

Studi di **federalismi.it**

Rivista di diritto pubblico italiano
europeo e comparato

Massimo Rubechi

I decreti del Presidente

Studio su d.P.C.m., atti normativi
del governo e dinamiche decisionali



G. Giappichelli Editore – Torino

Premessa

La scelta di indagare il tema dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri come fonte normativa ha avuto origine, come spesso accade, da una curiosità scientifica.

Nel corso degli ultimi anni si è posta l'attenzione sull'impiego di questo strumento. Se ne parla almeno dalla XVII Legislatura (2013-2018), riferendosi ad esso come una fonte atipica, come un atto che a tratti appare anomalo nell'ordinamento e tramite cui sono prese decisioni spesso rilevanti. Ma di che atto si tratta? Che regime giuridico può assumere? Quale la disciplina positiva? Come è stato impiegato sino ad oggi nel contesto delle dinamiche decisionali? Quale collocazione nel sistema delle fonti?

Questi i primissimi quesiti sorti, parsi subito di interesse anche alla luce della pressoché totale assenza di una trattazione di carattere generale che contribuisse a delinearne i contorni, se non per poche righe in qualche commento specialistico. Ho cominciato ad elaborare delle, primissime, risposte a partire dai primi mesi del 2018, quando talune tendenze di prassi si erano già andate delineando.

Poi si è abbattuta nel nostro paese, drammaticamente, l'emergenza da Covid-19 e con essa i d.P.C.m. della pandemia, divenuti in parte simbolo del modo con cui il governo ha affrontato la crisi sanitaria. Da quel momento la dottrina ha avuto modo di confrontarsi in maniera più decisa su questo peculiare atto, fornendo un contributo molto prezioso che, con approcci e soluzioni diversificate, ha gettato luce sulla sua natura.

Quindi si è deciso di mettere la ricerca in attesa. Il suo obiettivo originale era, infatti, quello di tentare un inquadramento generale del decreto del Presidente del Consiglio, per cui si è ritenuto preferibile attendere che il sistema delle fonti cominciasse a riassetarsi prima di concluderla. E anche, non da ultimo, che l'ipotesi di ricerca fosse messa al riparo dall'emotività di una contingenza drammatica.

Per irrobustirne l'impianto, sono stati utili i risultati elaborati durante due periodi di ricerca all'estero, dedicati proprio alle fonti dell'esecutivo e, in particolare, a quelle del suo vertice: un primo, svolto nell'ottobre del 2019, presso il *Centre d'études et de recherches comparatives sur les Constitutions, les libertés et l'état (C.E.R.C.C.L.E.)* dell'Università di Bordeaux, e un secondo, nell'aprile del 2022, presso l'Università di Lyon 3, durante il quale sono state rifiniti gli argomenti qui sostenuti.

Nel rielaborare, infine, i tratti principali del volume, la mia ipotesi iniziale è risultata confermata, per cui si è deciso di trasformarla, nei termini in cui questo lavoro la presenta, in una tesi, strutturata e arricchita alla luce di una ricostruzione teorica mirata, di un'analisi delle prassi e avvalendosi dei frutti fecondi di una comparazione.

Desidero anzitutto ringraziare Corrado Caruso, Federica Fabrizzi ed Erik Longo, colleghi e amici che hanno letto, commentato e criticato questo volume.

Sono grato a Sabrina Bono e Daria Perrotta per aver voluto condividere informazioni preziose sulle prassi della Presidenza del Consiglio, evitandomi numerose ingenuità, e ad Elisabetta Catelani, per i suggerimenti esperti e utili.

Un ringraziamento debbo, inoltre, a Valentina Fiorillo, Giulia Renzi e Giuliaserena Stegher, per il supporto e la pazienza.

Un grazie particolare ad Augusto Barbera e Stefano Ceccanti, che con i loro suggerimenti mi accompagnano sin dai tempi del dottorato di ricerca, e ad Anna Poggi, direttrice della Collana e della Rivista, con cui mi onoro di collaborare. Nonché al compianto prof. Beniamino Caravita di Toritto, che intuì l'importanza del tema, come spesso è accaduto, prima di tanti.

Un ringraziamento speciale va, infine, a Licia Califano, per i saggi consigli, per la preziosa condivisione di un percorso comune e per l'esempio di attenzione e serietà.

La responsabilità della tesi sostenuta e argomentata in questo studio è interamente mia, ma senza i loro suggerimenti scricchiolerebbe assai di più.

Introduzione

Le ragioni di uno studio sul decreto del Presidente del Consiglio dei ministri

Sommario

1. L'ipotesi di fondo. – 2. La posizione istituzionale del Presidente del Consiglio. – 3. Sistema delle fonti e normazione secondaria: profili teorici. – 4. Fonti del governo e decreti del Presidente del Consiglio. – 5. Fonti del vertice dell'esecutivo e forma di governo: spunti per una comparazione.

1. *L'ipotesi di fondo*

L'affermazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.m.) come atto regolamentare proprio del vertice dell'esecutivo suscita numerosi interrogativi nello studio del diritto costituzionale. Accanto ai decreti del Presidente della Repubblica (d.P.R.) e a quelli dei singoli ministri (d.M.), anche il d.P.C.m., infatti, è in grado di veicolare contenuti normativi, oltre a quelli tradizionalmente amministrativi, con una intensità, peraltro, significativa.

Il fenomeno quantitativo ha contribuito a porre i riflettori sull'impiego di questa fonte anomala già a partire dalla XVII Legislatura (2013-2018), durante la quale si è verificata una crescita del numero di disposizioni legislative la cui attuazione era demandata a questo tipo di strumento, talvolta configurando procedimenti di approvazione peculiari.

Più di recente, si è molto parlato dell'impiego del decreto del Presidente del Consiglio nella gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19. Pur trattandosi, in quel caso, di un atto non di natura normati-

va – come la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare con la sent. n. 198 del 2021 – il dibattito dottrinale che ha circondato il ricorso a quello strumento è risultato particolarmente utile per trarre spunti sull’impiego del d.P.C.m., in generale, e sulla sua natura giuridica.

Al di là del contesto emergenziale, infatti, le cause dell’affermazione del decreto del Presidente del Consiglio come fonte normativa hanno origini profonde, che potrebbero in parte derivare da una diversa configurazione del rapporto fra gli organi rispetto a quella con cui si erano confrontati gli estensori della legge n. 400 del 1988, recante la disciplina dell’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri. L’affermazione di una fonte propria del vertice dell’esecutivo probabilmente conduce, inoltre, a ragionare sulle relazioni che intercorrono fra le parti che compongono il governo stesso, con particolare riferimento al ruolo della figura di vertice. Un ragionamento che non può non prendere le mosse dal ruolo che la Costituzione configura per ognuna di esse, tentando di trarre da ciò delle conseguenze anche in ordine agli strumenti loro attribuiti.

Occorre, dunque, probabilmente chiedersi se l’emergere di una fonte propria del Presidente del Consiglio non possa trovare fondamento nella funzione di direzione, indirizzo e coordinamento dell’attività dei ministri, che l’art. 95 della Costituzione gli demanda. Peraltro, in conseguenza dell’attribuzione di importanti compiti di governo al Presidente del Consiglio – già a partire dalla fine degli anni Novanta – si è determinato un suo rafforzamento funzionale, che porta probabilmente con sé la necessità di garantire un preciso canale per l’introduzione nell’ordinamento di atti normativi, volti a dare concretezza alle prerogative che gli sono proprie.

Questa ipotesi, che si testerà alla luce dell’evoluzione nell’impiego del d.P.C.m. rispetto agli altri atti normativi dell’esecutivo, deve, inoltre, tenere conto di un contesto peculiare, che deriva da due caratteristiche di fondo.

La prima è l’assenza di una regolazione compiuta nei modi di produzione dei decreti del Presidente del Consiglio di natura normativa. Come è noto, infatti, l’art. 17 della legge n. 400 del 1988 si limita a riconoscere e disciplinare il d.P.R. come fonte tipica del governo, deliberata dal Consiglio dei ministri, e i decreti ministeriali o interministeriali. La legge recante l’ordinamento della presidenza del Consiglio diede per presupposto quello strumento, sancendone la natura di atto di alta amministrazione ma lasciando alla normativa allora vigente –

con particolare riferimento al d.P.R. n. 1082 del 1985 – la disciplina di taluni aspetti legati all'*iter* procedurale dei regolamenti approvati con d.P.C.m.

Per cui, gli operatori giuridici si sono trovati dinnanzi ad ampi margini di discrezionalità nella scelta della procedura, non essendo stato codificato, in quella sede né altrove, un percorso completo. Nonostante l'assimilazione ai decreti ministeriali operata, in particolare, dalla giurisprudenza amministrativa, i d.P.C.m. si sono trovati, dunque, a svilupparsi in un contesto sostanzialmente delineato ma formalmente ambiguo.

La seconda caratteristica risiede nel fallimento del decreto del Presidente della Repubblica come fonte normativa tipica dell'esecutivo alla prova della realtà fattuale. La prassi ha mostrato, infatti, un fenomeno che la dottrina ha chiamato di «fuga dal regolamento» del governo, vale a dire di sostanziale aggiramento delle forme previste: la quasi totalità – come si avrà modo di vedere – dello *stock* normativo secondario non viene approvato, infatti, con la forma del d.P.R. Probabilmente anche in ragione dell'*iter* procedimentale particolarmente complesso previsto per la loro approvazione – sia dal punto di vista del numero dei soggetti coinvolti, sia con riferimento alle tempistiche – al decreto del Presidente della Repubblica sono state infatti preferite altre modalità di produzione di norme di rango secondario ovvero forme atipiche.

Alla fuga dal d.P.R. non è, peraltro, direttamente corrisposto un approdo al solo d.P.C.m., nonostante le sue caratteristiche di maggiore flessibilità nella forma e una più ampia celerità di approvazione abbiano certamente favorito questo spostamento. L'affermazione del d.P.C.m. come fonte del diritto non è probabilmente frutto, infatti, solo di caratteristiche intrinseche ai modi di formazione degli atti normativi coinvolti ma suggerisce un approfondimento anche sulla posizione costituzionale del soggetto che ha il potere di approvarlo.

Il prorompere del d.P.C.m. come fonte normativa conduce, infatti, a ragionare sulla sua posizione nel sistema delle fonti del diritto, anche tenendo in considerazione l'evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio stesso all'interno del governo e sulla natura del potere che attraverso di esso viene ad esercitarsi. Il nesso inscindibile fra sistema delle fonti e forma di governo, in questo caso, emerge in maniera nitida, suggerendo delle riflessioni combinate.

Per suffragare o confutare tali considerazioni, si è pensato utile un

approfondimento comparativo con il sistema francese, uno degli ordinamenti contemporanei che maggiormente ha messo in connessione la configurazione istituzionale con gli strumenti normativi predisposti e dunque la forma di governo con il sistema delle fonti. La Costituzione francese del 1958 ha introdotto, infatti, un assetto istituzionale incentrato su un rafforzamento deciso del governo, per il tramite dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica, al contempo confermando e irrobustendo il rapporto di fiducia fra l'assemblea rappresentativa e un Primo ministro, quale figura di snodo fra i due soggetti legittimati direttamente dal popolo.

Questo dualismo ha trovato una precisa traduzione normativa negli artt. 34 e 37 della Costituzione, laddove si definiscono i domini riservati della legge e del regolamento, introducendo per la prima volta una separazione degli ambiti materiali fra questi due atti. Almeno formalmente, dunque, la legittimazione popolare sia del vertice monocratico del governo sia dell'Assemblea nazionale ha condotto ad una distribuzione di alcuni poteri normativi, posti in un rapporto di competenza piuttosto che di gerarchia, nonostante la forza formale maggiore dell'atto legislativo dovuta alla connotazione ontologicamente pluralista della camera rappresentativa.

L'analisi del caso francese è interessante, inoltre, per le dinamiche istituzionali che si sono andate delineando e che si sono riverberate anche sulla concreta definizione del potere regolamentare, grazie all'emergere di un ruolo di coordinamento dell'azione di governo del Primo ministro che formalmente si affianca – pur in una posizione di parziale subordinazione – al Presidente della Repubblica nella determinazione delle principali scelte politiche. Una condizione che ha visto l'affermazione di suo ruolo molto pervasivo nell'attività di governo, servendosi peraltro in maniera massiccia – e in quell'ordinamento in via decisamente prevalente – della potestà regolamentare per implementare ovvero completare l'indirizzo politico.

Questo capitolo introduttivo è dedicato alla ricostruzione della cornice concettuale entro cui si muove uno studio sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri come fonte del diritto. Un quadro costituito da cenni dottrinali necessariamente essenziali ma fondamentali, poiché delineano l'architettura su cui poggiano i singoli capitoli. Essi saranno dedicati, rispettivamente, agli aspetti teorico-ricostruttivi, a quelli emergenti dall'analisi della prassi e della giurisprudenza e agli spunti provenienti dal sistema delle fonti francese.

Nel prossimo paragrafo (§ 2) verrà presentata una ricostruzione delle coordinate costituzionali sul ruolo del governo, isolando quei profili che ci consentono di mettere in evidenza il fondamento e la legittimazione dei soggetti che lo compongono, mettendo in comunicazione, dunque, i profili di legittimazione degli organi con la teoria delle fonti.

Il terzo paragrafo (§ 3) servirà, invece, per collocare lo studio dei d.P.C.m. nel contesto della teoria generale delle fonti e, in quest'ottica, individuare quali siano i requisiti di normatività impiegabili e i criteri attraverso cui collocarli in un sistema quale quello che attualmente caratterizza il nostro ordinamento.

Sulla base della tesi di fondo verrà successivamente (§ 4) presentata una prima disamina delle ragioni di uno studio sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nel nostro ordinamento, collocandoli nel contesto dei modi di produzione del diritto che hanno caratterizzato il nostro ordinamento, in particolare in tempi recenti.

L'ultima sezione (§ 5) è, infine, destinata a dare conto delle ragioni e del metodo di una comparazione con l'ordinamento francese, a partire dalla individuazione e regolamentazione di un atto – il *décret simple* – destinato ad esigenze analoghe rispetto a quelle per le quali sono spesso impiegati i d.P.C.m., pur nel contesto di un diverso modello di forma di governo.

2. *La posizione istituzionale del Presidente del Consiglio*

Gli studi sulla configurazione del governo nel nostro sistema istituzionale sono copiosi e non offrono sempre soluzioni univoche, anche perché diverse e diversificate sono risultate le interpretazioni in merito alle definizioni di forma di governo in dottrina¹.

Prima di addentrarsi nel contesto dell'esecutivo per individuare i

¹ Si prendano, ad esempio, i due tipi polari costituiti dalle voci di Leopoldo Elia (L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1970, p. 658 ss.) e di Massimo Luciani (M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 538 ss.) su l'Enciclopedia del Diritto. In merito mi sia consentito il rinvio alla ricostruzione in M. RUBECCHI, *La forma di governo dell'Italia repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto*, in C. CARUSO, F. CORTESE, S. ROSSI, *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano, 2018, in particolare p. 182 ss.

rapporti fra i soggetti che lo compongono, è infatti l'assetto della forma di governo che potrebbe fornire i riferimenti cartesiani per svolgere le opportune considerazioni: si tratta, tuttavia, di indicazioni non sempre chiaramente rinvenibili nella disciplina costituzionale, se non per la netta collocazione del nostro modello nella tradizione del governo parlamentare.

La Costituzione non definisce, infatti, nei dettagli tutti i profili legati al funzionamento e ai rapporti fra gli organi in generale nonché, di conseguenza, quelli relativi alla collocazione dell'esecutivo, probabilmente in ossequio ai tentativi delle forze politiche in seno all'Assemblea costituente di non rafforzarlo eccessivamente. Ne sono espressione, ad esempio, l'impostazione collegiale del governo sin dalla nascita – dal giuramento alla fiducia presso ambedue i rami del Parlamento, che viene accordata contestualmente a tutta la compagine di governo – ovvero l'assenza di un potere di revoca dei ministri posto in capo al Presidente del Consiglio, per non parlare del potere di scioglimento delle Camere, attribuito formalmente e sostanzialmente al Capo dello Stato. Nonché, come elemento paradigmatico, il rifiuto di espressioni più nettamente orientate ad una verticalizzazione del potere all'interno dell'esecutivo quali il *nomen* «primo ministro», impiegato nelle stesure originarie ma sostituito dall'Assemblea dalla denominazione che conosciamo oggi².

Fatto salvo il potere di proposta dei ministri al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 92³ della Costituzione, le disposizioni costituzionali sulla forma di governo configurano, in via prevalente, un governo in cui sia il momento monocratico sia quello collegiale trovano una loro rappresentazione, limitandosi alla disciplina dei passaggi essenziali⁴ del rapporto fiduciario e lasciando alle determinazioni delle prassi la ricerca di un concreto equilibrio.

² In merito v. P. POMBENI, *L'imprinting costituente: continuità e svolta*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Tomo II, Laterza, Roma-Bari, 2022, in particolare p. 1083 ss.

³ Su cui v. A. D'ANDREA, *Commento all'art. 92*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Utet, Torino, 2006, p. 1775 ss.

⁴ Parla di una «disciplina costituzionale in tema di funzioni e struttura del governo [...] del tutto sommaria» C. COLAPIETRO, *Governo*, in *Il Diritto – Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Vol. VII, 2007, p. 138.

Questa scarsa razionalizzazione⁵ – rispetto alle esperienze che avevano caratterizzato in Europa il momento di passaggio fra la forma di stato liberale e quella democratico-pluralista tra il primo e il secondo dopoguerra – ha comportato delle evoluzioni nel tempo anche diversificate nel funzionamento del rapporto fra gli organi. Determinanti sono risultate le dinamiche dei rapporti partitici⁶: come si è accennato, sia ragioni storiche – la passata dittatura e il cd. «complesso del tiranno»⁷ – sia prospettiche – la futura collocazione internazionale dell'Italia – suggerirono ai Costituenti di non delineare un esecutivo forte e gerarchizzato al suo interno, ma di introdurre una disciplina flessibile e in grado di adattarsi alle mutevoli evoluzioni politico-istituzionali da individuare nel corso del tempo.

La struttura dell'art. 95 costituisce plastica testimonianza di questo compromesso di fondo⁸. Esso delinea tre principi distinti⁹: monocratico, collegiale e ministeriale, per riprendere la sequenza presentata dal testo costituzionale. Ognuno di essi ha trovato concretizzazione in altrettanti soggetti che, già a partire dall'art. 92, la Costituzione individua: il principio monocratico è naturalmente incarnato dal Presidente del Consiglio, quello collegiale trova la sua sede nel Consiglio dei mi-

⁵ Per M. VOLPI, *Libertà e autorità*, Giappichelli, Torino, 2018, ad esempio, il grado di razionalizzazione della nostra forma di governo parlamentare è basso, per S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 1997, praticamente nullo.

⁶ Sintomatico è il titolo del volume di P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei Partiti*, il Mulino, Bologna, 1991. Sulla perdurante centralità del fenomeno partitico nella configurazione della forma di governo v. S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 29 ss.

⁷ Si riprende in questa sede l'espressione per la prima volta elaborata da G. AMATO, *Una repubblica da riformare*, il Mulino, Bologna, 1980, in particolare p. 41.

⁸ Sulla configurazione del governo nel modello costituzionale v. E. CHELLI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, in particolare p. 43 ss.

⁹ V in merito, *ex multis*, E. CATELANI, *Commento all'art. 95*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Utet, Torino, 2006, in particolare p. 1839 ss. e, in senso analogo, P. MILAZZO, *Art. 95*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. II, il Mulino, Bologna, 2018, p. 232 ss.

nistri¹⁰ e quello ministeriale caratterizza la responsabilità individuale degli stessi.

La Costituzione non disegna una preminenza di uno sull'altro¹¹, a maggior ragione per quel che riguarda un Presidente del Consiglio, cui attribuisce precise funzioni di coordinamento e impulso, ma che configura come un *primus inter pares* rispetto agli altri ministri¹², piuttosto che come un vertice dotato di peculiari poteri autonomi. Come è stato sostenuto, infatti, l'enigma principale della nostra forma di governo è proprio il Presidente del Consiglio¹³, quale centro autonomo di potere¹⁴ e, come diretta conseguenza, il ruolo della Presidenza stessa. Proprio con riferimento a quest'ultima, il comma terzo dell'art. 95 della Costituzione rinviò il compito di fare chiarezza ad una apposita legge ordinaria.

La capacità conformante di quel particolare intervento normativo fu colta appieno nei primi anni di vita del nostro ordinamento, poiché da esso sarebbero potuti dipendere degli sviluppi in senso collegiale o monocratico delle dinamiche di funzionamento della forma di governo¹⁵. Proprio a causa di resistenze di natura squisitamente politica, dunque, per l'attuazione si è dovuto attendere la legge n. 400 del 1988, un quarantennio dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione. Non a caso, dunque, essa fu considerata come una delle riforme di natura sub-costituzionale¹⁶ con cui i partiti tentarono di arginare le inef-

¹⁰ Su cui si v. A. RUGGERI, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1981.

¹¹ Per una efficace ricostruzione delle posizioni dottrinarie v. E. CATELANI, *Poteri ed organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pubblicistici contemporanei*, Tipografia editrice pisana, Pisa, 2017, in particolare p. 83, ove vengono individuati tre principali filoni ricostruttivi: monocratico, collegiale e intermedio.

¹² Su cui v. *amplius* P. POMBENI, *op. cit.*, in particolare p. 1085.

¹³ L'espressione è di M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Dir. amm.*, n. 3/2016, p. 257.

¹⁴ G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del governo*, Cedam, Padova, 1986, p. 197.

¹⁵ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, 2015, p. 263 ss.

¹⁶ Le riforme sub-costituzionali principali furono quella inerente la presidenza del Consiglio dei ministri e la revisione dei regolamenti parlamentari, la quale prevede, in particolare, la prevalenza del voto palese su quello segreto nelle deliberazioni, approvate entrambe nel 1988. In merito v. C. FUSARO, *Principio Maggioritario e forma di governo*, Maggioli, Firenze, 1990.

ficienze del sistema che si erano andate evidenziando e ulteriormente aggravando verso la fine degli anni Ottanta.

La legge 23 agosto 1988, n. 400 ha cristallizzato le caratteristiche degli esecutivi nel momento storico in cui è stata approvata, mirando sia ad un irrobustimento della posizione istituzionale del Presidente del Consiglio¹⁷ sia a sancire la prevalenza del principio collegiale su quello ministeriale per quanto riguarda la distribuzione dei poteri fra i diversi organi¹⁸.

Sotto il primo profilo, il suo rafforzamento è avvenuto prevalentemente tramite l'attribuzione di importanti funzioni di raccordo e coordinamento¹⁹ ma anche attraverso la strutturazione della presidenza del Consiglio come soggetto amministrativo autonomo – e non più come sede della natura giuridica indeterminata, tramite cui venivano gestite competenze frammentate²⁰ – segnando una netta cesura rispetto alle dinamiche consociative che avevano caratterizzato gli anni Ottanta.

Per quanto riguarda la potestà regolamentare, la legge n. 400 del 1988 avrebbe potuto configurare e abbozzare una nitida tripartizione fra ruoli e competenze, nel rispetto delle coordinate fornite dall'art. 95 della Costituzione, attribuendo al Presidente del Consiglio strumenti idonei per dare concretezza al suo compito di garantire direzione, coordinamento e indirizzo politico unitario; al Consiglio dei ministri gli atti fondamentali di ogni natura (ma prevalentemente politica e

¹⁷ In tal senso v. *amplius*, ad esempio, M.C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 155 ss.

¹⁸ Parlano del Consiglio dei ministri come «l'organo decisionale centrale dell'indirizzo governativo» E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza ...*, cit., p. 44. Difatti, al Consiglio dei Ministri vengono demandati compiti essenziali per l'attività di governo come, ad esempio, approvare gli atti politici e normativi principali, sia di rango primario – in via esclusiva, con riferimento ai decreti-legge e ai decreti legislativi – sia secondario, con specifico riferimento alle fonti regolamentari.

¹⁹ Come la esplicita previsione del potere di coordinare e promuovere «l'attività dei ministri in ordine agli atti che riguardano la politica generale del Governo», ovvero il potere di concordare con i ministri le dichiarazioni pubbliche qualora in grado di impegnare direttamente la posizione complessiva dell'esecutivo (art. 5, comma 2).

²⁰ Per una ricostruzione, cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Introduzione*, in ID., *Costituzione e struttura del governo. L'organizzazione del governo negli stati di democrazia parlamentare*, Cedam, Padova, 1982.

normativa); ai singoli Ministri, quelli di natura amministrativa ma, ancorché in via residuale, di esecuzione. Essa avrebbe potuto, dunque, per lo meno dal punto di vista logico, condurre anche ad una tripartizione degli atti che di quegli organi dovrebbero concretare la volontà, vale a dire, rispettivamente, il decreto del Presidente della Repubblica (deliberato dal Consiglio dei ministri), il decreto del Presidente del Consiglio e il decreto ministeriale. Si limitò, invece, a disciplinare la fonte espressione del principio collegiale – il regolamento del governo, approvato sotto la forma di d.P.R. – e quella individuale (i d.M.) lasciando sullo sfondo la funzione e il procedimento di approvazione dei d.P.C.m. di natura normativa.

La configurazione di un governo a trazione collegiale si caratterizza, dunque, probabilmente come l'obiettivo che ha avuto maggiore successo di quell'intervento normativo. Al contrario, la ricerca di una posizione istituzionale più definita del Presidente del Consiglio rimase più sfumata nei suoi contorni, ancorché rafforzata dal punto di vista delle funzioni ad esso attribuite e dell'apparato amministrativo a suo supporto che venne istituito.

Le profonde innovazioni apportate con la legge n. 400 debbono, inoltre, essere lette anche nel contesto complessivo dei rapporti fra governo e Parlamento, che la nostra Carta costituzionale delinea, ove è la forza dell'esecutivo in sé a risultare dipendente dalle variabili politiche – come si è detto – a fronte di una posizione di debolezza formale sia rispetto alle dinamiche del rapporto di fiducia e al suo svolgimento nel tempo, sia con riferimento alla capacità di guida diretta dei procedimenti decisionali. Peraltro, tale debolezza è aggravata da uno dei nodi centrali e tuttora non risolti del nostro assetto istituzionale, vale a dire la peculiare struttura bicamerale paritaria del Parlamento. Una configurazione che attribuisce a due diverse assemblee elettive la funzione rappresentativa – con una composizione caratterizzata da minime differenziazioni²¹ – e, di conseguenza, assegna alle due Camere un ruolo paritario sia nella configurazione del rapporto fiduciario, sia nella funzione legislativa. Questa condizione, in altre parole,

²¹ Recenti interventi di revisione hanno attenuato questa divaricazione, ad esempio estendendo l'elettorato attivo per il rinnovo di quest'ultimo anche ai cittadini maggiorenni (ex legge cost. 18 ottobre 2021, n. 1). Per i profili più generali sia consentito il rinvio a C. FUSARO, M. RUBECCHI, *Commento all'art. 57*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Utet, Torino, 2006, p. 1143 ss. e relativa dottrina citata.

collega l'esecutivo a due circuiti rappresentativi paralleli e distinti anziché ad uno solo, rendendo più complesso il raggiungimento di una unitarietà nell'indirizzo politico e, in ultima analisi, della stabilità delle istituzioni.

La carenza di strumenti idonei di guida dei procedimenti decisionali, a maggior ragione in un contesto bicamerale come il nostro, ha contribuito, inoltre, alla dilatazione abnorme degli strumenti straordinari del governo²² tra i quali, ad esempio, la posizione della questione di fiducia sull'approvazione o il rigetto di atti (anche) di natura governativa e il ricorso al procedimento di decretazione d'urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione per guidare il procedimento legislativo, impiegati spesso anche in maniera combinata. Due strumenti che hanno reso l'esecutivo forte nei fatti, talvolta prevaricante nei confronti delle prerogative del Parlamento, seppur fragile nella struttura. Un gigante dai piedi di argilla – per usare una metafora ampiamente abusata – ulteriormente appesantito, peraltro, da una tendenza al rafforzamento di fatto del governo e, più in particolare, del suo Presidente.

In questo senso, ci si riferisce, prima di tutto, alle già accennate modifiche normative introdotte a partire dalla fine degli anni Novanta²³, che hanno assegnato al Presidente del Consiglio una serie crescente di poteri e funzioni in merito alla direzione, indirizzo e coordinamento delle attività anche attraverso il potenziamento delle strutture amministrative della Presidenza²⁴, rendendolo uno snodo centrale nelle dinamiche decisionali dell'esecutivo. Si pensi, inoltre, al deciso potenziamento delle fun-

²² Una condizione che ha condotto parte dei commentatori a ritenere che il governo non si trovi affatto in una condizione di debolezza bensì, più congruamente, di strapotere di fatto, soprattutto grazie all'impiego congiunto dei decreti-legge e della posizione della questione di fiducia sulla legge di conversione degli stessi. Per una recente ricostruzione v. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazioni nel sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci, Bari, 2021.

²³ Proprio a commento delle ulteriori innovazioni introdotte alla fine degli anni Novanta v. *amplius* A. PAJNO, L. TORCHIA, *La riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri*, il Mulino, Bologna, 2000.

²⁴ Sul ruolo e sulla configurazione della presidenza del Consiglio rispetto alle altre amministrazioni statali v. G. RIZZONI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri: un ministero "sui generis"*, in C. D'ORTA, F. GARELLA (a cura di), *Le amministrazioni degli organi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 367 ss.

zioni proprie introdotte con il d.lgs. n. 303 del 1999, che miravano a completare il percorso di rafforzamento avviato con la legge n. 400 del 1988 nonché all'introduzione di specifici organismi volti al supporto dell'attività anche normativa del governo, come il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (Dagl). Obiettivo della delega originaria²⁵ era, infatti, proprio quello di «potenziare, ai sensi dell'articolo 95 della Costituzione, le autonome funzioni di impulso, indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio dei ministri» e di configurarlo, per il tramite di una revisione delle funzioni della presidenza, altresì come una figura di raccordo nei confronti delle autonomie locali e dell'Unione europea.

Proprio su quest'ultimo versante²⁶, il Presidente del Consiglio ha assunto negli ultimi anni una «posizione costituzionale» centrale che ne ha senza dubbio fatto emergere un ruolo di direzione potenziato. Anche in ragione del rafforzamento del Consiglio europeo, di cui i vertici dell'esecutivo fanno a parte, si è individuata una tendenza – comune a tutti i paesi dell'Unione europea²⁷ – all'emersione di una posizione di primazia di questi ultimi anche sul piano interno. Essi risultano, infatti, non solo i terminali ultimi delle decisioni assunte a livello sovranazionale ma si configurano altresì come interlocutori privilegiati in sede di negoziazione dei contenuti delle politiche comuni riguardanti le competenze settoriali anche dei singoli ministri²⁸.

Il ruolo centrale svolto dai vertici degli esecutivi diviene, peraltro, ancora più evidente se il ragionamento si colloca nell'ambito di un più ampio e stringente processo di integrazione europea, con le modi-

²⁵ V. art. 12, comma 1, lett. a) della legge n. 59 del 1997.

²⁶ Questa tendenza e questa contraddizione strisciante nel nostro assetto istituzionale sono illustrate in A. BARBERA, *Un ancora attuale volume di Alberto Predieri*, prefazione alla ristampa di A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Barbera Editore, Firenze, 1951, in corso di pubblicazione.

²⁷ Su cui, in chiave comparata e interna, v. A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007.

²⁸ V. in merito N. LUPO, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell'Unione*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO, *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2021, II, p. 1731 ss. il quale argomenta come la delineazione di un ruolo gerarchico nel contesto eurounionale fra il Presidente e i ministri evidenzia un'asimmetria importante rispetto al mancato riconoscimento formale di una posizione di primazia nell'ordinamento italiano.

ficazioni di fatto anche nelle dinamiche delle forme di governo dei singoli Stati membri²⁹ che ha comportato. Nonché se viene inquadrato nel contesto di politiche budgetarie sovranazionali che, a partire dalle profonde innovazioni introdotte sul versante dei meccanismi di stabilizzazione e di controllo del debito pubblico, hanno potenziato ulteriormente i momenti di codecisione e di controllo comuni. In questa cornice, risultano infatti decisivi una certa stabilità delle istituzioni, una pianificazione a lungo termine delle decisioni di ognuno di essi e, dunque, l'emersione di una figura di sintesi quale il vertice dell'esecutivo che con le istituzioni eurounionali si interfacci costantemente e in maniera autorevole³⁰.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri si è imposto quale strumento di decisione importante, dunque, probabilmente anche perché atto proprio di un soggetto che in via fattuale ha assunto un ruolo centrale nelle dinamiche della forma di governo italiana.

Il rafforzamento di fatto e di diritto – ancorché sub-costituzionale – del Presidente del Consiglio collide, come si è detto, con la fisiologica debolezza strutturale di cui l'esecutivo gode nel contesto della forma di governo delineata dalla Costituzione italiana e influenza significativamente anche la configurazione dei rapporti interni all'esecutivo, rendendoli oscillanti. Lo si è visto in maniera concreta con le vicende della XVIII Legislatura (2018-2022), durante la quale si è potuta individuare la prevalenza del principio monocratico, di quello collegiale o di quello ministeriale nella gestione delle politiche dell'esecutivo, a seconda della composizione delle maggioranze e dei mutamenti nei rapporti fra le forze politiche di volta in volta individuati. Si veda, ad esempio, la differenza fra la struttura e le dinamiche decisionali che hanno caratterizzato il governo Conte I e il Conte II³¹, il primo caratterizzato

²⁹ Si veda in tal senso, ad esempio, R. IBRIDO, N. LUPO, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, il Mulino, Bologna, 2018.

³⁰ Proprio sul rapporto fra le trasformazioni costituzionali – operate ed elaborate – e il processo di crescente integrazione europea nel contesto successivo alla crisi economica del 2011 si v. B. CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Jovene, Napoli, 2012.

³¹ Come nota A. SAITTA, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi. Rileggendo "Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana" di Antonio Ruggeri*, in *Dirittifondamentali.it*, Fasc. n. 3/2020, p. 433 ss., sottolineando la necessità di combinare le diverse dimensioni, giuridico-formale e politico-effettuale, per comprendere la natura del governo.

da una sorta di contratto³² e da una sostanziale delimitazione dell'ambito di azione del Presidente del Consiglio ad opera di due vicepresidenti dotati di un peso politico importante come Matteo Salvini e Luigi Di Maio – *leader* dei due partiti che sostenevano il governo – il secondo invece assai spesso connotato da azioni di deciso accentramento dei poteri nelle sue mani, anche (ma non solo) in ragione della necessità di far fronte ad una grave crisi sanitaria internazionale.

A corroborare tale tesi è possibile richiamare, poi, anche le dinamiche che hanno caratterizzato la nascita e la permanenza in opera del governo Draghi, un esecutivo fortemente incentrato su una figura carismatica e dotata di una indiscussa credibilità anche internazionale, ma spesso in difficoltà nel portare avanti le decisioni fondamentali di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) in Parlamento, poiché privo di strumenti adeguati e di una legittimazione politica forte, pur in presenza di una maggioranza numericamente molto estesa. Proprio nel contesto del piano di ripresa e resilienza europeo approvato in seguito alla pandemia da Covid-19, la ricerca di una figura di sintesi e *leadership* autorevole è emersa in tutta la sua rilevanza, poiché la necessità di garantire una stabilità e una portata pluriennale alle decisioni pubbliche in un'ottica di programmazione³³ è ontologicamente connessa alla configurazione di un piano pluriennale come il PNRR. Pur tuttavia, come si è visto con riferimento alla crisi del luglio del 2022 che ha definitivamente sancito la fine del governo Draghi, la sola autorevolezza, se priva di idonei strumenti e di una legittimazione parlamentare e politica forte, non risulta sufficiente per mettere gli organi parlamentari e di governo nelle condizioni di introdurre e implementare politiche pubbliche complesse e articolate.

Nel peculiare contesto italiano, dunque, l'analisi e la sistematizzazione delle fonti del diritto in generale e di quelle dell'esecutivo in particolare, possono essere fecondamente arricchite se collocate nel più ampio contesto delle dinamiche decisionali. La peculiare declinazione dell'atto di uno specifico organo può trovare una configurazione analoga, peraltro, anche in contesti istituzionali molto diversi fra loro,

³² V. *amplius* M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli assetti della forma di governo*, *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss.

³³ In questo senso, mi sia concesso il rinvio a M. RUBECCHI, *PNRR: le nuove sfide per migliorare la qualità della regolazione*, in *Studi Urbinati*, Fasc. n. 1-2/2021, p. 127 ss.

poiché il sistema delle fonti è caratterizzato e retto anche da un insieme di regole autonome su cui il contesto influisce solo in maniera marginale³⁴, ma esiste una stretta connessione fra queste ultime e la forma di governo. Si tratta di considerazioni cui si attribuisce una valenza generale³⁵, ma a maggior ragione pare utile tenerle presenti nel contesto di un assetto istituzionale quale quello italiano, dove ad una debolezza formale del governo corrisponde un rafforzamento di fatto, soprattutto nella figura del Presidente del Consiglio, senza che siano state introdotte misure di riequilibrio complessivo.

È, dunque, nel contesto di una forma di governo particolarmente elastica e di un presidente del Consiglio recentemente molto rafforzato nelle sue prerogative e funzioni, pur nella posizione di debolezza formale rispetto agli altri organi che la Costituzione ci restituisce, che si ritiene utile inquadrare uno studio sul decreto del Presidente del Consiglio, quale atto dell'organo di vertice dell'esecutivo capace di tradurre la funzione di indirizzo, direzione e coordinamento anche in prescrizioni normative.

3. *Sistema delle fonti e normazione secondaria: profili teorici*

Il sistema delle fonti si è notevolmente complicato nel corso degli ultimi anni, come mostrano le numerose e autorevoli elaborazioni della dottrina costituzionalistica italiana, concentrate sia sull'assetto generale, sia sull'analisi dei singoli istituti. I nuovi fenomeni giuridici

³⁴V. *amplius* A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, p. 217 ss.

³⁵Sul nesso stretto fra fonti del diritto e forma di governo è addivenuta ampia parte della dottrina costituzionalistica italiana. V. *ex multis* da E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, in particolare p. 515 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 15 e p. 333 ss.; F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Vol. II, Cedam, Padova, 1995; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 225 ss. nonché, da ultimo, la relazione introduttiva svolta al Gruppo di Pisa del Giugno 2022, di A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Gruppo di Pisa 2022*, Atti del Convegno, in corso di pubblicazione.

che hanno determinato la nascita e la configurazione di ulteriori atti che l'ordinamento ha abilitato a costituire il diritto medesimo³⁶ sono stati dunque oggetto di ampio approfondimento. Alcuni dei profili generali affrontati dalla dottrina necessitano di essere richiamati anche in questa sede.

Dal punto di vista di questo lavoro, è prima di tutto utile collocare uno studio sulla fonte del Presidente del Consiglio nel contesto degli studi teorici sulle fonti, con l'obiettivo di individuare i criteri di riconoscimento della normatività. Di fronte ad un atto dalla natura ambivalente come il decreto del Presidente del Consiglio e caratterizzato da un procedimento di formazione lacunoso e, per ampi tratti, ambiguo è infatti necessario provare a sciogliere alcuni nodi circa il contenuto normativo.

Un secondo profilo riguarda, invece, la tematica della ricomposizione del sistema delle fonti, in un contesto caratterizzato da innovazioni formali importanti e connotato dalla necessità di dover reagire a numerose torsioni e frequenti emergenze economiche e, da ultimo, pandemiche.

Per quanto riguarda la delineazione dei criteri di riconoscimento della normatività, le teorie della legge in senso materiale³⁷ risultano collocate in un preciso momento storico caratterizzato dalle forme di stato di matrice dualista che connotavano le monarchie costituzionali, e dunque risultano poco in grado di cogliere le problematiche del sistema delle fonti nel contesto odierno. Si tornerà, tuttavia, su di esse nel prossimo Capitolo, poiché fondano i presupposti su cui la dottrina tedesca e francese hanno cominciato a ragionare sulla natura normativa anche dei regolamenti dell'esecutivo in ragione del loro contenuto proprio. È, invece, a partire dalle teorie sull'atto normativo generale e astratto³⁸, elabo-

³⁶ Su cui v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1984, I, p. 117.

³⁷ A partire dalle elaborazioni di P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1911, trad. it., *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, Utet, Torino, 1925.

³⁸ Lasciando sullo sfondo, in questa sede, la dottrina gradualistica del diritto che trae origine dai lavori di Kelsen e Merkl, poiché giunge a dissolvere la categoria delle fonti del diritto, anche attraverso una costruzione a gradi dell'ordinamento che tende ad assimilare l'attività di creazione e di applicazione del diritto. Il rinvio è, naturalmente, a H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1962.

rate anzitutto da Vezio Crisafulli³⁹, che si configurano gli strumenti che ancora oggi risultano utili per riconoscere o meno una natura normativa precisa ai decreti del governo, attesa la loro intrinseca capacità di veicolare sia contenuti normativi sia atti amministrativi⁴⁰, che rende talvolta necessario affiancare a criteri formali anche dei requisiti sostanziali.

L'individuazione dei criteri per riconoscere la normatività di taluni decreti del Presidente del consiglio assume un rilievo centrale da ambedue le prospettive teorica e pratica, sia per i profili legati alla giustiziabilità cui sono sottoposti, sia per il riparto delle relative potestà fra i diversi livelli di governo, sia – non da ultimo – per il regime cui è sottoposto l'atto, come mostra l'ampio dibattito che ha accompagnato l'affermazione dei d.P.C.m. della pandemia e la loro riconduzione alle forme istituzionali già previste nel nostro ordinamento ovvero alla loro configurazione come strumenti nuovi.

Secondo autorevole dottrina⁴¹, i criteri cui si può far risalire la natura normativa dell'atto sono quelli classici della generalità ed astrattezza e, seppur a titolo sussidiario⁴², della novità. Ripercorrendo le categorie, il requisito della generalità fa riferimento al destinatario di una prescrizione e implica che la norma debba riguardare una pluralità di soggetti indeterminata, sia a priori sia a posteriori. Proprio la presenza di ambedue questi requisiti distingue infatti – come si avrà modo di vedere nel secondo Capitolo – gli atti normativi da quelli amministrativi generali. Ad esso si aggiunge quello della astrattezza, che invece si riferisce al comportamento oggetto della prescrizione medesima, che deve dunque implicare una classe di comportamenti indeterminati individuati per tipi, che possano essere concretamente ripetuti nel tempo più volte⁴³. La novità fa invece riferimento sia all'innovazione

³⁹ A partire dalla elaborazione presentata in V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, anno XIII, serie. A, nn. 1-4, p. 53 ss.

⁴⁰ Su cui si rinvia, *amplius*, a G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1998.

⁴¹ V. almeno F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 1997; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo ...*, cit.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009.

⁴² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam, Padova, 1993, p. 33.

⁴³ In tal senso v. A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 34.

stabile del *corpus* di norme, sia a quell'attitudine dell'atto normativo a produrre un nuovo equilibrio o a rinnovarne uno già stabilito fra le forze politiche e sociali che partecipano al processo di integrazione.

Le disposizioni contenute nei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri spesso presentano ambedue i requisiti principali, nonostante tali atti non vengano sempre approvati secondo la forma regolamentare prescritta e da cui si dovrebbe trarre la loro posizione e forza nel sistema delle fonti⁴⁴. La giurisprudenza – del Consiglio di Stato in particolare, ma anche di merito e contabile – è andata nella direzione di un ampio ricorso a criteri sostanziali accanto ai requisiti formali per riconoscere la natura normativa agli atti del governo ed estendere anche ad essi il proprio controllo, a maggior ragione dinnanzi a ripetuti e volontari tentativi di sfuggire alla forma regolamentare degli attori istituzionali.

Il rapporto fra forma e sostanza degli atti del governo ha riguardato, peraltro, anche le dinamiche dei rapporti fra centro e periferia, rendendo più agevole per la Corte costituzionale affrontare anche il tema delle fonti atipiche. Ai sensi dell'art. 117, comma sesto, della Costituzione, infatti, la potestà regolamentare è ormai attribuita, come noto, alle regioni sia nelle materie residuali, sia in quelle concorrenti, pur nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati con legge statale, introducendo un riparto di competenza ben più rigido di quello che riguarda la legislazione. Conseguentemente, gli effetti sull'esercizio del potere regolamentare dello Stato sono stati sensibili, poiché questi si è spesso trovato a dover rincorrere una competenza piena in fase di attuazione⁴⁵, anche percorrendo strade ardite, quali l'impiego di decreti non aventi natura regolamentare⁴⁶. Facendo leva proprio sul rapporto

⁴⁴ Su cui v. A. RUGGERI, *Fonti, Norme, Criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 23 ss.

⁴⁵ V. *amplius* G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁴⁶ Sulla giurisprudenza relativa ai quali v. almeno C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, n. 1-2/2010, p. 365 ss. e 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. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Università degli Studi di Milano-Bicocca*, 10-11 giugno 2011, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169 ss.

ambiguo fra forma e sostanza degli atti del governo, in altre parole, si sono registrati numerosi tentativi di approvare contenuti normativi rivestiti di una forma amministrativa, per evitare di incorrere in censure per incompetenza.

Dopo un iniziale diffusione di questo fenomeno e un successivo arresto anche in seguito a decisioni giurisprudenziali⁴⁷, il tema del rapporto fra forma e contenuto dei decreti dell'esecutivo è riemerso con forza con riferimento proprio alla natura giuridica dei d.P.C.m. durante la pandemia da Covid-19, quando il governo ha deciso di far ricorso a questo atto, in combinato disposto con singoli decreti-legge, anche per intervenire su materie in apparenza tradizionalmente di competenza regionale. Ciò avrebbe, infatti, messo in discussione la legittimità dell'intervento dello Stato, qualora la materia non fosse stata ricondotta – come è stato fatto con la sent. n. 37 del 2021 – ad unico titolo competenziale esclusivo.

La sent. n. 198 del 2021 – su cui si tornerà ampiamente nel secondo Capitolo – ha considerato i decreti del Presidente del Consiglio della pandemia come facenti parte della peculiare tipologia degli atti amministrativi necessitati⁴⁸, ma ha lasciato purtroppo sullo sfondo il tema dell'individuazione dei criteri per valutare la normatività degli atti.

A partire dalle elaborazioni di Enzo Cheli e Gustavo Zagrebelsky, le teorie sulle fonti del diritto addivengono ad un punto di contatto fra i profili formali e quelli più propriamente legati alla qualità dei poteri coinvolti⁴⁹, consentendo di apprezzare le loro connessioni con la forma di governo⁵⁰. Riprendendo il ragionamento abbozzato poco sopra circa il fondamento del potere normativo del Presidente del Consiglio nei poteri e nelle funzioni che l'art. 95 della Costituzione gli ricono-

⁴⁷ Su cui si rinvia al Capitolo secondo.

⁴⁸ Uno dei fattori probabilmente centrali nel ricondurre i d.P.C.m. della pandemia al regime degli atti amministrativi anziché regolamentari riguarda il tema dell'assenza di innovatività, poiché veicolavano misure spesso dotate di generalità e astrattezza, ma dagli effetti circoscritti nel tempo. Sul tema del tempo nel comportamento v. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., p. 24.

⁴⁹ V., per tutti, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁵⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, in particolare p. 13 ss.

sce, emerge, infatti, l'utilità di affiancare anche considerazioni organiche alle valutazioni sulle regole di formazione e sul contenuto degli atti, poiché dalla legittimazione degli organi discende, in ultima istanza, la forza di questi ultimi.

Secondo questa impostazione, le fonti del diritto possono essere considerate come espressione di processi di unificazione politica nel contesto pluralistico che permea il tessuto istituzionale. Questo ruolo è svolto, in via generale, dalla legge in quanto atto proprio del Parlamento, soggetto dotato della legittimazione politica più importante e organo rappresentativo anche delle minoranze. Ma ad esso contribuisce anche l'attività del governo, quale soggetto incaricato in via principale dell'attuazione ed esecuzione delle disposizioni di legge grazie alla peculiare funzione che la Costituzione gli riconosce di impulso all'indirizzo politico.

Gli atti dell'esecutivo, in ragione della sua rappresentatività parziale debbono, invece, essere posti in una posizione di subordinazione gerarchica rispetto alla legge, unico atto capace di incarnare questa esigenza di sintesi politica negli ordinamenti contemporanei in maniera completa.

Uno degli obiettivi di questo studio è continuare a svolgere questo ragionamento anche rispetto alle diverse fonti del governo, per individuare le modalità con cui si differenzia la forza degli atti dei soggetti che lo compongono in ragione della loro legittimazione, della posizione istituzionale e delle funzioni peculiari che la Costituzione assegna loro. La legislazione vigente, come si vedrà fra poco, configura già un rapporto gerarchico fra decreti ministeriali e decreti del Presidente della Repubblica, considerando il principio collegiale che si esprime nel contesto del Consiglio dei ministri come prevalente rispetto alle determinazioni dei singoli componenti. E, dunque, impone un divieto per i decreti ministeriali di porsi in contrasto con le previsioni contenute nei decreti del Presidente della Repubblica.

Il vuoto che pare utile colmare, invece, riguarda il decreto del Presidente del Consiglio e la configurazione di un suo preciso e autonomo inquadramento nel sistema delle fonti, ivi compresa la delineazione di un equilibrato sistema dei rapporti con gli altri atti normativi del governo. Per proporre una soluzione, si tenterà di inquadrare il d.P.C.m. rispetto al sistema delle fonti anche a partire dal ruolo e dalle funzioni che il vertice dell'esecutivo svolge nell'ordinamento, anche in relazione a quelle che vengono demandate agli altri componenti del governo.

Passando al tema dello sforzo di sistematizzazione del sistema delle fonti, autorevole dottrina si è cimentata sin dall'inizio degli anni Duemila⁵¹, anche alla luce dei profondi mutamenti istituzionali che a partire da quel periodo si sono prodotti. Si fa riferimento in particolare – in via ricognitiva e non certamente esaustiva – ai rinnovati rapporti fra centro e periferia per quanto riguarda il riparto delle competenze normative⁵², all'assestamento istituzionale del quadro delle fonti e dei diritti⁵³, ma anche al proliferare degli atti normativi e para-normativi approvati dalle autorità amministrative indipendenti. Inoltre, i mutamenti apportati dalla legge n. 400 del 1988⁵⁴ durante gli anni Novanta hanno prodotto effetti tangibili e valutabili sulla base di prassi consolidate, sia sul versante dell'impiego degli atti aventi forza di legge⁵⁵ sia delle fonti secondarie del governo e alle nuove tipologie disciplinate⁵⁶.

⁵¹ V. in tal senso G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, n. 8/2002, p. 767 ss.

⁵² Si veda in particolare, per quanto riguarda le competenze regolamentari, G. DI COSIMO, *I regolamenti ...*, cit. Ma cfr., ben prima della riforma del titolo V, i profondi mutamenti già in corso durante gli anni Novanta, ricostruiti da A. BARBERA, L. CALIFANO, *Dall'attuazione dell'ordinamento regionale ai progetti di riforma del Titolo V della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Saggi e materiali di diritto regionale*, Maggioli, Rimini, 1997.

⁵³ Su quest'ultimo profilo v. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012 e A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵⁴ Per comprendere appieno i quali è utile riprendere la serie di lavori straordinariamente ricchi anche di approfondimenti comparativi e settoriali che hanno preceduto e seguito l'entrata in vigore della legge n. 400 del 1988 di riordino della Presidenza del Consiglio dei ministri. Si fa riferimento alle due ricche ricerche curate da E. SPAGNA MUSSO, *Costituzione e struttura del governo*, Cedam, Padova, 1979, p. 1982 ss. e da U. DE SIERVO, *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, il Mulino, Bologna, 1992.

⁵⁵ Copiosa è la dottrina dedicata alla normazione primaria dal governo, sia con riferimento al procedimento di delegazione legislativa delineato dall'art. 76 della Costituzione (v. *ex multis* P. CARETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Le deleghe legislative, riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2002; A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi correttivi: esperienze, problemi, prospettive*, Giuffrè, Milano, 1996 e S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori, Napoli, 1990), sia con riguardo alla decretazione d'urgenza, di cui si dirà meglio nel prossimo paragrafo.

⁵⁶ Abbondano, infatti, i lavori dedicati a singoli profili di novità ovvero ad aspetti

Questi fenomeni – che qui solo si accennano poiché meriterebbero ben altri spazi di approfondimento – hanno condotto la dottrina a ritenere che la sua struttura sia ormai talmente complessa, costantemente in divenire e parcellizzata da rendere uno sforzo di ricomposizione impossibile, giungendo dunque ad invocare una vera e propria crisi del sistema delle fonti.

Alla luce delle considerazioni abbozzate poco sopra, uno sforzo di sistematizzazione risulta, invece, essenziale, a partire dalla valorizzazione del nesso tra teoria delle fonti e teoria dei poteri⁵⁷, cui i principali fenomeni potrebbero utilmente essere ricondotti. Un'opera di riconduzione a sistema delle fonti normative quanto mai necessaria⁵⁸, anche perché le torsioni attuali spesso presentano una matrice comune in una generale precarizzazione degli atti normativi e in una moltiplicazione dei centri decisionali, cui il governo è spesso chiamato a dare finalizzazione ovvero a svolgere un importante ruolo di coordinamento.

Pretendere di collocare gli atti normativi nel sistema delle fonti del diritto prendendo le mosse dalla legittimazione del potere – dell'organo o del soggetto – che ne è titolare è infatti un approccio utile per integrare i requisiti formali cui esse debbono attenersi con le considerazioni da svolgere circa il loro contenuto sostanziale, qualora i primi vengano in parte elusi. Ciò vale in tutti i contesti istituzionali, ma è particolarmente utile per consentirci di comprendere anche i mutamenti morfologici nell'impiego dei singoli atti e nella struttura dei procedimenti che ha caratterizzato l'ordinamento italiano.

problematici emersi nelle prassi. Si pensi, ad esempio, a quelli che si occupano dell'impiego dei regolamenti di delegificazione (v. ad esempio G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995 e A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, III, p. 1771 ss.) o ai numerosi scritti dedicati ai regolamenti indipendenti (su cui v. l'ampio lavoro ricostruttivo sul loro fondamento giustificativo nelle teorie dommatiche italiane e francesi in A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Cedam, Padova, 1995) oppure, più recentemente, allo strumento dei decreti governativi non aventi carattere regolamentare (su cui v. *amplius* C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, cit.).

⁵⁷ Così R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, Milano, 2021, p. 10.

⁵⁸ M. CAVINO, *Le fonti del diritto*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, S. SICARDI (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 319 ss. si riferisce provocatoriamente al passaggio «dal sistema al problema delle fonti».

Nel nostro caso, infatti, le peculiarità istituzionali di cui si è detto nel precedente paragrafo si sono confrontate con il susseguirsi di emergenze e crisi, di diverso tipo, determinando talvolta l'affermazione di nuove modalità di impiego di atti già conosciuti e codificati. Delle modalità che solo di rado hanno condotto a revisioni delle regole formali puntuali e tempestive, tali da ripristinare limiti ed equilibri. Le crisi economiche che hanno caratterizzato il nostro paese negli anni Novanta e all'inizio degli anni Dieci del nuovo secolo hanno, infatti, ingenerato l'esigenza di far fronte in maniera tempestiva al mutato scenario interno e internazionale, a maggior ragione in un contesto di vincoli europei sul debito pubblico sempre più incisivi e determinando, di conseguenza, delle torsioni congiunturali nell'impiego delle fonti del diritto da parte degli organi preposti.

Ciò vale, fisiologicamente, soprattutto per quel che riguarda le fonti del governo, poiché maggiormente in grado di rispondere alla necessità di assumere decisioni in tempi rapidi⁵⁹. Vale la pena ricordare, ad esempio, l'evoluzione dell'impiego degli strumenti normativi dell'esecutivo durante le sessioni di bilancio dopo la crisi del 1992⁶⁰ o l'affermazione, ormai consolidata, del combinato disposto costituito dal *maxiemendamento*⁶¹ e dalla posizione della questione di fiducia. O, ancora, il ricorso sempre più consistente a procedimenti di delegazione legislativa *ex art. 76 Cost.* ovvero i sempre più frequenti – e di vario genere – rinvii alla fonte regolamentare. Per non parlare di un uso della decretazione di urgenza divenuto ormai quasi routinario, di cui si dirà presto. Questi improvvisi cambiamenti hanno determinato una produzione a singhiozzo e non sistematica del diritto, talvolta comportando veri e propri mutamenti della morfologia stessa di talune fonti.

⁵⁹ In tal senso v. T.E. FROSINI, *L'espansione dei poteri normativi del governo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 153 ss.

⁶⁰ Rispetto a cui la dottrina ha parlato di una riforma delle procedure parlamentari avviatasi in via di prassi. V. *amplius* N. LUPO, *L'uso della delega legislativa nei provvedimenti collegati alla manovra finanziaria*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 80 ss. Su questo profilo, mi sia consentito il rinvio alla ricostruzione delle prassi presentata in M. RUBECHI, *La sessione di bilancio in Parlamento. Governi in fuga*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bup, Bologna, 2008, p. 269 ss. e alla relativa dottrina citata.

⁶¹ V. *amplius* G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2008.

Analizzare la risposta emergenziale è importante, dunque, perché, al di là delle conseguenze congiunturali, le novità procedurali sperimentate spesso trovano una collocazione definitiva nell'ordinamento⁶², sino a rimettere, per certi aspetti, in discussione la natura dei singoli istituti in ragione del loro nuovo impiego e senza, spesso, fornire alla dottrina il tempo e il modo di ricondurli a sistema, a causa del susseguirsi dei fenomeni tensivi.

Questa considerazione può essere estesa alla legge stessa, che è andata nel tempo perdendo la sua tradizionale centralità nei procedimenti decisionali e la sua stabilità⁶³, tanto da dichiarare anche per l'atto normativo primario una condizione di crisi. Anche su questo versante, dunque, le sfide per il diritto costituzionale si rinnovano, introducendo ad esempio la necessità di considerare il fattore tempo nello studio delle fonti anche dal punto di vista giuridico⁶⁴.

Peraltro, questa precarizzazione della normazione di rango primario, spesso condotta il tramite del procedimento di decretazione di urgenza, ha determinato uno spostamento su atti diversi dalla legge della decisione finale circa il contenuto concreto di un intervento normativo. Si tratta di un tema antico, poiché la legge di per sé non può ambire ad essere completamente autoapplicativa essendo un compito proprio delle fonti del governo tradurre gli imperativi generali e astratti in precisi vincoli prescrittivi, secondo la tradizionale distinzione crisafulliana tra prevedere e provvedere⁶⁵.

Risulta, invece, nuovo il profilo fattuale, poiché la quantità di disposizioni che necessitano di attuazione è notevolmente più ampia rispetto al passato. Non solo, infatti, è stato di recente potenziato il ricorso alla delega legislativa, che attribuisce al governo la decisione

⁶² Si interroga proprio su questo profilo, con una prospettiva più ampia, E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, p. 727 ss.

⁶³ V., da ultimo, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁶⁴ V. in questa direzione R. IBRIDO, E. LONGO, F. MOBILIO, *Tempo e mutamento nel sistema delle fonti: una introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2001, p. 1113 ss.

⁶⁵ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 238 ss. e, sempre in merito, cfr. C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962.

finale anche su atti di rango primario⁶⁶, ma si è intensificato anche il rinvio a fonti regolamentari del governo – operate sia da leggi, sia da atti aventi forza di legge – spesso delineando procedure atipiche rispetto a quelle disciplinate dall’art. 17 della legge n. 400 del 1988. Al contempo, la precarizzazione degli interventi ha riguardato anche le stesse fonti dell’esecutivo, le quali spesso non vengono approvate, sia per la loro mole crescente che rende poco plausibile un’attuazione completa dello stock normativo interessato nei tempi (spesso brevi) di vita dei governi, sia perché nel frattempo la norma primaria abilitante talvolta è stata modificata ovvero abrogata.

Concentrarsi, oggi, sul profilo dell’attuazione, risulta, dunque, di estrema rilevanza costituzionalistica⁶⁷, poiché implica intendere la produzione normativa come un ciclo, un processo che coinvolge le decisioni di diversi autori istituzionali e dunque che vede la compartecipazione di diverse fonti, in una catena normativa difficilmente segmentabile nelle sue singole componenti: legge e fonti secondarie, in un intreccio dai contorni non sempre astrattamente riconducibili al modello teorico tradizionale che distingue gli atti normativi destinati a prevedere e quelli volti a disporre.

Un intreccio che mette, altresì, bene in evidenza un processo di lento affiancamento, a dinamiche di contrapposizione fra la volontà di due organi distinti come il governo e il Parlamento, di modalità integrate e caratterizzate dal dialogo fra la maggioranza e il governo di cui è espressione, da un lato, e opposizione dall’altro. Il che conduce probabilmente a ragionare non solo sul rapporto di dipendenza o subordinazione fra le fonti del diritto prodotte dei diversi organi⁶⁸, ma anche

⁶⁶ Determinando in questo caso un mutamento nel ritorno degli schemi di decreto legislativo in parlamento tramite pareri. V. E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012 e, volendo, M. RUBECCHI, *Gli atti “equiparati” alla legge ordinaria*, in L. CALIFANO (a cura di), *La costruzione giurisprudenziale delle fonti del diritto*, Aras, Fano, 2010, p. 75 ss.

⁶⁷ Nuovi studi sono, infatti, sorti proprio sul tema, con riferimento all’importanza dell’attuazione delle leggi sia in dottrina F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell’attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, sia anche nell’opinione pubblica. Si pensi ad esempio ai numerosi approfondimenti redatti da OpenPolis e dal quotidiano Il Sole 24 ore.

⁶⁸ Su cui si rinvia ai lavori di Carlassarre – a partire da L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966 – sulle cui elaborazione si tornerà nel Capitolo primo.