludente, conclusione, abbiamo provato a seguire il “suggerimento” dato, molti anni or sono, da Livio Paladin il quale, di fronte all’«effetto devastante» dato dall’abuso dei decreti-legge, invitava la dottrina a *ripensare le tradizionali posizioni assunte in materia*, poiché «questioni di così grande importanza concettuale e pratica, collocate al crocevia fra il sistema delle fonti normative e la forma di governo, non possono essere passate sotto silenzio da parte nostra»¹⁸⁷. Abbiamo così provato ad immaginare un nuovo modello di decreto-legge che fosse diverso da quello che avevano in mente i membri dell’Assemblea Costituente eppure, allo stesso tempo, perfettamente coerente con la disciplina costituzionale in vigore, e che anzi potesse maggiormente “gratificare” quest’ultima perché, individuando criteri oggettivi per l’individuazione dei limiti contenutistici, impedirebbe lo “sdoppiamento” della nozione di decreto-legge (v. *supra* § IV, A).

Nel compiere quest’«impresa», siamo partiti da una premessa principale, data da due concetti intimamente legati tra loro, vale a dire quello del superamento del criterio gerarchico a favore di quello di competenza (v. *supra* § IV, B) e quello della c.d. “crisi della legge”¹⁸⁸. Il decreto-

¹⁸⁷ L. PALADIN, *Atti Legislativi*, cit., p. 29.

¹⁸⁸ Per una definizione ed un’analisi del concetto, troppo complesso perché in questa sede possa trovare una soddisfacente trattazione, è d’obbligo rimandare ai fondamentali lavori di Franco Modugno, tra i quali ricordiamo: F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e Società*, n. 3/1989, pp. 411 – 434, nonché, con qualche modifica, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*,

legge è, infatti, un istituto che è sopravvissuto al cambio di regime costituzionale avvenuto nel biennio 1946 – 1948. Esso nasce in un momento della cultura giuridica – storicamente corrispondente allo Stato liberale borghese – in cui la legge era ritenuta al centro del sistema – in quanto «atto normativo primario per eccellenza o per antonomasia»¹⁸⁹ e «fonte principale delle regole di formazione e trasformazione dell'ordinamento»¹⁹⁰ – e la gerarchia della fonti era considerata una sorta di *dogma indubitale, financo infallibile*. Su questa concezione culturale giuridica *gerarchica e legicentrica* si sono formati tutti i giuristi viventi al tempo dell'Assemblea Costituente, ed è normale che, nel voler concedere straordinari poteri al Governo in relazione ai casi di necessità ed urgenza, si sia pensato di fornire ad esso la possibilità di avvalersi eccezionalmente di atti con la forza della legge. Ma tale possibilità era pur sempre stata pensata per fornire al Governo gli strumenti adatti per *provvedere* – attività, d'altronde, connaturata al potere esecutivo – e non già per *legiferare*, ciò che tra l'altro è confermato dalla differente terminologia che l'articolo 77 Cost. usa in relazione alla delega legislativa («decreti che abbiano valore di legge ordinaria») – con la quale, invece, il Governo è chiamato proprio a *legiferare in forma delegata* – e alla normazione d'urgenza («provvedimenti provvisori con forza di legge»).

Bisogna oggi prendere atto di come quella concezione del sistema delle fonti sia profondamente mutata, proprio perché mutato è lo stesso sistema: il passaggio ad un ordinamento a forma “legale costituzionale” ha determinato che al centro del sistema non vi sia più la legge, bensì la Costituzione; ma quest'ultima esercita, sulle altre fonti, una supremazia «di natura diversa rispetto a quella della legge», di guisa che essa «*dissolve lo schema gerarchico, disponendo della legge*, stabilendo ambiti di materie ad essa sottratti, creando nuove fonti da affiancarle, limitandone il contenuto»¹⁹¹; ne discende che «*la legge non è più categoria unitaria, né è più atto normativo primario per eccellenza*»¹⁹² e che «in

Milano, 1992, pp. 125 – 156; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit. Si vedano, inoltre, almeno: L. VIGNA, V. ALIBERTI, *Regolamenti*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. V, Torino, 1852; F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1930; F. TERRÉ, *La « crise de la loi »*, in *Arch. de phil. du droit*, 1980; S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Diritto e Società*, 1983; M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, Vol. 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000; P. CAPPELLO, *La crisi della legge e certezza del diritto*, su www.tecnichenormative.it; A. CELOTTO, E. CONTE, *La legge: dalle origini alla crisi*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10, jul./dez. 2007, pp. 125 – 142; P. CARETTI, *La “crisi” della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2010; C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, in AA. VV., *Il libro dell'anno di diritto 2013*, Roma, 2013, pp. 305-308.

¹⁸⁹ F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., p. 2.

¹⁹⁰ Ivi, p. 59.

¹⁹¹ Ivi, p. 61.

¹⁹² Ivi, p. 60.

realtà tutte e ciascuna delle fonti [...] si presentano come fonti atipiche rispetto alle altre»¹⁹³. Ora, quello della «crisi della legge» è, di per sé, un concetto neutro, nel senso che «non è necessariamente sinonimo di “disordine” né manifestazione del deterioramento di una condizione oggettiva con conseguente instabilità socio-politica», ma è solo la conseguenza della «scelta» effettuata «per la forma legale costituzionale»¹⁹⁴. Tuttavia, la crisi della legge può assumere una connotazione negativa quando l'assetto istituzionale dello Stato non sappia adeguarsi al mutato quadro delle fonti normative. E così si spiegano tutta una serie di “storture”, di «*abusi* nel ricorso ai diversi tipi di fonte» (snaturamento dello strumento della delega legislativa, abuso delle delegificazione, *etc.*) tra i quali – ed è significativo – il Modugno ricorda *per primo* l'«uso eccessivo e distorto del decreto legge»¹⁹⁵.

Bisogna allora chiedersi come si possa uscire da questa situazione. Ebbene, posto che oramai il superamento della gerarchia a favore della competenza è fenomeno «irreversibile», l'unico modo di mantenere la «“vitalità” democratica delle istituzioni interne» sembra essere quello di giungere ad «un'ulteriore evoluzione del sistema che segua lo schema competenziale, assicurando finalmente un'adeguata (e razionale) affermazione di pluralismo istituzionale e normativo»¹⁹⁶.

Traendo le conclusioni da tali premesse, a noi pare corretto affermare che l'«abuso del decreto legge» derivi, da un punto di vista strettamente giuridico, dallo scostamento che intercorre tra il “modello” di decreto-legge che viene utilizzato, residuo del vecchio sistema legicentrico e gerarchizzato, ed il mutato assetto ordinamentale derivato dalla scelta per la forma legale costituzionale, che fu espressa proprio con l'entrata in vigore di quella Costituzione da cui il decreto-legge trae oggi legittimazione. La rilevata impossibilità di individuare criteri oggettivi idonei a delimitare efficacemente i limiti della decretazione d'urgenza, allora, sarebbe non già la causa primaria dell'abuso, bensì essa stessa conseguenza del suddetto “scostamento” tra un modello di decretazione d'urgenza anacronistico, oltre che inadeguato al costituzionalismo democratico, e l'attuale sistema a forma legale costituzionale che al costituzionalismo democratico è senz'altro ispirato. Da cui si può trarre la ulteriore conclusione, la cui esattezza cercheremo di dimostrare, che ripensando l'istituto nel suo complesso, individuando cioè un modello *nuovo*, più adeguato e più aderente all'attuale sistema costituzionale pluralistico, il problema dell'individuazione di limiti oggettivi alla decretazione d'urgenza e dell'utilizzo di quest'ultima per “scardinare” gli equilibri democratici istituzionali del nostro ordinamento

¹⁹³ Ivi, p. 61.

¹⁹⁴ Ivi, p. 61.

¹⁹⁵ Ivi, p. 63.

¹⁹⁶ Ivi, p. 64.

possa essere superato.

Ora, tra i possibili effetti “positivi” del superamento della gerarchia, c’è il fatto che le fonti cc.dd. “secondarie” (che, per comodità, continueremo a chiamare così) non siano più delle fonti, per così dire, di “serie B”, secondo la vecchia concezione per la quale “il regolamento esegue la legge, è fondato sulla legge, è subordinato alla legge”, bensì fonti con un proprio ambito di competenza specifico, attribuito dalla legge (o, talvolta, persino direttamente dalla Costituzione¹⁹⁷) ma a fronte del quale la stessa legge – per usare la nota espressione di Zanobini¹⁹⁸ – si «ritira», arrivandosi così a smentire l’assunto secondo cui «ove la fonte superiore intervenga, essa è “preferita” alla fonte inferiore»¹⁹⁹. La valorizzazione del “livello secondario” può, dunque, ben costituire un rimedio contro l’abuso che si perpetua al “livello primario” per mezzo delle fonti paralegislative, che potrebbe, ad esempio, essere in parte risolto – come suggerisce il Modugno – attraverso «il ricorso a strumenti quali le delegificazioni»²⁰⁰.

Ci pare debba essere questa la direzione da seguire per “ripensare” il decreto-legge. Se l’esigenza sottesa alla decretazione d’urgenza è quella del “provvedere”, infatti, quale atto meglio di un regolamento può adempiere a tale compito? A che serve la forza di legge? L’unica utilità reale che potrebbe avere quest’ultima è quando una certa norma, qualora adottata con atto regolamentare, risultasse antinomica rispetto ad un’altra vigente al “livello primario”. Si dice – correttamente – che il decreto-legge in tanto si può emanare, in quanto non sarebbe possibile adottare una legge ordinaria. Ma se ciò è vero, allora dovrebbe essere altrettanto vero che non si può emanare un decreto-legge quando la stessa disciplina si potrebbe adottare con regolamento (o, qualora possibile, con altro atto provvedimentale la cui adozione spetti al Governo), come pure l’Esposito, pur partendo da premesse diverse dalle nostre, non aveva mancato di osservare²⁰¹. Volendo fare nostre le parole di un altro autorevolissimo Autore, «non si tratta di mettere in dubbio la forza di legge del decreto [...]. Si tratta invece di ragionare sulla differenza tra il legiferare e il provvedere, una differenza

¹⁹⁷ È il caso, ad esempio, dei i regolamenti locali, ai quali qualcuno riconosce addirittura una potestà regolamentare *primaria* (A. IANNUZZI, *Regolamenti delle regioni. questioni teoriche e aspetti problematici*, Napoli, 2012, *passim*).

¹⁹⁸ G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Studi in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 587 ss., ora in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 299 ss.

¹⁹⁹ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 201.

²⁰⁰ F. MODUGNO, *A mo’ di introduzione*, cit., p. 64.

²⁰¹ L’A., in particolare, rilevava (in C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit.) come «la Costituzione eleva la esistenza di un caso straordinario di necessità ed urgenza, che possa soddisfarsi cioè solo fuori dalle vie consuete e canonizzate» (p. 221, n. 36), , vale a dire «ad ogni urgente necessità e ad ogni puntuale finalità che non possa affatto o tempestivamente soddisfarsi nelle normali vie della legislazione o (si può aggiungere) nelle vie riservate ad altri atti giuridici, anche non legislativi» (corsivi aggiunti).

che trova la sua base testuale nella Costituzione, cui non sono state finora collegate conseguenze circa la definizione del potere eccezionale conferito al Governo dell'art. 77»²⁰².

Ed è proprio «collegando» al potere eccezionale *ex art. 77* del Governo le «conseguenze» date dal «ragionare sulla differenza tra il legiferare e il provvedere», che può emergere un *nuovo modello di decreto-legge*, per il quale esso non è più atto a competenza generale – come invece è la legge – ma **può essere emanato, ed è legittimo, solo quando, per l'entrata in vigore di uno specifico regolamento (o di altro atto provvedimentale)**²⁰³ **adottato per provvedere a situazioni di straordinaria necessità ed urgenza, è necessaria la deroga puntuale ad una preesistente e vigente norma avente forza di legge.**

Numerosi sarebbero, a nostro parere, gli effetti benefici di questa soluzione, che pure qui si vuole offrire in via del tutto interlocutoria.

Prima di tutto la Corte avrebbe, finalmente, un *criterio oggettivo e non discrezionale* (né rinnegabile) al quale far riferimento per rilevare la illegittimità dei decreti-legge. Il decreto-legge, infatti, sarà illegittimo ogni qualvolta le norme ivi previste non servano *al solo scopo* di consentire l'entrata in vigore di quelle contenute nel relativo regolamento per il mezzo di una *deroga puntuale* ad una norma di legge preesistente, ma servano, invece, ad introdurre nell'ordinamento delle norme tendenzialmente stabili. Ciò comporta: **1)** che sia necessario una sorta di “nesso funzionale” tra le norme del regolamento e quelle del relativo decreto-legge, poiché queste ultime non possono avere altra finalità se non quella di consentire l'entrata in vigore delle prime, che altrimenti sarebbero *contra legem*; **2)** che la norma del decreto-legge la quale, sia pur per consentire l'entrata in vigore del regolamento, anziché limitarsi ad una deroga puntuale ad una preesistente norma di legge, abrogasse quest'ultima in maniera stabile, sarebbe parimenti illegittima; **3)** che non sarebbe neppure possibile “approfittare” del decreto-legge per introdurre una nuova disciplina legislativa generale e tendenzialmente stabile, quand'anche essa fosse attinente all'oggetto o alle materie disciplinate nel relativo regolamento.

Naturalmente diversi sarebbero i limiti di contenuto attinenti agli *emendamenti proposti in sede di conversione*, con i quali – essendo la conversione il momento di controllo del Parlamento sull'Esecutivo – deve potersi ammettere non solo la soppressione di norme del decreto-legge, ma anche l'aggiunta di norme diverse che “blocchino” parti del regolamento “collegato”, ovvero che ne disciplinino in maniera difforme singoli aspetti. Parimenti

²⁰² G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, cit., pp. 322 – 323.

²⁰³ Da qui in poi, per comodità, si parlerà solo di “regolamento”, tenuto conto, per altro, che l'ipotesi che ci si avvalga degli “altri atti provvedimentali” è, a non voler essere ingenui, talmente improbabile che andrebbe considerata, verosimilmente, più un “caso di scuola” che non una reale possibilità.

dovrebbe essere consentito al Parlamento di “aggiungere qualcosa” che nel regolamento non era previsto, purché strettamente attinente al medesimo caso di «straordinaria necessità ed urgenza». Sarebbe dunque inibito agli emendamenti “solo” di avere un contenuto eterogeneo rispetto alla *materia*, all’oggetto e alla finalità del decreto-legge e del regolamento “collegato”, non essendo per altro configurabile un’emendabilità senza limiti per i motivi già esposti (v. *supra* § III, B, b), primo *interludio*).

Va da sé che il “nuovo modello” di decreto-legge non potrebbe divenire il pretesto per aggirare il vincolo della omogeneità per il tramite di “regolamenti *omnibus*”, sicché dovrebbe ritenersi implicito che la decretazione d’urgenza sarebbe ammissibile unicamente a fronte di regolamenti che rispettino tale requisito (non potendosi per altro ritenere che il vincolo in esame gravi “di per sé” sul solo regolamento).

In secondo luogo, si porrebbe praticamente fine allo “sdoppiamento concettuale” del decreto-legge, che diventerebbe poi del tutto impossibile riproporre, anche in forme diverse, qualora a questa soluzione si accompagnassero altre verifiche di legittimità (v. *infra* § IV, C, b)).

In terza istanza, si arriverebbe a limitare la decretazione d’urgenza in tutte le materie coperte da riserva di legge, poiché il decreto-legge non potrebbe avere altro contenuto se non quello necessario all’entrata in vigore del regolamento, mentre quest’ultimo è già, per sua natura, sottoposto all’osservanza delle riserve di legge. Di fatto, dunque, il “nuovo” modello andrebbe a “inglobare” la proposta sopra esaminata (v. *supra* § IV, B), offrendo al contempo dei criteri più oggettivi e meno “fluidi” per mezzo dei quali effettuare un controllo di costituzionalità.

In quarto luogo, si renderebbe molto più agevole, sereno ed efficace il controllo parlamentare in sede di conversione, che verterebbe su quelle poche disposizioni contenute nel decreto-legge, in maniera (finalmente) del tutto idonea al tempo limitato che l’art. 77 Cost. mette a disposizione. L’attività del legislativo non sarebbe più, così, oberata dalle leggi di conversione, né – come già ricordato – la proposta avanzata limiterebbe la possibilità del Parlamento di assumere una disciplina diversa rispetto a quella del regolamento in relazione al caso di straordinaria necessità e urgenza, essendo comunque possibile emendare, a tali scopi, il decreto-legge.

Il quinto effetto benefico, sarebbe quello di una *più diretta tutela* giurisdizionale di cui verrebbe a giovare il destinatario della disciplina. Contro la norma regolamentare illegittima, difatti, non vi sarebbe più il filtro del processo *a quo*, e si potrebbe ottenere *direttamente* l’*annullamento* (da parte del giudice amministrativo) o la *disapplicazione* (da parte del giudice ordinario), ai quali si *aggiungerebbe*, poi, la possibilità di ricorrere in via incidentale

alla Corte Costituzionale relativamente alle norme promananti dal decreto-legge o dalla legge di conversione.

Su di analoghe considerazioni, d'altronde, Crisafulli muoveva parte della sua critica alla possibilità di adottare leggi-provvedimento, argomentando, sulla base dell'enunciato dell'art. 113 Cost., che contro gli atti della pubblica amministrazione deve essere «“sempre” ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi»²⁰⁴. Secondo l'A., infatti, solo vietando le leggi-provvedimento «sarebbe resa davvero operante la garanzia della tutela giurisdizionale avverso gli atti amministrativi, la quale, a sua volta, per esser piena, presuppone che gli atti medesimi siano adottati da autorità amministrative e quindi sindacabili dai giudici ordinari e dai giudici speciali amministrativi»²⁰⁵. A noi pare che queste parole sarebbero ancora più “aderenti” se riferite al problema dei decreti-legge.

La nostra ricostruzione, peraltro, darebbe finalmente seguito alla condivisibile preoccupazione, espressa a suo tempo proprio dal Crisafulli, promanante dalla «esigenza di una separazione tra competenza a disporre in generale e in astratto, e competenza a provvedere in concreto»²⁰⁶. Ritenendo, come poc'anzi si accennava, che sulla base di un'interpretazione degli artt. 97 e 113 Cost. fosse vietato «alla legge di sostituirsi di volta in volta, caso per caso, agli organi dell'amministrazione nell'adottare concreti provvedimenti, che rientrerebbero, in base alla legislazione vigente, nelle sfere di attribuzione di ciascuno di essi»²⁰⁷, Egli arrivava infatti a riconoscere una vera e propria «riserva di amministrazione» (o «riserva di concreto provvedere») ²⁰⁸ in capo al Governo, deprecando, infine, «l'imponente fenomeno che si suol designare, con un brutto neologismo, della “amministrativizzazione” della legge»²⁰⁹. Ora, l'idea che sia vietata l'adozione delle cc. dd. “leggi-provvedimento” è da ritenersi, come riconosciuto dallo stesso A., ormai superata dalla prassi²¹⁰. Tuttavia, se la legittimità delle leggi-provvedimento può essere, sia pur problematicamente, sostenuta in virtù del fatto che il Parlamento, qualora desiderasse “provvedere in concreto”, non potrebbe farlo avvalendosi degli atti tipici del potere esecutivo, altrettanto non può dirsi per il Governo, che di quest'ultimo potere è il legittimo titolare. Non sembrerebbe potersi giustificare su di un piano logico, dunque, una sorta – per riprendere quel neologismo poco amato dal Crisafulli – di “amministrativizzazione” del decreto-legge, laddove il Governo ha a sua disposizione tutti

²⁰⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., p. 81.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ivi*, p. 80.

²⁰⁷ *Ivi*, p. 81.

²⁰⁸ *Ivi*, p. 79.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 81.

²¹⁰ *Ivi*, pp. 81-82.

gli strumenti non legislativi tipici dell'«amministrare». Inoltre lo stesso Crisafulli, commentando la tesi, in altri tempi formulata, secondo la quale il decreto-legge potrebbe assumere il contenuto di concreto provvedimento – criticata dall'A., che la riteneva basata su argomenti di ordine testuale «poco consistenti», muovendo dal presupposto che le leggi-provvedimento fossero vietate e non ritenendo possibile che il decreto-legge potesse incidere su oggetti od assumere contenuti sottratti alle leggi ordinarie – riconosceva che essa, tuttavia, esprimesse «realisticamente un nucleo di verità» e si adeguasse «alla funzione anche storicamente originaria ed essenziale della decretazione d'urgenza, che è di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili»²¹¹. La nostra proposta ricostruttiva, in fondo, parte proprio da questa premessa, e – muovendo da una interpretazione nuova ma rispettosa della *ratio* dell'art. 77, secondo comma Cost. (ragion per cui ci sembrerebbe più corretto parlare di *reinterpretazione*, anziché di una vera e propria “interpretazione evolutiva”), che viene ora altresì “ancorato” agli artt. 97 e 113 Cost., e da una base logica (che a noi pare) piuttosto solida – offre una soluzione che consente al Governo di poter “provvedere in concreto” a fronte di situazioni imprevedibili, ma senza “amministrativizzare” il decreto-legge, che continuerebbe a svolgere una delle più classiche funzioni degli atti del “livello primario”, quella di dare una base legislativa agli atti emanati dal Governo.

Vi potrebbe essere, poi, anche un **sesto effetto benefico**, ma su questo punto desideriamo premettere che la “interlocutorietà” della nostra proposta raggiunge il massimo livello. Tale “sesto punto” riguarderebbe la necessità – per usare ancora la metafora cicconettiana – di dare un “ombrello” al *revirement*²¹². Con la parola “ombrello”, ci riferiamo a quei rimedi dati da una modulazione degli effetti o dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità in quelle particolari occasioni nelle quali, com'è stato detto, l'accoglimento della questione darebbe luogo a conseguenze «peggiori» rispetto alla situazione attuale²¹³. È un “ombrello” l'affermazione contenuta nella sent. n. 360/1996 per la quale «restano peraltro salvi gli effetti dei decreti-legge iterati o reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti attualmente in corso», così come è un “ombrello” (che per la verità poteva essere costruito un po' meglio) quello dato dal richiamo al *principio fondamentale della continuità dello Stato*

²¹¹ Ivi, p. 104.

²¹² Ci riferiamo, naturalmente, a S. M. CICONETTI, *La sent. n. 360*, cit., quando, commentando la sent. n. 360/1996, afferma che «dopo aver tuonato e scatenato il temporale, la Corte fornisce un ombrello al Governo ed alle Camere» (p. 3165).

²¹³ Così E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto*, cit., p. 24, che nota, sia pur a proposito del sindacato sulla decreto legislativo, che «il giudice costituzionale insomma si preoccupa, e tale preoccupazione del resto non è nuova, degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale che per certi aspetti potrebbero essere “peggiori” di quelli prodotti dalla mancata dichiarazione».

contenuto nella celebre sent. n. 1/2014, in base al quale la Corte ha potuto statuire che «la decisione che si assume [...] produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale». Ebbene, è evidente come, se la Corte dovesse decidere per un cambio di rotta nel controllo sui decreti-legge, sanzionando vizî che aveva sempre ritenuto non fossero tali, essa si verrebbe a trovare, verosimilmente, ad essere “sommersa” da questioni di costituzionalità riguardanti vecchi decreti-legge affetti da quegli stessi vizi²¹⁴. Certamente vi è anche questo timore tra gli elementi che ancora spingono il Giudice costituzionale alla prudenza²¹⁵, e se è vero che, in linea di principio, questo genere di preoccupazioni non dovrebbe impedire alla Corte di assumere delle decisioni “giuste”, è vero pure che, volendosi ragionare al di fuori di ogni ingenuità, la ricerca – e dunque l’individuazione – di una soluzione a tale problema appare indispensabile qualora davvero si auspicasse una svolta giurisprudenziale in materia.

Fatte le premesse, bisogna ora notare come se il *revirement* avvenisse con riferimento all’attuale modello di decreto-legge, l’unica soluzione possibile per evitare il configurarsi dell’ipotesi sopra delineata sarebbe, molto probabilmente, la previsione di una clausola d’irretroattività (o di altra modulazione nel tempo) degli effetti della sentenza, soluzione che sarebbe senz’altro criticata da una parte della dottrina (tanto più che sotto il pretesto formale con il quale la Corte giustificerebbe la modulazione²¹⁶ si nasconderebbe una motivazione

²¹⁴ Si noti come il legislatore costituzionale francese, volendo evitare il configurarsi di tali ipotesi, e ritenendo che il riconoscimento di effetti *ex nunc* alle decisioni di incostituzionalità avrebbe comportato gravi conseguenze relativamente alla certezza del diritto, nel disciplinare la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) abbia previsto, all’art. 62, comma 2, *Const. Fr.*, che «una disposizione dichiarata incostituzionale sulla base dell’art. 61-1 [QPC] è *abrogata* a partire dal giorno della pubblicazione della decisione del Consiglio costituzionale ovvero da una ulteriore data fissata dalla stessa decisione» (traduzione e corsivi nostri).

²¹⁵ La nostra non è una mera supposizione, ma è lo stesso *ex* Presidente della Corte Costituzionale, Ugo De Siervo, che lo ha ammesso, con chiarezza non comune, poco dopo aver concluso il suo mandato da giudice costituzionale, affermando che «vi sono preoccupazioni derivanti dal possibile straordinario impatto del sindacato sulla regolarità formale delle diverse fonti sul complessivo sistema istituzionale. [...] E tutto ciò, paradossalmente, diviene tanto più preoccupante in presenza di tanta e risalente produzione normativa di dubbia conformità costituzionale, a cominciare dalla larga opinabilità dell’esistenza effettiva di straordinarie situazioni di necessità e urgenza, o della omogeneità o meno delle modificazioni introdotte in sede di conversione in legge» (U. DE SIERVO, *Conclusioni*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *op. cit.*, p. 557).

²¹⁶ È di tutta evidenza, infatti, che la Corte Costituzionale non potrebbe giustificare una tale soluzione con l’argomentazione del possibile aumento del contenzioso, ciò che non solo sarebbe in plateale contrasto con gli articoli 134 ss. Cost., ma che aprirebbe un varco inaccettabile alla possibilità di una modulazione “senza bussola” degli effetti della sentenza, con il rischio di un uso “politico” di tale tecnica decisionale da parte della futura giurisprudenza costituzionale. Come è stato condivisibilmente sostenuto in dottrina, la modulazione dovrebbe essere giustificata almeno con l’intento di non voler «produrre situazioni di maggiore incostituzionalità» (F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, p. 15), che nel caso di specie si potrebbero forse individuare sotto il profilo dell’affidamento derivante dalla stabilizzazione degli effetti prodotti dai “vecchi” decreti-legge (cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., pp. 166 ss.). Sul problema in esame si vedano: AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze*, cit.; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., in particolare pp. 117

pratica e senz'altro meno nobile), ma che costituirebbe, proprio per questo, un'apprezzabile assunzione di responsabilità da parte del Giudice costituzionale²¹⁷. Ciò comporterebbe, naturalmente, il sacrificio della tutela degli interessi di tutti coloro i quali avrebbero a giovare della dichiarazione d'incostituzionalità di decreti-legge entrati in vigore precedentemente al giorno dal quale decorrerebbero gli effetti della decisione della Corte.

La nostra proposta interpretativa, data dall'individuazione di un "nuovo modello" di decreto-legge, potrebbe però rappresentare una valida *terza via*, poiché il *revirement* sarebbe motivato non già dall'«ammissione» del fatto che fino ad oggi la Corte ha "chiuso un occhio" su molti vizi pur sussistenti, ma da una vera e propria *reinterpretazione* dell'art. 77. Non si tratterebbe, insomma, di una "ammissione di colpa" del Giudice costituzionale, bensì di un mero "cambio di rotta" dato dalla adozione di un "nuovo modello" di decreto-legge che verrebbe a sostituirsi, senza per ciò solo renderlo "invalido", a quello vecchio. Il che significherebbe, in sostanza, che tutti i decreti-legge (e le relative leggi di conversione) rispondenti al "vecchio" modello ed emanati prima della "svolta" non sarebbero da considerarsi illegittimi solo perché non rispondenti al "nuovo modello" (che, potrebbe dirsi, ha reso solo "inefficace", ma non invalido, quello "vecchio"). Essi, invero, potrebbero ancora essere travolti da una dichiarazione di incostituzionalità – evitando così un completo sacrificio della tutela degli interessi dei consociati – ma solo sulla base dei criteri individuati a suo tempo dalla giurisprudenza in relazione al modello vecchio, che potrebbero poi essere "corretti" da una interpretazione meno elastica dei concetti di "evidenza", "intollerabilità", "intera materia", *etc.* (v. *supra* § III, B, a)). Al contempo, il "nuovo modello" potrebbe essere il "*carro*" su cui far salire tutti quei vizi che la Corte non ha mai voluto sindacare, svolgendo così, nei confronti di essi, il ruolo di "ombrello".

Tale soluzione naturalmente, risulterebbe praticabile qualora la sopravvenienza del nuovo modello avvenisse per il tramite di un intervento normativo (v. *infra* § IV, C, c)), a seguito del quale si potrebbe parlare di una sorta di "abrogazione" del vecchio modello, mentre apparirebbe più forzata (ma, forse, non impossibile) se la "svolta" provenisse direttamente

ss. e 357 ss.; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

²¹⁷ Come nota, del tutto condivisibilmente, M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata*, cit., pp. 90-91, «non credo che la Corte costituzionale possa rinunciare a dichiarare l'incostituzionalità di una legge in ragione delle possibili conseguenze determinate dal vuoto normativo che si va a produrre o degli effetti che da essa potrebbe indirettamente conseguire. Se mai [...] sarà la Corte a modulare l'efficacia temporale della propria decisione di accoglimento». *Contra*, ad esempio, U. DE SIERVO, *Conclusioni*, cit., p. 557, che ritiene come non si possa porre un limite temporale alla giurisprudenza in materia di decretazione d'urgenza, dovendo essere invece il sistema politico a ridurre l'uso della decretazione d'urgenza, consentendo così, in un futuro, uno sviluppo evolutivo dell'intervento della Corte «senza far sorgere dubbi sull'eccessiva vastità dei suoi poteri».

dalla Corte Costituzionale (che, nel caso, dovrebbe preoccuparsi almeno di “preannunciare” la svolta con una serie di moniti o avvertimenti contenuti in decisioni precedenti). Coscienti di questa possibile “forzatura”, non è quindi nostra intenzione quella di proporre “soluzioni facili” per risolvere casi complessi, volendosi qui invece solamente offrire – giova ribadirlo: in maniera del tutto interlocutoria – una via d’uscita che possa conciliare le esigenze (pratiche) della Corte Costituzionale con l’interesse alla tutela giurisdizionale e alla legalità costituzionale dei cittadini, nella consapevolezza che, l’unico modo per non risolvere la questione in modo forzato, sarebbe quello di sacrificare le prime a favore del secondo.

Visti i possibili “effetti benefici” della nostra proposta, va tuttavia osservato come essa potrebbe forse incorrere in (almeno) tre obiezioni. **La prima:** che prevedendosi la possibilità per il regolamento di disciplinare materie sulle quali non è intervenuta una previa legge, si violerebbe il principio di legalità. **La seconda:** che non potendo negarsi al Parlamento la possibilità di adottare leggi-provvedimento, non si potrebbe neppure negare al Governo di adottare provvedimenti concreti con forza di legge. **La terza:** che questo modello non è conforme a quello previsto dalla Costituzione. *Nessuna di queste tre obiezioni ci sembrerebbe insuperabile.* **Quanto alla prima,** relativa al principio di legalità, quest’ultimo non sarebbe violato poiché il regolamento sarebbe coperto dal decreto-legge, che è atto con forza di legge e che sarebbe da considerarsi competente a svolgere tale ruolo di “copertura” ex art. 77 Cost. Quanto ai casi, invero ormai assai rari, nei quali il regolamento interverrebbe in ambiti ancora privi di qualsivoglia disciplina legislativa, si dovrebbe naturalmente ammettere che il decreto-legge autorizzi tali norme, sempre a condizione che si tratti, per l’appunto, di una mera autorizzazione, e non già di una nuova disciplina legislativa tendenzialmente stabile. **Quanto alla seconda** – alla quale, in parte, si è già risposto poc’anzi – essa è basata su di un falso parallelismo, e non tiene conto che il Parlamento, titolare del potere legislativo, non ha possibilità di esercitare *neppure in casi di straordinaria necessità e urgenza* il potere esecutivo – non avendo altra scelta, quando esso voglia *provvedere*, se non quella di emanare leggi-provvedimento (facoltà che, per altro, come abbiamo visto qualche riga sopra, autorevolissima dottrina non gli riconosce) – mentre il Governo ne è addirittura il titolare, al quale viene data la possibilità, in casi straordinari, di esercitare la funzione legislativa. **Quanto alla terza,** essa sarebbe insuperabile solo qualora non si ammettesse in nessun caso la possibilità di una *reinterpretazione* delle disposizioni costituzionali, neppure, cioè, quando essa verrebbe a configurarsi come interpretazione più sistematica rispetto a quella “tradizionale” (come pure, a noi pare, è il caso della tesi, già ricordata, di Lorenza Carlassare). A ragionare diversamente, invece, il fatto che l’Assemblea Costituente avesse in mente un

altro modello di decreto-legge non potrebbe essere di ostacolo ad una diversa interpretazione della Costituzione, specie a fronte della constatazione della difficoltà pratica di utilizzare quel modello *secundum constitutionem*. Al contrario, a noi pare che la nostra proposta interpretativa individui un modello più in linea con lo “spirito” della Costituzione, che ha sancito il nuovo assetto complessivo delle fonti del diritto in maniera pluralistica, che ha voluto relegare l’intervento paralegislativo del Governo a casi eccezionali («Il Governo non può...», art. 77) e che ha voluto individuare un organo – la Corte Costituzionale (art. 143) – predisposto alla vigilanza del rispetto delle norme costituzionali da parte degli altri organi che si trovino ad esercitare la funzione legislativa. Non ci pare, d’altronde, che alcuna disposizione costituzionale contrasti espressamente con la nostra proposta (la quale, anzi, ricolloca l’art. 77, II comma, in una dimensione sistematica), mentre è *l’attuale modello* di decreto-legge, almeno per come affermatosi nella prassi, a discostarsi notevolmente dall’idea sottesa al dettato costituzionale.

D’altro canto, se è vero che il sintagma contenuto nell’art. 77, secondo comma, Cost. – «straordinaria necessità e urgenza» – non può essere interpretato «in un significato che faccia dipendere l’adottabilità dei decreti dalla “prevalenza” dell’un requisito rispetto all’altro»²¹⁸, è pur vero che ciascun termine della locuzione ha un significato semantico proprio, e la parola «straordinaria» finisce per avere una portata, se non prevalente, quantomeno *pervasiva* di tutto il disposto: «di per sé stessa» sta a indicare che i decreti-legge «non costituiscono atti di ordinaria amministrazione»²¹⁹; è rafforzativa rispetto ai singoli termini «necessità» ed «urgenza»; dà «la precisa impressione che la Carta costituzionale abbia di mira situazioni *oggettivamente* eccezionali»²²⁰ quando riferita all’endiadi «necessità ed urgenza»; assume il significato particolare – come vedremo a breve – di “evidente” se riferita all’intero sintagma in cui è contenuta, «straordinaria necessità e urgenza». Ebbene, tra i significati che può assumere la straordinarietà, non vi è pure quello per il quale il decreto-legge si giustifica solo quando la medesima disposizione non potrebbe essere adottata con gli strumenti di normazione *ordinari* (*regolamento* per il Governo, *legge* per il Parlamento)?

b) Segue: Gli altri rimedi. Naturalmente esistono anche altri rimedi – che potrebbero aggiungersi a (se non, talvolta, essere “inglobati”), ovvero prescindere da, quello da noi proposto – i quali dovrebbero essere esperiti per limitare l’abuso del decreto-legge. Da un lato

²¹⁸ M. RAVERAIRA, *Il problema*, cit., p. 1146.

²¹⁹ L. PALADIN, *In tema*, cit., p. 556.

²²⁰ L. PALADIN, *Art. 77*, cit., p. 56 (corsivo nostro).

si tratta di limiti alla decretazione d'urgenza già individuati dalla dottrina sulla base di una puntuale ricostruzione delle norme costituzionali e ai quali abbiamo fatto, talvolta, incidentalmente accenno nel corso della trattazione: l'inserimento di norme di delega legislativa in sede di conversione del decreto-legge, che la Corte – anche di recente, con la sent. n. 237/2013, opportunamente ricordata da Elisabetta Frontoni nel suo intervento²²¹ – non ha mai voluto sanzionare in quanto tale²²²; l'apposizione della questione di fiducia sulla legge di conversione, che costituisce una sorta di ricatto dell'esecutivo sul legislativo²²³; i maxi-emendamenti governativi²²⁴.

Dall'altro ci sono quelli che pure la Corte ha riconosciuto come vizî, ma che non vengono sanzionati in quanto tali sia per il mezzo delle più volte ricordate, ed assai discutibili, “puntualizzazioni concettuali” (tipi di reiterazione, tipi di omogeneità, *etc.*), sia per forme di tolleranza verso le violazioni “minori” (l'«almeno non»), sia, infine, per mezzo di particolari tecniche di redazione delle sentenze (le “decisioni rinneganti”). Tra questi possiamo ricordare, prima di tutto, la disomogeneità (almeno per oggetto e scopo) tanto del decreto-legge quanto della legge di conversione (v. *supra* § II, B, 1). In secondo luogo, il caso delle materie che – volendo utilizzare la stessa terminologia della sent. n. 220/2013 – «per loro natura» non si prestano alla decretazione d'urgenza, sia perché coperte da riserve di legge, secondo la tesi già ricordata di Lorenza Carlassare, sia perché ad essa sottratte da una legge ordinaria (con riferimento all'art. 15 della l. 400/1988), sia perché, infine, puntualmente individuate in quanto tali dalla Corte Costituzionale, che dovrebbe svolgere una funzione in qualche misura assimilabile a quella con la quale, di volta in volta, individua i principî supremi insuscettibili di revisione costituzionale. Peraltro, accanto alle materie “per loro natura” incompatibili, vi sono anche dei, per così dire, “tipi” di decreti-legge, affermatasi in via di prassi, che sono

²²¹ E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, in questo *Focus* della Rivista [Federalismi.it](http://federalismi.it), *passim*.

²²² Sul punto si vedano, da ultimo, E. FRONTONI, *Sono ancora legittime*, cit., e A. RUGGERI, *La impossibile “omogeneità” di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di corte cost. n. 237 del 2013)*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013.

²²³ Cfr., per tutti, A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza*, cit., pp. 277 ss.

²²⁴ Per una ricostruzione dei “maxi-emendamenti” governativi in termini di illegittimità costituzionale si vedano M. AINIS, *La legge oscura*, Bari, 1997, pp. 4 ss.; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 2000, pp. 139 ss.; L. CUOCOLO, *I maxiemendamenti tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, pp. 4753 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO – N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pp. 42 ss.; D. GIROTTO, *op. cit.*, pp. 662 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2009. Specificamente sul problema del rapporto tra maxi-emendamento, questione di fiducia e decreto-legge si veda ancora, per tutti, A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza*, cit., pp. 277 ss.

altrettanto “per loro natura” incompatibili²²⁵.

In terzo luogo, poi, il Giudice delle leggi dovrebbe cominciare a sindacare, senza timore, anche i casi “non evidenti” di carenza dei presupposti. D'altronde *nella stessa locuzione “evidente carenza” è contenuta, a nostro avviso, una contraddizione*, se riferita alla “straordinarietà” dell'istituto sancita dall'art. 77 Cost. Il requisito della «straordinaria necessità e urgenza», infatti, si dovrebbe tradurre in una “evidente sussistenza” dei presupposti, e non nella “evidente carenza” di cui parla la Corte (era questo ciò che intendevamo dire nel precedente paragrafo, affermando che il termine “straordinaria” assume il significato di “evidente” se riferita all'intero sintagma in cui è contenuta). Ciò significa che il “margine di elasticità” di cui dispone il Governo è molto più limitato di quanto fino ad oggi la Corte abbia lasciato intendere, e risiede nel *limitato scarto* tra la sussistenza evidente e quella *non* evidente. In altri termini, se pure deve ritenersi che il Giudice delle leggi non possa sindacare sulla “non evidente sussistenza”, perché allora il controllo di legalità costituzionale potrebbe davvero trasformarsi in un controllo politico, non si vede proprio perché egli non possa intervenire *anche nei casi di “non evidente carenza”*. A tale scopo, poi, il Giudice delle leggi dovrebbe pretendere una *accurata relazione illustrativa del decreto-legge*, nella quale il Governo esponga in modo chiaro, inequivocabile, puntuale e rigoroso l'improrogabilità e l'assoluta esigenza che hanno spinto all'emanazione del decreto-legge (in altri termini: dimostri «che l'adozione di un provvedimento legislativo era indilazionabile e indispensabile, e che d'altra parte il Parlamento non avrebbe potuto tempestivamente provvedere»²²⁶), in assenza della quale dovrebbe riconoscersi una sorta di *presunzione di incostituzionalità nei riguardi dell'atto impugnato*²²⁷, con una severità non dissimile da quella con la quale la Corte

²²⁵ Facciamo riferimento ai quei casi, passati molto puntualmente in rassegna da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pp. 336 ss., quali, *i decreti che reiterano il contenuto dei precedenti decreti non convertiti*, quelli che sono usati per *rinnovare periodicamente la disciplina di determinate materie*, *i decreti di proroga*, *i decreti omnibus* e *i decreti di riforma*.

²²⁶ L. PRETI, *op. cit.*, p. 26.

²²⁷ Va qui fatta una precisazione. La distinzione tra “presunzione di costituzionalità” e “presunzione di incostituzionalità”, ricalcata, anche terminologicamente, sulla scorta di quella tra “presunzione di innocenza” e “presunzione di colpevolezza” processualpenalistica, non ha di per sé alcun senso nel processo costituzionale, dove non si pone né il problema delle garanzie dell'imputato, né quello dell'onere della prova (intendendosi con il termine “prova” non già una qualunque argomentazione a sostegno della propria tesi, ma una vera e propria prova giudiziaria). Da questo punto di vista, nel processo costituzionale non vi è né presunzione di costituzionalità, né presunzione di incostituzionalità: la Corte esamina le disposizioni censurate e le argomentazioni proposte dalle parti e dal giudice *a quo* ed effettua, altresì, le *proprie* ricerche, per giungere infine, eventualmente, alla declaratoria di incostituzionalità. Tuttavia, nello svolgere tale attività, la Corte incontra un limite, per così dire, contenutistico, dato dal fatto che le proprie argomentazioni possono svolgersi solo nell'ambito delle censure proposte dal ricorrente. Solo da questo punto di vista può parlarsi di “presunzione di costituzionalità”, non come vera e propria presunzione processuale, bensì come *attitudine* connaturata alla particolare struttura del processo costituzionale stesso, nel quale il ricorrente è *sempre* colui che insiste per l'incostituzionalità e la resistente potrebbe addirittura, in ipotesi, non costituirsi. Fatte tali premesse, si può forse meglio comprendere la nostra affermazione per la quale, in assenza di un'adeguata relazione illustrativa sulla

dichiara spesso inammissibili le questioni di incostituzionalità per insufficiente sforzo interpretativo.

Quanto ai casi di “evidente carenza”, essi si verrebbero a configurare, così, come *gravissimi* vizî *in procedendo* del decreto-legge e, quindi, della legge di conversione, al pari di quello che potrebbe essere un decreto legislativo emanato senza previa delega, ovvero una legge non approvata da entrambe le Camere. In casi simili, nessuno dubiterebbe della legittimità di un rinvio presidenziale (se non, addirittura, di un rifiuto assoluto *ex art. 90*). Analogo controllo, dunque – pur tenendo conto delle differenze intercorrenti tra l’*emanazione* e la *promulgazione*²²⁸ – potrebbe essere esercitato dal Presidente della Repubblica, il quale ha la possibilità di intervenire in ben tre modi diversi, corrispondenti ad altrettanti momenti. Il primo, invero affermatosi in via di prassi (non senza profili critici), si svolge nell’ambito dei rapporti informali con il Governo e con il Parlamento che precedono l’emanazione del decreto-legge ovvero la promulgazione delle legge di conversione²²⁹; il secondo si svolge, invece, proprio in sede di emanazione, e si può concretizzare (non ostante vi sia ancora dottrina contraria, smentita però dalla prassi²³⁰) anche in un *rifiuto assoluto*²³¹; il terzo, infine, in sede di promulgazione della legge di conversione, *ex art. 74 Cost.* Ma è particolarmente l’ipotesi del *rifiuto assoluto*, invero sempre usata dai Presidenti della Repubblica con molta “parsimonia”, che dovrebbe, invece, farsi più frequente (almeno finché la dimensione patologica non sarà scomparsa) e più incisiva, e ciò perché è l’unica che consente di “bloccare” il decreto-legge – *qualunque* decreto-legge, non solo quelli “impugnati”, come avviene nel giudizio di legittimità costituzionale – prima che entri, sia pur provvisoriamente, in vigore, prima cioè, per dirla in termini semplici, che “faccia danni”. Né potrebbe obiettarsi che ciò sarebbe un’indebita intromissione del Presidente della Repubblica nelle competenze spettanti in via esclusiva al potere esecutivo, poiché, com’è stato lucidamente osservato, «ad

ricorrenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, vi sarebbe una sorta di “presunzione di incostituzionalità”, data da una, per così dire, “*inversione dell’attitudine*” della Corte. In altri termini, nel momento in cui si lamenta la violazione dell’art. 77 per carenza dei presupposti, e il Governo non ha fornito un’adeguata relazione illustrativa, il ricorrente non dovrà dimostrare più nulla, ma dovrà semmai essere la resistente a fornire, in sede processuale, argomentazioni dimostrative della sussistenza dei presupposti, e solo sull’adeguatezza o meno di quelle argomentazioni la Corte dovrà decidere se accogliere o meno il ricorso.

²²⁸ Sul punto si veda, per tutti, D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., cap. II, par. 2.3.

²²⁹ Cfr. *ivi*, cap. II, anche per i «profili critici» cui si è fatto riferimento.

²³⁰ Cfr. *ivi*, cap. II, parr. 2.2 e 3.

²³¹ Sul punto si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: i contributi di U. ALLEGRETTI, G. AZZARITI, P. CARNEVALE, C. CHIOLA, M. LUCIANI, V. ONIDA, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, G. SERGES e S. STAMMATI (alcuni dei quali già citati autonomamente), contenuti nella *Forum di Astrid.eu* dedicato a “La Costituzione e la vicenda Englaro”; A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, 10 febbraio 2009; A. GHIRIBELLI, *Il potere*, cit.; P. VIPIANA, *L’emanazione presidenziale degli atti governativi con forza di legge*, Padova, 2012, pp. 59 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., cap. II, par. 2.3.

essere riservata al Governo è l'adozione del decreto-legge, non anche la sua emanazione, che è invece atto presidenziale» e, comunque, «l'autonomia dell'Esecutivo e la connessa responsabilità possono e devono considerarsi protette [solo] nei limiti in cui siano conformi alla Costituzione»²³².

Noi riteniamo, insomma, che il decreto-legge debba finalmente divenire uno strumento utilizzato in circostanze davvero “straordinarie”, con un controllo molto incisivo, e senza oscillazioni, da parte dei due organi di garanzia: la Corte Costituzionale e il Presidente della Repubblica. Le soluzioni proposte garantirebbero (a nostro avviso) questo risultato, lasciando al Governo solo quel minimo margine di elasticità “fisiologica” (cioè “sostenibile”) data, da un lato, dai casi di sussistenza non evidente dei presupposti e, dall'altro, dai casi di difficile riconducibilità della normativa ad una delle materie insuscettibili di decretazione d'urgenza.

Anche il Parlamento, naturalmente, potrebbe svolgere un ruolo importante, ma, come già visto (*supra* § III, B, b)), il suo controllo non è strutturalmente idoneo a garantire la legalità costituzionale e, comunque, in questo momento storico (anche a causa della prudenza della Corte), esso non avrebbe la forza di imporsi sull'esecutivo.

c) Segue: Il problema del *come*. Un'ultima osservazione va fatta in relazione alle modalità con le quali potrebbe avvenire l'auspicata svolta. Essa sarebbe possibile, prima di tutto, con un semplice – per quanto prevedibilmente sofferto – *revirement* da parte della Corte Costituzionale (nonché con una minore “timidezza” da parte del Capo dello Stato), poiché tutti i limiti sovraindicati sono desumibili dal dettato costituzionale. Questa soluzione, che in linea di principio è senz'altro possibile e che sarebbe, invero, la soluzione più rapida, potrebbe scontrarsi, però, con il forte dato di realtà che né la Corte, né il Presidente della Repubblica, sarebbero pronti a compiere, *motu proprio*, un “salto” così “rivoluzionario”. Si potrebbe pensare, allora, ad una codificazione legislativa di quei limiti, che, pur non essendo (a nostro avviso) di per sé necessaria, potrebbe rendere un po' meno sofferto il “cambio di rotta”. Infine sarebbe possibile una revisione della Costituzione. Quest'ultima ipotesi, tuttavia, ci sembra quella meno auspicabile, poiché starebbe a decretare, di fatto, il *fallimento del nostro sistema istituzionale*. La “codificazione costituzionale” di quei limiti, infatti, non sarebbe rivolta a *introdurre* gli stessi nella Costituzione²³³ – in quanto già attualmente

²³² Ivi, parr. 2.3.1. e 3.

²³³ Un'altra soluzione, proposta in varie fasi dalla dottrina, sarebbe invece quella di modificare l'art. 77 Cost., in modo che esso preveda *non già* delle materie insuscettibili di decretazione d'urgenza, bensì quelle sole che, invece, possono essere oggetto di decreto-legge (Cfr. F. MODUGNO, A. CELOTTO, *I rimedi*, cit., pp. 3242 ss.). In tal caso, però, si tratterebbe di modificare completamente la disciplina costituzionale del decreto-legge, mentre

desumibili – bensì ad *obbligare* delle istituzioni “ricalcitranti” a *rispettarli* (ed a *farli rispettare*).

D. La sent. n. 32/2014: *quoi de neuf?* (meno di una conclusione)

Qualche segnale di apertura da parte della Corte Costituzionale, forse, lo si può individuare nella recente sent. n. 32/2014²³⁴, dalla quale trarremo spunto per le nostre brevi considerazioni conclusive.

Non ci soffermeremo neppure un istante sui problemi di natura sostanziale relativi alla normativa oggetto della decisione, per la quale rimandiamo al pregevole intervento del Presidente Flick²³⁵.

Piuttosto, vorremmo evidenziare come, nella decisione in esame, siano individuabili *due tendenze contrapposte*: una di assoluta continuità rispetto al passato, ed un'altra dalla quale, invece, sembrerebbe potersi presagire una certa discontinuità con la stessa.

La “continuità” si ha, in particolare, nelle *motivazioni specifiche* con le quali si giunge alla declaratoria di incostituzionalità, che viene motivata in relazione alla «*evidente* estraneità delle disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge in cui sono state inserite» (*Cons. dir.* § 4.2, corsivo nostro), alla «*assoluta evidenza*» della «disomogeneità delle disposizioni impugnate rispetto al decreto legge da convertire» (*Cons. dir.* § 4.4, corsivo nostro), in ciò collocandosi perfettamente nel solco tracciato dalla sent. n. 22/2012 (v. *supra* § II, B, 1). Allo stesso modo, si ha continuità quando si ammette la legittimità dei «provvedimenti governativi *ab origine* a contenuto plurimo» (*Cons. dir.* § 5).

Tuttavia, nell'argomentare più generale, sembrano sparire “l'«almeno non»” e la sua duplice “dimensione rinnegante” (v. *supra* § III, B, b)). In primo luogo, se pure viene denunciato il fatto che una «una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge *ex art. 72 Cost.*» (*Cons. dir.* § 4.4) – partendo, dunque, da premesse simili a quelle della sent. n. 220/2013 (v. *supra* § II, B, 2, c)) – non viene tuttavia richiesto (diversamente da quest'ultima) che la riforma incida sulla «intera materia». In secondo luogo, nel descrivere il *contenuto tipico della legge di*

noi qui vogliamo occuparci unicamente dei limiti alla decretazione d'urgenza che possono ricavarsi dal testo costituzionale attualmente in vigore.

²³⁴ Sulla quale si vedano, in questo *Focus* di [Federalismi.it](http://federalismi.it), gli interventi di: A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge (in margine alla sent. n. 32 del 2014)*; D. CHINNI, *La limitata emendabilità*, cit.; G. FILIPPETTA, *La sentenza*, cit.; E. FRONTONI, *Sono ancora legittime*, cit.

²³⁵ G. M. FLICK, *Intervento al seminario*, cit.

conversione – premessa concettuale della sent. n. 22/2012 – non viene tuttavia compiuto alcun riferimento al fatto che la Corte potrebbe censurare la disomogeneità solo quando “evidente” e quando le disposizioni inserite sono “*del tutto estranee*”, ma anzi si afferma, in maniera molto chiara, che «la legge di conversione deve avere un contenuto omogeneo a quello del decreto-legge, [...] in ossequio [...] all’art. 77» e che si ha «uso improprio» del potere di emendamento «ogniqualevolta sotto la veste formale di un emendamento si introduca un disegno di legge che tenda a immettere nell’ordinamento una disciplina *estranea*» (*Cons. dir.* § 4.1, corsivo nostro). Salta subito all’occhio la differenza tra l’espressione usata nella n. 22/2012 – «del tutto estranei» – e quella usata nella sentenza in esame (semplicemente «estranei»). Viene sancito, in maniera *incontrovertibile*, che la *eterogeneità del titolo del decreto-legge* (quindi delle stesse finalità di quest’ultimo²³⁶), specie quando sopraggiunta in sede di conversione, valga da sola come indice denotante la “evidente estraneità” delle disposizioni censurate (*Cons. dir.* § 4.3). Inoltre, nel punto 4.4 del *Considerato in diritto*, viene *apertamente criticata* la prassi di apporre la questione di fiducia, sia da sola, sia – tanto più – con maxi-emendamento, sulla legge di conversione, in quanto preclude «una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina», impedisce «ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo» e non consente alle Commissioni di «svolgere l’esame referente richiesto dal primo comma dell’art. 72 Cost.» (*Cons. dir.* § 4.1). Queste condivisibili premesse lasciano ben sperare per il futuro, poiché gettano senz’altro le basi per un sindacato più severo e meno “prudente”.

Peraltro, recentemente, il Presidente della Corte Costituzionale, sia pur a proposito di un altro argomento (le decisioni costituzionali in materia di diritto penitenziario), ha affermato che «quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali» (ma riteniamo che lo stesso discorso possa valere quando trattasi della salvaguardia degli equilibri democratici tra i poteri), non ci si possa più riparare «dietro il comodo scudo del *non possumus*»²³⁷.

Sono tutti dei bei segnali, positivi, che lasciano ben sperare come forse nella Corte Costituzionale cominci a serpeggiare l’idea di una svolta, domandandosi se non siano ormai maturi i tempi per tornare a dire, una volta per tutte, «adesso basta». E inaugurare una nuova era: quella del «mai più».

²³⁶ Sul punto si veda pure *supra* § II, B, 2, a).

²³⁷ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, su Dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2013, p. 6.