

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2022

Data: 7 giugno 2022

A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge? Riflessioni sulla sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale*

di **Caterina Domenicali** – Ricercatrice di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna

ABSTRACT: The case note analyzes the recent decision n. 8/2022 of the Italian Constitutional Court concerning a law-decree that modified the crime of abuse of office. The Court itself investigates the existence of the conditions of necessity and urgency to declare the questions of constitutionality unfounded. The Author argues that demanding the government to justify law-decree's conditions would be a better way, or maybe the only way, to detect futures cases of violation of art. 77 of the Constitution.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le questioni di legittimità poste e la relativa ammissibilità. – 3. Contenuto della decisione nel merito e collocazione nella giurisprudenza. – 4. Alcune notazioni sulla motivazione dei presupposti: onere della Corte o del Governo?

1. Premessa

La sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022¹ va segnalata per una serie di ragioni. La prima

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

¹ Decisa il 25 novembre 2021 e depositata il 18 gennaio 2022, Redattore Franco Modugno.

è che si tratta di una delle poche decisioni in cui alla Corte è posta una questione di legittimità costituzionale, in via incidentale, circa l'adozione con decreto-legge di norme in evidente mancanza dei presupposti. Molto più consistente è l'attività di rimessione e decisoria su questioni di legittimità costituzionale che lamentano l'eterogeneità delle disposizioni approvate in sede di conversione rispetto al decreto-legge originario². Nella giurisprudenza costituzionale, infatti, le prime – e più celebri – dichiarazioni di illegittimità per assenza dei presupposti³ sono servite a “caricare” le armi giuridiche del controllo di costituzionalità nei confronti del decreto-legge, mentre le successive⁴ sono servite alla Corte per intervenire sull'uso distorto della legge di conversione, più che sull'abuso in sede di emanazione. Il risultato è stato il contenimento del potere normativo esercitabile dall'assemblea, per la necessità di rispettare la complessiva omogeneità del decreto, e il conseguente mantenimento dell'originale impianto dell'atto governativo, da preservare integro rispetto a eccessive contaminazioni assembleari. Tutto proiettato a valle del fenomeno, il controllo di costituzionalità ha così puntato un diverso bersaglio. Occasioni come questa, quindi, danno modo alla Corte di riposizionare la mira.

La seconda ragione è che si tratta di uno dei rari casi in cui ai giudici costituzionali è richiesto di valutare la sussistenza dei presupposti a prescindere dal canone della omogeneità. Da quando la Corte è intervenuta in tema di decreti-legge, il controllo sugli abusi in sede di emanazione e di conversione è stato circoscritto ai casi di palese estraneità delle norme all'oggetto o alla finalità del provvedimento. Tuttavia, la disomogeneità, in sé, non corrisponde alla carenza dei casi straordinari di necessità ed urgenza, ma è riscontrata sulla base di un giudizio che ha a che fare con i presupposti perché li assume come parametro di riferimento delle disposizioni contestate, al fine di saggiarne la non evidente estraneità rispetto al decreto. La timida verifica giurisprudenziale intorno al dato fattuale di carattere straordinario discende dalla ritrosia della Corte stessa, tenuta a fare i conti con lo spazio riservato alle valutazioni del decisore politico: nel merito, la valutazione governativa che ha assunto determinate circostanze a giustificazione dell'intervento non è oggetto diretto di sindacato. D'altra parte, la Corte valuta l'oggettiva esistenza dei presupposti, in modo più o meno effettivo, solamente quando si tratta di

² Propone alcune chiavi di lettura di questa ritenenza D. CHINNI, *La probatio diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos*, n. 2, 2020, 4 ss.

³ Corte cost., sent. n. 171 del 2007 e sent. n. 128 del 2008.

⁴ A partire da Corte cost., sent. n. 22 del 2012.

riconoscerla positivamente ed escludere, quindi, il vizio di costituzionalità⁵. Così pare essere anche in questa occasione.

Da ultimo, ma non ultimo, il profilo che sarà oggetto di approfondimento. Se è vero che la giurisprudenza sul decreto-legge conferma la sottrazione, di fatto, dei presupposti al giudizio di legittimità costituzionale e che proprio quello relativo ai presupposti è l'aspetto che ha comportato le maggiori difficoltà interpretative e ha dato prova della minore tenuta nella prassi, non sono da sprecare le occasioni in cui il giudice comune pone nelle mani della Corte il vizio da "evidente mancanza" delle condizioni di adozione. Su questo fronte, sarebbe ora possibile proseguire il percorso avviato ormai quindici anni fa, valorizzando gli spunti provenienti dalla prassi giurisprudenziale sulla natura del decreto-legge. Quella in commento rappresenta – a parere di chi scrive – un'opportunità che la Corte avrebbe potuto sfruttare in modo più netto: da un lato, per orientare il proprio ruolo nell'istruttoria in ordine ai presupposti e, dall'altro, per rivalutare la motivazione della sussistenza degli stessi come strumento del sindacato di costituzionalità. Orbene, le decisioni in tema di decretazione d'urgenza sono abbastanza prevedibili negli esiti e raramente escono dal tracciato, nel senso che l'illegittimità è episodica mentre la legittimità è orientata «più dalle circostanze e dalle sensibilità del momento che da criteri definiti e stabili»⁶. Pertanto, non sorprende che la Corte costituzionale propenda per un rigetto. Tuttavia, gli elementi sopra accennati, insieme con altri, meritano di essere evidenziati e approfonditi per rilevare quali sono le scollature su cui è auspicabile che si innesti un'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale.

2. Le questioni di legittimità poste e la relativa ammissibilità

La decisione definisce un incidente di costituzionalità, promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro, avente a oggetto una norma del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto semplificazioni, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120. Si tratta dell'art. 23, comma 1, che ha modificato la disciplina del reato di abuso d'ufficio, ridefinendo la violazione integrativa del reato e riducendo l'ambito della responsabilità penale. In

⁵ Volendo, per un approfondimento, C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 33 ss.

⁶ D. CHINNI, *La probatio diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge*, cit., 18.

particolare, la disposizione impugnata, rimasta invariata all'esito della conversione, ha modificato l'art. 323 c.p., sostituendo, quale modalità di integrazione della fattispecie, la violazione «di norme di legge o di regolamento» con la più restrittiva violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». I parametri invocati sono gli articoli 3, 77 e 97 della Costituzione.

L'attenzione va posta sulle doglianze riguardanti il procedimento di produzione della norma. Come anticipato, il remittente sollecita i giudici costituzionali a esprimersi sui vizi propri della decretazione d'urgenza, intesi questa volta come vizi autonomi e prospettati secondo un ordine singolare: estraneità della norma impugnata rispetto alle finalità del provvedimento e assenza per la stessa norma dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza.

Dal primo punto di vista, il Tribunale contesta la collocazione della disposizione nell'ambito di un decreto-legge, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", adottato per dare slancio all'economia nazionale a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e i cui presupposti danno forma a un provvedimento inequivocabilmente eterogeneo (che, peraltro, vedrà accentuare tale carattere all'esito della conversione⁷): nel preambolo si fa riferimento alla «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità», e all'esigenza «di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19». Dal secondo punto di vista, il ricorrente mette in discussione che, per una depenalizzazione quale quella risultante dalla modifica all'art. 323 c.p., possa essere «realisticamente postulata» l'eccezionale urgenza di provvedere, «se non in ipotesi residuali», nel caso di specie ritenute insussistenti «tenuto conto dei fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale e della totale assenza di incidenza di singole vicende penali sul piano della semplificazione

⁷ Sarà proprio in sede di emanazione della legge n. 120 del 2020, di conversione del decreto-legge *de quo*, che il Capo dello Stato Sergio Mattarella, per stimolare un contenimento degli abusi relativi soprattutto ai limiti di emendabilità, alluderà alla possibilità di ricorrere alla facoltà di rifiutare la promulgazione della legge di conversione: cfr. messaggio dell'11 settembre 2020 reperibile all'indirizzo www.quirinale.it.

amministrativa»; il ricorrente ritiene significativa, in tal senso, l'assoluta assenza, nel preambolo del decreto, di una motivazione riguardo alla straordinaria necessità che rendeva urgente, in quel momento, la riscrittura del delitto di abuso d'ufficio.

Il dato preliminare che i giudici costituzionali offrono è la genesi della disposizione sottoposta a scrutinio. Si tratta di uno sforzo significativo nell'economia della decisione, volto a ricostruire la *ratio* della modifica al reato di abuso d'ufficio disposta dall'art. 23, comma 1, ripercorrendo la vicenda normativa e giurisprudenziale che la precede.

Figura criminosa “di chiusura” nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, l'abuso d'ufficio ha rappresentato e rappresenta la superficie di faglia lungo cui si scontrano le opposte istanze sottese al sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Ciò ha fatto sì che le modalità di redazione della fattispecie, da un lato, e le soluzioni della giurisprudenza, dall'altro, l'abbiano fatta oscillare, rispettivamente, tra l'esigenza di frenare l'ingerenza del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa e quella di un controllo pervasivo portatore di istanze legalitarie⁸. In esito a tale svolgimento, lo scenario nel quale si colloca la rivisitazione dell'art. 323 c.p., oggetto di censura, vede un penetrante sindacato della magistratura penale sull'operato dei pubblici funzionari proprio attraverso il reato di abuso d'ufficio, con «significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa»⁹: ciò, per la tendenza alla cosiddetta «burocrazia difensiva», per cui «i pubblici funzionari si astengono [...] dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche)», e il diffondersi della cosiddetta «paura della firma», in ragione della quale essi prediligono «più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali». Per questo – rimarca la Corte – il provvedimento, in un apposito capo, fa «oggetto di modifiche limitative e all'insegna della maggiore tipizzazione» le «principali fonti di “timore” per il pubblico amministratore»: per quanto attiene alla responsabilità

⁸ A livello positivo, era stata da ultimo la modifica apportata con legge n. 234 del 1997 a tentare di rendere più nitidi i confini del reato: per evitare il sindacato penale sull'eccesso di potere, il legislatore aveva fatto riferimento alla «violazione di norme di legge o di regolamento», evocando uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo. In via pretoria, però, la giurisprudenza aveva adottato una interpretazione estensiva della locuzione: da un lato, ritenendo che la fattispecie fosse integrata anche dall'inosservanza del generalissimo principio di imparzialità della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., dall'altro, recuperando nell'area di rilevanza penale il vizio di eccesso di potere, nella forma dello sviamento.

⁹ Punto 2.4 del Considerato in diritto.

penale, l'art. 23 ridefinisce il perimetro applicativo del delitto di abuso d'ufficio¹⁰ con «l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma» fino a comprendervi l'inosservanza di norme di principio e il vizio da eccesso di potere.

La novella comporta, dunque, una *abolitio criminis* parziale dagli effetti retroattivi, in forza dell'art. 2, secondo comma, c.p. Vi corrisponde una richiesta di annullamento da cui discenderebbero la «reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio» – per la verità non argomentata dalla Corte, pur a fronte di una complessa giurisprudenza che nega l'automatismo della reviviscenza in caso di dichiarazione di incostituzionalità¹¹ – ed «effetti *in malam partem*»¹². In ragione di ciò, l'Avvocatura dello Stato contesta l'ammissibilità delle questioni per la riserva di legge parlamentare imposta dall'art. 25, comma secondo, Cost.

A tale proposito, i giudici di Palazzo della Consulta richiamano la giurisprudenza che distingue, quanto alla sindacabilità delle norme penali di favore, la questione che investe il procedimento di produzione della norma da quelle intese a denunciare vizi sostanziali. Se queste ultime, qui relative agli artt. 3 e 97 Cost., effettivamente, saranno dichiarate inammissibili¹³, la questione riguardante il modo in cui l'atto si è formato non incontra preclusioni quand'anche gli effetti della pronuncia in materia penale siano deteriori¹⁴. La preclusione – ricorda la Corte – mira a salvaguardare il monopolio del «soggetto-Parlamento» sulle scelte di criminalizzazione, monopolio dal quale non possono che esulare gli «interventi normativi operati da soggetti non legittimati» o comunque «senza il rispetto del corretto iter procedurale, che pure assume una specifica valenza garantistica nella cornice della riserva di legge»: tale potrebbe essere quello in esame, laddove si riscontrasse un vizio *ex art. 77 Cost.*, in aggiunta ai casi dalla Corte esemplificati nell'intervento governativo senza delega e in quello della Regione incompetente in materia penale.

I giudici rammentano di essere già intervenuti a dichiarare incostituzionali norme *mitiores* perché adottate in violazione di disposizioni costituzionali, riportando una serie di precedenti. Nel primo che la

¹⁰ Come anticipato, in modo puntuale, modificando una delle due condotte tipiche, prima rappresentata dalla «violazione di norme di legge o di regolamento» e ora integrata dalla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (mentre la condotta alternativa dell'inosservanza di un obbligo di astensione resta invariata).

¹¹ Affermando, invece, la necessità di sottoporre a verifica la realizzazione di tale fenomeno giuridico in relazione alla natura meramente abrogativa oppure anche modificativa o sostitutiva nella norma poi annullata: cfr. Corte cost., sent. n. 7/2020, sent. n. 218/2015, sent. n. 13/2012.

¹² Punto 4 del Considerato in diritto.

¹³ Punto 7 del Considerato in diritto.

¹⁴ Punto 5 del Considerato in diritto.

Corte cita, la sentenza n. 32 del 2014¹⁵, essa aveva, in effetti, preso in considerazione gli esiti in *malam partem* che la dichiarazione avrebbe comportato¹⁶; tuttavia, lo aveva fatto inserendosi nel solco di quella giurisprudenza¹⁷ che, correggendo in parte l'orientamento che vedeva nella riserva di legge in materia penale un ostacolo insormontabile alle pronunce di incostituzionalità in *malam partem*¹⁸, aveva distinto il problema oggettivo di legittimità costituzionale della norma favorevole, sempre risolto dal giudice costituzionale, dalla decisione sull'applicazione della *lex mitior*, spettante al giudice *a quo* in base ai principi generali¹⁹. Negli altri precedenti citati²⁰, invece, la Corte si era limitata a negare che la riserva di legge fungesse da generale ostacolo all'utilizzabilità degli atti aventi forza di legge, in particolare d'urgenza. Dunque, pare essere quella in commento la prima decisione in cui viene trasposta la più recente giurisprudenza che intende in senso formale la riserva di legge in materia penale, abbracciata a partire dalla legislazione delegata²¹, ai vizi riguardanti l'improprio utilizzo del decreto-legge per l'approvazione di disposizioni intrusive oppure prive dei presupposti: «[l]a verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa», là delegata, qui d'urgenza, diviene «strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»²².

¹⁵ Avente a oggetto l'emendamento che aveva introdotto la c.d. Fini-Giovanardi, volta a equiparare il trattamento sanzionatorio per crimini concernenti “droghe pesanti” e “droghe leggere”, nella conversione del decreto-legge n. 272 del 2005, in violazione dell'art. 77 Cost. per evidente estraneità.

¹⁶ Non con riguardo agli illeciti concernenti le cosiddette “droghe leggere”, per i quali dalla dichiarazione di incostituzionalità derivava un trattamento sanzionatorio più mite, ma per i reati concernenti le cosiddette “droghe pesanti”, per cui ritrovava applicazione la precedente disciplina, con soglie edittali maggiori rispetto alla disciplina caducata.

¹⁷ Sent. n. 148 del 1983.

¹⁸ Sent. n. 85 del 1976.

¹⁹ Cfr. sent. n. 32 del 2014, punto 6 del Considerato in diritto. Diversamente, legge anche in tale decisione un segnale in controtendenza rispetto alla «irruzione di un pensiero debole in tema di legalità» in ambito penale C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2014, 505.

²⁰ Sent. n. 330 del 1996; ordd. n. 90 del 1997 e n. 432 del 1996.

²¹ Sent. n. 5 del 2014, così intesa, in particolare, da C. CARUSO, *Dottrina delle “zone franche” e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. Cost.*, 2014, 122, e da C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, 181 ss. La decisione risolveva alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate nell'ambito di procedimenti penali instaurati nei confronti di esponenti della Lega Nord, imputati per aver costituito un'organizzazione paramilitare (le cc.dd. Camicie verdi) vietata dal d.lgs. 43/1948.

²² Sent. n. 5 del 2014, punto 5.2 del Considerato in diritto.

3. Contenuto della decisione nel merito e collocazione nella giurisprudenza

Entrando nel merito, la Corte costituzionale ricorda la condizione che essa stessa si è data, fin dalla sentenza n. 29 del 1995, per il sindacato sulla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza, ovverosia il carattere di evidenza che il vizio *ex art. 77 Cost.* deve avere per poter essere accertato. Da quel momento, o, meglio, dalla prima volta in cui ha portato alle naturali conseguenze quella affermazione di principio, con la sentenza n. 171 del 2007, la Corte non ha mai oltrepassato il confine, illustrando, anzi, come si possa manifestare il vizio di «mancanza evidente» dei presupposti. Posto che il necessario controllo sulle condizioni di legittimità della decretazione d'urgenza deve fare i conti con il «largo margine di elasticità» che caratterizza l'interpretazione dei presupposti, per cui «non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi», il difetto di quei presupposti, per essere sindacabile, va accertato «alla stregua di indici intrinseci ed estrinseci alla disposizione impugnata» che ne certifichino l'evidenza²³. Come ben noto, è la non omogeneità l'appiglio logico-giuridico che permette di rilevare, quale suo sintomo, tale carenza²⁴ e la necessaria intrinseca coerenza delle norme del decreto-legge può manifestarsi «o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico»²⁵. Questa seconda connotazione dell'omogeneità agisce come canone di legittimità di tutti i provvedimenti che, come quello *de quo*, prevedano interventi oggettivamente eterogenei, da considerarsi validi, dunque, se «indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a situazioni straordinarie venutesi a determinare»: per i decreti-legge *ab origine* a contenuto plurimo – conclude la Corte – quel che rileva è «l'osservanza della *ratio* dominante l'intervento normativo d'urgenza»²⁶.

Molti di questi principi sono stati affermati, nella giurisprudenza costituzionale, in relazione a casi in cui era in questione la legittimità di disposizioni introdotte in sede di conversione, ma essi

²³ Così, sent. n. 171 del 2007, punto 4 del Considerato in diritto, poi ripresa costantemente. Per la verità, già a partire dalla giurisprudenza successiva alla sent. n. 29 del 1995 la Corte aveva impostato il proprio sindacato sulla evidente mancanza dei presupposti come test di verifica su elementi sintomatici (cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, Cedam, 1997, 424 ss.), tuttavia, mai quel controllo aveva riscontrato il ricorrere dell'evidenza.

²⁴ L'omogeneità «costituisce il grimaldello per forzare la situazione di *empasse* in cui il sindacato del giudice costituzionale rischiava di impantanarsi, astretto fra i due estremi della totale marginalità, da un lato, e dell'inevitabile sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, dall'altro»: 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, 2685.

²⁵ Così, a partire da sent. n. 22 del 2012.

²⁶ Punto 6.1 del Considerato in diritto.

prescindono dal momento in cui la norma eterogenea faccia ingresso nel provvedimento. L'inserimento di norme estranee al contesto che impone l'urgenza, sia esso originario o sopravvenuto, «spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed “i provvedimenti provvisori con forza di legge”, di cui al comma secondo dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento»²⁷. Applicando tali principi al caso di specie, la Corte propende per l'infondatezza delle questioni.

Il primo profilo affrontato è quello della coerenza funzionale dell'eterogeneo decreto-legge n. 76 del 2020²⁸. La *ratio* del provvedimento viene individuata non solo a partire dagli ordinari indici, quali il preambolo e i lavori preparatori, ma anche «dalle dichiarazioni ufficiali che ne hanno accompagnato l'approvazione». Da tali elementi la Corte constata, in primo luogo, che si tratta di «un complesso di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese»: motivazione – come spesso accade – non poco ampia. Dovendo poi rinvenire la giustificazione della norma contestata e collegarla con gli obiettivi di fondo del provvedimento, la Corte deve prendere atto che, della responsabilità penale per abuso d'ufficio, «non si fa alcuna menzione nel titolo del provvedimento»; che «nel preambolo il tema è richiamato in modo cursorio ed ambiguo (con il secco riferimento alla ritenuta «straordinaria necessità e urgenza di introdurre», tra gli altri, «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni»)»; che «[n]é molto più prodiga di indicazioni è la relazione al disegno di legge di conversione A.S.1883, laddove la modifica dell'art. 323 cod. pen. viene giustificata con la mera esigenza «di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», senza alcuna precisazione riguardo al collegamento dell'intervento con gli obiettivi di fondo del provvedimento d'urgenza». I giudici decidono, allora, di prendere in considerazione il «convincimento espresso dal Presidente del Consiglio dei ministri nel presentare il decreto» per corroborare, *ad adiuvandum*, «[l']idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità». Essi hanno buon gioco a richiamare le sopra dette ragioni di contesto – “paura della firma” e “burocrazia difensiva” – quale «ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione

²⁷ Sent., n. 22 del 2012, in cui si contestava l'eterogeneità sopravvenuta con la conversione, ripresa poi da sent. n. 149 del 2020, ove era in esame una norma originaria del decreto-legge.

²⁸ Punto 6.2 del Considerato in diritto.

dinamica ed efficiente». Così ricostruita nella sua giustificazione, la norma censurata non è ritenuta «palesamente estranea alla traiettoria finalistica portante del decreto».

Il secondo profilo si incentra, di per sé, sull'evidente mancanza del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza²⁹: secondo il giudice *a quo* sarebbe, in linea generale, «opinabile, se non addirittura impossibile», che la depenalizzazione parziale di una figura criminosa rivesta caratteri di straordinaria necessità ed urgenza³⁰. Sollecitata sulle condizioni di adozione, la Corte invoca la sentenza n. 330 del 1996 – decisione che, per la verità, poco prova rispetto alla sussistenza dei presupposti d'urgenza nel caso di specie – in cui aveva negato l'incompetenza materiale del decreto-legge in ambito penale³¹. Ciò premesso, la Corte riconosce positivamente l'esistenza dei presupposti, escludendo, quindi, il vizio di costituzionalità, sulla base delle «due convinzioni» sopra dette, che danno corpo alla *ratio* della norma: che il “rischio penale” rappresenti una delle cause della “burocrazia difensiva” e che quest'ultima costituisca a propria volta un fattore di inefficienza della pubblica amministrazione. La Corte si avvede che «l'esigenza di contrastare tali fenomeni, incidendo sulle relative cause [...], non nasce con l'emergenza epidemiologica, ma si connette all'epifania, ben anteriore, degli indirizzi giurisprudenziali che hanno dilatato la sfera applicativa dell'incriminazione»; al contempo, essa riconosce che «l'esigenza di far “ripartire” celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia [...] ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza». Per i giudici costituzionali, tale valutazione di Governo e Parlamento «non può considerarsi manifestamente irragionevole o arbitraria».

4. Alcune notazioni sulla motivazione dei presupposti: onere della Corte o del Governo?

Se si mettono in collegamento la prima e l'ultima parte del ragionamento, emerge il notevole sforzo

²⁹ Punto 6.3 del Considerato in diritto.

³⁰ «Una tale incisiva riforma della figura criminosa, implicante delicate scelte di natura politico-criminale, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge. La riforma non apparirebbe diretta a fronteggiare specifici eventi eccezionali, ma a delimitare “a regime” la responsabilità penale dei funzionari pubblici in relazione all'attività svolta, sicché avrebbe potuto formare oggetto del normale esercizio del potere di iniziativa legislativa».

³¹ Certo, si trattava di un precedente caso di depenalizzazione (che operava su alcune norme per la tutela delle acque dall'inquinamento) ritenuto non illegittimo dalla Corte ai sensi dell'art. 77 Cost., ma la *causa petendi* si innestava sull'ammissibilità in sé della decretazione d'urgenza in materia penale: la Corte, dunque, pare sovrapporre percorsi logici separati.

argomentativo impiegato dai giudici costituzionali per riscontrare la sussistenza dei presupposti. Rispetto al consueto *modus operandi*, che sulle condizioni di adozione del decreto-legge vede un'istruttoria del tutto peculiare, inerente a un ampio materiale normativo e non al fatto extraprocessuale³², la decisione in commento si colloca tra i rari casi in cui, seppur per comprovare l'infondatezza del dubbio di legittimità, la Corte dà conto dei *fatti*: della vicenda normativa, collegata al diritto vivente, dei problemi di sistema creatisi e delle esigenze imposte dalla crisi pandemica. Tanto che essa individua in maniera lineare la sussistenza delle condizioni di adozione del provvedimento: la «necessità» risiede in una esigenza di fatto con radici lontane che diventa «urgenza» con la pandemia. A parere di chi scrive, però, il baricentro di questo onere, tutto spostato in capo ai giudici costituzionali, desta alcune perplessità.

Anzitutto, perché i suddetti profili di motivazione non emergevano dall'atto. Proprio per l'assenza o insufficienza di qualsiasi riferimento nel titolo, nel preambolo e nella relazione al disegno di legge di conversione, la Corte fonda le proprie conclusioni sulle dichiarazioni di natura politica espresse dal Presidente del consiglio nel presentare il decreto. Non è la prima volta che accade: ad esempio, anche nella sent. n. 149 del 2020 essa aveva sminuito la rilevanza degli indici normativi³³, basando le proprie conclusioni sulle dichiarazioni espresse dal Governo nell'ambito di un'interrogazione parlamentare. A ben vedere, però, la censura odierna riguarda anche l'assenza di giustificazione in relazione alla necessità ed urgenza di provvedere, e di questo la Corte poco si preoccupa.

L'onere di motivazione che discende dal quadro normativo³⁴ e giurisprudenziale³⁵ per l'ipotesi in cui l'esecutivo decida di adottare un decreto-legge può essere descritto come l'attribuzione in capo al Governo-legislatore dell'incombenza della prova in ordine all'uso di un potere configurato come eccezionale. Certo, il difetto di motivazione non rappresenta un vizio autonomo³⁶ e i giudici costituzionali non hanno mai preteso una vera e propria motivazione in senso formale del decreto-

³² Per un approfondimento, sia consentito rinviare a C. DOMENICALI, *Presupposti di fatto e onere di motivazione: l'istruttoria della Corte costituzionale sul decreto-legge*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 211 ss.

³³ Come rileva A. SPERTI, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in questa *Rivista*, n. 6, 2020, 376.

³⁴ Vengono in rilievo, in particolare, l'art. 15, comma 1, della legge n. 400 del 1988, e l'art. 96-bis, comma 2, del regolamento della Camera.

³⁵ Nella filigrana della giurisprudenza costituzionale, infatti, si può intravedere l'introduzione in via pretoria, per il decreto-legge, di quell'onere di motivazione tendenzialmente assente negli argomenti della Corte quando si tratti di sindacare atti legislativi.

³⁶ Al contrario di quanto avviene nel giudizio amministrativo, ove la motivazione ha un rilievo formale.

legge. Tuttavia, un decreto-legge che non dia atto dei motivi della necessità e dell'urgenza è destinato «se non al sicuro annullamento (perché i presupposti potrebbero emergere anche nella loro oggettività, a prescindere dall'espressa menzione che se ne faccia), ad uno scrutinio assai stretto di costituzionalità»³⁷, perché sospetto di inosservanza dell'art. 77 Cost. A partire dalla “svolta”³⁸, infatti, è stato richiesto che una giustificazione sostanziale emergesse dal decreto: la Corte ha ritenuto, da un lato, che l'esistenza di una formale motivazione delle singole disposizioni non sia sufficiente se «non rende ragione dell'esistenza della necessità ed urgenza di intervenire sulla norma», e, dall'altro, che «l'utilizzazione del decreto-legge – e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. – non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta»³⁹.

Per consolidare l'accertamento sui presupposti di adozione del decreto-legge, funzionale a verificare la direzione della volontà governativa che si sostanzia nella selezione dei mezzi per far fronte a determinate circostanze di fatto, si potrebbe pensare ad una rivalutazione in senso “forte” della motivazione del decreto-legge, in quanto manifestazione di volontà rilevante ai fini del sindacato sulla legittimità costituzionale dell'atto. D'altra parte, la motivazione nasce proprio per la necessità di agevolare il controllo funzionale sull'esercizio del potere e vi sono argomenti per sostenere che il momento volontaristico debba emergere in modo specifico per la decretazione d'urgenza: per il tipo di giudizio, che si allinea al sindacato sull'eccesso di potere⁴⁰, e per il tipo di atto, causalmente orientato a provvedere ad una determinata situazione valutata come urgente dall'esecutivo⁴¹. Se si spera in un futuro esercizio del controllo sui presupposti fattuali del decreto-legge anche laddove questi non siano sussistenti, si deve considerare che l'esigenza del giudice costituzionale è quella di applicare un criterio logico-giuridico che lo esoneri dall'esperire un sindacato sulle valutazioni politiche di necessità ed

³⁷ M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale: tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1158.

³⁸ Quando, nella sent. n. 171 del 2007, la Corte ha ricercato la «ragione» di adozione della disposizione contestata nella relazione al d.d.l. di conversione, rinvenendovi una affermazione che giustificava la norma ma non l'esistenza della necessità ed urgenza di intervenire; e quando, nella sent. n. 128 del 2008, ha rilevato l'estraneità della disposizione censurata rispetto alla «giustificazione in generale» dell'eterogeneità delle norme inserite nel decreto-legge, anche dal punto di vista delle circostanze tese a «giustificare in modo specifico la norma» stessa.

³⁹ Affermazione contenuta nella sent. n. 171 del 2007 e confermata dalla sent. n. 128 del 2008.

⁴⁰ In relazione alla più recente giurisprudenza costituzionale, M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 1157.

⁴¹ Sul punto, sia consentito rinviare a C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., spec. 151 ss.

urgenza. Per questo, la motivazione relativa ai presupposti potrebbe diventare strumento del vaglio di legittimità costituzionale.

Un'ulteriore necessità che preme mettere in evidenza è che si mantenga distinto lo specifico sindacato sul decreto-legge, parametrato ai presupposti che ne rappresentano la causa, da quello generale della ragionevolezza, archetipo che riguarda tutta l'attività legislativa. Fermo restando tale ultimo canone quale parametro materiale di giudizio intorno all'esercizio del potere legislativo⁴², si ritiene che in relazione al decreto-legge residui uno spazio di sindacato ulteriore e diverso, riconducibile al paradigma dell'eccesso di potere legislativo (d'urgenza)⁴³. Mentre, infatti, per la legge il dibattito circa una possibile funzionalizzazione della relativa attività ha lasciato il posto alla teoria della ragionevolezza, per il decreto-legge va fatto un discorso *ad hoc* in ragione del modo in cui la Costituzione configura la potestà da cui deriva l'atto: la Carta connota il decreto-legge in senso necessariamente teleologico, come atto non libero ma discrezionale, poiché la legittimità delle sue disposizioni dipende dalla coerenza con i presupposti legittimanti⁴⁴.

Nonostante, dunque, la struttura del giudizio di congruenza del provvedimento rispetto al suo fine sembri ripetere il sindacato di ragionevolezza, l'eccesso di potere legislativo meglio esprime, limitatamente a tale fonte del diritto, lo spazio che residua nel giudizio di costituzionalità in ordine ai presupposti. Di conseguenza, per il decreto-legge, si possono ipotizzare due binari di sindacato costituzionale strutturato in senso teleologico: l'uno generalmente orientato alla *ratio* e rappresentato dalla ragionevolezza, l'altro specificamente rivolto ai presupposti e corrispondente all'eccesso di potere⁴⁵. Il secondo non è sovrapponibile al primo⁴⁶. Se si applicano tali premesse al caso in commento, ci si avvede di come la giustificazione addotta dal Governo nel provvedimento sia doppiamente manchevole: perché l'identità di scopo tra le disomogenee norme del decreto è evocata nell'atto in termini molto generici ma anche perché essa riguarda la sua *ratio* e solo sommariamente i

⁴² Per le caratteristiche di questo modello di giudizio v. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. 385 ss.

⁴³ Già L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1958, 554 ss., poi, soprattutto F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e Società*, 1974, 526, e M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, 1433 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento, si rimanda ancora a C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 135 ss.

⁴⁵ Sembra sottintenderlo anche la Corte costituzionale laddove, nelle decisioni del 2007 e del 2008, ha affermato che l'uso del decreto-legge non può esaurirsi nella presa d'atto della ragionevolezza della disciplina introdotta.

⁴⁶ Ritiene, invece, che vi sia coincidenza tra eccesso di potere legislativo e ragionevolezza, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 57 ss.

presupposti legittimanti.

Sarebbe utile, ai fini del sindacato del giudice delle leggi, nonché necessario in relazione alla natura del provvedimento d'urgenza, che la Corte pretendesse maggiore specificità nell'indicazione delle circostanze che giustificano in termini di straordinaria necessità e urgenza l'adozione del decreto-legge. Altrimenti quando, come nel caso di specie, la questione di legittimità costituzionale avrà ad oggetto una disposizione di un decreto *omnibus* e per la quale siano rinvenibili ragioni, pur in assenza di un'adeguata motivazione del Governo, per ritenere sussistente la necessità e l'urgenza del provvedere, il controllo di legittimità costituzionale rischierà di rivelarsi poco efficace.