

IV  
FONTI DEL DIRITTO, ROTTURA DELLE REGOLE,  
INDEBOLIMENTO DELLA DEMOCRAZIA

LORENZA CARLASSARE \*

1. LE ROTTURE DELLA LEGALITÀ E L'INDEBOLIRSI DELLA DEMOCRAZIA

Parlare delle fonti del diritto oggi è estremamente difficile. I nostri concetti consueti sembrano ormai inadeguati, la sistemazione tradizionale insufficiente; è difficile, pertanto, dare ordine al discorso.

Poiché le cose da dire sarebbero comunque troppe per poterle affrontare in modo compiuto, più che soffermarmi sulle singole fonti tratterò una linea generale delle tendenze attuali secondo un punto di vista preciso che subito indico come chiave di lettura di quello che andrò a dire: la rottura delle regole, l'indebolimento della democrazia. Il secondo è conseguenza della prima, perché la rottura delle regole in quell'indebolimento si traduce; ma, forse, è anche vero l'inverso: è l'indebolimento della democrazia – della quale tanto si parla ma in cui poco si crede – che in realtà ha consentito continue deviazioni e rotture; è la scarsa considerazione per il valore suo e delle regole in cui si traduce, la scarsa coscienza del loro significato profondo e dei principi che le ispirano.

Ormai, sotto vari profili per la verità, il sogno dello stato di diritto sembra sempre più lontano. Forse lo stato di diritto come noi costituzionalisti lo teorizziamo resta davvero un sogno, almeno nella sua realizzazione completa; tuttavia attuazioni (almeno parziali) ne ha trovate, e dunque l'idea base del costituzionalismo – *sottoporre il potere a regole* – non è rimasta del tutto inattuata. Ma da qualche tempo il potere resiste in maniera forte! Non ho mai avvertito con tanta intensità questa resistenza, questa tendenza a sfuggire alle regole giustificando

---

\* Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Padova.

sempre ogni comportamento deviante come inevitabile (a causa di un'emergenza, di una specialità, di una situazione che esige misure particolari); o meglio, la tendenza non è nuova, ma oggi incontra difficoltà minori ad imporsi perché sempre più scarse sono le difese, e i difensori, della legalità del sistema. Sempre più diffuso, insomma, è il consenso alle rotture, agli "strappi" talora persino teorizzati in nome dell'eccezionalità e dell'emergenza; anche se in verità la parola 'emergenza', non da oggi la sento invocare. Anzi mi sembra addirittura che, oggi, non la si menzioni nemmeno più; si rompono le regole e basta. E il fatto si sostituisce al diritto.

La tendenza all'illegalità, invero, non è solo sul piano del diritto interno; come purtroppo abbiamo modo di osservare proprio in questi giorni, si manifesta anche, più che mai, sul piano del diritto internazionale dove sembra vigere solo la legge del più forte: chi ha in mano la forza la usa e tanto peggio per chi non ce l'ha.

## 2. IL RITORNO DEGLI ORDINAMENTI 'SPECIALI'? I REGOLAMENTI GOVERNATIVI

La chiave di lettura del mio discorso, dunque, è questa: la rottura della legalità, l'affievolirsi della democrazia.

Chiarisco subito cosa mi impressiona maggiormente. Innanzitutto mi impressiona il ritorno di pensieri che speravamo non ci fossero più, di pensieri che sembravano sconfitti. Assistiamo a molti ritorni, di persone, di situazioni ma anche di idee e concetti legati a una cultura che pareva definitivamente superata. Ad esempio, una delle gravi ferite alla legalità era sempre stata considerata quella di ipotizzare *ordinamenti speciali* all'interno del sistema normativo. Cosa si intendeva esprimere ragionando in termini di 'di ordinamento speciale'? In sostanza l'uso del termine stava a significare che, in quell'ambito, non vige la legalità comune ma una *diversa* legalità (o, forse, *nessuna* legalità) poiché entro l'ordinamento speciale si applicano solo le regole poste da chi, nel settore, 'comanda'. Norme 'diverse', estranee ai comuni principi dell'ordinamento generale, da essi non vincolate, fuori dallo schema stesso dello Stato di diritto e dalle sue esigenze: persino dalla prima e assolutamente essenziale di distinguere chi crea le norme da chi le applica.

L'ordinamento speciale pareva far parte ormai di un pensiero sconfitto che l'affermarsi dello stato di diritto e della coscienza delle sue esigenze aveva progressivamente allontanato anche se non completamente rimosso: un pensiero recessivo, insomma. Oggi invece ritorna.

Per valutarne la portata, insieme alla gravità delle implicazioni, va ricordato che in passato, un passato piuttosto lontano, si qualificava lo stesso ordinamento

del Governo e della pubblica amministrazione come *ordinamento speciale*<sup>1</sup>.

Cosa significava il ricorso a tale concetto? Voleva dire che il Governo gestiva la pubblica amministrazione, non solo disponendo del ‘personale’ e delle sue sorti, sopprimendo uffici e creandoli secondo convenienza, ma addirittura creando e sopprimendo ministeri (ne sono tipico esempio le vicende del ministero dell’agricoltura nel periodo statutario): si trattava, appunto, di un ordinamento speciale sottratto alla legalità generale. Così si spiegavano anche alcuni tipi di regolamenti particolarmente ‘liberi’ – in specie quelli ‘di organizzazione’ – che non rientravano nelle comuni regole dello Stato di diritto perché erano, appunto, estranei ad esso. La Costituzione repubblicana, con le riserve di legge degli artt. 95 e 97 ne ha segnato la fine; o meglio *avrebbe* dovuto segnare la fine; ma negli ultimi tempi sono evidenti i segni di un ritorno al passato. Già la l. n. 400/1988 è indicativa di tale tendenza sia dove si riferisce a regolamenti di organizzazione come figura a se stante, sia, in particolare, dove prevede regolamenti ‘indipendenti’ di nuovo tipo – art. 17, lett. c) sconosciuti persino alla legislazione fascista (l. 21 gennaio 1926, n. 100) che almeno li ancorava, circoscrivendoli, alle sole “facoltà spettanti al potere esecutivo” al fine di regolarne l’esercizio. Successivamente, con la nuova disciplina dell’organizzazione (dalla ‘Bassanini’ in poi) dove, utilizzando in modo congiunto le varie forme e i diversi meccanismi predisposti appunto dalla l. n. 400, si è proceduto (anche con lo strumento della delega) a delegificazioni massicce (art. 17, comma 4-*bis*), è ormai la Costituzione con i suoi principi ad apparire sconfitta! La pubblica amministrazione ritorna nelle mani del Governo da cui era uscita seppure con grande fatica (e non del tutto) in base ai menzionati artt. 95 e 97 Cost.<sup>2</sup>.

È un ritorno definitivo? Ancora non possiamo saperlo e, forse, non è detta l’ultima parola. Infatti, senza una legge di revisione, a Costituzione immutata, l’illegittimità costituzionale di siffatta normativa è indubbia. Si tratta di vedere come reagiranno i giuristi – anzi, prima di tutto *se* davvero reagiranno – e quale sarà la posizione della Corte costituzionale.

<sup>1</sup> Per una prospettazione attenuata di questa tesi si veda ora A. ROMANO, *Il principio di legalità nella costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del XIII Congresso dell’AIC, Padova, 1999, pp. 63-67.

<sup>2</sup> Rinvio alle considerazioni svolte in *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.

Sull’art. 17, comma 4-*bis*, della l. n. 400/1988 si vedano, da ultimo, G. DEMURO, *Le delegificazioni nelle ll. nn. 59 e 127/1997: “il fine giustifica i mezzi”?*, in *Osservatorio sulle fonti 1997*, Torino, 1998, p. 239 ss.; U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio delle fonti 1998*, Torino, 1999, p. XIII ss.; G. TARLI BARBIERI, *Fonti del diritto e riforma dei Ministeri*, in *Osservatorio sulle fonti 1999*, Torino, 2000, p. 69 ss.

### 3. *SEGUE*: I REGOLAMENTI PARLAMENTARI

Un altro esempio è costituito dai regolamenti parlamentari: mi ha impressionato molto anche la piega che ha preso la giurisprudenza costituzionale in tema di ordinamento parlamentare. Perché, infatti, non si parla solo di *regolamenti parlamentari*, ma in molte sentenze c'è un richiamo esplicito all'*ordinamento parlamentare* concepito in qualche modo come separato dall'ordinamento statale generale, quasi come parte a sé<sup>3</sup>.

Dicevo prima che il discorso sugli ordinamenti speciali sembra implicare addirittura la loro estraneità rispetto allo Stato di diritto e ai suoi principi, la loro indifferenza persino rispetto all'esigenza garantista più elementare: la distinzione fra chi produce le norme da chi le applica. Ebbene, nell'ordinamento parlamentare ciascuna Camera *emana* il proprio Regolamento, lo *applica* e liberamente lo interpreta al momento dell'applicazione, e addirittura – secondo alcune sentenze – sembra poter 'liberamente' interpretare le stesse norme costituzionali che disciplinano la fonte regolamentare e le materie rientranti nella sua sfera di competenza. Ad esempio, nella sent. n. 78/1984, la Corte non solo riconosce a ciascuna Camera “un margine piuttosto ampio all'interpretazione ed attuazione del pensiero costituente” in materia di procedimento legislativo, ma addirittura conclude che “l'interpretazione e l'attuazione in parola sono di *esclusiva spettanza* di ciascuna Camera”.

In sentenze recenti si trovano dunque espressioni inquietanti; non tanto dove si nega l'idoneità dei Regolamenti parlamentari a costituire parametro di giudizio per gli atti legislativi (vedi peraltro, ancora, la sent. n. 78/1984), ma soprattutto nelle argomentazioni addotte al fine di negare la sindacabilità dei Regolamenti medesimi. Il tema, come si sa, è stato dibattuto, ed anche una parte della dottrina ha espresso dubbi sulla possibilità di ricomprendere i Regolamenti delle Camere tra gli atti aventi forza di legge sui quali, ai sensi dell'art. 134 Cost., può esercitarsi il sindacato di costituzionalità. Dubbi e divergenze d'opinione rientranti nella consueta dialettica scientifica, se limitati *all'atto* e finché tali rimasero (è vera fonte del diritto o solo atto interno, atto di organo? E, nel primo caso, può considerarsi atto con forza di legge, o almeno alla legge equiparato in quanto immediatamente subordinato alla sola Costituzione?). Ma non sono più questi gli argomenti in gioco; qualcosa di più profondo e radicale si profila.

Ad esempio, nella sent. n. 154/1985, il Regolamento parlamentare è conside-

---

<sup>3</sup> Come rileva L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 371, sembra tornare in primo piano l'idea del diritto parlamentare non solo come diritto speciale, “ma anche separato dal diritto oggettivo componente l'ordinamento generale dello Stato”.

rato come atto normativo, ma poi, il che sembrerebbe contraddittorio, lo si sottrae al sindacato di costituzionalità. La contraddizione è solo apparente in quanto l'insindacabilità del Regolamento “non riflette una sua peculiarità intrinseca o strutturale”, cioè non viene riferita all'*atto fonte*, ma é “una conseguenza della peculiare posizione dell'organo che lo produce”<sup>4</sup>.

Il senso della negazione di competenza da parte della Corte assume dunque un ben diverso valore e sposta la questione su di un diverso piano che coinvolge una diversa concezione di fondo. Fondando l'insindacabilità non sui caratteri dell'atto, ma sull'indipendenza dell'organo “sovrano”, si sottraggono i regolamenti (e tutta l'attività parlamentare) alla legalità costituzionale come espressione di una legalità ‘separata’<sup>5</sup> e si ripropone così il concetto di “ordinamento speciale”.

Sta saltando mi pare anche quella configurazione, direi *crisafulliana*, del rapporto di competenza tra fonti, che vede nel regolamento parlamentare una fonte dotata di competenza riservata in base agli artt. 64 e 72 Cost. il quale perciò si colloca sullo stesso piano e in un rapporto di separazione rispetto alla legge ordinaria. Configurazione compatibile con le decisioni costituzionali, dalla n. 9/1959 alla n. 78/1984: infatti, pur negando al Regolamento parlamentare il carattere di parametro nel controllo sugli atti delle Assemblee legislative, la Corte tuttavia ritiene di poter valutare l'attività delle Camere sia pure – come precisa anche la sent. n. 78 – *alla stregua di tutto ciò che sia direttamente ed espressamente disciplinato dalla Costituzione*.

Ancora nell'84, dunque, si diceva che il controllo sul Regolamento era ammissibile, che la norma regolamentare poteva essere censurata qualora la materia fosse direttamente e espressamente disciplinata in Costituzione. Tuttavia, non solo poi abbiamo avuto esempi significativi di giurisprudenza orientata nella direzione opposta, ma proprio nella stessa sentenza ora menzionata (n. 78/1984), sicuramente relativa a materia regolata “direttamente ed espressamente” in Costituzione – la questione riguardava la conformità del Regolamento della Camera al disposto dell'art. 64 che richiede per la validità della delibera parlamentare l'approvazione da parte della maggioranza dei *presenti*, contando quindi tra i presenti, anche gli astenuti – la Corte subito si smentisce. Prima afferma una cosa, poi la nega<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> G. FLORIDIA, *L'ordinamento parlamentare*, in *Principio di eguaglianza*, cit., pp. 185-186.

<sup>5</sup> Cfr. gli autori citati alle note 3 e 4.

<sup>6</sup> Il contrasto infatti risulta palese: il regolamento dispone in modo opposto alla Costituzione in una materia da questa direttamente ed espressamente regolata – richiedendo per la validità l'approvazione il voto favorevole dei soli votanti, a prescindere dagli astenuti.

Nonostante l'esito contraddittorio della soluzione rispetto alle affermazioni precedenti, in quella decisione – già di forte rottura perché argomentata sulla libertà di interpretazione da parte di ciascuna Camera del disposto costituzionale – si poteva ancora pensare in termini di rapporto di competenza. Dopo, viceversa, si sono avute pronunce che esplicitamente sembrano abbandonare tale prospettiva, e sembrano collocarsi in tutt'altro piano: *l'ordinamento separato*, non la *separazione di competenza* fra fonti dello stesso ordinamento generale.

È però con la sent. n. 379/1996, nell'ambito di un conflitto di attribuzione<sup>7</sup>, che l'idea degli ordinamenti distinti giunge alla sua più chiara espressione. Mi limiterò a citarne un solo passaggio: "Allorchè il comportamento di un componente di una Camera sia sussumibile, interamente e senza residui sotto le norme del diritto parlamentare e si risolva in una violazione di queste, il principio di legalità ed i molteplici valori ad esso connessi, quali che siano le qualificazioni che nell'ordinamento generale quel comportamento riceva (illegittimità, illiceità ecc.) sono destinati a cedere di fronte al principio di autonomia delle camere".

La Corte torna a controllare il regolamento parlamentare quando – come ho detto – invada sfere altrui, dunque nei conflitti di attribuzione. Ma anche nelle decisioni sui conflitti si notano affermazioni singolari, si ritrovano discorsi relativi a una separazione, richiami all'autonomia della funzione delle Camere che quella separazione evocano. Da simili premesse – "*l'autonomia della funzione delle Camere è il bene protetto, è una sfera di libertà che non è privilegio ma tutela dell'autonomia delle istituzioni*" – si distinguono le questioni relative ai diritti dei singoli da quelle funzionali. Anche in decisioni del '97 si parla di qualificazioni dell'ordinamento generale e qualificazioni del regolamento parlamentare, ma già nella menzionata sentenza del 1996 si ha la sensazione forte di un ritorno al vecchio discorso degli ordinamenti speciali.

Tuttavia la Corte poi dice qualche altra cosa che non è di scarso rilievo e può rappresentare, forse, uno spiraglio aperto verso evoluzioni giurisprudenziali future, e, precisamente, che *la pronta applicazione e l'adeguatezza delle sanzioni nei casi più gravi si impongono al Parlamento come problema, se non di legalità, ma certamente di conservazione della legittimazione degli istituti dell'autonomia che presidiano la sua libertà*. L'affermazione è forte; che per il Parlamento si ponga un problema è risolutamente affermato quasi come un monito, un allarme per il futuro. E dunque, se da un lato la sentenza, non ponendo la questione sul piano

---

<sup>7</sup> Si trattava, ancora di un conflitto con l'autorità giudiziaria determinato dalla nota vicenda dei parlamentari che, nel voto elettronico, votavano anche per il loro vicino assente, con una mano sulla propria tastiera e l'altra sulla tastiera di quello (il c.d. caso dei "pianisti").

della legalità fa riaffiorare l'idea dell'ordinamento speciale e del Parlamento svincolato da regole, libero di fare quello che crede, dall'altro lato getta le basi per un'evoluzione giurisprudenziale<sup>8</sup> apertamente riconoscendo che per questa libertà un problema si pone su di un piano diverso da quello della legalità ma addirittura più grave, perché è tale da coinvolgere le basi stesse degli istituti dell'autonomia: il problema della *conservazione* della loro "legittimazione". Questo a me sembra di grande importanza; la legalità l'ho sempre vista come una forma di legittimazione democratica.

#### 4. PROCEDIMENTO LEGISLATIVO E RAPPRESENTANZA POLITICA

Mi soffermo sui regolamenti parlamentari perché qui il collegamento con la democrazia è immediatamente visibile: la Costituzione, oltre all'organizzazione interna delle Camere, riserva a queste fonti la disciplina del procedimento di formazione della legge. Possiamo dire che a noi, ai cittadini, ciò è indifferente? Ho menzionato prima la questione delle maggioranze, oggetto di quella famosa sentenza dell'84 che lascia alla 'sovranità' della Camera stabilire – contro il preciso disposto dell'art. 64 Cost. – che gli astenuti non contano. Il che significa che una legge potrebbe essere approvata da 30 persone? A me fa impressione, sempre sotto il profilo della democraticità del sistema! Anche qui, mi sembra, ci si trova di fronte ad una normativa che comporta una diminuzione delle *garanzie democratiche*. Infatti, in che cosa si traduce, in concreto, la norma regolamentare che ritiene sufficiente per la validità delle delibere la maggioranza dei votanti anziché dei presenti? Il discorso è fin troppo chiaro: un numero esiguo di 'rappresentanti' può decidere per tutti, disporre dell'ordinamento giuridico, decidere dei rapporti sociali, quindi, della sorte dell'intera comunità! Quale pluralismo nella composizione dell'organo garantisce la condivisione della scelta, la sua compatibilità con gli interessi e le aspirazioni della maggioranza – almeno – degli elettori come espressa dai loro 'rappresentanti'?

Entrerebbe qui in gioco un altro argomento che in questo periodo appassiona tutti: la rappresentanza politica. Che senso ha oggi? Il modello di rappresentanza politica 'liberale' ottocentesco della rappresentanza universale che rende del tutto fungibile il soggetto (è ininfluenza che sia una donna, un uomo, un'immigrato, un

---

<sup>8</sup> E invero, il mutato orientamento giurisprudenziale si è poi verificato: nel momento in cui stanno per andare alle stampe queste riflessioni, sono intervenute due sentenze – nn. 10 e 11/2000 – di segno opposto alle precedenti.



possidente, un povero, un industriale, un barbone, un cristiano cattolico o metodista, un ebreo o un seguace dell'islam) perché la *rappresentanza è generale* e non di 'parti'. Però al di là del valore irrinunciabile che questa concezione esprime, e anche se non vogliamo rinunziarvi, sentiamo che qualcosa non va.

Mi spiego subito con un esempio. Non molto tempo fa in una trasmissione televisiva, alcuni indiani d'America dicevano che finalmente stavano bene essendo rientrati in possesso delle loro terre. Ciò era stato possibile perché erano riusciti ad avere una rappresentanza in Parlamento! Una rappresentanza che ha dato loro voce nelle sedi decisionali, ha portato avanti i loro interessi. Sarebbe di certo poco augurabile che la rappresentanza si riducesse ad una serie di corporazioni espressive di interessi contrapposti; ma nemmeno si può del tutto ignorare l'importanza di una connessione tra rappresentanti ed elettori.

Ho parlato di questo, appunto, per tornare al procedimento di formazione della legge, alla funzione dei gruppi parlamentari. I regolamenti parlamentari entrano dentro al discorso sui gruppi, col peso che danno a coloro che ci rappresentano, con la determinazione del numero dei deputati di cui è richiesta la presenza e il voto favorevole per adottare una delibera o per approvare una legge. Assicurare – come richiede la Costituzione (art. 64) – un numero non irrisorio di presenti e una maggioranza non troppo esigua di voti favorevoli per modificare l'ordinamento significa rendere effettivo il pluralismo, non puramente apparente la rappresentanza, dare ossatura, corpo e sostanza alle procedure democratiche affinché non si riducano a mere finzioni ... Non credo quindi che le norme regolamentari siano irrilevanti per l'ordinamento generali o per i cittadini; e non credo dunque che, quando regolano i procedimenti di approvazione di una legge vanificando le garanzie democratiche e il pluralismo della rappresentanza, possano essere 'coperte' dal falso schermo dell'insindacabilità e dell'ordinamento speciale.

## 5. LE LEGGI DI REVISIONE COSTITUZIONALE E LO 'STRAPPO' ALL'ART. 138

Sempre nell'ottica prima indicata, abbandonando il tema degli ordinamenti speciali, mi fermerei innanzitutto sulle questioni relative alla fonte più importante: la legge di revisione costituzionale. Abbiamo di recente assistito ad un'altra rottura della legalità, addirittura della legalità costituzionale nel senso più immediato e diretto perché la l. cost. n. 1/1997 aveva dato vita ad un procedimento di revisione della Costituzione che non era quello previsto dall'art. 138. Anche questo è un punto che inserisco nel mio discorso delle brecce che si aprono nel sistema, a tutti i livelli ormai, mettendone contemporaneamente in gioco la demo-



craticità. Se guardiamo tutte queste breccie, vediamo infatti che attraversano l'intero sistema delle fonti, dalla fascia più alta alla più bassa: fonti costituzionali, legislative, regolamentari. Nessuna ne è immune.

Circa le leggi costituzionali, la vecchia questione se il potere di revisione costituzionale sia uguale al potere costituente, come tutti sanno, è tornato di moda. Sembrava quasi un discorso risolto, dimenticato e ormai privo di rilievo di cui non importava più nulla a nessuno. E invece importava molto, perché è diventato improvvisamente un problema reale, che ci siamo trovati di fronte e si è concretizzato sul doppio fronte dei contenuti (e limiti) della revisione e delle forme. Non mi soffermo sulla prima questione; la risposta è fin troppo nota. Che le leggi di revisione costituzionale soggiacciano a limiti non è nemmeno più in discussione. Il dubbio non può esistere perché la stessa Corte costituzionale, in una serie di sentenze che è superfluo elencare, ha enunciato una serie di limiti sintetizzabili nei "principi supremi" e nei "diritti inviolabili".

Non veniva invece mai posto in discussione il limite formale costituito dalle regole previste dall'art. 138 Cost., il necessario rispetto del procedimento. Ma di recente, anche questo limite alla revisione è divenuto questione aperta. Mi limiterò al profilo più grave, che non è di forma, ma di sostanza, anzi in realtà, di *democrazia*. È sempre quest'ultima che vedo in gioco, in tutte le considerazioni circa le rotture delle regole che vado facendo. Al fondo di tutto il travaglio e di tutte le vicende che nei diversi settori (a cominciare dalla forma di governo) stanno agitando il nostro sistema costituzionale in questo tempo inquieto, vedo sempre un grande calo di democrazia, un rischio continuo per la democrazia *vera*. A vantaggio talora di quella fasulla dietro la quale spesso si nascondono altre cose.

Parlo di democrazia come cosciente e reale *partecipazione* o *opposizione* esercitata nei modi consentiti costituzionalmente. Proprio a proposito delle leggi di revisione costituzionale qualcuno ci ha raccontato che era molto democratico il nuovo procedimento che la l. n. 1/1997 aveva introdotto "una tantum" come deroga all'art. 138 Cost.; era molto democratico perché sempre il referendum sarebbe stato necessario e non più in una sola ipotesi. Ecco! Questa è appunto l'*apparenza* democratica, dietro la quale si cela una diversa realtà. Infatti, il referendum sempre necessario, un referendum per approvare, ha un senso opposto a quello che la Costituzione, nell'art. 138, al referendum medesimo intende dare. La Costituzione vuole consentire alle minoranze la possibilità di bloccare decisamente una legge costituzionale che non sia gradita; di porsi come barriera contro la maggioranza che intende cambiare le regole senza un consenso sufficientemente ampio.

L'art. 138 prevede che sia possibile procedere alla revisione o esclusivamente in Parlamento in presenza di una maggioranza dei 2/3, (quindi con l'accordo e il coinvolgimento di gruppi minoritari); o, appunto, aggiungendo alla fase parla-

mentare la possibilità di un appello al popolo non generico, ma politicamente orientato, promosso da chi *non vuole* il passaggio della legge costituzionale, non vuole cambiare le regole esistenti, dichiara di non volerlo e vede quale riscontro trova la sua opposizione nel corpo elettorale. Non va dimenticato che il referendum di cui all'art. 138 (a differenza di quello abrogativo) può essere richiesto anche da una *minoranza* parlamentare: il cambiamento di senso del referendum, da referendum di opposizione a referendum di adesione (che si sperava plebiscitaria) – a me i plebisciti non piacciono – denota uno slittamento verso meccanismi più vicini a quelli propri dei sistemi autoritari. Cosa caratterizza infatti lo Stato autoritario? Qualcuno semplicisticamente lo avvicina allo Stato assoluto e sbaglia, sbaglia profondamente. Perché lo Stato autoritario in comune con lo stato assoluto ha soltanto la 'concentrazione' del potere. Ma non è questa l'essenza dello stato autoritario che si autodefinisce *uno stato autoritario di massa*. Non è che la massa non interessi, tanto è vero che si pone in essere tutto un sistema di propaganda, una rete capillare di rapporti per far entrare, tramite le organizzazioni di partito, l' *ideologia* nella società. Anche in Italia, nello stato fascista, per molti anni le elezioni si fanno, seppur con la lista unica, fino al 1939 quando si crea la Camera dei Fasci che non è più elettiva.

Cos'erano in definitiva in quel clima politico le elezioni? Quasi una forma di 'sondaggio', l'opinione pubblica che esprime dal basso il suo consenso al regime. Non sempre l'appello al popolo è espressione di democrazia.

Riprendendo il discorso sulla l. cost. n. 1/1997 – a parte il rilievo che con il procedimento ivi previsto l'art. 138 veniva snaturato (e non solo per il rovesciamento di senso del referendum) – è interessante vedere il progetto di riforma costituzionale, che non è poi passato, approvato dalla Commissione bicamerale appositamente costituita. In tema di fonti chi ha letto quel progetto mi darà ragione se dico che un discorso sulle stesse praticamente non si potrebbe più fare<sup>9</sup>. Di 'sistema', in particolare, non si potrebbe parlare; alla pluralità di fonti, ordinate gerarchicamente o in alcuni casi secondo un rapporto di competenza, nel Progetto della Bicamerale si sostituisce un pluralismo assoluto e variegato, con una serie di tipi, di sotto tipi, di sotto-sottotipi, di sotto-sottotipi ancora, per cui, se fosse passato, ormai dominante sarebbe forse un rapporto di 'competenza' esasperato e non più sistematizzabile. Non voglio ora esprimere un giudizio positivo o negativo, ma solamente sottolineare come noi dovremmo cambiare tutte le categorie giuridiche con le quali abbiamo sinora lavorato. E sicuramente diventerebbe vera una cosa: la *specializzazione* delle fonti, in un sistema tutto struttu-

---

<sup>9</sup> Si vedano in proposito gli scritti di U. DE SIERVO e L. CARLASSARE su *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, 1997, n. 3, p. 687 ss.

rato su rapporti di competenza. Ma neanche, forse, di competenza e di specializzazione in senso proprio, perché alle volte le differenze tra un tipo e l'altro era solo nella richiesta di partecipazioni diverse, di pareri, di interventi, di composizione degli organi. E quindi un insieme estremamente articolato in cui il senso dell'unità del sistema si perdeva. Ne ho solo accennato perché, per ora, il progetto è caduto; ma se a una qualche riforma si addivenisse, forse quel carattere frammentato finirebbe per riproporsi.

## 6. ROTTURE DELLE REGOLE E ATTI LEGISLATIVI DEL GOVERNO

Questo discorso sul venir meno del 'sistema' mi porta ad un altro interrogativo che vorrei introdurre oggi. Anche senza riforme, allo stato attuale, possiamo parlare ancora di un sistema delle fonti? A me piaceva l'idea del sistema delle fonti con proprie regole, con una sua geometria, con dei punti sicuri, con una differenziazione di efficacia formale. Era un punto fermo anche per i giudici, e, comunque per gli applicatori del diritto. Ho l'impressione che, anche senza l'entrata in vigore di quella riforma, in alcune parti sicuramente opportuna (ad esempio sul piano del regionalismo), già oggi tutte le sicurezze di confini sono smarrite. A cosa alludo? Intanto agli incerti rapporti fra legge e regolamento parlamentare forse, come dicevo, non più definibili in termini di 'competenza'. Ma soprattutto, nell'ottica delle rotture della legalità penso agli atti legislativi del Governo.

Per molti anni, abbiamo schierato tutte le nostre batterie contro i decreti legge. Alla fine qualcosa è avvenuto. La Corte costituzionale stessa, sia pure con una giurisprudenza oscillante, ha, se non posto fine, almeno limitato l' 'abuso': ha iniziato nel '95 con una sentenza in cui si dichiara competente a valutare i requisiti del decreto legge, cioè la necessità e l'urgenza, rompendo così una prassi che era stata costante nel nostro sistema, per la quale la valutazione dei presupposti era del tutto rimessa al Parlamento. Una volta intervenuta la legge di conversione, nulla la Corte avrebbe potuto dire sulla mancanza dei presupposti.

Si trattava di una prassi che veniva da lontano, e trovava la sua origine nella regola teorizzata nella Relazione del ministro Rocco alla l. n. 100/1926 che riservava la valutazione dei presupposti alle Camere in sede di conversione dei decreti legge. Vorrei ricordare che in quel sistema quella valutazione in pratica veniva sottratta così ai giudici che altrimenti avrebbero potuto disapplicarli. Vi erano state infatti alcune sentenze nella prima metà del Novecento, ed anche alla fine dell'Ottocento, poche in verità, che avevano dubitato della legittimità di atti emanati dal Governo con forza di legge – in alcun modo previsti o disciplinati dallo Statuto o altrove – considerandoli talora come semplici disegni di legge governa-

tivi presentati ma non approvati (se la Camera poi era sciolta), o semplici regolamenti. Alcune sentenze, ancora negli anni Venti, avevano messo un po' in crisi la decretazione seppure in qualche rarissimo caso: non tutti i giudici sono pronti ad andare contro corrente. E dunque, ad evitare ogni pericolo, per sottrarre ai giudici questa valutazione sui presupposti (quindi sulla validità dei decreti), interviene la relazione del ministro Rocco nella legge del '26.

Ora, è possibile pensare che la situazione attuale – un sistema dotato di una Costituzione rigida e di una Corte costituzionale – sia assimilabile a quella precedente? Evidentemente la risposta negativa s'impone.

Della valutazione dei presupposti si era discusso in dottrina; e si era fatto notare come, non di rado, la mancanza fosse *in re ipsa*, evidente e sicura. Ne è esempio chiaro un decreto legge di riforma dell'Università (che risale a quando ero giovane assistente) che, emanato sulla base dell'urgenza, disponeva la creazione di alcuni nuovi posti di professore a partire dall'anno immediatamente successivo e di altri *dopo tre anni*. Un caso straordinario di necessità e urgenza dopo tre anni?

Simili abusi sono continuati per molto tempo. Il fatto che la Corte si sia dichiarata competente a valutare i presupposti, almeno dove ne fosse "evidente" la mancanza (per non entrare in una valutazione solo politica, certamente spettante al Parlamento), ha segnato una tappa fondamentale, anche se, poi, la giurisprudenza non è stata sempre altrettanto chiara<sup>10</sup>.

Un altro gravissima illegittimità nell'uso della decretazione d'urgenza è costituito dalla frequente e ripetuta reiterazione dei decreti. Anche su questa la Corte costituzionale, fin dal 1988 si era pronunciata, denunciandola: ma è a partire dal-

---

<sup>10</sup> Dopo la fondamentale sent. n. 29/1995 – per la quale “la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere mediante l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione di predetto atto, in modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, ... quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima ... convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione” – altre ne indeboliscono il rigore. Intanto viene subito precisato (sent. n. 391/1995) che la valutazione dei presupposti della necessità ed urgenza non può “estendersi alle norme che le Camere, in sede di conversione, possano aver introdotto come disciplina ‘aggiuntiva’ a quella dello stesso decreto-legge”. Inoltre la sent. n. 84/1996 esclude che il vizio del decreto per mancanza dei requisiti si trasferisca sulla legge *di sanatoria* (che non converte il decreto, ma ne salva per il passato gli effetti) come pure al decreto-legge successivo che reitera il decreto-legge impugnato e decaduto. Quindi, la sent. n. 330/1996, per negare, nel caso, la *evidente* mancanza dei presupposti, si basa sul fatto che: “Il decreto in esame, pur succedendo ad altri precedenti ... non convertiti e decaduti, è sostenuto da una *motivazione, resa esplicita nella relazione governativa* che accompagna il disegno di legge di conversione”: basta dunque che il Governo ‘motivi’ in qualche modo al fine di salvare il decreto nuovo!

la fondamentale sent. n. 360/1996<sup>11</sup>, che la posizione si è fatta più rigida e determinata tanto da scoraggiare il Governo, riducendo in modo consistente il ricorso alla reiterazione. Appunto nel dicembre 1996, dopo quella sentenza, non fu ulteriormente reiterato, e quindi decadde, l'ultimo dei decreti legge che per circa tre anni avevano dettato le norme di attuazione dell'art. 68 Cost. riformato dalla l. cost. n. 3/1993; la lunghissima catena (quasi una ventina di atti) ebbe così la sua fine!<sup>12</sup>

L'aspetto più grave della reiterazione dei decreti sta nel fatto che ad essa spesso si è aggiunto il salvataggio degli effetti del decreto o dei decreti *decaduti* da parte del decreto o della serie di decreti successivi. Con una clausola apposita, contenuta in ciascun decreto successivo fino all'ultimo della catena, il Governo ha sovente provveduto a mantenere in vita, anche per anni, gli effetti prodotti dai decreti legge decaduti i quali invece – a norma dell'art. 77 Cost. – “perdono efficacia fin dall'inizio”. Questa è sicuramente la rottura più clamorosa della legalità costituzionale: non solo consolidando e prolungando gli effetti dei decreti nel tempo si vanifica il senso della disposizione costituzionale basata tutta sul carattere eccezionale e “provvisorio” della sostituzione dell'atto governativo alla legge, ma la si viola apertamente. L'ultimo comma dell'art. 77 prevede infatti espressamente da *chi* e con quale *atto* possono essere regolati gli effetti dei decreti non convertiti: competenti sono le *Camere*, l'atto idoneo è la *legge*.

La Corte costituzionale per vari anni ha dichiarato simili questioni inammissibili<sup>13</sup>. Dunque alla gravità del fenomeno si univa la carenza di controllo. L'argo-

<sup>11</sup> In questa sentenza (di cui si consiglia l'integrale lettura) si afferma che l'art. 77 Cost. “non lascia alternative al carattere necessariamente provvisorio della decretazione d'urgenza” e che il decreto iterato o reiterato “lede la previsione costituzionale sotto più profili”: “altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza”; “toglie valore al carattere straordinario dei requisiti della necessità e dell'urgenza”; “attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito”, finendo per incidere sugli equilibri costituzionali e sulla stessa forma di Governo, oltre che sulla certezza del diritto. Un'attenuazione è tuttavia nella medesima sentenza: la reiterazione non è illegittima quando il nuovo decreto sia “caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura ‘straordinaria’”. E, d'altra parte “restano comunque salvi gli effetti dei decreti-legge reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti attualmente in corso, ove la stessa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione”. Il discorso vale dunque solo per il futuro, a partire da quel momento in poi?

<sup>12</sup> Ancora oggi, peraltro, giace in Parlamento la legge necessaria ad attuare l'art. 68 Cost. modificato: il vuoto normativo conseguente alla decadenza dei decreti – certamente non eccellenti e da non rimpiangere – ha sicuramente alimentato i conflitti fra Camere e magistratura che avanzano sempre più numerosi.

<sup>13</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988,

mento addotto era che, una volta decaduto il decreto, anche se ne rimanevano in vigore gli effetti, la questione doveva dichiararsi inammissibile essendo venuto meno l'atto impugnabile. A ciò la Corte giungeva distinguendo la legge di sanatoria dalla legge di conversione: mentre su quest'ultima si trasferisce l'impugnativa portata contro il decreto legge da essa convertito, altrettanto non può avvenire se la legge non converte il decreto ma si limita a sanarne gli effetti, perché, appunto, la legge di sanatoria ... non è una legge di conversione! Con tale motivazione – manca l'atto impugnabile – la Corte liquidava la questione, senza entrare nel merito delle norme rimaste in piedi (senza fonte?), in base alla sanatoria. Sul piano costituzionale la situazione si profilava in modo quasi grottesco: non solo gli effetti del decreto legge decaduto, illegittimamente sanati, restavano in piedi, ma addirittura diventavano inoppugnabili.

Anche su questo la Corte ha fatto una conversione importante ammettendo di poter intervenire sulle norme sanate anche se l'atto che le ha prodotte (il decreto decaduto) non esiste più<sup>14</sup>. Sarebbe uno dei pochissimi casi, forse l'unico, in cui la Corte si pronuncia direttamente su *norme prive di disposizione*: "È la immutata persistenza di quest'ultima nell'ordinamento ad assicurare la perdurante ammissibilità del giudizio di costituzionalità sotto il profilo dell'inalterata sussistenza del suo oggetto" (ossia sulla disposizione del nuovo decreto succeduto a quello decaduto).

## 7. *SEGUE*: TENDENZE ATTUALI IN TEMA DI DELEGA LEGISLATIVA

L'insieme della giurisprudenza costituzionale della seconda parte degli anni novanta ha dunque fortemente ridotto l'uso abusivo del decreto legge. Cos'è però avvenuto? Che il Governo, non potendo più contare con sicurezza su quello strumento, è ricorso all'altro atto legislativo che la Costituzione gli consente: il decreto legislativo delegato. Ma di nuovo torniamo al rilievo iniziale, al filo che lega l'intero discorso: la rottura delle regole.

La Costituzione (art. 76) precisa che nella legge delegante deve essere indicato il tempo, definito l'oggetto, specificati i principi e i criteri direttivi. Com'è noto, l'eventuale violazione dei principi da parte del decreto delegato o lo sconfinamento dai limiti di oggetto e di tempo ne determina l'illegittimità costituzionale,

---

pp. 47-51, dove si segnala l'inizio di quest'orientamento giurisprudenziale con le sentt. nn. 59/1982 e 307/1983.

<sup>14</sup> Sent. n. 84/1996.



sanzionabile dalla Corte. Va detto che, nel complesso, i giuristi si erano dimostrati assai tolleranti in proposito, ritenendo che non necessariamente principi e criteri direttivi debbano essere enunciati in modo chiaro ed esaustivo: solo se mancano totalmente l'art. 76 Cost. sarebbe violato.

Simile tolleranza ha consentito e consente di eludere un principio aprendo un'altra breccia nella legalità costituzionale, e, di nuovo, con effetti che si ripercuotono sulla democrazia. Cosa significa, infatti, fissare i principi e i criteri direttivi se non operare le *scelte politiche* di fondo nella materia oggetto della delega? Chiarito questo, non essendovi dubbio che almeno simili scelte debbano spettare al Parlamento, ben si comprende che la mancanza di indicazioni sufficienti ad orientare la normazione del Governo si traduca in un affievolimento dell'incidenza dell'organo rappresentativo sull'indirizzo politico, in una sostanziale abdicazione.

Alla posizione di principi e criteri direttivi sempre più labili si aggiunge ora un nuovo elemento di rottura. Infatti, dopo i limiti posti alla reiterazione dei decreti legge, siamo arrivati ad una sorta di reiterazione dei decreti delegati, basati allora su un'unica delega. Alludo al fenomeno dei decreti correttivi, alle catene di decreti legislativi delegati che si succedono nel tempo. Non da oggi la gravità di questa prassi è segnalata dagli studiosi di diritto tributario, sconcertati dal fatto che con una medesima legge si legittimi una serie di decreti delegati che continua per decenni: è dagli anni settanta che in materia tributaria si va avanti così. Un altro importante principio, *la istantaneità della delega*, sul quale insisteva Livio Paladin, è rimasto travolto. Se quella prevista dall'art. 76 Cost. è una delega di atto e non di funzione, emanato l'atto, il potere è consumato. Con la prassi indicata, venuta meno l'istantaneità, si intacca la stessa forma di Stato, alterandone un fondamentale elemento, la divisione dei poteri.

Infatti, come si giustifica normalmente la delegazione legislativa? Precisando che con essa ciò che viene trasferito non è la funzione legislativa, della quale rimane sempre titolare il Parlamento, ma solo il suo esercizio. Con la delega – si precisa – viene attribuito al Governo un potere diverso da quello del Parlamento: un potere che non è 'politico', cioè libero nel fine, perché limitato da principi e criteri direttivi, è puntuale e non generale (riguardando uno specifico oggetto) e, soprattutto, è *temporaneo*. Il trasferimento dell'*esercizio* della funzione legislativa è tale – *e si giustifica* – con la sua 'temporaneità'! Se, viceversa, quest'ultima cade come avviene con la prassi dei decreti correttivi, non è più l'esercizio, temporaneo, che si attribuisce al Governo, ma è la funzione stessa che in sostanza risulta permanentemente trasferita!

Il mutamento di senso dell'art. 76 Cost. è, a mio parere, totale. E ciò anche indipendentemente dall'altro profilo di illegalità costituito dalla genericità dei principi indicati nella delega.



È vero che si è venuta creando una prassi nuova che potrebbe forse essere vista come un recupero di democraticità, cioè l'affiancamento continuo al Governo di Commissioni parlamentari anche bicamerali che in qualche modo seguono l'*iter* del decreto delegato formulando e precisando indirizzi. Tuttavia su questa prassi è necessario riflettere attentamente; le questioni da approfondire rimangono molte: in particolare è da chiedersi se la carenza dei principi della legge delegante possa essere compensata dagli indirizzi delle Commissioni parlamentari e quali conseguenze ne derivino in sede di controllo.

Si apre infatti un problema delicato: dal punto di vista formale la delega deve essere fatta con una legge, legge che, addirittura, ai sensi dell'art. 72 Cost., non può essere neppure approvata in Commissione deliberante. Qui, viceversa, i principi verrebbero definiti, in sostanza dalle commissioni! Come verrebbe sanzionata (all'infuori della responsabilità politica) la violazione di tali indirizzi? La Corte costituzionale potrebbe tenere conto, e in che modo, dell'eventuale allontanamento del Governo dagli indirizzi fissati dalle Commissioni bicamerali?

#### 8. ATTI LEGISLATIVI DEL GOVERNO E 'RISERVA DI LEGGE'

Il quadro delle fonti risulta in definitiva profondamente alterato. Recenti leggi aprono spazi a decreti delegati, i quali, a loro volta aprono spazi a regolamenti delegificazione, che, comunque si vogliano giustificare, consentono al Governo o a singoli ministri di regolare in piena libertà, come fonti primarie, materie rilevanti<sup>15</sup>. Con quali effetti per la democrazia e le libertà?

Segnalo un rischio ulteriore, a proposito degli atti legislativi del Governo, che aggrava le conseguenze dell'impropria equiparazione degli atti con forza di legge alla 'legge' parlamentare ai fini della riserva di legge. In base a tale equiparazione, accolta dalla dottrina dominante ed anche dalla Corte costituzionale, nelle materie riservate dalla Costituzione alla legge – in primo luogo i diritti e le libertà – sarebbero escluse *solo* le fonti secondarie (regolamenti governativi, ministeriali), non i decreti-legge e i decreti delegati.

Poiché la *ratio* garantista della riserva è legata al carattere rappresentativo dell'organo da cui la legge promana, e non certo alla 'forza' formale dell'atto, ed esprime quindi l'esigenza che la disciplina di alcune materie – in particolare di-

---

<sup>15</sup> Su tale problematica si veda da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo: dalla "centralità del Parlamento" alla "centralità del Governo" nella produzione normativa?*, in *Le Regioni*, 1999, n. 1, p. 138 ss.

ritti e libertà, sia sempre data dal Parlamento dove sono presenti ed hanno voce anche le minoranze e non dal Governo, espressione della sola maggioranza, quell'equiparazione è assolutamente ingiustificata. Se si aggiunge la fondamentale considerazione che oltre alla natura democratica dell'organo, la riserva di legge va considerata una garanzia anche per il procedimento legislativo – la sua struttura e la pubblicità che lo caratterizza – ben si comprende come *ogni* atto normativo del Governo, che abbia o non abbia forza di legge, debba rimanerne escluso.

Sono discorsi che vado facendo da molto tempo con scarsa fortuna e non vale la pena ripetere; ma hanno trovato insperato conforto nel Progetto della Commissione bicamerale per lei riforme istituzionali (forse per sempre naufragato) che esclude i decreti legge dalle materie riservate alle 'leggi bicamerali': quindi, fra l'altro, li esclude dai diritti e dalle libertà. Forse, in questo caso, l'idea di allinearsi con altri sistemi liberal-democratici ha giocato positivamente: com'è noto, nella maggioranza dei paesi cosiddetti civili i decreti legge non esistono. Li conosce, è vero, la Spagna, dove però sono vietati rigorosamente in una serie di materie tra le quali, appunto, i diritti e le libertà.

Per concludere, credo che nessun tema sia politico come quello delle fonti, anche se non sempre se ne ha la piena coscienza. Le fonti del diritto sono i meccanismi attraverso i quali il potere crea il sistema normativo, distrugge, lo modifica e, in tal modo, sposta gli equilibri sociali, economici, interpersonali. Chi fa le norme, quindi chi dispone delle fonti, dispone dell'ordinamento! È importante valutarne con attenzione evoluzione e mutamenti, per non trovarci alla fine in un sistema che della democrazia abbia solo il nome.