SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCLV

ANNALI DI DIRITTO COSTITUZIONALE

DIRETTI DA AUGUSTO BARBERA E ANDREA MORRONE

LA FORMA DELLE FONTI, LA SOSTANZA DEI DIRITTI

È POSSIBILE UNA "TEORIA DELLE FONTI" NELLA PLURALITÀ DELLE "CARTE DEI DIRITTI"?

A CURA DI
ALBERTO ARCURI
ANDREA MORRONE

Bologna
University Press

ANNO XII - N. 16

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCLV

ANNALI
DI
DIRITTO COSTITUZIONALE

DIRETTI DA
AUGUSTO BARBERA E ANDREA MORRONE

Direzione
Augusto Antonio Barbera (Emerito dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Andrea Morrone (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)

Comitato scientifico
Armin von Bogdandy (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg)
Chiara Bologna (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Ana Maria Carmona Contreras (Universidad de Sevilla)
Corrado Caruso (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Marcello Cecchetti (Università di Sassari)
Edgar Corzo Sosa (Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM)
Thierry Di Manno (Université de Toulon)
Caterina Domenicali (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Federico Fabbrini (Dublin City University)
Tomaso F. Giupponi (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Marco Goldoni (University of Glasgow)
Maria Pia Iadicicco (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")
Marta Morvillo (University of Amsterdam)
Diletta Tega (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)

Redazione
Alberto Arcuri (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)
Francesco Medico (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna)

a cura di
Alberto Arcuri e Andrea Morrone

LA FORMA DELLE FONTI, LA SOSTANZA DEI DIRITTI

È possibile una "teoria delle fonti" nella pluralità delle "carte dei diritti"?

Bologna
University Press

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
via Saragozza 10 – 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISBN 979-12-5477-796-1
ISBN on line 979-12-5477-797-8
DOI 10.30682/sg355
ISSN 2283-7396

info@buponline.com
www.buponline.com

Impaginazione: DoppioClickArt (Bologna)

Prima edizione: maggio 2026

Indice

Presentazione 7

Introduzione al dibattito. Traccia per una discussione 9
Alberto Arcuri, Andrea Morrone

Relazioni di base 13

Antonio Ruggeri
Carte dei diritti e dinamiche della normazione, dal punto di vista della teoria della Costituzione 15

Roberto Bin
Giuristi senza fonti? 41

Interventi 47

Alberto Arcuri
La penna e la spada. Il (plus-)valore della "forma" delle fonti del diritto 49

Paolo Bonini
Il decreto-legge, il sistema delle fonti e la forma di governo: dal "monocameralismo" al "monosedismo" 63

Andrea Cardone
Una "teoria delle fonti" non solo è possibile, ma è anche necessaria 73

Corrado Caruso
Blocco di costituzionalità, integrazione dei parametri e processo federale europeo 91

Edoardo Caterina
La doppia parametricità nello Stato membro: appunti a partire da alcuni "casi paralleli" in Italia e in Germania 115

Marilisa D'Amico
Il "sistema" delle fonti fra Carte e Corti 123

Vincenzo Desantis
Fonti "informali" e dialogo tra le Corti nella crisi dell'ordinamento 135

Giovanni Di Cosimo
Confini contesi. Fonti del diritto, carte dei diritti, regolazione privata 151

Pietro Faraguna
Granital is not dead 157

Silvia Filippi
Una duplice crisi? Teoria delle fonti e giustizia costituzionale 169

Giovanni Guiglia
La rilevanza della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali secondo la Corte costituzionale italiana 179

Maria Pia Iadicicco
Presidiare la forma delle fonti e del potere. Considerazioni attorno alla recente riforma della sicurezza pubblica 193

Miriana Lanotte
Oltre la teoria nazionale delle fonti: due itinerari europei come segnali di metamorfosi 203

Valeria Marcenò
Perché è ancora necessario avere (e difendere) una teoria delle fonti 215

Francesca Paruzzo
Tra tutela dei diritti e nuove forme di produzione normativa 225

Federico Pedrini
Norme, fonti e interpretazione tra teoria e pratica del diritto 237

Francesca Polacchini
Le dinamiche della forma (e delle sue elusioni) nel sistema dei controlli. Il caso paradigmatico dei regolamenti del presidente del Consiglio dei Ministri 251

Beatrice Sboro
Il contributo del legislatore alla funzione ordinante delle Corti 263

Giulia Vasino
Tracce di sistematizzazione dal sindacato accentrato di costituzionalità nell'epoca della confusione delle fonti e dei rimedi 273

Presentazione

Gli scritti che si pubblicano sono il risultato di un seminario di studi svoltosi il 28 e 29 novembre 2024 presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, e in collaborazione con il *Real Colegio de España*, sul tema del rapporto tra teoria delle fonti e dei diritti, considerato alla luce della perdita di capacità ordinante delle Costituzioni (e dei loro sistemi formali delle fonti) e a fronte della progressiva diffusione di Carte (e di Corti) dei diritti.

La discussione ha preso le mosse da una introduzione ai lavori, elaborata al fine di tracciare alcune piste critiche di riflessione ed è stata orientata e accompagnata da due relazioni di base, presentate in apertura. A queste è seguito un confronto plurale, a cui hanno partecipato studiose e studiosi di diritto costituzionale, di diritto costituzionale comparato, di diritto dell'Unione europea e di diritto amministrativo.

Di quella discussione, e del volume che ne è risultato, siamo molto grati a tutte e tutti coloro che vi hanno dedicato del tempo.

Le dinamiche della forma (e delle sue elusioni) nel sistema dei controlli. Il caso paradigmatico dei regolamenti del Presidente del Consiglio dei Ministri

Francesca Polacchini*

1. La forma in una dimensione di controllo: cenni introduttivi

Oggi può ritenersi che il tasso di problematicità che ancora connota il tema delle fonti derivi in certa misura dalla caduta di prescrittività della forma nella sua veste di strumento di controllo preordinato ad assicurare il corretto esercizio del potere normativo e, dunque, di mezzo mediante il quale garantire che i processi di produzione giuridica si svolgano seguendo una direttrice in linea con gli equilibri tra poteri sottesi alla forma di governo e di Stato accolta dal Costituente. Le elusioni della forma non soltanto creano fattispecie ibride che seguono percorsi eccentrici, lontani dal modello disegnato dalla fonte generale sulla produzione, ma altresì producono fenomeni di marginalizzazione degli organi di controllo e di garanzia tutte le volte in cui il coinvolgimento di questi ultimi sia previsto dal procedimento di formazione di un determinato tipo di fonte.

Per inscrivere la forma entro un orizzonte finalistico di controllo, chi scrive muove dal superamento della considerazione statica del fattore formale per aderire ad una prospettiva dinamica, che tenga conto della connessione tra forma ed esercizio del potere normativo. Seguendo l'insegnamento di Enzo Cheli, all'interno di questa dimensione dinamica la forma si mostra come aspetto fenomenico e necessario del potere, ovvero come elemento che riflette il potere nella fase attuativa di svolgimento procedimentale (Cheli 1967, 323 ss.). Intesa nel suo significato di traduzione del potere normativo in un atto determinato, la forma delle fonti deve essere colta in senso prescrittivo perché garantisce la qualità del potere medesimo, che si realizza nella misura in cui il soggetto abbia osservato le sequenze procedimentali previste dalla sua norma sulla produzione. La riconduzione del rispetto della forma entro un orizzonte prescrittivo impedisce che le regole che guidano il potere nel suo farsi atto possano essere disponibili da parte

* Alma Mater Studiorum - Università di Bologna (francesca.polacchini@unibo.it).

del soggetto normatore, perché, tra le altre ragioni, questo comporterebbe la discrezionalità del soggetto medesimo con riguardo all'attivazione di controlli preventivi rispetto al perfezionamento del processo normativo. In tal modo, l'ordine formale delle fonti si rivela un elemento suscettibile di essere inscritto entro una dimensione costituzionalmente deontica, in quanto si rende al servizio delle esigenze connesse alla nostra forma di Stato e di governo, tra le quali deve essere rinvenuto il mantenimento dell'equilibrio tra organi politici e organi di controllo e di garanzia.

2. L'orizzonte finalistico del controllo assicurato dalla forma

Con riguardo alla forma di Stato, l'osservanza dei procedimenti deve essere connessa ad un virtuoso equilibrio tra autorità e libertà, atteso che storicamente le forme di manifestazione della volontà statale hanno assunto canali di espressione sempre più procedimentalizzati man mano che si consolidava il concetto di "Stato di diritto" e le guarentigie della libertà dei privati venivano perfezionandosi. In altri termini, gli atti del potere pubblico hanno cominciato ad essere assoggettati, nella loro formazione, ad una procedura tanto più complicata quanto più la libertà dei privati acquistava forza nei confronti dell'autorità (Ferrari 1958, 483). Nasce, così, dopo la configurazione del procedimento normativo come entità sostanziale, la nozione formale dello stesso, in cui le singole fasi vengono concepite come elementi preordinati a scopo di garanzia (Ferrari 1958, 484).

Gli organi di controllo si pongono, dunque, come un limite, anche se non insuperabile, per gli organi deliberanti ed ogni limite all'autorità rappresenta specularmente garanzia per la libertà, che trova nell'attività dei primi una efficace tutela rispetto a eventuali arbitri da parte dell'apparato pubblico. L'inserimento dell'attività di altri organi nel processo formativo della norma va, dunque, a rafforzare il procedimento dal punto di vista anche sostanziale, in quanto risponde a finalità di garanzia tali da mantenere il binomio autorità/libertà in un rapporto armonico. L'euritmia tra i due poli si raggiunge nella misura in cui gli strumenti destinati ad operare allo scopo di contenere l'autorità siano numerosi, penetranti e rispettati, esprimendo così l'idea di "Stato costituzionale di diritto", in cui nessuna autorità, atto e attività siano completamente liberi da freni, ma anzi limitati dalle funzioni attribuite ad organi estranei e indipendenti.

Tra le diverse funzioni adempiute dalla forma merita, pertanto, attenta considerazione quella ravvisabile nel mantenimento dell'equilibrio tra organi politici e organi di controllo, impedendo ai primi di trasformare la libertà nel fine in elusione delle attribuzioni costituzionali degli organi di controllo e di garanzia. In questa prospettiva, la forma diviene uno strumento di vigilanza preventiva del processo decisionale che dà vita all'atto e di garanzia delle prerogative costituzionali delle autorità investite di funzioni di monitoraggio sulle modalità di manifestazione del potere normativo.

L'osservanza della forma contribuisce, inoltre, ad assicurare la visibilità e la conoscibilità dei processi normativi in atto agli occhi degli organi istituzionali e dei cittadini, così favorendo il costante rinnovamento e il mantenimento della solidità del principio democratico.

Peraltro, limitare dall'interno, attraverso la necessaria osservanza della forma, il potere normativo significa altresì, sul piano sostanziale, ridurre le possibilità di arbitrio da parte del potere esecutivo, dunque perseguire quel fine generale di garanzia per il soggetto privato assegnato alla legge e posto a obiettivo supremo dello Stato liberale (Cheli 1967, 375). I controlli che l'ordinamento costituzionale, direttamente e indirettamente, attraverso l'attuazione in via legislativa, appone all'esercizio di ogni forma di potere devono, dunque, essere inscritti entro un orizzonte culturale ampio, che richiama una delle ragioni ispiratrici della genesi e del consolidamento del costituzionalismo. Il costituzionalismo nasce come moto ordinato a porre limiti all'esercizio del potere, declinato in tutte le sue forme, ovvero potere legislativo, amministrativo, giurisdizionale. Autorizzare gli organi di produzione normativa a contemplare la germinazione di processi normativi che possano esprimersi in modo libero rispetto a qualsivoglia forma di supervisione *ex ante* significa svuotare di significato la missione del costituzionalismo come argine al potere, e avvilire, a vantaggio dei poteri politici, le prerogative costituzionali degli organi di garanzia e consultivi, come il Presidente della Repubblica e il Consiglio di Stato.

In altri termini, la legge formale, al pari di ogni altro atto proveniente dal potere pubblico statale, è espressione di una sovranità limitata, di una volontà "costituita", condizionata, cioè, al rispetto di forme e contenuti espressi dal dettato costituzionale. In definitiva, potere e controllo (preordinato al rispetto dei limiti costituzionali) rappresentano una diade concettuale in forza della quale l'autorità del potere si incontra con quella del diritto dovendosene assoggettare per mantenere vive e salde le premesse dello Stato costituzionale. Accogliendo questa prospettiva, chi scrive ritiene che non possa più restare eluso il tema dei controlli sulla fonte del Presidente del Consiglio dei ministri, esigenza ancora più urgente qualora questi venga dotato di un'investitura diretta da parte del corpo elettorale, divenendo, dunque, un vero e proprio vertice dell'Esecutivo.

Come noto, il silenzio della l. n. 400 del 1988 sui d.P.C.m. ha favorito percorsi di fuga dei suoi atti normativi dalle procedure prescritte per i regolamenti, aprendo la strada alla adozione di atti apicali al di fuori di qualsiasi imperativo di forma e controllo preventivi. Le ragioni della «fuga» sono riconducibili alla volontà del legislatore di introdurre nell'ordinamento strumenti normativi «elastici» e «dinamici», capaci di eludere i vincoli sostanziali (in particolare, il principio del parallelismo tra potestà legislativa esclusiva dello Stato e potestà regolamentare, sancito dall'art. 117, comma 6, Cost.) e procedurali (l'articolato sistema di controlli previsto dall'art. 17, commi 2, 3, 4 della l. n. 400/1988) che gravano sulla fonte regolamentare (Dal Canto 2019, 40; Moscarini 2008, 5076).

L'atipicità della procedura di formazione di questi atti, lungi dall'essere episodica e discontinua, caratterizza invece una estesa attività regolamentare del Presidente del Consiglio, anche con riguardo a materie assai delicate e complesse. Occorrerebbe, dunque, estendere anche ai d.P.C.m. il valore prescrittivo dell'art. 17, l. n. 400 del 1988 oppure formalizzare un canale procedurale generale specificamente concepito per questa categoria di atti. Già nel 1990 Enzo Cheli, richiamando lo studio empirico di Ugo De Siervo (De Siervo 1991, 285), rilevò che nel primo anno di vita della l. n. 400 i regolamenti adottati con il rispetto delle forme raggiungevano appena una ventina, mentre i regolamenti ministeriali erano soltanto sedici: di contro si contavano 166 decreti ministeriali o del P.d.C.m. di chiaro contenuto normativo, ma adottati al di fuori dei requisiti formali fissati nella l. n. 400 (Cheli 1990, 69).

Qualora, dunque, si carichi la forma di significati ulteriori e più pregnanti rispetto al solo profilo dell'esternazione dell'atto, ovvero si ravvisi nel dato formale un fondamentale presidio della qualità del potere che si esterna in una determinata fonte, non si può non concludere nella direzione di assumere un atteggiamento decisamente critico rispetto alla prassi che rende disponibile la forma, consentendo al P.d.C.m. di adottare regolamenti in deroga all'art. 17, l. n. 400 del 1988.

I passaggi procedimentali che la l. n. 400 delinea per la formazione delle fonti regolamentari del Governo dovrebbero essere immessi in una dimensione costituzionalmente deontica, tale da valorizzarne il collegamento con una funzione di controllo che risponde ad esigenze connesse alla nostra forma di Stato e di governo. Come si può, però, superare il dato della collocazione formale della l. n. 400 nell'ambito delle fonti di rango primario e la sua conseguente cedevolezza rispetto a norme parimenti di rango primario che introducano puntuali deroghe al procedimento normativo? Un ausilio può essere offerto dall'impiego della categoria delle leggi in materia costituzionale, ovvero assumendo le fonti sulla produzione come manifestazione dell'esercizio di un potere normativo che, per contenuti e funzioni, esprime peculiarità tali da marcarne la distanza rispetto alle altre fonti, ancorché di pari grado.

3. Forma e norme sulla normazione: il recupero della categoria delle leggi in materia costituzionale

In termini generali, rappresenta acquisizione pacifica quella secondo cui la disciplina sulle fonti appartiene alla materia costituzionale e che «il *proprium* del diritto pubblico è quello di disciplinare i procedimenti di produzione degli atti, e il loro regime giuridico, mostrando la sua utilità come tecnica di stilizzazione e regolamentazione del potere» (Dogliani 1985, 47). Sulla sostanza costituzionale della materia delle fonti converge gran parte della dottrina costituzionalistica (Cheli 1990, 69), atteso che «determinando le proprie fonti, l'ordinamento determina in ultima istanza sé medesimo come ordinamento.» (Crisafulli 1960, 776). Pe-

raltro, la disciplina della procedura di formazione delle norme è stata da sempre considerata "materia costituzionale", come dimostrano le Disposizioni preliminari al Codice civile, che qualificano le fonti che disciplinano la produzione del diritto come "leggi a carattere costituzionale", sebbene, in quel periodo storico, le stesse non si distinguessero formalmente dalle leggi comuni, poiché non esisteva alcun procedimento speciale o aggravato che differenziasse le une dalle altre. Le Preleggi definiscono di carattere costituzionale le norme che disciplinano la formazione delle leggi e degli atti del Governo, anche di secondo grado. Si tratta di norme che presentano, nel loro complesso, carattere materialmente costituzionale, poiché riguardano la suprema attività dello Stato, cioè l'attività normativa, e le sue esplicazioni (Pierandrei 1952, 470).

Come noto, la Costituzione contiene limitate norme in materia di procedimenti di produzione normativa (artt. 70-81 Cost., in tema di legge, referendum abrogativo, delegazione legislativa e decretazione d'urgenza), la cui inosservanza concretizza un'indiscutibile causa di illegittimità costituzionale. La maggior parte delle regole sulla produzione delle norme è, tuttavia, contenuta in fonti di rango primario. Alcuni autori, come noto, hanno riconosciuto ad alcune tipologie di fonti di rango primario – tra le quali quelle contenenti norme che fissano limiti di forma o di sostanza alla legislazione – un contenuto materialmente costituzionale e perciò la loro idoneità ad ergersi come limite alla legge alla stregua di veri e propri parametri di legittimità costituzionale (Modugno 1970, 175 ss.), anche in considerazione della loro natura "strumentale", che le rende "gerarchicamente sovraordinate" (Pizzorusso 2011, 123 ss.). Quale che sia la loro posizione formale nel sistema delle fonti, le norme sulle fonti si presenterebbero con riguardo a questo particolare aspetto come sovraordinate rispetto alle norme sostanziali (Pizzorusso 2011, 123 ss.). Il rapporto di gerarchia strumentale che esiste tra le norme sulla produzione e le norme prodotte sulla base delle prime impone di individuare una base razionale di tutto il sistema di produzione del diritto che ne giustifichi il funzionamento. Questa base è da Pizzorusso identificabile nel principio di effettività, in virtù del quale i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati. L'autore distingue la gerarchia fondata sul rapporto di strumentalità esistente fra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte (ivi comprese quelle di esse che presentino i caratteri propri delle norme sulla produzione giuridica) dalla gerarchia fondata sul grado di intensità della volontà politica che sostiene le diverse fonti e riconosce che fra le norme procedurali (in questo senso) devono includersi non soltanto quelle che regolano i procedimenti di formazione degli atti normativi, ma anche le norme regolatrici delle competenze normative e quelle che disciplinano la ricerca, la selezione e l'interpretazione dei materiali utilizzabili per l'elaborazione delle norme che verranno concretamente applicate (Pizzorusso 1990, 83 ss.).

All'opposto, vi è chi disconosce un vero e proprio valore condizionante alle norme sulla produzione contenute in fonti primarie (Ruggeri 2011, 3083), o ancora chi ritiene che si possano prospettare soluzioni diverse a seconda del tipo di norma sulla produzione cui si intenda fare riferimento (Carnevale 2003, 144). Per la dottrina maggioritaria le norme sulla produzione contenute in fonti primarie possono ritenersi idonee, al massimo, ad indicare al legislatore delle esigenze "ordinamentali", che tendono ad imporsi quali "limiti logici" o "autovincoli" (Pace 2002, 165 ss.; Cicconetti 2019, 65 ss.), ma niente che possa superare il dato per il quale un'eventuale loro violazione non determina alcun tipo di sanzione sul piano della legittimità delle fonti coinvolte. Ciò non toglie che in alcuni casi, quando l'autovincolo legislativo riesce a raccordarsi ad un parametro costituzionale, ponendosi come elemento di esplicitazione della norma superiore o di qualche significato o valore ad essa riconducibili, l'ostacolo della parità formale tra fonti dello stesso tipo e dello stesso grado può cedere al diverso peso assiologico della legge che pone il vincolo, che diventa così rilevante e giustiziabile (D'Aloia, Manfrellotti 2009, 64). Sul punto, giova richiamare, come già sottolineato da un'acuta dottrina (Dal Canto 2013, 91), la giurisprudenza costituzionale in materia di requisiti del decreto-legge, in particolare di omogeneità della struttura normativa della fonte. A partire dalla sent. 22/2012, la Corte costituzionale, pur avendo escluso che le indicazioni contenute nell'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988, con particolare riguardo al requisito di necessaria omogeneità dei contenuti del decreto-legge, possano rilevare direttamente come parametro di legittimità costituzionale, ha tuttavia ammesso, dichiarando così l'illegittimità della norma estranea inserita in sede di conversione dal Parlamento, che la mancanza di tale requisito «costituisce esplicitazione della ratio implicita del secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza». Come il requisito di omogeneità del decreto-legge è stato considerato alla stregua di parametro sostanziale di validità della decretazione di urgenza in quanto diretta espressione dell'art. 77 Cost., così l'intervento in funzione di controllo del Presidente della Repubblica e del Consiglio di Stato potrebbe essere ritenuto come uno strumento di attuazione dell'art. 87, comma 5, attributivo della competenza del Capo dello Stato di emanazione dei regolamenti, e dell'art. 100 Cost., che contempla la funzione consultiva del supremo organo della giustizia amministrativa.

Al fine di corroborare la prospettata ipotesi teorica, a queste considerazioni di carattere generale può aggiungersi un'ulteriore riflessione, volta ad istituire un nesso sistematico tra processi di produzione normativa e Costituzione dei poteri. Sul punto, assumendo come dati incontestabili la sostanza costituzionale di tutto ciò che interessa la forma di Stato e la forma di governo (Silvestri 2018, 2) e il rapporto inestricabile che collega questi due elementi ai cicli di produzione normativa sul versante sia del principio democratico-rappresentativo sia del principio garantista

della procedimentalizzazione controllata della genesi delle norme, può concludersi che le norme sulla normazione siano da inscrivere nell'alveo degli atti normativi materialmente costituzionali. Come rimarcato da Modugno, le fonti sulla produzione, ovvero le leggi che contengano «norme di iscrizione di poteri normativi, di creazione di tipologie di atti normativi, di regole procedimentali, di effetti giuridici da stabilire per la varietà di tali atti normativi» (Modugno 2009, 7) svolgono una «funzione sostanzialmente costituzionale, vertente cioè su materia costituzionale» e nell'esercizio di questo compito potrebbero «assumere una apposita forma ("legge ordinaria in materia costituzionale" come è suggerito dall'art. 72 u.c. Cost. a proposito della "riserva di assemblea") caratterizzata, per renderla riconoscibile tra le altre leggi, dall'oggetto e dal contenuto dispositivo (generale, astratto, ripetibile) e dalla necessarietà di una espressa dichiarazione di abrogazione, modifica o deroga esplicite delle sue disposizioni.» (Modugno 2009, 7).

Invero, già nel 1962 Costantino Mortati si domandava se le leggi ordinarie, in base alla considerazione del loro contenuto, fossero suscettibili di assumere rilievo superiore a quello del grado cui appartengono e, dunque, avessero la forza materiale di sottrarsi alla cedevolezza che sarebbe loro propria di fronte a successive manifestazioni di volontà dello stesso legislatore dal quale ebbero origine (Mortati 1962, 175). Una categoria di norme, che, pur consacrate in leggi ordinarie, si ritengono fornite, per la intrinseca natura della materia regolata, di un'efficacia che trascende quella che loro deriverebbe dalla forma rivestita perché condizionano la pratica applicazione delle statuizioni sia materialmente che formalmente costituzionali, è stata rinvenuta nelle norme (contenute nelle Disposizioni sulla legge in generale») dedicate alla interpretazione ed applicazione delle leggi, nonché in quelle sul diritto internazionale privato (Pierandrei 1952, 470; Mortati 1962, 176). Il Mortati ritiene che le leggi abilitate ad intervenire nella materia costituzionale assumano, per effetto dell'art. 72, un carattere che potrebbe definirsi para-costituzionale: sebbene non assumano indole costituzionale dato che rimangono leggi ordinarie, vengono assoggettate ad un trattamento speciale, che fa loro acquistare un carattere che potrebbe chiamarsi para-costituzionale (Mortati 1962, 178). L'Autore, a titolo esemplificativo, tra le altre vi fa rientrare «b) le leggi relative ai rapporti tra legislativo ed esecutivo che importino spostamenti delle sfere della rispettiva competenza, o controllo dell'uno sull'altro, […] d) le leggi rivolte a condizionare l'intera attività di applicazione del diritto, come sono le norme sull'interpretazione» (Mortati 1962, 178). Le norme che regolano i processi di produzione normativa traducono sul piano dell'ordinamento delle fonti una precisa distribuzione di competenze in capo ai poteri che compongono la forma di governo, pertanto, dovrebbe ritenersi possibile incidere sulle stesse soltanto attraverso interventi che appaiano: a) coerenti con l'impianto costituzionale in materia di Costituzione dei poteri e b) connotati da un respiro generale, lontano, dunque, da una logica di aggiustamento contin-

gente ed episodico dei procedimenti normativi. In altri termini, sarebbe possibile, ad esempio, derogare alla funzione consultiva del Consiglio di Stato solo qualora il legislatore ritenga, assumendo una opzione di rilevanza sistematica, che il controllo esercitato dall'organo rappresenti un inutile appesantimento del procedimento di formazione dei regolamenti governativi.

Sarebbe, dunque, delineabile un autovincolo (Pace 2002, 165) legislativo immanente al sistema e imposto dalla ottemperanza ai capisaldi normativi del principio democratico, in quanto preordinato ad assicurare l'unitarietà e non contraddittorietà di un ordinamento che aspiri al suo divenire e ricambio costante nel rispetto di opzioni formali e procedimentali stabili e previste a monte in via generale. Le fonti sulla produzione, in quanto costitutive della struttura dell'ordinamento e presidio imprescindibile per la ordinata e razionale rigenerazione normativa, rappresentano un fondamentale strumento di integrazione, sul versante del rinnovamento dell'ordinamento giuridico, del parametro di cui all'art. 1 Cost., nella misura in cui, mettendo ordine e razionalizzando i processi di creazione delle norme, svolgono una essenziale funzione di promozione e radicamento del principio democratico nel suo fare sistema con il principio della certezza del diritto e della conoscibilità delle dinamiche nelle quali si snoda l'esercizio del potere normativo. La democrazia esige, infatti, che i processi di mutamento del giuridico seguano percorsi ragionevolmente prevedibili in quanto conformi al modello procedurale e, pertanto, percepibili dall'opinione pubblica.

Quali, dunque, posso essere i corollari del descritto impianto ricostruttivo?

La prima conseguenza è che quando un progetto di legge tocca la materia costituzionale, dunque, intende riconsiderare le dinamiche connesse alla genesi e produzione di alcune fonti, debba essere esaminato e discusso in Assemblea, con conseguente possibilità di impugnazione davanti alla Corte costituzionale in caso di inosservanza del modulo procedimentale descritto. Ciò significa sottoporre alla più lunga e meditata procedura di approvazione in Assemblea tutti quegli interventi legislativi che ambiscano a disciplinare il processo di produzione normativa, evitando il più sbrigativo iter di approvazione definitiva che si svolge solo in Commissione. Questa rappresenta una prima garanzia costituzionale delle fonti sulla produzione. Le commissioni, infatti, non sono dotate di quelle forme di pubblicità che sono tipiche del plenum delle Camere. In Commissione si possono realizzare accordi tra maggioranza ed opposizione di natura compromissoria, privi di visibilità politica. In questa prospettiva, la riserva d'assemblea sostanzia un preciso limite posto «alla rappresentanza parlamentare, al fine di assicurare una maggiore tutela della "sovranità popolare", nelle materie in cui quest'ultima, viene, per così dire, in maggiore esposizione» (Maddalena 2017, 5).

Il secondo corollario sembra potersi ricostruire concettualmente sulla base del differente statuto funzionale delle norme sulla normazione rispetto alla generalità delle norme. Avendo le prime natura di precetti costitutivi e ordinanti il sistema giuridico,

si potrebbe «ragionare intorno all'idea della non provvedimentalità (i. e. normatività *quoad substantiam*) della norma sulla normazione che *qua talis* non dovrebbe essere riconosciuta abile a governare processi normativi individui. Far penetrare ed assorbire il concetto che, in questo campo, la successione temporale non possa che essere regola-regola e non regola-misura o, quantomeno, che quest'ultima dinamica debba essere supportata da specifica giustificazione da sottoporre a scrutinio stretto. Non deroga *singulatim*, che è de-regolante, ma regolazione, per l'appunto» (Carnevale 2021, 179). Si può pensare ad un parallelismo con la normativa che regola il processo di attuazione delle norme dell'Unione europea. Intervenire con deroghe puntali, lontane da un'ottica di sistema, andrebbe a creare incertezze in una materia, come quella dei rapporti tra fonti, importantissima per la tenuta armonica delle relazioni interordinamentali.

Ciò non significa che al legislatore sia preclusa la revisione di precedenti scelte in tema di produzione normativa, ma soltanto che qualora intenda farlo, debba procedere non in modo occasionale e contingente, ma attraverso direttrici di natura sistematica, tali da istituire un nuovo procedimento di produzione giuridica di una determinata fonte. Quale senso potrebbe, infatti, riconoscersi all'avere statuito a livello di legislazione ordinaria, come fa l'art. 17 della l. n. 400 del 1988, un modello di regolamento che possa poi dal legislatore essere sempre disatteso con puntuali deroghe espresse, molto lontane dal prefigurare modelli, standard di riferimento, percorsi stabili e prevedibili per la normazione futura? L'unico senso sarebbe quello, viziato da incoerenza e irragionevolezza (Cartabia 1996, 2274), di accelerare i processi decisionali a detrimento delle garanzie.

Si può, dunque, costruire una barriera contro l'ingresso nel sistema giuridico della libertà dalle forme? Un primo mattone può essere rappresentato da un'opera di rivitalizzazione della funzione ordinante delle norme sulla normazione, quando le stesse siano espressione di una compiuta opera di sistematizzazione delle fonti, accogliendo un'opzione interpretativa volta a conferire loro una forza peculiare passiva, tale da resistere ad abrogazioni da parte di singoli interventi normativi che non condividono la medesima tensione ordinante e che, dunque, appaiono preordinati ad apportare occasionali deroghe alla forma, ispirate da intenti elusivi (più o meno consapevoli) del senso dei controlli e delle procedure.

Percorrendo questo sentiero teorico, il riconoscimento della natura prescrittiva del modello costruito dalla prima legge di razionalizzazione dell'attività normativa dell'Esecutivo può contare sulla sussunzione di quest'ultima, in quanto legge di sistema, dotata di vocazione ordinamentale, nell'alveo della categoria delle leggi in materia costituzionale da inscrivere in seno al blocco di costituzionalità, inteso come contenitore aperto ad accogliere sia norme costituzionali, sia norme di rango primario che abbiano l'attitudine ad esprimere e declinare nel sistema giuridico principi costituzionali. Questi ultimi sono idonei a vincolare l'attribuzione in via legislativa

dell'esercizio del potere normativo al P.d.C.m. su due fronti, l'uno formale, l'altro materiale. Sul primo versante, i passaggi procedimentali che governano l'adozione dei regolamenti governativi contemplano il coinvolgimento di organi (costituzionali e di rilievo costituzionale) in funzione di controllo e garanzia e, in questa misura, rappresentano una estrinsecazione delle attribuzioni di cui questi ultimi sono investiti dalla Costituzione. Esiste, dunque, una forma che presidia contenuti di tono costituzionale, che subirebbero un depauperamento se si sottostimasse sia il ruolo centrale delle figure di controllo e garanzia nell'ambito dei processi politici e normativi sia il valore materialmente costituzionale delle regole sulla produzione giuridica nella loro funzione di assicurare che l'attività normativa si svolga all'insegna della trasparenza, certezza e conoscibilità dei processi di creazione e rigenerazione delle norme dell'ordinamento giuridico.

Volgendo lo sguardo al piano sostanziale, può rilevarsi che la stabile e diffusa tendenza del legislatore a conferire ampi spazi normativi al P.d.C.m. rischia di porsi in disallineamento con le direttrici tratteggiate dal Costituente in materia di attività di governo, che, seppur a maglie larghe ed espresse non avvalendosi di formule esplicite, sono animate dall'intendimento di concentrare le attività che concorrono alla determinazione dell'indirizzo politico nel Consiglio dei ministri. Può dunque concludersi che il segmento normativo mediante il quale si offre svolgimento, integrazione e attuazione a quelle scelte legislative più profondamente intrise di opzioni e di significati collegabili all'indirizzo politico del Paese debba in via preferenziale essere affidato all'organo collegiale e soltanto in via marginale al P.d.C.m., sia che operi nella veste di decisore unico sia che si atteggi al ruolo di coordinatore e tessitore di momenti di interlocuzione a collegialità ristretta e decentrata.

Bibliografia

Albanesi E. (2019), *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica.

Carnevale P. (1999), *Il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli autovincoli legislativi*, in F. Modugno (a cura di), *Le trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, Giuffrè.

Carnevale P. (2021), *Figlio di un dio minore? Qualche considerazione sparsa sul vizio formale di legge e sulla sua sindacabilità nel nostro sistema costituzionale*, in *Diritto e società*.

Carnevale P. (2003), *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *Diritto romano attuale*, n. 9.

Cartabia M. (1996), *Regolamenti del Governo e leggi regionali: la Corte torna (definitivamente?) al principio della separazione di competenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3.

Cheli E. (1967), *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.

Cheli E. (1967), *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè.

Cheli E. (1990), *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
Cicconetti S.M. (2019), *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli.
Crisafulli V. (1960), *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4.
Dal Canto F. (2013), *Formazione e valutazione della legge. La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 3.
Dal Canto F. (2019), *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, in *federalismi.it*, n. 3.
D'Aloia A., Manfrellotti R. (2009), *Capo I. Delle fonti del diritto*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al Codice civile.* Artt. 1-142, Milano, Giuffrè.
De Siervo U. (1991), *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. Volume primo. Stato e amministrazione*, Milano, Giuffrè.
Dogliani M. (1985), *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene.
Ferrari G. (1958), *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, Giuffrè.
Maddalena P. (2017), *Sovranità popolare e legge elettorale "Rosatellum"*, in *Nomos*, n. 3.
Modugno F. (1970), *L'invalidità della legge.* I. *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè.
Modugno F. (2009), *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.
Mortati C. (1962), *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè.
Moscarini A. (2008), *Sui decreti del Governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6.
Pace A. (2002), *Potere costituente, rigidità costituzionale e autovincoli legislativi*, Padova, Cedam.
Paladin L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino.
Pierandrei F. (1952), *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè.
Pizzorusso A. (1990), *Cultura e politica nella produzione ed applicazione del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
Pizzorusso A. (2011), *Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto. Artt. 1-9*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli.
Ruggeri A. (2011), *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, Editoriale scientifica.
Silvestri G. (2018), *Costituzione e fonti primarie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.