

I DECRETI DI “NATURA NON REGOLAMENTARE”. UN’ANALISI A PARTIRE DALLA PRASSI DELLA XVI E XVII LEGISLATURA\*

MATTEO GIANNELLI\*\*

**Sommario**

1. Premessa. Un fenomeno pervasivo ma allo stesso tempo scarsamente conoscibile. – 2. Alla ricerca delle dimensioni del fenomeno. – 2.1 Un’analisi delle disposizioni di legge abilitanti i “decreti di natura non regolamentare”. – a) il significato del rinvio contenuto nei decreti-legge e nelle relative leggi di conversione. – b) i Ministeri coinvolti: il ruolo di primo piano del Ministero dell’Economia e delle Finanze. – c) i ricorrenti casi di “procedimentalizzazione” previsti dalle disposizioni abilitanti. – d) la (possibile) pubblicazione in Gazzetta ufficiale. – 3. Oltre i criteri formali di identificazione delle fonti: il contenuto sostanziale dei decreti qualificati come di natura non regolamentare. – 4. I mancati controlli da parte dei soggetti istituzionalmente previsti. – a) il Comitato per la legislazione e il suo marginale ruolo. – b) la Corte costituzionale e la minimizzazione del problema dell’identità delle fonti normative. – c) l’ondivaga posizione del Consiglio di Stato. – 5. Le dimensioni effettive della “fuga dal regolamento” attraverso il rinvio esplicito delle fonti primarie: un fenomeno in esaurimento?. – 6. Una ipotesi conclusiva: dalla “fuga dal regolamento” alla “elusione” della riserva di legge relativa.

**Suggerimento di citazione**

M. GIANNELLI, *I decreti “di natura non regolamentare”. Un’analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

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

\*\* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico nell’Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [matteo.giannelli@unifi.it](mailto:matteo.giannelli@unifi.it)

### **1. Premessa. Un fenomeno pervasivo ma allo stesso tempo scarsamente conoscibile**

L'evoluzione della prassi in materia di esercizio del potere regolamentare ha mostrato il proliferare di una particolare categoria di atti, sconosciuti al modello della legge n. 400 del 1988, qualificati espressamente dalla legge come “decreti di natura non regolamentare”. Il ricorso a quest'ultimi è uno dei sintomi più evidenti della “fragilità”<sup>1</sup> della disciplina dettata in relazione ai poteri normativi del Governo, che si è tradotta, fin da subito, in quel fenomeno proteiforme noto come “fuga dal regolamento”<sup>2</sup>, consistente nelle più diverse deviazioni dal modello procedimentale tipico dei regolamenti governativi e ministeriali, per come disciplinati dall'art. 17 della medesima legge<sup>3</sup>.

L'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione ha rappresentato uno di quei fattori in grado di incoraggiare le deroghe al regime formale dei regolamenti, in particolare nella misura in cui ha circoscritto il perimetro di operatività della potestà regolamentare dello Stato alle sole materie affidate alla sua competenza legislativa esclusiva. L'intervenuta *giurisdizionalizzazione* dei rapporti tra Stato e Regioni, per effetto dello svilupparsi del contenzioso di fronte alla Corte costituzionale, ha reso, in qualche modo, necessaria la sottrazione di una parte consistente della produzione normativa al possibile conflitto costituzionale.

Già da queste brevi note introduttive risulta evidente che il fenomeno in esame obbedisca a un duplice intento fraudolento: l'elusione delle garanzie procedurali sancite dall'art. 17 della citata legge (parere del Consiglio di Stato, registrazione della Corte dei conti e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma anche il parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze, là dove previsto) e la sottrazione al riparto della potestà regolamentare tra Stato e Regioni ex art. 117, co. 6, Cost., attraverso «interventi in frode alla riforma del Titolo V»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e regolamenti ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 332.

<sup>2</sup> Sul quale tra i primi U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1991, 279 ss. Inoltre, E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, 69-70.

<sup>3</sup> Da ultimo per una classificazione delle forme della “fuga dal regolamento” v. G. RIVOCCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 92 ss. Per la divisione tra “decreti a contenuto normativo non aventi la forma di regolamento” e “decreti aventi contenuto normativo ma espressamente definiti «non regolamentari» dalla legge” v. C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubblico*, 2010, 365 ss.

<sup>4</sup> Così, con riferimento alla vicenda in materia di contributi allo spettacolo, originata dal d.lgs. n. 24 del 2003, G. DI COSIMO, *Storia di un regolamento mai nato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 aprile 2003. Inoltre, N. LUPO, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002, Torino,

La discrasia tra la forma, di atti amministrativi generali, e la sostanza, di atti normativi, che caratterizza tale tipologia di provvedimenti ha suscitato (se non imposto) una reazione del mondo accademico<sup>5</sup> e dell'ordinamento che, principalmente in via giurisprudenziale<sup>6</sup>, ha tentato di ricondurre alla legalità le fattispecie di deviazione di tali atti dal modello tipico.

È bene ricordare, fin da subito, che la Corte costituzionale, salvo il caso della sentenza n. 116 del 2006, in cui, di fronte a un rinvio operato da una fonte primaria ad “un decreto avente natura non regolamentare”, si è limitata a denunciarne l'«indefinibile natura giuridica», ha sempre evitato di prendere posizione sulla reale natura di tali decreti minimizzando, in sintesi, il problema dell'identità delle fonti normative. Piuttosto, il Giudice delle leggi ha, prima, determinato la materia in questione e, di conseguenza, la legittimità, o meno delle disposizioni impugnate, in virtù di una corretta attribuzione della materia stessa, come avvenuto anche nel caso citato, dove si è concluso per l'illegittimità costituzionale della fonte primaria abilitante il decreto per violazione delle competenze legislative regionali<sup>7</sup>.

Lo scopo di questo contributo è, innanzitutto, quello di mettere in evidenza le dimensioni attuali del fenomeno dei decreti espressamente qualificati dalla legge come “di natura non regolamentare”, con l'obiettivo di rimediare, anche se solo parzialmente, alla scarsa conoscibilità che ontologicamente contraddistingue il panorama delle fonti statali secondarie atipiche.

Un fenomeno della cui pervasività si possono ricavare numerose testimonianze: una delle più interessanti è quella recata dall'art. 18, co. 2, del D.lgs. n. 177 del 2016 che, nel disciplinare la successione dell'Arma dei carabinieri nei rapporti giuridici attivi e passivi del Corpo Forestale dello Stato, prevede che «in deroga all'articolo 13-bis della legge 23 agosto 1988, n. 400 le

Giappichelli, 2003, 261, e F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quad. Cost.*, 2003, 820 ss.

<sup>5</sup> Ex multis A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss., V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Questa rivista*, 2011, 1 ss., ed E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, 169 ss. Inoltre, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 371 ss.

<sup>6</sup> Si ricorda la giurisprudenza amministrativa che, sull'art. 117, co. 6, ha negato, in più occasioni, che lo Stato potesse adottare regolamenti nelle materie di cui all'art. 117, III e IV co. Sul punto si rinvia a N. LUPO, *La potestà regolamentare del Governo*, cit., 245.

<sup>7</sup> Per un commento alla sentenza n. 116 del 2006 si veda R. MANFRELOTTO, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1119 ss. Analogamente si vedano le sentenze nn. 285 del 2005, in cui la Corte ha dichiarato la conformità a Costituzione delle norme che rinviano a simili decreti pronunciandosi “a prescindere dalla complessa qualificabilità dei poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio”, e, più di recente, 139 del 2012 e 274 del 2013.

disposizioni di legge, di regolamento e di decreto di natura non regolamentare vigenti che fanno riferimento a funzioni, compiti e attività del Corpo forestale dello Stato e attribuiti ai sensi del presente decreto, devono intendersi riferite all'Arma dei carabinieri». Anche alla luce di questa singolare previsione<sup>8</sup> si giustifica l'attenzione rivolta al tema e la metodologia prescelta, la cui illustrazione verrà svolta nel prossimo paragrafo.

## 2. Alla ricerca delle dimensioni del fenomeno

L'analisi condotta si svolge lungo l'arco temporale della XVI e XVII legislatura e ha come punto di partenza il rinvio operato a tali decreti dalle disposizioni legislative abilitanti. Un'analisi quindi che ha come punto di riferimento le fonti che autorizzano l'esercizio del potere “non regolamentare”.

Si rende necessaria una prima precisazione terminologica poiché tali rinvii vengono operati non ad una denominazione unitaria di questi atti ma a tre diverse: “decreti di natura non regolamentare”, “decreti aventi natura non regolamentare” e “decreti non aventi natura regolamentare”<sup>9</sup>.

Da una ricerca testuale effettuata sulle fonti primarie pubblicate in *Gazzetta Ufficiale* nel periodo richiamato risultano 293 rinvii a questa tipologia di decreti<sup>10</sup>. Ben 192 di questi richiami sono contenuti in decreti-legge, di cui 76 aggiunti in sede di conversione, la restante parte vede 30 riferimenti in decreti legislativi, 53 in leggi di Bilancio (o prima del 2016 di Stabilità), mentre 18 sono contenuti in “altre” leggi ordinarie.

<sup>8</sup> Si veda analogamente l'art. 35, co. 8, del D.lgs. n. 95 del 2017, *Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, ai sensi del quale si dispone la sostituzione di alcuni termini all'interno delle “disposizioni di legge, di regolamento e di decreto di natura non regolamentare vigenti”.

<sup>9</sup> In casi ricorrono anche le seguenti denominazioni: “decreto ministeriale di natura non regolamentare”, “atto di natura non regolamentare”, “decreto non regolamentare” e “decreto del ... di natura non regolamentare”.

<sup>10</sup> Il periodo preso in esame si estende, dunque, tra il 29 aprile 2008 e il 23 aprile 2018. La ricerca è stata successivamente confrontata con i risultati ricavati attraverso la Banca dati *Normattiva*, confrontando testo storico e testo vigente, e, successivamente attraverso la Banca dati *Leggi d'Italia*. Per tale impostazione si veda anche il prezioso spunto fornito da E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare»*. *Un percorso interpretativo*, cit., 175.

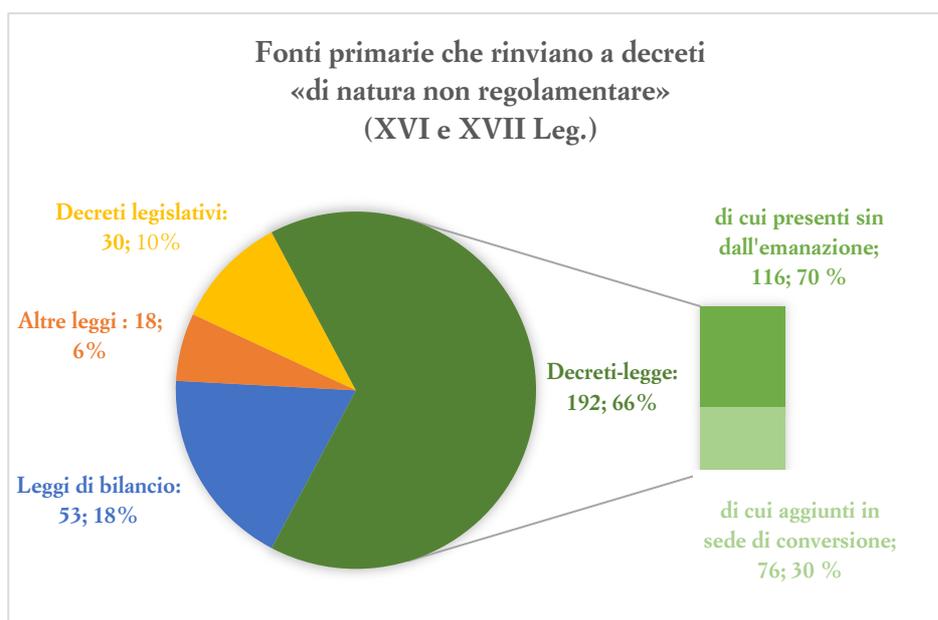


Fig.1 Fonti primarie che rinviano a decreti «di natura non regolamentare». Numero assoluto e percentuale per tipo di fonte, con dettaglio della casistica relativa ai decreti-leggi.

## 2.1 Un'analisi delle disposizioni di legge abilitanti i “decreti di natura non regolamentare”

### a) il significato del rinvio contenuto nei decreti-legge e nelle relative leggi di conversione

Dai dati appena riassunti si conferma la netta prevalenza di disposizioni che rinviano a decreti qualificati espressamente come «di natura non regolamentare» all'interno di decreti-legge e delle relative leggi di conversione<sup>11</sup>: è quindi lo stesso Governo a svolgere un ruolo centrale nel processo che vede il proliferare di disposizioni legittimanti l'adozione di tali decreti.

Si tratta, tuttavia, di un “fuga direttamente autorizzata” da parte dello stesso legislatore<sup>12</sup>: le Camere, infatti, non solo non intervengono per recepire le segnalazioni espresse dalle rispettive commissioni Affari Costituzionali o dal

<sup>11</sup> Per un precedente simile rilievo si veda *Ivi*, 176, e V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, cit., 2011, 2.

<sup>12</sup> Per la constatazione del «comportamento *commissivo* dello stesso legislatore» si veda *ivi*, 3.

Comitato per la legislazione della Camera<sup>13</sup>, ma operano sui testi dei decreti-legge aggiungendo numerosi casi di rinvii a decreti di natura non regolamentare attraverso lo strumento della legge di conversione.

Al contrario il riferimento alla natura non regolamentare del decreto è stato soppresso in soli cinque casi<sup>14</sup>, in altri otto casi analoga sorte è toccata l'intera disposizione<sup>15</sup>, aspetto che, probabilmente, testimonia una riconsiderazione più ampia dell'intervento normativo in materia.

#### **b) i Ministeri coinvolti: il ruolo di primo piano del Ministero dell'Economia e delle Finanze**

Con riferimento ai Ministeri coinvolti emerge invece, indubbiamente, il ruolo di primo piano di quelli economici, Sviluppo economico e, soprattutto, Economia e Finanze. Quest'ultimo, in particolare, è destinatari di ben 97 rinvii da parte di fonti primarie. Non solo, in altri 93 casi è chiamato a intervenire nel procedimento di adozione degli stessi decreti tramite i moduli dell'intesa, del concerto o della proposta<sup>16</sup>.

In circa due terzi dei casi considerati (190 su 293), dunque, le disposizioni abilitanti prevedono il coinvolgimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze: si tratta di un aspetto che è diretta conseguenza degli ambiti materiali trattati, in cui si registra una netta prevalenza di rinvii a decreti di natura non regolamentare in materia finanziaria<sup>17</sup>.

Di particolare rilievo anche il riferimento a DPCM<sup>18</sup>, autorizzati ad intervenire in ambiti significativi quali la disciplina del 2x1000 ai partiti

<sup>13</sup> Del ruolo del Comitato per la legislazione si dirà più diffusamente *infra* par. 4, lett. a).

<sup>14</sup> Art. 3, co. 11, del d.l. n. 102 del 2010 (per effetto della l. di conversione n. 126 del 2010); artt. 7, co. 1 e 9, co. 2, del d.l. n. 70 del 2011 (per effetto della l. di conversione n. 106 del 2011); art. 5, co. 1, del d.l. n. 201 del 2011 (per effetto della l. di conversione n. 214 del 2011); Art. 7 d.l. n. 16 del 2014 (per effetto della l. di conversione n. 68 del 2014).

<sup>15</sup> Art. 3 co. 14 del dl. n. 107 del 2011 (per effetto della l. n. 130 del 2011); art. 1, co. 7 del d.l. n. 138 del 2011; art. 9, co. 1, del d.l. n. 215 del 2011 (per effetto della l. n. 13 del 2012); art. 12, co. 12, 35 e 44, del d.l. 95 del 2012 (per effetto della l. n. 135 del 2012); art. 3, comma 3, del d.l. n. 174 del 2012; e art. 1 co. 15 del d.l. 145 del 2013.

<sup>16</sup> Sul significato di queste forme di coinvolgimento v. *infra* nel prossimo paragrafo.

<sup>17</sup> Sul punto v. *infra* par. 3.

<sup>18</sup> Su tali aspetti si rinvia al contributo di D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in questo stesso *Speciale* della *Rivista*.

politici<sup>19</sup>, del 5x1000<sup>20</sup> o, prima delle modifiche apportate dalla legge di conversione, delle nuove modalità di determinazione dell'ISEE<sup>21</sup>, e agli ambiti di competenza del Ministero degli Affari Esteri, chiamato a intervenire con tali decreti per la costituzione di strutture operative temporanee per iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi alle iniziative internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione<sup>22</sup>.

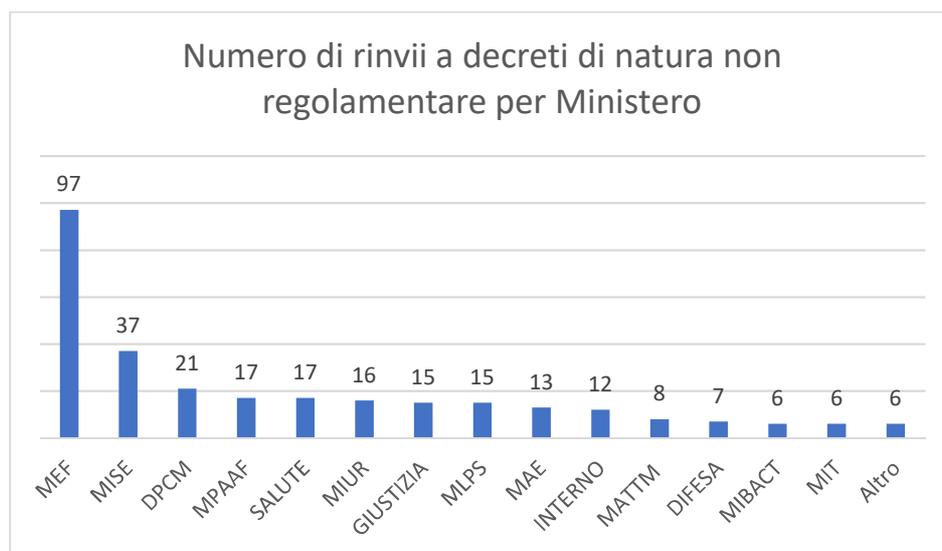


Fig. 2 numero di rinvii distinti per Ministero. Legenda in nota<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Art. 12, co. 3, del d.l. n. 149 del 2013 e il conseguente D.P.C.M. 28 maggio 2014, *Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore, ai sensi dell'articolo 12, comma 3, del decreto-legge 28 dicembre 2013 n. 149, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014 n. 13*.

<sup>20</sup> V. da ultimo l'art. 17-ter del d.l. n. 148 del 2017 e il conseguente D.P.C.M. 22 marzo 2019, *Modalità e termini per l'accesso al riparto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a sostegno degli enti gestori delle aree protette*.

<sup>21</sup> Art. 5, del d.l. n. 201 del 2011. Si tratta di una vicenda particolarmente interessante che ha dato luogo ad un giudizio di legittimità costituzionale in via principale in cui la Regione ricorrente (Veneto) lamentava, tra le altre cose, il fatto che il DPCM "introdurrebbe surrettiziamente la delegificazione delle precedenti norme statali sull'ISEE, consentendone la modificabilità mediante un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, non qualificato espressamente come «regolamento»". La Corte con la sentenza n. 297 del 2012 dichiarò, su questo specifico profilo, la cessazione della materia del contendere in forza di ius superveniens (art. 23, co. 12-bis, del d. l. n. 95 del 2012), ma non mancò di sottolineare in via preliminare che "il citato decreto del Presidente del Consiglio ha natura evidentemente regolamentare" (punto 6.1 *Considerato in diritto*).

<sup>22</sup> Cfr. Art. 3, co. 3 e 13 del d.l. n. 107 del 2011.

<sup>23</sup> MEF: Ministero dell'Economia e delle finanze; MISE: Ministero dello Sviluppo Economico; DPCM: Presidenza del Consiglio dei Ministri; MPAAF: Ministero delle politiche agricole e forestali; Salute: Ministero della Salute; MIUR: Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca; Giustizia: Ministero della Giustizia; MLPS: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; MAE:

**c) i ricorrenti casi di “procedimentalizzazione” previsti dalle disposizioni abilitanti**

Dall’analisi della prassi condotta risultano assai frequenti i casi di coinvolgimento, secondo varie modalità, di ulteriori ministeri e di altri soggetti quali, ad esempi, la Conferenza Stato-Regioni: ciò avviene in 181 occasioni su un totale complessivo di 293. Sembrerebbe trattarsi di una forma ricorrente di “procedimentalizzazione” che, da un lato, conferma e, dall’altro, punta a rimediare e a superare, la persistente *ratio* del fenomeno di tali decreti, elusiva sia dei vincoli dell’art. 17 della legge n. 400 sia del riparto di competenze ex art. 117, co. 6, Cost. La previsione dell’adozione “di concerto” con ulteriori ministeri o “sentito” altri enti sembra idonea sia a limitare l’esclusione di soggetti istituzionali le cui competenze sono direttamente ricollegabili a quelle della materia oggetto del decreto, sia a scongiurare un possibile futuro contenzioso<sup>24</sup>.

Dall’analisi della prassi risultano coinvolti oltre ad altri Ministeri, le Commissioni parlamentari competenti<sup>25</sup>, la Conferenza Unificata e quella Stato-Regioni. Non solo, si rinvencono casi di interventi da parte di altri enti e istituzioni di varia natura quali, a mero titolo di esempio, la Banca d’Italia<sup>26</sup>, il Garante per la protezione dei dati personali<sup>27</sup>, le associazioni di categoria<sup>28</sup>, l’Avvocatura Generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense e i consigli

Ministero degli Affari Esteri; Interno: Ministero dell’Interno; MATTM: Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare; Difesa: Ministero della Difesa; MIBACT: Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo; MIT: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Altro: Ministero dello Sport, della Semplificazione normativa, della Pubblica Amministrazione, degli Affari Regionali.

<sup>24</sup> Un particolare significato, in quest’ottica, potrebbe esser assunto da casi in cui si ricorre a queste forme di “procedimentalizzazione” aggiungendo il dettaglio in sede di conversione. Cfr. l’art. 42, co. I, del d.l. n. 83 del 2012, che, nel disciplinare la *Riforma degli strumenti finanziari a sostegno dell’internazionalizzazione delle imprese, a valere sul Fondo rotativo 394/81* di cui al successivo D.M. del 7 settembre 2016, prevede che il decreto stesso sia adottato dal Ministro dello sviluppo Economico “di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze”.

<sup>25</sup> In alcuni casi l’intervento delle Commissioni viene aggiunto in sede di conversione, v. art. 5, co. 1 bis, del d.l. n. 155 del 2008, che, in materia di sottoscrizione degli aumenti di capitale e di concessione della garanzia statale, specifica “Gli schemi dei decreti (del Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Banca d’Italia) di cui al comma 1 sono trasmessi alle Camere per l’espressione del parere delle Commissioni competenti. I pareri sono espressi entro dieci giorni dalla data di trasmissione. Il Governo, ove non intenda conformarsi alle condizioni formulate, ritrasmette alle Camere gli schemi di decreto, corredati dei necessari elementi integrativi di informazione, per i pareri definitivi delle Commissioni competenti, da esprimere entro dieci giorni dalla data di trasmissione. Decorso inutilmente i termini per l’espressione dei pareri, i decreti possono essere comunque adottati”.

<sup>26</sup> Art. 5, co. 1, del d.l. n. del 2008.

<sup>27</sup> Art. 1, co. 2, lett. f) del D.lgs. n. 153 del 2009.

<sup>28</sup> Art. 1, co. 236, l. n. 191 del 2009 (Legge finanziaria per l’anno 2010).

territoriali dell'ordine degli avvocati<sup>29</sup>, il Consiglio federale istituito presso l'ISPRA<sup>30</sup>, l'Agenzia delle entrate<sup>31</sup>, il Consiglio Universitario Nazionale (CUN)<sup>32</sup> o, infine, il Consiglio superiore dello spettacolo<sup>33</sup>.

Vi sono anche alcuni *casi limite* di “procedimentalizzazione” come, ad esempio, quello recato dall’art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 68 del 2011, che, ha modificato le modalità di compartecipazione delle Regioni a Statuto ordinario al gettito IVA prevedendo il cd. “principio di territorialità”. Nella disposizione richiamata è stabilito che ai criteri *ivi* dettati sia data attuazione con “decreto di natura non regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per le riforme per il federalismo e con il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, sentite la Conferenza Stato-Regioni e la Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale oppure, ove effettivamente costituita, la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica e previo parere delle Commissioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica competenti per i profili di carattere finanziario”<sup>34</sup>: l’ambito materiale e il novero dei soggetti coinvolti sembra lasciare veramente pochi dubbi all’identificazione della natura normativa del decreto qualificato come “di natura non regolamentare”<sup>35</sup>.

Una ulteriore e significativa testimonianza del ruolo giocato da queste forme di coinvolgimento può esser ricavata da due disposizioni che prevedevano l’adozione di un decreto di natura non regolamentare in ambiti di competenza regionale. Con la prima, rinvenibile nell’art. 64, co. 2, del decreto-legge n. 83 del 2012, in materia di fondo per lo sviluppo per la pratica sportiva, si prevedeva che «con decreto di natura non regolamentare del Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, *sentito* il CONI e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, sono definiti i criteri per l'erogazione delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 1»; con la seconda, dettata dall’art. 2, comma 2, lett. b), num. 2, della legge n. 175 del 2017, in materia spettacolo, si stabiliva che «la determinazione

<sup>29</sup> Cfr. Artt. 16, co. 10, e 16-*bis*, co. 5, del d.l. n. 179 del 2012.

<sup>30</sup> Art. 2, co. 3-*bis*, del d.l. n. 62 del 2013.

<sup>31</sup> V. art. 7-*quater* del d.l. n. 193 del 2016.

<sup>32</sup> Art. 15, co. 1, l. n. 240 del 2010, con riferimento alla determinazione dei settori concorsuali in relazione ai quali si svolgono le procedure per il conseguimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN).

<sup>33</sup> Art. 2, co. 2, lett. b), num. 2), l. n. 175 del 2017.

<sup>34</sup> Nel testo della disposizione citata si prevede, inoltre, che allo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sia “allegata una relazione tecnica concernente le conseguenze di carattere finanziario derivanti dall'attuazione del principio di territorialità”.

<sup>35</sup> Ad oggi il decreto non è stato ancora adottato per effetto dei continui rinvii dell’entrata in vigore di questo meccanismo, inizialmente fissato per il 1° gennaio 2017, oggi stabilito al 1° gennaio 2020.

dei criteri per l'erogazione e delle modalità per la liquidazione e l'anticipazione dei contributi a valere sul Fondo unico per lo spettacolo con decreti non aventi natura regolamentare, da emanare *sentito* il Consiglio superiore dello spettacolo istituito dall'articolo 3 della presente legge e previa *intesa* con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281»<sup>36</sup>.

Dalla lettura di queste due disposizioni appare subito la differente modalità di coinvolgimento della Conferenza unificata, da un lato un semplice parere, dall'altro l'intesa: potrebbe quindi non apparire fuori luogo evidenziare come la prima disposizione sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte con la sentenza n. 254 del 2013 ritenendo ascrivibile «la destinazione del fondo in questione – finalizzato non a favorire l'attività sportiva agonistica ma destinato allo “sviluppo ed alla capillare diffusione della pratica sportiva a tutte le età e tra tutti gli strati della popolazione” – all'ambito materiale di competenza concorrente regionale dell'«ordinamento sportivo» di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.»<sup>37</sup>.

La Regione ricorrente in tale occasione aveva fatto delle specifiche censure in ordine all'utilizzo di un decreto di natura non regolamentare sottolineando in particolare che nel comma censurato non fosse prevista «alcuna forma di intesa con le Regioni, essendo i criteri per la erogazione delle risorse di cui al fondo in questione dettati con decreto ministeriale adottato non previa intesa con la Conferenza Stato Regioni, ma soltanto “sentita” quest'ultima»<sup>38</sup>. La subordinazione del disposto del comma 2 a quello in cui si alterava il riparto di competenze ex art. 117, co. 3, Cost. ha consentito alla Corte di prescindere da quest'ultima specifica censura, ma sembra di potersi affermare, con una certa dose di sicurezza, che, qualora il modulo di coinvolgimento della Regione in sede di Conferenza fosse stato quello dell'intesa, forse non si sarebbe giunti fino al giudizio di legittimità costituzionale.

Questo esempio risulta particolarmente utile per sottolineare come la “procedimentalizzazione” richiesta della stessa disposizione abilitante per la formazione del decreto di natura non regolamentare si traduca in una vera e propria elusione concordata tra i vari soggetti potenzialmente interessati, al fine di assicurare comunque delle forme di coinvolgimento più snelle, ma comunque non escludenti, capaci di evitare la proposizione di un successivo contenzioso.

<sup>36</sup> *Corsivo* aggiunto.

<sup>37</sup> Sul punto v. anche Corte cost. sentt. nn. 165 del 2007 e 51 del 2008.

<sup>38</sup> Si veda il punto 2.1 *Considerato in fatto* della sentenza n. 254.

**d) la (possibile) pubblicazione in *Gazzetta ufficiale***

“Un primo problema, essenzialmente pratico, di questo fenomeno distorsivo consiste nel regime dell’atto. I provvedimenti amministrativi non sono da pubblicare in *Gazzetta Ufficiale* [...]. Di questo problema di mancata pubblicità legale, peraltro, a volte si fa carico lo stesso legislatore, imponendo invece la pubblicazione, [...] E cosa accade invece in tutti gli altri casi, in cui il legislatore dimentica questa precisazione? La decisione di pubblicare o meno i provvedimenti in *Gazzetta ufficiale*, e si tratta spesso di atti di ampio impatto per la generalità dei consociati, va rimessa alla discrezionalità o alla buona volontà dei funzionari ministeriali o seconda che propendano per una qualificazione in termini solo formali o anche sostanziali dell’atto?”

Questo problema, connesso a una possibile interpretazione sostanzialistica dell’obbligo di pubblicazione di cui all’art. 15 del D.P.R. n. 1092 del 1985<sup>39</sup>, era stato sollevato da Franco Modugno e Alfonso Celotto, all’indomani dell’entrata in vigore del Titolo V e del verificarsi del primo caso di lesione delle competenze regionali da parte di un «non regolamento»<sup>40</sup>.

Come noto, secondo il disposto dell’art. 15 del D.P.R. citato, recante il Testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica Italiana, l’obbligo della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale riguarda, oltre agli atti aventi forza di legge, i decreti ministeriali che “siano strettamente necessari per l’applicazione di atti aventi forza di legge” e “che abbiano contenuto normativo”. È pur vero che, al di fuori di tali ipotesi, la pubblicazione di un atto sulla Gazzetta Ufficiale, possa rispondere, invece, a quelle “esigenze di carattere informativo diffuso”, menzionate dal successivo art. 18: tale posizione, che pure ha trovato accoglimento in una non recente giurisprudenza amministrativa, che ha fatto ricorso a criteri sostanziale di identificazione delle fonti, non pare convincente<sup>41</sup>.

L’analisi della prassi relativa al seguito dei rinvii esaminati mostra come nella quasi totalità dei casi contemplati il decreto di natura non regolamentare, espressamente autorizzato dalla fonte primaria, venga poi

<sup>39</sup> Sul tema, in generale, v. G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1494 ss., ed E. LUPO, *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, in *Giur. cost.*, 1986, 1173 ss.

<sup>40</sup> F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss. Sulla vicenda si vedano i riferimenti contenuti nella nota n. 4.

<sup>41</sup> È il caso della sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1011, in cui si conclude che il D.M. impugnato non “ha certamente natura regolamentare (difettando, in esso, i requisiti, anche formali, prescritti dall’art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400) né ha, comunque, contenuto normativo, giacché si atteggia come atto generale di esercizio del potere (amministrativo) di determinazione della misura dei canoni di concessione” e che, dunque, la pubblicazione nella *Gazz. Uff.* non produce conoscenza legale e non fa scattare il termine per il ricorso.

pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*<sup>42</sup>. In alcuni casi, addirittura, è la stessa disposizione a imporre la pubblicazione del decreto su tale fonte di cognizione<sup>43</sup>. Sembrerebbe, quindi, facile trattare questo come un indice da cui dedurre una loro natura veramente normativa<sup>44</sup>, quasi si trattasse di una vera e propria *ammissione di colpa* e della, conseguente, volontà di portare a conoscenza della generalità dei consociati il contenuto dell'atto, tramite il regime di pubblicità ordinariamente previsto.

### 3. Oltre i criteri formali di identificazione delle fonti: il contenuto sostanziale dei decreti qualificati come di natura non regolamentare

Nel caso dei decreti di natura non regolamentare viene meno il “pur scandaloso che possa sembrare”, insegnamento di Livio Paladin secondo cui “non è dalle norme che si deve risalire alle fonti; bensì è dalle fonti che occorre *discendere*, etimologicamente, verso le norme stesse”<sup>45</sup>. Per effetto dell'elusione dei requisiti formali posti dall'art. 17 della legge n. 400 la regola in base alla quale individuare, in concreto, una determinata fonte del diritto nell'ordinamento perde di senso e i criteri sostanziali, “cacciati dalla porta, rientra[no] subito dalla finestra, perché rimane essenziale l'effettiva distinzione dei regolamenti dai provvedimenti del caso concreto”<sup>46</sup>.

La predominanza dei criteri formali lascia il passo al necessario ricorso a criteri di identificazione sostanziale, quali il contenuto normativo dell'atto o il

<sup>42</sup> In alcuni limitati casi la pubblicazione avviene sui siti internet dei singoli ministeri (es. D.M. 20 marzo 2015, *Disposizioni per la tenuta in forma dematerializzata dei registri nel settore vitivinicolo, ai sensi dell'articolo 1-bis, comma 5, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116*. Pubblicato nel sito internet del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali in data 20 marzo 2015). Appare singolare il comunicato contenuto in G.U. n. 244 del 20 ottobre 2015 con cui “Si dà avviso dell'avvenuta pubblicazione sul sito internet istituzionale del Ministero dello sviluppo economico, nella sezione «normativa - decreti interministeriali», del decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del 30 luglio 2015, recante disposizioni di attuazione dell'art. 1, commi da 37 a 43, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, come modificato dal decreto-legge del 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33. Il decreto è, altresì, pubblicato sotto la voce «incentivi - incentivi impresa - patent box»”.

<sup>43</sup> Cfr. artt. 12 del d.lgs. n. 91 del 2011, “Per le unità locali delle amministrazioni pubbliche, le amministrazioni vigilanti assicurano il raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 9, con modalità stabilite con proprio decreto di natura non regolamentare, adottato di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana”. Inoltre art. 14, co. 2 (che prevede una “doppia” pubblicazione: “Il decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e nel sito del Ministero dell'economia e delle finanze”) e 16, co. 2 dello stesso provvedimento.

<sup>44</sup> Per la posizione secondo cui l'assenza di pubblicazione (di per sé “condizione necessaria ma non sufficiente”) sia “sufficiente a concludere che comunque l'atto non [possa] esser trattato come normativo” v. G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 808.

<sup>45</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 25.

<sup>46</sup> *Ivi*, 46.

suo scopo, secondo un'analisi che deve essere svolta "caso per caso"<sup>47</sup>. Occorre tuttavia tener presente che tali criteri non sono idonei a fornire alcuna garanzia di certezza, almeno fino ad una pronuncia giurisprudenziale definitiva sul caso concreto<sup>48</sup>.

Nel porsi, quindi, ai confini della normatività emergono ulteriori difficoltà nel cogliere l'effettiva portata quantitativa del fenomeno, dovute innanzitutto all'impossibilità di ricondurre il tutto ad unica tipologia.

Vi sono casi in cui il legislatore ricorre a decreti "di natura non regolamentare" per integrare la previsione normativa con elementi contingenti o tecnici, tali da rendere necessaria una frequente revisione della disciplina: il rinvio si realizza, quindi, nei confronti di *provvedimenti amministrativi generali* aventi ad oggetto aliquote, fissazione dei prezzi, misure di contingentamento della produzione economica. Si veda, ad esempio, il D.M. 16 settembre 2014, recante *Determinazione delle modalità di versamento dei contributi per la partecipazione ai concorsi indetti dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 1, commi da 600 a 603, della legge 27 dicembre 2013, n. 147*<sup>49</sup>.

In altre circostanze, il legislatore, che "non intende provvedere per un numero generale ma comunque determinabile di soggetti"<sup>50</sup>, rinvia ad atti di natura non regolamentare per sottrarsi ai vincoli posti dall'ordinamento. Più in generale è possibile affermare che ai decreti di natura non regolamentare è demandato stabilire modalità, termini, procedure o criteri<sup>51</sup>, in particolare di accesso a fondi ed erogazioni economiche di varia natura<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> G. U. RESCIGNO, *Note per la costituzione di un nuovo sistema delle fonti*, cit., 808.

<sup>48</sup> Per i riferimenti giurisprudenziali in cui uno stesso atto viene qualificato in maniera differente da giudici diversi, v. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005, 111 ss.

<sup>49</sup> Disposizione abilitante con cui si prevedeva che le modalità di versamento del contributo sono stabilite con decreto, avente natura non regolamentare, del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il decreto in oggetto è stato pubblicato sulla G. U. n. 222 del 24 settembre 2014 e, per espressa disposizione dell'art. 5 "entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana". Per una simile classificazione v. già A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare»*, cit., 5105.

<sup>50</sup> *Ibidem*, corsivo aggiunto.

<sup>51</sup> V. il caso della disciplina del 5x1000 e, ad esempio, l'art. 63 bis co. 4 del d.l. n. 112 del 2008, secondo il quale "Con decreto di natura non regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabilite le modalità di richiesta, le liste dei soggetti ammessi al riparto e le modalità del riparto delle somme stesse nonché le modalità e i termini del recupero delle somme non rendicontate ai sensi del comma 3." Per l'attuazione si veda il DPCM 3 aprile 2009, pubblicato in G.U.

<sup>52</sup> V. art. 27, co. 2 del d.lgs n. 79 del 2011, "Allo scopo di favorire la crescita competitiva dell'offerta del sistema turistico nazionale con appositi decreti, di natura non regolamentare, del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Dipartimento per le politiche della famiglia, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definite le modalità per l'erogazione di buoni vacanza da destinare ad interventi di solidarietà in favore delle

In alcune evenienze, infine, tali decreti sono perfino autorizzati a derogare disposizioni contenute in fonti primarie. È il caso dell'art. 27 *bis* del d.l. n. 216 del 2011, convertito dalla l. n. 14 del 2012, in cui si prevede che il successivo decreto – contenente modifiche statutarie inerenti alla composizione degli organi di amministrazione e controllo di alcuni consorzi - venga adottato dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia di ambiente, coinvolgimento che appare significativo alla luce di quanto evidenziato *supra* in tema di “procedimentalizzazione”<sup>53</sup>. Di particolare interesse è anche l'art. 1, comma 208, della legge n. 190 del 2014, dove la deroga si realizza nei confronti di una fonte precostituzionale<sup>54</sup>.

#### **4. I mancati controlli da parte dei soggetti istituzionalmente previsti**

Nel riflettere sui mancati controlli sull'assai variegato panorama delle fonti secondarie atipiche non possono essere dimenticate le responsabilità del legislatore nel suo complesso. Nell'analisi del fenomeno dei decreti espressamente qualificati come “di natura non regolamentare” non emergono solo le mancanze con riferimento a casi specifici, il più importante dei quali è, come visto, costituito dalle modifiche apportate in sede di conversione dei decreti-legge, ma, in termini più generali, si rivela in tutta la sua drammaticità l'assenza di una vera e propria “politica della legislazione” da parte dell'istituzione che per prima dovrebbe condurla.

fasce sociali più deboli, anche per la soddisfazione delle esigenze di destagionalizzazione dei flussi turistici ed anche ai fini della valorizzazione delle aree che non abbiano ancora conosciuto una adeguata fruizione turistica”.

<sup>53</sup> Il testo completo della disposizione in oggetto prevede “Con decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia di ambiente che si esprimono entro venti giorni dalla data di assegnazione, sono approvate le modifiche statutarie inerenti alla composizione, anche in deroga all'articolo 6, comma 5, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, degli organi di amministrazione e controllo, nonché le modalità di funzionamento dei tre consorzi ricostituiti, necessarie per accrescere la loro funzionalità, efficienza, economicità e rappresentatività”. Sul punto v. anche F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie*, Napoli, 2018, 111.

<sup>54</sup> “Con decreto di natura non regolamentare del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definiti le modalità, i limiti e i criteri per la cessione dei crediti [certificati dai competenti organismi pagatori e ceduti all'ISMEA, relativi ai regimi di sostegno di cui all'Allegato I del regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, inerenti le operazioni di cui al comma 45, lettera c), dell'articolo 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350], anche in deroga a quanto previsto dagli articoli 69 e 70 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440”.

Detto ciò con riferimento alle omissioni del legislatore<sup>55</sup>, si passeranno ora in rassegna gli orientamenti da parte del Comitato per la legislazione, della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

#### **a) il Comitato per la legislazione e il suo marginale ruolo**

La qualificazione di atti come non aventi natura regolamentare è uno degli aspetti su cui il Comitato ha fornito nella sua attività alcuni rilievi di carattere problematico. Si tratta, tuttavia, di un'opera che, in linea con le limitate competenze dell'organo<sup>56</sup>, si esplica attraverso un numero esiguo di pareri su progetti di legge e, soprattutto, su disegni di legge di conversione di decreti-legge<sup>57</sup>: nei pareri approvati si richiede di sopprimere il riferimento alla "natura non regolamentare" del decreto ricordando che «la Corte costituzionale, nella sentenza n. 116 del 2006, ha censurato l'utilizzo di decreti ministeriali dei quali venga esplicitata la natura non regolamentare, qualificando tali provvedimenti come atti statali dalla indefinibile natura giuridica»<sup>58</sup>

Permane scarso, come evidenziato anche nell'ultimo Rapporto sull'Attività del Comitato<sup>59</sup>, il tasso di recepimento dei rilievi contenuti nei pareri del Comitato. Si veda ad esempio la condizione, poi non accolta, contenuta nel parere sul disegno di legge C. 4741 di conversione del decreto-legge n. 148 del 2017, in materia finanziaria, in cui era richiesto di provvedere "a sopprimere, al comma 1 dell'articolo 17-ter, il riferimento alla natura non regolamentare dei decreti chiamati a definire la disciplina attuativa della previsione che consente ai contribuenti di destinare il cinque per mille dell'IRPEF anche agli enti gestori delle aree protette"<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> In termini generali si veda da ultimo l'analisi condotta da E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, spec. 36 ss. e 107 ss.

<sup>56</sup> Cfr. artt. 16-bis e 96-bis e ter del Regolamento della Camera, in termini generali v. *Ivi*, 144 ss.

<sup>57</sup> Cfr. sul punto M. LOSANA, *Il rendimento dell'attività consultiva del Comitato per la legislazione: un primo bilancio*, in *Federalismi, Focus fonti*, 9 febbraio 2018, spec. 8 e N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, *ivi*, 18 ss.

<sup>58</sup> Cfr., ad esempio, A.C., XVII legislatura, boll. giunte e comm., 7 dicembre 2017, p. 4 (parere sul progetto di legge n. 4768).

<sup>59</sup> Cfr. Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione, Sesto turno di Presidenza, Presidente On. Tancredi Turco (8 luglio 2017 – 22 marzo 2018) reperibile al link <https://www.camera.it/leg17/797>.

<sup>60</sup> Cfr., ad esempio, A.C., XVII legislatura, boll. giunte e comm., 28 novembre 2017, p. 4 (parere sul progetto di legge n. 4741). La formulazione finale della disposizione di cui all'art. 17-ter "Può essere destinata, a scelta del contribuente, a sostegno degli enti gestori delle aree protette. Con decreto di natura non regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sono stabilite le modalità di accesso al contributo, di formazione degli elenchi degli enti ammessi nonché di riparto ed erogazione delle somme". In tema di 5x1000 sono numerose le previsioni che rinviano a decreti di "natura non regolamentare", v. anche art. 1 comma 154, legge n. 190 del 2014 (L. Stabilità)

Per queste ragioni in dottrina è stata avanzata la proposta di modificare i regolamenti parlamentari “al fine di introdurre determinati aggravamenti procedurali che potrebbero seguire al parere negativo del Comitato” con la speranza che ciò “obbligherebbe il Parlamento a ponderare maggiormente l’attribuzione del potere normativo” in assenza del rispetto dell’art. 17 della legge 400<sup>61</sup>.

### **b) la Corte costituzionale e la minimizzazione del problema dell’identità delle fonti normative**

Il Giudice delle Leggi, come anticipato, ha sempre deciso le questioni ad esso sottoposte senza chiarire la natura di tali decreti ministeriali o del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>62</sup>. Anche nei casi in cui la Corte ha dichiarato la conformità a Costituzione delle norme che rinviano a detti decreti si è sempre pronunciata “*a prescindere dalla complessa qualificabilità dei poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio*”<sup>63</sup>.

La giurisprudenza costituzionale tende a minimizzare il problema dell’identità delle fonti normative, censurando la sola lesione delle competenze regionali, soprattutto nelle pronunce immediatamente successive alla riforma del Titolo V, dimostrando così una maggiore preoccupazione per le sorti dell’art. 117 Cost. nel suo complesso, che dell’art. 17 della legge 400<sup>64</sup>: la tipizzazione delle fonti secondarie ex art. 117, comma 6, non è, infatti, stata accertata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>65</sup>, che ha riconosciuto la tendenziale ammissibilità di fonti secondarie “atipiche”.

e il successivo D.P.C.M. 7 luglio 2016 *Disposizioni in materia di trasparenza e di efficacia nell’utilizzazione della quota del cinque per mille, in attuazione all’articolo 1, comma 154, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.*

<sup>61</sup> Sul punto G. RIVOCCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in Osservatorio AIC, 2019, fasc. 1-2, 98.

<sup>62</sup> Per un approfondimento della giurisprudenza sugli atti sostanzialmente normativi per cui non è prevista espressamente la forma di regolamento si veda C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, cit., 375 ss.

<sup>63</sup> Così Corte cost. sent. n. 285 del 2005, punto 11 *Considerato in diritto*. In questo caso la Corte riconduce le disposizioni censurate “a materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato” o “nell’ambito della «chiamata in sussidiarietà» da parte dello Stato”, per un commento alla vicenda v. G. DEMURO, *Il Cinema tra leale collaborazione e intese imposte*, in *Le Regioni*, 2006, 178 ss.

<sup>64</sup> Come notato la Corte potrebbe valorizzare la legge n. 400 come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità “sviluppando un più incisivo sindacato sulle norme che abilitano l’esercizio di tali forme di potestà regolamentare, seguendo il percorso prefigurato in altri “filoni” della giurisprudenza costituzionale”. Così G. RIVOCCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, cit., 98.

<sup>65</sup> Come invece fatto da quella dottrina che ha riconosciuto che tali atti non sarebbero qualificabili come fonti del diritto sebbene possano presentare il contenuto di queste. Cfr. per tutti R. BIN, “*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*” – *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004.

Salvo il caso della sentenza n. 116 del 2006, in un caso di rinvio operato da una fonte primaria ad “un decreto avente natura non regolamentare” la Corte si è limitata a denunciarne l’“indefinibile natura giuridica”, concludendo comunque per l’illegittimità costituzionale della fonte primaria che vi rinviava per violazione delle competenze legislative regionali, la Corte costituzionale ha sempre evitato di prendere posizione sulla reale natura del decreto ma ha cercato di determinare la materia in questione e di conseguenza la legittimità o meno delle disposizioni impugnate, in virtù di una corretta attribuzione della materia<sup>66</sup>.

La difficoltà di smentire l’“autoqualificazione” data dallo stesso legislatore rende ancora più difficile il giudizio della Corte: oltre alla nota espressione della sent. n. 116, si è parlato di “poteri di tipo normativo o programmatico” nella sent. n. 165 del 2007<sup>67</sup> e, addirittura, di Stato che può “in una materia rimessa alla propria competenza legislativa esclusiva [...] esercitare, nelle forme che ritenga più opportune, la potestà regolamentare” nella sent. n. 35 del 2005<sup>68</sup>.

Dalla giurisprudenza della Corte sembra dunque emergere una sostanziale indifferenza verso la natura normativa o provvedimentale dei decreti “di natura non regolamentare”<sup>69</sup>: a tal proposito è utile richiamare quell’autorevole dottrina per la quale, in caso di configurazione di nuove fonti ad opera di nuove leggi sull’attività del Governo, “spetterebbe pur sempre alla Corte costituzionale valutare simili vicende, impedendo che esse sconvolgano il sistema della produzione normativa, costituzionalmente previsto e presupposto”<sup>70</sup>.

### c) l’ondivaga posizione del Consiglio di Stato

Nel caso dei decreti di “natura non regolamentare” la sottrazione alla disciplina procedurale prevista dall’art. 17 si risolve, a ben vedere, nella sola elusione

<sup>66</sup> Ancora il riferimento a Corte cost. sentt. nn. 278 del 2010, 139 del 2012 e 274 del 2013.

<sup>67</sup> Corte cost. sentenza n. 165 del 2007, punto 4.4 *Considerato in diritto*.

<sup>68</sup> Corte cost. sentenza n. 35 del 2005, punto 4 *Considerato in diritto*.

<sup>69</sup> Particolarmente significativa di questa indifferenza è la sentenza n. 129 del 2016, in cui la Corte, si trova a giudicare della legittimità costituzionale dell’art. 16, co. 6, del d.l. n. 95 del 2012, nella parte in cui, nel prevede che la riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio e del fondo perequativo per ciascun Comune sia «determinata, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell’interno». Ad avviso del Giudice delle leggi la disposizione è illegittima, nella parte in cui non prevede, “nel procedimento di determinazione delle riduzioni [...] da applicare a ciascun Comune [...], alcuna forma di coinvolgimento degli enti interessati, né l’indicazione di un termine per l’adozione del decreto di natura non regolamentare del Ministero dell’interno”: nella motivazione, tuttavia, la Corte non si sofferma mai sulla natura del decreto, occupandosi esclusivamente delle questioni legate al coordinamento della finanza pubblica. Per un commento v. A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica al tempo della crisi*, in *Giur. cost.*, 2016, 1541 ss.

<sup>70</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 54.

sistematica dell’obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato. Conforta tale opinione il fatto che i decreti di questo tipo siano, di regola, sottoposti alla registrazione della Corte dei conti<sup>71</sup> e pubblicati in *Gazzetta Ufficiale*<sup>72</sup>.

Per tali ragioni dalla giurisprudenza del Supremo giudice amministrativo sarebbe lecito aspettarsi una serie di indicazioni particolarmente stringenti e univoche in merito al fenomeno in oggetto. Come si esporrà brevemente nel seguito di questo paragrafo, l’analisi delle pronunce degli ultimi anni mostra, invece, una posizione decisamente ondivaga.

In riferimento ai criteri di individuazione della natura di un atto, il Consiglio di Stato ha, inizialmente, adottato analoghi criteri sostanziali di identificazione delle fonti. In un noto passaggio della sentenza dell’Adunanza plenaria n. 9 del 2012 si è rilevato che «è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza), mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»<sup>73</sup>.

Tuttavia, la paventata condanna delle elusioni dell’art. 17 legge n. 400, non ha trovato conferme in alcune pronunce più recenti. In tali occasioni, in riforma di sentenze dei Tribunali amministrativi regionali che avevano censurato il mancato rispetto dell’art. 17, escludendo la natura normativa di alcuni decreti qualificati come non regolamentari, in applicazione di criteri di carattere formale e sostanziale, il Consiglio di Stato ha affermato che «la qualificazione dell’atto come “non regolamentare” comporta la inapplicabilità di tale disposizione costituzionale e del vincolo modale da essa previsto nel riparto delle competenze», e ad ogni modo «qualora fosse stato qualificato il decreto in esame come atto regolamentare, in ogni caso il legislatore statale ha il potere di prevedere un sistema normativo fondato sulla sussidiarietà, che può ricomprendere anche la funzione regolamentare»<sup>74</sup>.

La questione tuttavia non può considerarsi chiusa: nella relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2018 il Presidente del Consiglio di Stato

<sup>71</sup> Alla quale, secondo quanto previsto dall’art. 3, co. 1, lett. c) della l. n. 20 del 1994, devono essere sottoposti tutti “gli atti normativi a rilevanza esterna” – indipendentemente, dunque, dal loro nomen juris (siano essi regolamenti, decreti ministeriali o non regolamentari). Cfr. sul punto G. RIVOCCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, cit., 94 e C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, cit., 370.

<sup>72</sup> Come evidenziato *supra* par. 2, lett. d).

<sup>73</sup> Su cui v. N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 12, p. 1209 s.

<sup>74</sup> Così Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5035. Inoltre, cfr. Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665 e n. 3666.

ha fatto riferimento, in chiave critica, alla “fuga dal regolamento”, auspicando che la tendenza a prevedere tali atti, originata anche dalla volontà di evitare il parere del Consiglio di Stato, si arresti<sup>75</sup>. Analogamente in una recente audizione al Comitato per la Legislazione il Presidente nel registrare “qualche «fuga» dal sistema di garanzia” di cui l’attività consultiva è espressione, ha auspicato da un lato, la “possibilità che una Camera richieda il parere del Consiglio di Stato su un disegno di legge”, dall’altro la “conferma ed estensione della tendenza, già contenuta in alcune leggi di delega, di prevedere il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, prima che questo sia sottoposto alle Commissioni parlamentari competenti”<sup>76</sup>.

### **5. Le dimensioni effettive della “fuga dal regolamento” attraverso il rinvio esplicito delle fonti primarie: un fenomeno in esaurimento?**

Da più parti si è sottolineato che l’ambito delle fonti secondarie sia quello in cui l’esigenza di riordino è oramai divenuta indifferibile<sup>77</sup> ed in cui, alla prova dei fatti – come si è cercato di dimostrare - le deviazioni dal modello sono diventate quasi la regola e non l’eccezione<sup>78</sup>.

Come è stato sottolineato, era “semplicemente illusorio pensare che attraverso una legge ordinaria si potessero correggere tendenze e patologie che già trent’anni fa stavano iniziando a emergere”. L’invito a “definire con precisione gli strumenti di normazione secondaria” è in grado di apparire quasi velleitario in rapporto all’attuale assenza di una vera e propria *politica della legislazione*<sup>79</sup>.

L’arco dei possibili rimedi è stato prospettato in numerosi studi: in essi si fa riferimento ad un intervento sui regolamenti parlamentari<sup>80</sup>, sullo stesso art. 17 della legge n. 400 nel senso di snellire la procedura di adozione delle fonti

<sup>75</sup> Cfr. la Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, p. 38 s

<sup>76</sup> Cfr. Audizione alla Camera dei Deputati – Comitato per la legislazione del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi sulle tendenze della produzione normativa del 27 marzo 2019, reperibile al link [http://www.camera.it/leg18/1347?shadow\\_organoparlamentare=2797&id\\_tipografico=48](http://www.camera.it/leg18/1347?shadow_organoparlamentare=2797&id_tipografico=48).

<sup>77</sup> Per tutti, da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *Il Governo della Repubblica a trent’anni dalla legge n. 400/1988. Alcune considerazioni sparse (a mo’ di conclusioni)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 17.

<sup>78</sup> Parafrasando M. LOSANA, *L’attività esecutiva del Governo tra principi costituzionali e scelte organizzative*, in *Ivi*, 8.

<sup>79</sup> Dal titolo del volume di L. DUILIO, *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013, da cui è tratta la citazione riportata di S. MATTARELLA, *Strumenti normativi ed equilibri della forma di governo*, 313.

<sup>80</sup> Per la proposta di modificare i regolamenti parlamentari al fine di introdurre determinati aggravamenti procedurali che potrebbero seguire al parere negativo del Comitato per la legislazione sui progetti di legge contenenti norme abilitanti l’esercizio di “anomale” forme di potestà regolamentare, v. *supra* par. 4, lett. a).

secondarie<sup>81</sup>, oppure financo nella direzione di una legge costituzionale sulla disciplina delle fonti<sup>82</sup>. Tale aspetto, tuttavia, non deve porre in secondo piano lo sforzo preliminare di conoscenza e di comprensione dei cambiamenti che sono, verrebbe da dire sempre, in atto nella materia delle fonti secondarie.

Lo sguardo rivolto alla prassi che ha caratterizzato il presente lavoro ha permesso di evidenziare con chiarezza la precisa tendenza, già prospettata in altri contributi, di un calo di questo strumento normativo atipico piuttosto discontinuo e, dunque, non ancora del tutto consolidato<sup>83</sup>. Tale ultima circostanza, dovrà essere monitorata nel prossimo futuro, tuttavia, dai dati raccolti si registra una netta diminuzione dei controversi decreti la cui natura regolamentare è esclusa esplicitamente dalla disposizione legislativa.

Da una comparazione dei dati tra XVI e XVII legislatura emerge con chiarezza una drastica riduzione dei rinvii contenuti in fonti primarie. Si passa da un numero complessivo di 213 riferimenti nel primo periodo considerato (di cui 154 in decreti-legge, 56 aggiunti in sede di conversione, 20 in leggi di bilancio, 24 in decreti legislativi, 15 in “altre” leggi) agli 80 della legislatura successiva (di cui 38 in decreti-legge, 20 aggiunti in sede di conversione, 33 in leggi di bilancio, 6 in decreti legislativi, 3 in “altre” leggi).

<sup>81</sup> G. RIVOCCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, cit., 98. Inoltre, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 17, anche per la considerazione sui “rischi di sovrapposizione tra Consiglio di Stato e Corte dei conti che pure nel procedimento di formazione dei regolamenti esercitano un ruolo assai significativo”.

<sup>82</sup> G. SILVESTRI, “Questa o quella per me pari sono ...”. *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, 176.

<sup>83</sup> Cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione*, Quinto turno di Presidenza, Presidente On. Andrea Giorgis (8 settembre 2016 – 7 luglio 2017), 53, e le osservazioni a tal proposito di M. LOSANA, *L'attività esecutiva del Governo tra principi costituzionali e scelte organizzative*, cit., 18, e F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie*, cit., 111.

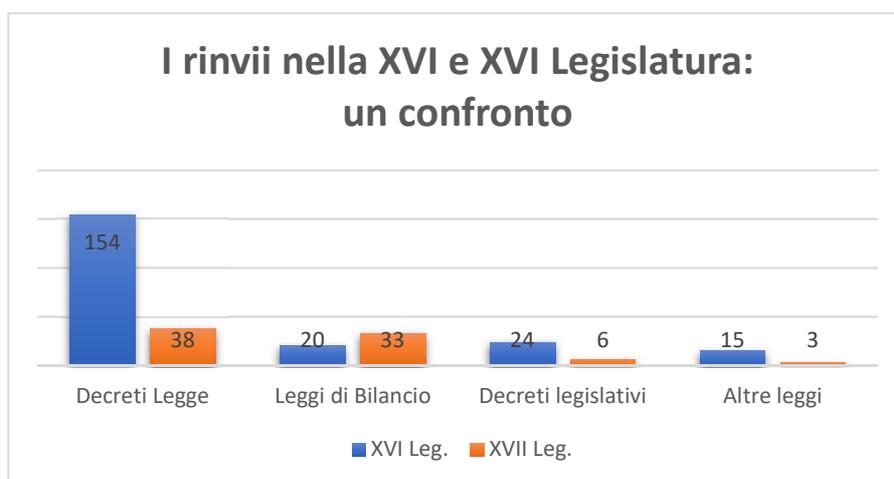


Fig. 3 Confronto tra fonti primarie che rinviano a «decreti di natura non regolamentare» nella XVI e XVII legislatura.

In particolare, nell'ultimo triennio (23 aprile 2015 – 23 aprile 2018) si registrano solo 28 riferimenti (di cui 10 in decreti-legge, 5 aggiunti in sede di conversione, 15 in leggi di bilancio, 2 in decreti legislativi, 1 in “altre” leggi), a fronte di un totale di 105 del triennio iniziale (di cui 67 in decreti-legge, 17 aggiunti in sede di conversione, 3 in leggi di bilancio, 24 in decreti legislativi, 11 in “altre” leggi)<sup>84</sup>.

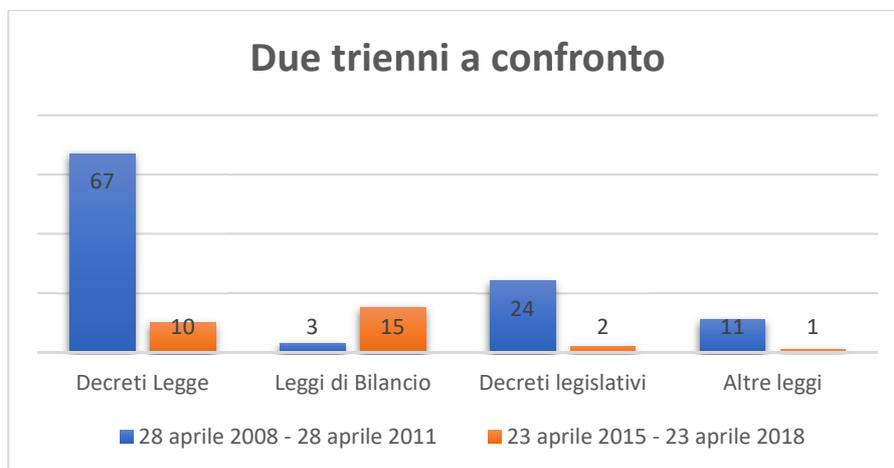


Fig. 4 Confronto tra fonti primarie che rinviano a «decreti di natura non regolamentare» nel primo e ultimo triennio di esame del presente contributo.

<sup>84</sup> Su cui cfr., ancora, E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, cit., 175.

La scelta del secondo periodo si giustifica alla luce della drastica diminuzione dei rinvii che si nota a partire dalla metà del 2015. È interessante sottolineare come una consistente riduzione si abbia in tutti gli ambiti considerati salvo quello delle leggi di bilancio: ciò evidenzia un aspetto significativo che, tuttavia, non deve stupire particolarmente dati i numerosi interventi in materia di finanza pubblica attuati con decreto-legge nel primo periodo considerato<sup>85</sup>.

Assai più rilevante è la constatazione secondo la quale, nel più recente arco temporale, sembra essersi esaurita la stagione della ribellione «sfacciata»<sup>86</sup> ai vincoli posti dalla legge n. 400 del 1988.

Ciò non significa che il fenomeno si sia scomparso ma, piuttosto, che sia tornati a forme “meno appariscenti, già ampiamente sperimentate nella legislazione degli anni '90 del secolo scorso”<sup>87</sup>, in cui si operava un “generico riferimento all’adozione di decreti ministeriali” non altrimenti qualificati<sup>88</sup>.

#### **6. Una ipotesi conclusiva: dalla “fuga dal regolamento” alla “elusione” della riserva di legge relativa**

Nel quadro di un mutamento delle forme di ribellione alla legge n. 400 del 1988, come recentemente sottolineato, “il nodo problematico fondamentale riguardante i decreti, oggetto di un rinvio legislativo, sembra rimanere sempre il medesimo: «stabilire [in concreto] se si è in presenza di un atto normativo con valenza regolamentare, ovvero di un atto amministrativo generale»<sup>89</sup>. Si tratta di scelta [...] tutt’altro che agevole, vista la scivolosità dei criteri sostanziali (generalità, astrattezza e innovatività dell’atto) elaborati dalla giurisprudenza per separare la “sostanza” normativa da quella propriamente amministrativa”<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Si pensi al caso limite del d.l. n. 95 del 2012, attuativo della cd. spending review, che contiene il riferimento a ben 13 decreti di “natura non regolamentare”.

<sup>86</sup> M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell’attività di governo*, in *Decisione, conflitti e controlli. Procedure costituzionali e sistema politico. Atti del XXV Convegno annuale dell’Associazione dei costituzionalisti*, Parma 29-30 ottobre 2010, Napoli, 2012, 45 ss.

<sup>87</sup> M. LOSANA, *L’attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, 23, Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

<sup>88</sup> Con riferimento alla legislazione degli anni '90 del secolo scorso cfr. G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, 252, citato in M. LOSANA, *ult. op. cit.*, 23, nota 95.

<sup>89</sup> Così Consiglio di Stato, sez. VI, 30 novembre 2016, sentt. nn. 5035 e 5036.

<sup>90</sup> Così M. LOSANA, *L’attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, cit., 24.

Tuttavia, non si può nascondere, come “il compito di ridurre le perduranti incertezze intorno al carattere normativo di molti decreti ministeriali, gravi, in prima battuta, sul legislatore”<sup>91</sup>.

Questo deriva dalla preferenza per “le (insuperate) ragioni “garantiste” insite nel procedimento legislativo inducono, infatti, a ritenere ragionevole che la scelta della forma dei provvedimenti attuativi si radichi presso il legislatore e non presso gli organi titolari della funzione esecutiva. In questa prospettiva, il legislatore dovrebbe valorizzare lo strumento del rinvio “qualificato” che faccia esplicito riferimento all’art. 17 della legge 400 del 1988, imponendo la forma regolamentare a tutti gli atti che, data l’ampiezza del rinvio stesso, assumeranno, una volta prodotti, un contenuto tipicamente normativo”<sup>92</sup>.

In questa sede merita una particolare attenzione un diverso e complementare modo di intendere il fenomeno della «fuga dal regolamento».

Le deviazioni dal modello previsto dall’art. 17 della legge 400 sono idonee a configurare una vera e propria *elusione dalla riserva di legge relativa* in senso sostanziale, che, come noto, impone che determinate discipline di diritti si debbano fare quantomeno con regolamento<sup>93</sup>. La riserva nel suo “aspetto negativo”, tuttavia, serve anche a proteggere il regolamento richiedendo necessariamente la previa norma: ciò significa, in sostanza, che nella riserva relativa la vera interdizione non sia per il regolamento, che incontra i limiti noti, ma per il provvedimento<sup>94</sup>.

Alla luce di ciò nelle ricorrenze esaminate è possibile mettere in evidenza due distinte casistiche.

La prima si riscontra nelle occasioni in cui attraverso la fonte secondaria atipica si attua una sorta di de-regolamentazione: in tali casi infatti non si utilizza, anche se lo si potrebbe fare, il regolamento. Per un esempio si veda l’art. 1, comma 400, lett. m, primo periodo della legge n. 147 del 2013 (Legge di stabilità 2014) in cui si prevede che “*con decreto del Ministro dell’interno, non avente natura regolamentare, sono determinati, entro il 31 gennaio 2014, i nuovi modelli di schede per le elezioni comunali, ricollocando i contrassegni delle liste ammesse in modo più razionale, al fine di evitare la stampa di schede di dimensioni troppo elevate ed eccessivamente onerose. All’articolo 72, comma 3, secondo periodo, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, le parole: «al cui fianco» sono sostituite dalle seguenti: «sotto ai quali»*”. In tale circostanza sono probabilmente le esigenze di celerità, dovute

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ivi*, 25.

<sup>93</sup> Sulla riserva di legge in generale cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, 1207 ss., e R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. IX, Torino, 163 ss.

<sup>94</sup> È il tema della riserva di competenza affrontato, oltre che dai contributi citati *supra*, anche da G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss., spec. 250-252.

all'approssimarsi della scadenza elettorale, a suggerire il ricorso alla fonte “non avente natura regolamentare”: aspetto confermato dalla celere adozione da parte del Ministero competente del D.M. 24 gennaio 2014, *Determinazione dei nuovi modelli di schede di votazione per le elezioni comunali*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale<sup>95</sup>.

La seconda casistica si risolve in una manovra elusiva del principio di legalità in cui si utilizza la fonte secondaria atipica per fare quello che nemmeno il regolamento potrebbe fare, il tutto, magari, attraverso numerosi oneri procedurali con il fine di mettersi al riparo da future impugnazioni. È il caso di quanto avvenuto nelle tormentate vicende legate al passaggio al processo telematico: ad esempio si veda, art. 16-bis, co. 5 del dl. n. 179 del 2012, rubricato “Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali” dispone che “*Con uno o più decreti aventi natura non regolamentare, da adottarsi sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, previa verifica, accertata la funzionalità dei servizi di comunicazione, può individuare i tribunali nei quali viene anticipato, nei procedimenti civili iniziati prima del 30 giugno 2014 ed anche limitatamente a specifiche categorie di procedimenti, il termine fissato dalla legge per l'obbligatorietà del deposito telematico*”<sup>96</sup>. In questo caso è evidente come la previsione di numerosi soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento di formazione del decreto sia idonea a favorire il coinvolgimento del numero più ampio possibile di soggetti interessati<sup>97</sup>.

Riconoscere che, in entrambe le circostanze evidenziate, si tratti di una elusione della dimensione garantista della riserva di legge relativa permette una valutazione del fenomeno, che ha l'obiettivo di inquadrarlo all'interno di una categoria giuridica. L'espressione “fuga dal regolamento” si sostanzia, a ben vedere, in un giudizio capace di ricostruire un fenomeno giuridico sulla base di un *motivo in senso mortatiano*, ossia sulle ragioni che hanno giustificato la

<sup>95</sup> G.U. Serie Generale, 3 febbraio 2014, n. 27.

<sup>96</sup> Come modificato dall'art. 44 del dl. n. 90 del 2014.

<sup>97</sup> Appare peraltro significativo che tale previsione sia stata inserita successivamente nel testo del decreto, quasi a testimoniare una prospettiva di recepimento di un accordo. Per l'attuazione di tale disposizioni si veda i decreti del Ministro della Giustizia del 19 gennaio 2016, *Attivazione delle notificazioni e comunicazioni telematiche presso la Corte di cassazione, ai sensi dell'articolo 16, comma 10, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, limitatamente al settore civile*, e 14 settembre 2017, *Notificazioni telematiche ai difensori nel processo penale di legittimità presso la Corte Suprema di Cassazione, ai sensi dell'articolo 16, comma 10, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221*. Entrambi i decreti sono stati pubblicati nella G. U. Serie Generale, rispettivamente: 21 gennaio 2016, n. 16, e 29 settembre 2017, n. 228.

deroga ai normali rapporti tra disporre e provvedere<sup>98</sup>, in questo caso la necessità di evitare il parere del Consiglio di Stato.

La riserva relativa, per l'aspetto che qui interessa, non consente al Governo il provvedere senza la previa norma. La fonte che abilita il decreto di natura non regolamentare non sembra, salvo rare eccezioni, poter costituire uno schema legale tipico alla cui luce scrutinare il contenuto del decreto stesso e valutarne la legittimità. In altre parole, la legalità del fenomeno in esame non può esser recuperata grazie alla norma abilitante, capace di soddisfare le sole esigenze della riserva di legge in senso formale come presupposizione legislativa, espressione dell'istanza democratica.

Risulta invece del tutto assente la dimensione garantista della riserva di legge che, come noto, implica la conformità alla previa norma, secondo un'ottica di tipo sostanziale: la legge, sia consentito ribadirlo, non dovrebbe limitarsi ad istituire il potere esercitato ma dovrebbe vincolarne il contenuto stabilendolo come, quando e con che modalità possa esser adottato l'atto cui fa riferimento<sup>99</sup>.

Queste considerazioni ci riportano alla metodologia della nostra indagine, al voler far riferimento, innanzitutto, alla fonte primaria abilitante nella convinzione, diffusa in dottrina, che, in casi come questo "il vizio non è tanto (o non solo) dell'atto governativo, quanto (e soprattutto) della disposizione legislativa che ne permette (o impone) l'adozione"<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Si tratta di un sindacato che, come noto, non si opera nemmeno nei casi più palesi di scissione tra la forma e la sostanza che sono le leggi-provvedimento. Cfr. per la tesi del sindacato sui "motivi" sui C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 99 ss., e la critica di L. PALADIN, *La legge*, cit., 887-8, soprattutto in relazione all'inconfigurabilità di un obbligo di motivazione delle leggi. Per una ricostruzione delle posizioni v. A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 390.

<sup>99</sup> Cfr. da ultimo Corte cost. n. 69 del 2018, punto 6.1 *Considerato in diritto*, che sottolinea la garanzia del principio di legalità in "senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione."

<sup>100</sup> V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, cit., 10.