

Osservatorio sulle fonti

LE FONTI DEL DIRITTO

(Relazione al *Seminario sulle riforme costituzionali* tenutosi a Firenze il 13 febbraio 2014, in corso di pubblicazione in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Seminario fiorentino del 13 febbraio 2014*, Esi, Napoli, 2014).

di *Andrea Simoncini**

SOMMARIO: 1. Premessa: le fonti normative nel progetto di riforma. – 2. Il procedimento legislativo – 2.1. Verso il superamento del criterio delle materie. – 2.2 Le nuove tipologie legislative e la disciplina del procedimento. – a) Le leggi costituzionali e di revisione costituzionale. – b) Leggi organiche. – c) Leggi bicamerali. – d) Leggi monocamerali. – e) La qualità della legislazione (i maxi-emendamenti) e i testi unici. – 2.3 La decretazione d’urgenza – 3. Alcune considerazioni generali.

Abstract: *The article discusses the Report of the Special Commission for Constitutional Reform (2013) focusing on the proposals dedicated to the sources of primary law. Firstly, it analyses the most relevant changes in the legislative procedure: overcoming the criterion of legislative “matters”. Secondly, it comments the new legal sources proposed (organic, bicameral, unicameral laws) and deepens some problems in the hierarchy and in the division of competences. Thirdly, it focuses on the implications for the decree-law. Special attention, finally, is devoted to potential effects of the new constitutional formulas on the legal sources’ system and on the form of government and bicameralism.*

* Ordinario di diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Firenze.

Osservatorio sulle fonti

1. Premessa: le fonti normative nel progetto di riforma.

Nella **Relazione della Commissione per le riforme costituzionali al presidente del Consiglio** (di seguito *Relazione*) il tema delle “fonti normative” non emerge testualmente tra i titoli dei capitoli, anche se, quando la Commissione enuncia sinteticamente gli interventi di riforma costituzionale che unanimemente essa ritiene necessari, indica la necessità di “una più completa regolazione dei processi di produzione normativa e, in particolare, una più rigorosa disciplina della decretazione d’urgenza”.

A fronte di questa affermazione di carattere generale, la Relazione dedica un capitolo al solo “procedimento legislativo”.

Il punto, però, è che per sua stessa natura il tema delle fonti normative è un argomento che attraversa trasversalmente i vari istituti dell’organizzazione costituzionale. Esso risente profondamente delle scelte sulla forma di stato e sulla forma di governo ma, circolarmente, influisce in maniera decisiva su tali assetti.

Per cogliere, quindi, come la Commissione ha affrontato il tema delle fonti occorrerà affiancare al capitolo sul procedimento legislativo altri capitoli delle proposte di riforma che implicano logicamente un impatto sul sistema delle fonti: si pensi alla questione del “superamento del bicameralismo paritario”, alla modifica del Titolo V, fino alla stessa riforma complessiva della Forma di governo o al capitolo dedicato agli istituti di partecipazione popolare.

Rinvio, dunque, all’analisi di questi altri capitoli della Relazione per un giudizio complessivo sul tema delle fonti.

2. Il procedimento legislativo

La Commissione propone di rivedere il procedimento legislativo, individuando 4 categorie di leggi parlamentari:

- a) leggi costituzionali e di revisione costituzionale
- b) leggi organiche
- c) leggi ordinarie bicamerali (di seguito *bicamerali*)
- d) leggi ordinarie con voto prevalente della Camera (di seguito *monocamerali*).

2.1. Verso il superamento del criterio delle materie

“La commissione nella disciplina del procedimento legislativo non ha adottato il criterio della ripartizione per materie tra Camera e Senato che avrebbe dato adito a incertezze e conflitti, in contrasto con i criteri di semplicità, rapidità, immediatezza di comprensione che la Commissione ha inteso seguire.

Il sistema politico italiano ha bisogno di avere e trasmettere certezze.”

L’affermazione con cui la Commissione apre il suo paragrafo dedicato al procedimento legislativo è molto netta e proprio per questa nettezza non può che lasciare perplessi.

Osservatorio sulle fonti

L'intenzione dichiarata, infatti, è quella di rifiutare il criterio della ripartizione per materie nell'attribuzione di queste nuove potestà legislative tra la Camera e il Senato, traendo così esperienza dalla prassi recente che ha mostrato l'inevitabile tasso di incertezza che tale criterio porta inevitabilmente con sé, spostando di fatto nell'area della giustizia costituzionale la concreta definizione delle competenze. Ma la perplessità nasce dal fatto che, in palese contraddizione con questa affermazione di principio, tutte le nuove tipologie di leggi che vengono introdotte (bicamerali, organiche e monocamerali) si fondano ancora una volta su elenchi di "materie" da inserire in Costituzione.

Le nuove leggi organiche, infatti, avranno come funzione quella di "disciplinare materie individuate in Costituzione", così come le nuove leggi bicamerali, interverranno in alcune materie di cui si fornisce una esemplificazione (ordinamento e funzioni delle Regioni e delle Autonomie Locali e i rapporti tra questi e lo Stato, oppure, funzioni amministrative da attribuire alle Regioni nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, funzioni fondamentali degli Enti Locali)¹.

La Commissione, quindi, da un lato, si mostra consapevole dei gravi problemi che la scelta della ripartizione delle competenze legislative tra organi costituzionali sulla base di diversi elenchi di materie comporterebbe, soprattutto per l'inevitabile flessibilità interpretativa che comportano le formulazioni normative, quandanche precise e circostanziate.

D'altro lato, però, dinanzi a questa difficoltà la Commissione non propone soluzioni alternative, soluzioni che si sarebbero potute percorrere solo a patto di uscire dallo schema della identificazione per materia.

Torneremo su questo punto in sede di considerazioni conclusive, ma l'impressione è che in materia di fonti o si ha il coraggio di andare "oltre le materie" – scegliendo di attribuire le competenze legislative in relazione al "tipologia" o alla "funzione" regolativa ovvero affiancando alla ripartizione per materia soluzioni procedurali correttive – oppure uno dei problemi principali del nostro sistema di fonti normative non sarà mai realmente affrontato.

2.2 Le nuove tipologie legislative e la disciplina del procedimento

a) Le leggi costituzionali e di revisione costituzionale

Su questa categoria, lasciata immutata quanto ad oggetto e procedimento, la Commissione stessa dichiara di non dover "spendere parole"; l'art. 138, infatti, rimane lo stesso per quanto riguarda l'approvazione bicamerale, anche se la Relazione suggerisce la possibilità di rendere il referendum confermativo non più eventuale ma necessario per qualsiasi revisione ovvero legge costituzionale.

¹ Si può discutere se in questo caso ci si trovi dinanzi a *materie* ovvero *oggetti* ovvero *funzioni*, ma in realtà poco cambia a riguardo del problema, visto che oggi nelle materie legislative previste in Costituzione sono presenti tutte queste tipologie nomologiche.

Osservatorio sulle fonti

In realtà, il giudizio della Commissione è probabilmente un po' sbrigativo, occorrerebbe, infatti, qualche maggiore riflessione sull'impatto che comunque le modifiche di sistema e procedura previste nella Relazione avrebbero sul procedimento previsto dall'art. 138 Cost.

In primis, la differenziazione della composizione tra Camera e Senato.

Innanzitutto, va osservato che la scelta più radicale della soluzione *monocamerale* – presentata come una scelta possibile, anche se espressiva di un consenso minoritario – ovviamente comporterebbe la revisione radicale dell'art. 138.

Ma, a ben pensare, anche l'esistenza di una seconda camera espressiva del sistema delle autonomie, ma non direttamente elettiva o solo parzialmente elettiva, avrebbe un impatto – quantomeno potenziale – sulla procedura ex 138. Infatti, nell'ipotesi di un bicameralismo differenziato il Senato diviene una camera – ovviamente – del tutto sganciata dalle maggioranze politiche che si determinano all'interno della Camera dei Deputati. Questa differenza strutturale renderà più agevole o più difficile raggiungere la prescritta maggioranza dei 2/3 nella seconda votazione, maggioranza necessaria per la promulgazione della legge costituzionale? Ovvero renderà più probabile l'approvazione a maggioranza assoluta? Ovvero, infine, renderà più difficile il raggiungimento di una maggioranza assoluta, *tout court*?

Ma, parimenti, la modifica della legge elettorale per la Camera prevista nella *Relazione* che mira, almeno in alcune sue versioni, attraverso premi di maggioranza, a garantire percentuali molto alte di seggi e comunque al di sopra del 50%, che impatto avrebbe su quel requisito della maggioranza assoluta necessaria per la revisione costituzionale, requisito che, nell'idea dei costituenti, aveva nei fatti carattere di garanzia di coinvolgimento delle minoranze e che oggi verrebbe a perderla?

Certamente, è molto difficile la valutazione preventiva dell'impatto di una modifica costituzionale, ma occorre essere comunque consapevoli di quanto abbiamo ricordato in premessa e cioè del rapporto circolare tra forme di stato, forma di governo e regime delle fonti normative per cui le modifiche del sistema istituzionale impattano inevitabilmente sul sistema delle fonti normative e viceversa.

In questa direzione, ancor più rilevante appare l'altra proposta di modifica riguardante l'art. 138, volta a rendere obbligatorio il referendum popolare confermativo per qualsiasi revisione o legge costituzionale.

Occorre essere infatti consapevoli che in tal modo, in realtà, si interverrebbe in maniera sostanziale e non accessoria o “minore” sul procedimento di revisione costituzionale. Rendere il passaggio del voto popolare obbligatorio dinanzi a qualsiasi maggioranza approvativa, se, da un lato, depotenzierebbe il problema delle maggioranze all'interno del Senato, dall'altro, sposterebbe decisamente dall'arena parlamentare a quella della pubblica opinione la titolarità della funzione di revisione costituzionale.

Innanzitutto occorre essere consapevoli che questa modifica - a meno che non si disponga altrimenti - implica logicamente l'eliminazione del quorum approvativo dei due terzi, che, appunto impediva il referendum confermativo. Dunque la maggioranza “ordinaria” per la revisione costituzionale diviene quella assoluta, con le considerazioni già fatte sulla riforma elettorale ipotizzata per la Camera, seguita dal referendum popolare.

Osservatorio sulle fonti

Nulla, poi, si dice nella Relazione a riguardo dei quorum necessari per il referendum e, dunque, si deve ritenere confermata l'attuale disciplina per la quale non vi è un quorum costitutivo nel referendum confermativo, con la ben nota conseguenza che, non esistendo un numero minimo di partecipazione al voto, il referendum è valido in ogni caso.

Queste considerazioni suggeriscono una qualche riflessione ulteriore sulle conseguenze di questa modifica dell'art. 138.

Innanzitutto la deriva "plebiscitaria" della revisione costituzionale va collocata in un contesto quale quello italiano in cui, com'è noto, l'assetto duopolistico dei maggiori media provider televisivi, uno privato ed uno pubblico, pone certamente questioni sulla libertà e pluralismo dei processi di formazione della opinione pubblica.

Ma in ogni caso c'è da considerare che questo cambiamento modificherebbe radicalmente la forma del potere di revisione costituzionale.

L'idea originaria dell'art. 138, infatti, era quella di cercare di mantenere il più possibile all'interno dell'arena parlamentare la funzione di revisione, consentendo ad una minoranza parlamentare attiva ed organizzata, la possibilità di attivare il ricorso al popolo. L'esistenza del "rischio" referendum popolare, dunque, doveva spingere i partiti a ricercare il più possibile un accordo capace di ottenere la maggioranza dei due terzi, quindi, "forzando" la ricerca di un altissimo grado di condivisione.

In questo modo, invece, la maggioranza assoluta da un lato, ma, soprattutto l'approvazione comunque attraverso il voto popolare, finisce al contrario per "marginalizzare" le minoranze parlamentari e mettere lo strumento del 138 nelle mani delle maggioranze più fortemente organizzate come consenso pubblico e soprattutto in termini di accesso ai media.

b) Leggi organiche

Una delle proposte prese in considerazione dalla Commissione è quella di inserire in Costituzione la categoria delle leggi organiche. La Relazione si limita laconicamente a riferire che per "altri" commissari la proposta sarebbe da respingere in quanto foriera di complicazione anziché di semplificazione.

Le leggi organiche nella definizione proposta sarebbero fonti interposte tra la Costituzione e le norme primarie, dunque, non modificabili da queste ultime.

Quanto all'*oggetto*, tali leggi interverrebbero in "materie individuate puntualmente nella Costituzione stessa, particolarmente significative per il sistema politico costituzionale, come la legge elettorale, l'organizzazione e il funzionamento della Presidenza del consiglio dei ministri, organizzazione e il funzionamento dell'ordine giudiziario, la legge di cui all' art 81 ult. comma²".

² Art. 81, ult. comma: "Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale"

Osservatorio sulle fonti

A completamento di questo disegno, norme costituzionali transitorie individueranno quali leggi o parti di leggi attualmente vigenti sono da considerarsi organiche. In particolare, ma vi torneremo, l'ipotesi avanzata è quella di rendere organica la legge n. 400 del 1988 sulla "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Dal punto di vista del *procedimento*, la maggioranza della Commissione si è pronunciata per quello delle leggi monocamerali qualificato dalla approvazione finale a maggioranza assoluta; l'altra peculiarità sul piano formale è la previsione del divieto di abrogazione implicita o tacita, per cui le leggi organiche possono essere modificate solo da altre leggi organiche ed in forma esplicita.

In tal modo la categoria delle leggi organiche si andrebbe ad aggiungere agli altri casi di leggi "rinforzate" già previste dalla nostra Costituzione³.

Sull'opportunità di questa categoria di leggi v'è poco da dire, in realtà; essa sul piano teorico, avrebbe grandissima utilità in un sistema delle fonti (primarie e secondarie) caotico e alluvionale quale è quello italiano; si pensi solo se la legge n. 400 del 1988 fosse stata sin dall'inizio una legge "rinforzata" sul piano gerarchico, probabilmente la storia del nostro sistema delle fonti negli ultimi trent'anni sarebbe stata differente. Ma, al tempo stesso, hanno sicuro fondamento anche le osservazioni di quei commissari che hanno evocato la *damnatio* dei tentativi di riforma del sistema delle fonti in Italia: ovvero, che tutti i progetti di semplificazione si sono capovolti nel loro contrario finendo per complicare. E questo timore non appare infondato se si pensa che la Relazione prefigura questa nuova categoria di fonti attraverso una elencazione di materie ("indicate puntualmente") in Costituzione.

I problemi connessi sono ben noti. Innanzitutto, l'inevitabile flessibilità semantica di ciascuna formulazione testuale, anche se puntuale.

(Cosa si intende esattamente con il concetto di "legge elettorale"? Esclusivamente la legge elettorale? Oppure anche la legislazione riguardante la formula elettorale e l'assegnazione dei seggi? Ovvero la cosiddetta legislazione "di contorno"? E poi, solo le elezioni politiche o anche quelle europee? ovvero quelle amministrative? E così via).

Ma, in secondo luogo, riemerge il problema del potenziale inserimento di norme "organiche" in contenitori legislativi complessivamente dedicati a materie non coperte da riserva di legge organica.

Anche qui, *quid iuris*? Si applica il criterio della "prevalenza", per cui la natura prevalente del "contenitore" finisce per assorbire la singola norma (o le norme) di carattere "organico", ovvero, al contrario, la riserva di legge organica si applica alle singole norme ovunque esse siano collocate? Il divieto di modifica tacita o implicita dovrebbe far ritenere imposta la seconda soluzione dinanzi a singole norme che modificano il testo di leggi organiche già in vigore, ma non risolve il problema delle singole norme che introducano una nuova disciplina di tipo organico.

³ Art. 79; art. 81, comma 6; art 116, comma 3.

Osservatorio sulle fonti

Ed, in ogni caso, dinanzi alla interpretazione – sempre problematica - del contenuto di possibili interventi legislativi, quest'ultimo divieto temiamo che finisca solo per aumentare la lista dei possibili contenziosi dinanzi alla Corte costituzionale.

c) Leggi bicamerali

L'altra modifica costituzionale proposta dalla Commissione, conseguentemente alla riforma del bicameralismo, è quella di limitare il procedimento legislativo attuale esclusivamente ad una ristretta categoria di leggi, affidando tutte le altre materie alla approvazione preferenziale della Camera dei Deputati.

L'area normativa ipotizzata per le leggi bicamerali è indicata nella Relazione come quella dell'"ordinamento e [del]le funzioni di Regioni e autonomie locali nonché [de]i rapporti di queste e lo Stato, che non coinvolgono il rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo". La Commissione, dopo una discutibilissima definizione "in negativo" rispetto ai temi riguardanti il rapporto fiduciario⁴, aggiunge, in via esemplificativa, una possibile elencazione: le leggi che attribuiscono a tutte le regioni o ad alcune di esse funzioni amministrative nelle materie di legislazione esclusiva dello Stato e le leggi concernenti le funzioni fondamentali degli enti locali".

L'impressione complessiva che emerge dalla Relazione è che si voglia restringere il procedimento bicamerale davvero a pochissimi casi, il che avrebbe senso nella prospettiva che di recente ha richiamato Simone Pajno dei "few powers, deep powers"⁵.

Il realtà, però, anche in questo caso si pongono problemi rilevanti. La scelta delle leggi bicamerali, infatti, risente moltissimo dell'immagine complessiva dell'assetto autonomistico che si intende realizzare. Un esempio emblematico è offerto dalla stessa Relazione quando, fuori del capitolo sul procedimento legislativo, discutendo di una ulteriore ipotesi di legge bicamerale, emerge una forte divaricazione all'interno della Commissione; è il caso della cosiddetta clausola di salvaguardia statale attraverso la quale lo Stato, quando lo richiedano la tutela della unità giuridica o economica della Repubblica o la realizzazione di programmi di riforma economico sociale, può intervenire nelle materie di competenza regionale (concorrente o esclusiva). Qui la Commissione si è divisa tra chi, pensando di abolire la competenza concorrente, chiede per la legge di salvaguardia il procedimento monocamerale e chi, preferendo il mantenimento della potestà concorrente, ritiene invece che la legge di salvaguardia debba essere bicamerale, proprio per delimitare la facoltà dello Stato di "intromettersi" nelle competenze regionali.

E si può immaginare una discussione altrettanto contrapposta nel caso di un'altra categoria di leggi che, seppur non evocata nella relazione, ci pare sia sicuramente da affidare al procedimento bicamerale: quella delle leggi cornice statali nelle materie concorrenti (ovviamente nell'ipotesi che si conservi tale categoria).

⁴ Definizione che pone insuperabili problemi interpretativi.

⁵ S. PAJNO, *Per un nuovo bicameralismo, tra esigenze di sistema e problemi relativi al procedimento legislativo*, in Federalismi.it, 2014, 4, p. 16 s.

Osservatorio sulle fonti

Per le leggi bicamerali si pone lo stesso tipo di problemi che abbiamo evidenziato per le leggi organiche quanto alla dissociazione tra “norme” in materia bicamerale previste in contenitori legislativi diversi (monocamerale o organica).

È interessante notare che la *Relazione*, consapevole di questi problemi interpretativi, si fa carico della possibile interferenza tra le due nuove fonti primarie della legge bicamerale e della legge organica, affermando che “le leggi bicamerali non sarebbero sottordinate alle leggi organiche né queste ultime alle leggi bicamerali, perché le due categorie sono destinate a disciplinare materie diverse e pertanto tra loro vi è un rapporto di separazione di competenze”.

Innanzitutto, sul piano della pura teoria delle fonti questa considerazione della Commissione potrebbe suscitare qualche perplessità.

Da un lato, infatti, vi è la legge *organica*, che seguendo lo schema della interposizione richiamato dalla stessa *Relazione*, si differenzia dalle leggi ordinarie in base al principio di gerarchia, differenziazione che poi si riflette sulla maggioranza qualificata necessaria per la sua approvazione; d'altra parte, invece, la legge bicamerale è indubbiamente una legge *ordinaria* (tale la definisce anche la *Relazione*) assieme alla legge *ordinaria* monocamerale, dalla quale si distingue solo per la procedura, ma non per la forza. Dunque, dovrebbe ritenersi sottordinata alle leggi organiche così come le leggi monocamerale.

Ma anche passando dal piano teorico a quello pratico, in realtà, il criterio di separazione delle competenze spesso non è così agevolmente applicabile; esistono, infatti, settori di interferenza, per dir così “strutturale” tra le due fonti; si pensi, ad esempio, ad un caso già esistente di legge “organica” (o sostanzialmente tale) quale la legge n. 243 del 2012 attuativa del sesto comma dell'art. 81, che all'art. 9, comma 4, prevede che con legge si definiscano le sanzioni da applicare alle regioni che abbiano concluso l'anno finanziario con un deficit “gestionale”. Abbiamo, dunque, una legge organica che costituisce la base normativa per una legge ordinaria in una materia che rientra chiaramente in una delle riserve di legge bicamerale. Potrebbe una legge bicamerale successiva, modificare tale disciplina, prevedendo sanzioni diverse o altri procedimenti?

Ci pare difficile che in questi casi non prevalga la gerarchia sulla competenza.

d) Leggi monocamerale

Sono leggi ordinarie monocamerale – quanto all' *oggetto* - tutte quelle che non rientrano nelle categorie delle leggi organiche e delle leggi bicamerali.

Il procedimento di approvazione delle leggi monocamerale e di quelle organiche non prevede la totale esclusione del Senato; esiste, infatti, una procedura attraverso la quale la seconda camera⁶ può – entro dieci giorni dalla trasmissione - richiamare i disegni di legge monocamerale e organica e pronunciarsi nei trenta giorni successivi, pena la perdita del potere di intervento.

⁶ Su richiesta di una minoranza qualificata (2/5 del totale dei Senatori, appartenenti ad almeno 4 regioni).

Osservatorio sulle fonti

In questo caso, se il Senato approva, il disegno di legge viene promulgato; se invece il Senato respinge ovvero propone modifiche, nei trenta giorni successivi la Camera si esprime definitivamente.

Il problema più immediato che pone questa ipotesi è il suo coordinamento con la disciplina costituzionale della conversione del decreto legge che, dovendo avvenire in sessanta giorni, strutturalmente confligge con i settanta complessivi; occorrerebbe probabilmente prevedere tempi abbreviati per l'approvazione delle leggi di conversione, ma su questo tema torneremo più avanti.

e) La qualità della legislazione (contro i maxi-emendamenti) e i testi unici

Un ultimo intervento proposto dalla Commissione e riguardante il procedimento legislativo è la costituzionalizzazione del principio della omogeneità dei disegni di legge ovvero del divieto di emendamenti eterogenei, divieto assistito dal potere del presidente di Assemblea di poter stralciare tali contenuti laddove originariamente contenuti nel disegno di legge. Dichiaratamente questa previsione intende colpire la prassi dei maxi-emendamenti; a tale proposta la Commissione affianca anche l'idea di una procedura speciale per codici e testi unici.

Ovviamente rispetto a questa parte della proposta della Commissione si dovrà anche tener conto del fatto che attualmente è in corso presso la Camera dei Deputati una proposta di riforma regolamentare di vastissime proporzioni, proposta che in parte sembrerebbe muoversi nella stessa direzione⁷.

2.3 La decretazione d'urgenza

L'altro tema che la Commissione ha inteso affrontare nell'area del sistema delle fonti normative è quello della decretazione d'urgenza.

Indubbiamente, il decreto-legge rappresenta uno dei fenomeni distorsivi più problematici ed endemici del nostro sistema costituzionale tanto che, dalla commissione Bozzi in poi è sempre stato un capitolo "obbligato" di tutte le proposte di riforma.

Innanzitutto, un dato positivo: la riforma del decreto-legge viene affrontata dalla Commissione con un approccio finalmente "sistemico", rendendosi conto, cioè che l'abuso della decretazione d'urgenza nasce da una serie di problemi e di difficoltà cui non si può pensare di porre rimedio solo intervenendo "chirurgicamente" sull'art. 77 Cost., cioè sulla disciplina del decreto-legge stesso.

Il primo e fondamentale fattore di riduzione del ricorso alla decretazione d'urgenza deriva, infatti, dalla previsione nelle Relazione del voto a data fissa per i provvedimenti

⁷ Si tratta della ipotesi di riforma regolamentare presentata dal Gruppo di lavoro costituito presso la Giunta per il Regolamento e trasmessa alla Presidenza della Camera il 27 novembre 2013.

Osservatorio sulle fonti

ritenuti prioritari dal Governo, proposta sulla quale si sofferma Erik Longo e cui rinviamo⁸.

Quanto all'intervento specifico sull'art. 77 la proposta della Commissione è quella della qualificazione della legge n. 400 del 1988 come legge "organica" ovvero della recezione in Costituzione dei limiti previsti dall'art. 15 di questa legge in materia di decreti-legge.

Ovviamente le due ipotesi, anche se presentate come equivalenti nella Relazione, sono profondamente diverse: nel caso della "organicizzazione" della intera legge verrebbero "irrigidite" non solo le norme sulla decretazione d'urgenza, ma anche quelle sulla delega e, soprattutto, quelle sul potere regolamentare. In questo caso, è evidente, che la portata della riforma sarebbe ben diversa e molto più radicale coinvolgendo anche la normazione secondaria.

Ma limitandoci all'art. 15 della legge n. 400, in base a tale norma il Governo non può mediante decreto-legge:

- a) conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione;
- b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione;
- c) rinnovare le disposizioni di decreti legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere;
- d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti;
- e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento. I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

Innanzitutto, vorremmo qui ribadire alcune considerazioni che abbiamo già avuto modo di esprimere dinanzi a tentativi precedenti di riforma⁹, cercando di mettere in guardia il legislatore costituzionale dalla tentazione, per reagire giustamente ad un abuso, di rendere il decreto legge una fonte non eccezionale, ma quasi del tutto "impossibile". Non dobbiamo dimenticare, infatti, che la forza legittimante della decretazione d'urgenza in questi anni è stata la "necessità" di decidere e l'impercorribilità di altri canali legislativi; comprimerne, quindi, l'area di utilizzo fino a renderla praticamente "impossibile" (quando oggi rappresenta lo strumento ordinario attraverso cui si introduce la nuova normazione primaria) ci pare un "salto mortale" rischioso. Soprattutto rischioso per l'effetto di allargare l'area della ineffettività costituzionale.

In effetti, basti pensare alla costituzionalizzare esplicita di quel principio che già la dottrina aveva ritenuto come implicitamente desumibile dal testo dell'art. 77, per cui il decreto legge deve avere natura esclusivamente provvedimentale, cioè contenere misure di immediata applicazione, per avere un impatto devastante sulla attuale decretazione

⁸ E. LONGO, *Intervento. Procedure legislative abbreviate e voto a data fissa*, in questo stesso seminario.

⁹ A. SIMONCINI, *Gli atti aventi forza di legge*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova 1998.

Osservatorio sulle fonti

d'urgenza che ha quasi sempre carattere regolativo, quando non ordinamentale o addirittura di riforma.

Oppure, si pensi al requisito dell'*omogeneità* del contenuto rispetto al titolo del decreto, requisito che nei tempi più recenti, tanto in sede di controllo presidenziale sulla promulgazione della legge di conversione, sia nella giurisprudenza costituzionale¹⁰ è diventato una sorta di fattispecie sintomatica dalla quale si può desumere l'insussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza di cui all'art 77.

A differenza di precedenti proposte di riforma¹¹, nella *Relazione* non si propone di ampliare l'area delle materie precluse alla decretazione d'urgenza oltre quelle previste dalla legge n. 400, né si propongono modifiche dello schema procedurale previsto dall'articolo 77 Cost..

Questo silenzio della *Relazione* crea una serie di problemi di coordinamento tra la disciplina della decretazione e le nuove tipologie di leggi che la proposta intenderebbe introdurre: le leggi organiche e bicamerali.

Innanzitutto, dal momento che nulla di specifico si prevede a riguardo si deve ritenere che la legge di conversione del decreto-legge sia una legge monocamerale ordinaria.

Dei problemi di coordinamento tra i tempi procedurali dell' art. 77 e la legge monocamerale abbiano già detto.

Esistono invece dei problemi sostanziali di coordinamento con le materie riservate alla legge bicamerale ed alla legge organica

Una prima strada percorribile è quella di ritenere implicitamente preclusa la decretazione d'urgenza in tutte le materie riservate alla legge organica o a quella bicamerale.

A ben vedere, infatti, si potrebbe sostenere che il divieto per il Governo di emanare e per il Parlamento di convertire decreti-legge in materie riservate alla legge organica deriva innanzitutto dalla diversa posizione gerarchica di questo tipo di legge rispetto agli atti aventi forza di legge del Governo¹².

Altrettanto non può affermarsi, in via di principio, per la legge bicamerale che come abbiamo già ricordato deve considerarsi una legge ordinaria come le leggi monocamerali. In questo caso cosa succede se il governo emana un decreto-legge in una materia coperta da riserva di legge bicamerale? La legge di conversione sarà monocamerale o bicamerale?

La risposta, sulla base di quello che si può evincere dalla Relazione e dai lavori della commissione, sembrerebbe essere che la legge di conversione, non essendo elencata nelle materie bicamerali e coinvolgendo sostanzialmente il rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, non possa che essere monocamerale. Un ulteriore indizio è desumibile dal fatto che la legge bicamerale non è tra quelle per cui il governo può chiedere il

¹⁰ Si veda da ultimo la recentissima è la decisione n. 32 del 2014 sulla riforma della legge cosiddetta "Fini-Giovanardi", approvata attraverso un emendamento parlamentare in sede di conversione.

¹¹ Si veda, per la riforma D'Alema, A. SIMONCINI, *Gli atti aventi forza di legge*, cit.

¹² Circostanza confermata da alcune significative sovrapposizioni in tale direzione: si pensi alla materia elettorale, da un lato, riservata alla legislazione organica, ma che dall'altro, sarebbe esclusa dalla decretazione perché rientrante nel 4 comma dell'art. 72.

Osservatorio sulle fonti

voto a data fissa. L'idea sottesa è che le leggi bicamerali per loro stessa natura siano tendenzialmente sottratte a restrizioni temporali o procedimentali, consentendo il più ampio dibattito.

Molteplici, quindi, sono le ragioni per ritenere che la legge di conversione debba essere una legge monocamerale.

In tal modo, però, si finisce per aprire una strada agevolissima alla maggioranza parlamentare per aggirare la riserva di legge bicamerale. Ragioni sistematiche, dunque, suggeriscono di inserire un divieto materiale di decretazione d'urgenza nelle materie bicamerali, pur ribadendo le considerazioni già ricordate sulle limitazioni sostanziali riguardanti l'art. 77.

C'è, infine, un accenno molto interessante nella Relazione riguardante l'emendabilità della legge di conversione.

Giustamente la Commissione considera che la costituzionalizzazione del requisito dell'omogeneità già di per sé stessa limiterebbe moltissimo la prassi oggi dilagante di espandere indefinitamente il contenuto dei decreti-legge attraverso gli emendamenti introdotti in sede di conversione; ciononostante la Relazione affianca anche la proposta di vietare del tutto emendamenti aggiuntivi in sede di conversione.

Occorre essere consapevoli che una delle poche misure che oggi avrebbe un impatto fortissimo, certo e radicale sulla prassi della decretazione d'urgenza è la previsione della inemendabilità assoluta del decreto-legge in sede di conversione. L'azione del Parlamento tornerebbe ad essere, come nell'idea originaria, l'approvazione o la reiezione in blocco dell'operato del Governo. Il pregio, d'altronde, di una riforma del genere è la sua chiarezza ed immediatezza applicativa. Qualsiasi emendamento in sede di conversione diventerebbe automaticamente improcedibile e la conversione si ridurrebbe ad una scelta secca "si/no" con la sola eventualità, in caso negativo, della legge di sanatoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 77.

Questa modifica spingerebbe, da un lato, il Governo a cercare di limitare tematicamente i decreti-legge e non di estenderne il contenuto in maniera "omnibus", dall'altro impedirebbe al Parlamento di scambiare l'approvazione del decreto con la possibilità di inserire contenuti aggiuntivi ed infine costringerebbe l'Esecutivo a cercare gli accordi con il Parlamento "prima" dell'emanazione e non dopo.

3. Alcune considerazioni generali

Vorremmo infine proporre alcune considerazioni in generale sulla parte della Relazione dedicata alle fonti normative.

Innanzitutto una riflessione generale.

La materia delle fonti normative è indubbiamente una delle questioni più difficili che si presenti sul piano di una riforma costituzionale. Non è un caso che il problema dell'assetto complessivo dei meccanismi di produzione normativa del nostro ordinamento rappresenta uno dei fenomeni di ineffettività costituzionale più gravi e persistenti che abbiamo avuto nella nostra storia repubblicana, una vera e propria patologia "cronica" del sistema istituzionale.

Osservatorio sulle fonti

La difficoltà strutturale ad affrontare il tema nasce da due ragioni di fondo.

La prima è da cercarsi dalla natura sistemica del tema stesso. Non si può affrontare l'argomento fonti normative senza affrontare implicitamente quello della forma di governo o di stato e, viceversa, se si tocca il sistema delle libertà costituzionali ovvero il regime di governo, qualsiasi cambiamento non può non ripercuotersi anche sul sistema delle fonti.

L'altra ragione è la scarsissima tenuta del sistema delle garanzie costituzionali nell'area delle fonti. È indubbio che oggi le fonti normative spesso siano ben distanti dal loro modello costituzionale, questo spinge a moltiplicare le fonti sulla produzione normativa, le regole sulle regole; in realtà, in molti casi basterebbe solo che chi è preposto al controllo del rispetto della Costituzione eserciti tale controllo. Il caso recentissimo della decisione della Consulta che ha annullato una intera riforma del codice penale in tema di droghe leggere e pesanti, perché introdotta surrettiziamente in sede di conversione di un decreto legge che si occupava di olimpiadi, dimostra che, se usati, i sistemi di controllo costituzionale pensati per colpire le degenerazioni ci sarebbero e sarebbero pienamente efficaci.

Ciononostante il sindacato sui vizi formali delle fonti normative rimane sempre estremamente difficile, proprio perché, spesso, esso comporta, annullando il "contenitore" normativo, di vanificare anche tutti i contenuti che esso pone in essere, contenuto spesso estremamente rilevanti e necessari.

Dunque, il tentativo della Commissione va contestualizzato ed apprezzato proprio perché si colloca all'interno di questa condizione generale di grande difficoltà.

Ciò premesso ci sembra di dover individuare almeno due grandi limiti nella proposta della *Relazione*.

Innanzitutto, la scelta di restringere la parte delle riforme dedicate alle fonti normative alla sola legge e al decreto-legge.

Questa scelta preferenziale, lascia perplessi se si pensa ad altre fonti normative – altrettanto problematiche nella prassi – che vengono lasciate fuori dell'area di intervento auspicato dalla Commissione; si consideri, ad esempio, la delega legislativa così come il settore complessivo della normazione secondaria del Governo ovvero l'area della attuazione normativa degli obblighi comunitari.

In tutte queste aree della produzione normativa, infatti, nella prassi si sono mostrati segni profondi di tensione e distorsioni anche gravi (si pensi alla difficoltà nel controllo del rispetto dell'art 76 Cost. da parte delle leggi delega ovvero, nel campo delle fonti secondarie, ai problemi del potere di ordinanza).

Come abbiamo ribadito poco sopra, le fonti di produzione normativa sono istituti del diritto costituzionale caratterizzati ontologicamente dalla loro natura di "sistema", ovvero di insieme caratterizzato strutturalmente da relazioni biunivoche tra i suoi elementi. Il requisito fondamentale per un intervento sulle fonti normative che voglia essere effettivo è, quindi, che sia un intervento "sistemico" e non parziale.

Occorre essere consapevoli che le fonti tra di loro rappresentano una rete di canali di produzione normativa caratterizzati dal principio dei vasi comunicanti, per cui se, in ipotesi, si restringe la portata di qualcuno di essi, senza contemporaneamente considera-

Osservatorio sulle fonti

re gli altri canali (ed esempio quelli di livello secondario) l'effetto potrebbe essere semplicemente quello di spostare il flusso normativo da un canale all'altro.

Si pensi, ad esempio, al caso del potere di ordinanza di necessità che già oggi – come ha recentemente fatto notare Andrea Cardone¹³ – il Governo considera “fungibile” rispetto alla decretazione d'urgenza. Ovvero si pensi alla estensione nell'uso della delegazione legislativa che seguì la sentenza n. 360 del 1996 sui decreti-legge.

Il secondo limite nelle proposte formulate dalla Commissione sul tema delle fonti è la scarsa spinta innovativa.

Come abbiamo già detto, il punto di partenza da cui muove la Relazione è assolutamente condivisibile, quando afferma le necessità di superare il criterio delle materie nella definizione delle fonti; il problema è che nelle proposte questo criterio ci sembra riemergere come l'unico percorribile.

Qui uno sforzo di innovazione poteva essere tentato.

Le direzioni in cui ci si poteva muovere per ovviare ai problemi nascenti dalla inevitabile flessibilità interpretativa di ogni definizione materiale sono tre.

La prima è quella, laddove possibile, di preferire al criterio delle materie, criteri di tipo funzionale.

Un esempio valga a chiarire. Uno dei problemi più gravi della attuale condizione del sistema delle fonti ignorato nella *Relazione* finale è quello che va sotto il nome di manutenzione legislativa e che vede nel cosiddetto decreto-legge “milleproroghe” la sua raffigurazione oramai emblematica.

Lo spazio qui ovviamente non consente di approfondire adeguatamente il tema, ma in estrema sintesi potremmo dire che la causa di un “monstrum” quale il decreto “milleproroghe” sta nella difficoltà crescente a gestire la fase “transitoria ed attuativa” dell'entrata in vigore delle nuove leggi. Molto spesso, all'interno della legislazione non si riesce ad effettuare una corretta gestione del diritto “intertemporale”, ovvero sia della disciplina che traghetta il precedente assetto legislativo verso il nuovo (questa incapacità può derivare da motivi tecnici ovvero da motivi politici, ma la circostanza non rileva ai fini di queste riflessioni).

D'altra parte, oggi è sempre più chiara la necessità di una fase di “colludo legislativo” ovvero sia una fase di prima applicazione delle leggi volta a determinare le principali criticità attuative ovvero gli aggiustamenti necessari, cui deve poter seguire la correzione della stessa legge originaria.

Questa incapacità fa sì che molto spesso l'ultimo tratto applicativo della disciplina legislativa venga affidato ai decreti-legge che di volta in volta prorogano o differiscono termini, correggono o aggiustano in fase attuativa le leggi, ne garantiscono, in definitiva, l'operatività pratica.

In questo caso, una soluzione radicale potrebbe ispirarsi al sistema inglese degli *statutory instruments*, prevedendo la possibilità di una delega permanente al Governo per l'emanazione delle norme transitorie ed attuative di una legge.

¹³ A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, in Osservatoriosullefonti.it, 2/2012.

Osservatorio sulle fonti

Siamo ben consapevoli che molto spesso la fase attuativa è una fase assolutamente cruciale, per questo il sistema inglese prevede nella disciplina dello *Statutory Instrument Act* del 1946 che gli schemi dei regolamenti governativi siano comunicati alle commissioni parlamentari le quali possono entro un certo termine richiamare la decisione alle Camere.

Questo esempio serve solo ad illustrare uno dei possibili interventi sul sistema delle fonti sganciato da un criterio di competenza materiale, ma incentrato sulla funzione della norma¹⁴.

L'altra strada per cercare di ovviare ai problemi derivanti dal criterio delle materie è quella di prevedere in caso di potenziale conflitto sulla interpretazione delle clausole di competenza legislativa, meccanismi di soluzione politico-procedurale preventiva.

Recentemente Simone Pajno¹⁵ ha affrontato in maniera molto lucida il tema proponendo soluzioni a nostro avviso del tutto condivisibili.

Pensiamo, ad esempio, alla distinzione tra leggi bicamerali e leggi monocamerali (ordinarie o organiche); nel caso in cui venga contestato dalle Regioni l'uso del procedimento monocamerale, oggi l'unica soluzione percorribile è il ricorso alla Corte costituzionale, con le ben note conseguenze negative già messe in evidenza. Tale conseguenza potrebbe evitarsi se a fronte di tali obiezioni, prima della approvazione finale della legge da parte della Camera, il Senato possa richiedere l'attivazione di un comitato paritetico incaricato di trovare una soluzione condivisa; ovviamente, l'incentivo per la Camera e quindi per la maggioranza governativa, a ricercare ed accettare una possibile soluzione comune sarebbe dato dal fatto che l'approvazione da parte del comitato paritetico rende improponibile il ricorso regionale in via principale contro la legge. Così come, nella stessa direzione, occorrerebbe chiedersi se la stessa approvazione della legge bicamerale non dovrebbe impedire alle regioni l'impugnativa di tale legge in via diretta per motivi di competenza.

Ovviamente questa soluzione presuppone che, qualunque sia la scelta a riguardo della nuova composizione del Senato, la seconda camera rappresenti effettivamente e prevalentemente la voce delle Regioni; solo in questo caso, infatti, si può ragionevolmente ritenere che se il Senato ha accettato una certa soluzione legislativa, sia precluso alle Regioni il ricorso alla giustizia costituzionale per lesione delle competenze.

C'è, infine, una terza strada da percorrere per controbilanciare i rischi derivanti dall'introduzione di nuove fonti primarie distinte per materia ovvero diversificate quanto a procedimento¹⁶.

Quanto più differenziamo i tipi legislativi tanto più cresce la possibilità di far valere vizi di natura procedimentale delle leggi o atti aventi forza di legge.

¹⁴ Un'altra ipotesi poteva essere quella di intervenire sulle leggi cornice (laddove si mantenesse la categoria) definendole come leggi che hanno come destinatari esclusivi le regioni e dunque togliendo valore direttamente applicativo alle eventuali disposizioni di dettaglio.

¹⁵ S. PAJNO, *Per un nuovo bicameralismo, tra esigenze di sistema e problemi relativi al procedimento legislativo*, cit.

¹⁶ P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo*, Torino 2002.

Osservatorio sulle fonti

Ora bisogna essere consapevoli che esiste una debolezza intrinseca del nostro sistema di accesso alla giustizia costituzionale nel sindacato di questo tipo di vizi formali¹⁷.

Per usare una immagine di Marta Cartabia, il vizio formale agisce come una *bomba a grappolo*¹⁸, in cui l'incostituzionalità dell'atto-fonte si trasmette, in una reazione a catena, a tutte le norme approvate che, spesso, sono numerosissime, molto rilevanti (pensiamo ai decreti legge che contengono intere manovre finanziarie) ed in alcuni casi, di per sé, necessarie ed apprezzabili quanto a contenuto.

Da queste ragioni deriva la considerazione "realistica" – espressa recentemente da Zagrebelsky¹⁹ - per cui i giudici costituzionali molto spesso *esitano* davanti a norme che presentano solo vizi formali, ma non sostanziali, finendo per annullare solo quelle norme dietro le quali – in realtà - oltre al vizio formale si scorge anche un vizio sostanziale.

Anche in questo caso, dunque, la Commissione poteva probabilmente spingersi un po' più coraggiosamente anche nel terreno delle competenze della Corte costituzionale prevedendo la possibilità di un controllo preventivo da parte della Corte sulle leggi monocamerali (ordinarie ovvero organiche) da parte del Senato.

L'esperienza comparata, infatti, dimostra che nel settore dei vizi formali delle leggi il sistema di controllo preventivo di tipo francese è più efficace di quello successivo. Questo, infatti, è il segreto dell'elevato successo della *saisine* parlamentare, cioè del ricorso al Conseil Constitutionnel da parte della minoranza parlamentare, per violazione delle norme sul procedimento (il *Conseil* è arrivato ad annullare un'intera legge finanziaria per violazioni procedurali); tale successo è facilitato dal fatto che essendo il procedimento di tipo *preventivo*, consente dopo l'annullamento della deliberazione parlamentare, alle camere di riapprovare la legge e dunque di non creare vuoti legislativi o gravi impatti finanziari.

D'altronde, in questo caso, anche l'obiezione classica che si oppone a questa proposta, quella secondo cui la possibilità di una minoranza parlamentare di ricorrere alla Corte comporterebbe la "politicizzazione" della stessa, viene meno. In questo caso, infatti, il ricorso non avverrebbe da parte di minoranze politiche, bensì sarebbe proposto dal Senato stesso, una camera che, nella riforma proposta, non partecipa al circuito dell'indirizzo politico, ma esprime il solo interesse istituzionale del sistema delle autonomie locali.

¹⁷ Sia consentito rinviare a A. SIMONCINI *Il potere legislativo del Governo tra Forma di Governo e Forma di Stato*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi...cit.*, p. 514-515.

¹⁸ M. CARTABIA, *Introduzione. Il governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del governo... cit.*, p. 9 s.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in *La delega legislativa: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano 2008, p. 319 s.