



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2024

**Funzione di chiusura
del sistema del decreto-legge
e competenze delle Regioni**

di Alessandro Lancione

EDITORIALE SCIENTIFICA

FUNZIONE DI CHIUSURA DEL SISTEMA DEL DECRETO-LEGGE E COMPETENZE DELLE REGIONI

di Alessandro Lancione

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Teramo

SOMMARIO: 1. PREMESSA; 2. IL DECRETO-LEGGE COME FONTE *EXTRA ORDINEM* DI CHIUSURA DEL SISTEMA; 3. IL DECRETO-LEGGE COME FONTE LEGALE DI CHIUSURA DEL SISTEMA; 4. INAMMISSIBILITÀ DEI DECRETI-LEGGE AVENTI FORZA DI LEGGE COSTITUZIONALE: 4.1. IL DECRETO-LEGGE COME STRUMENTO DI CHIUSURA DEL SISTEMA NORMATIVO PRIMARIO; 5. LA DECRETAZIONE D'URGENZA NELLE MATERIE DI COMPETENZA REGIONALE: 5.1. I LIMITI ALL'ADOZIONE E ALLA CONVERSIONE DEL DECRETO-LEGGE INCIDENTE NELLE MATERIE DI COMPETENZA REGIONALE; 6. IL DECRETO-LEGGE E IL POTERE SOSTITUTIVO DEL GOVERNO.

1. Premessa

Una delle questioni che concerne il regionalismo italiano è relativa alla mancata previsione in Costituzione di un rimedio che consenta alle Regioni di far fronte a situazioni straordinarie di necessità ed urgenza nelle materie di propria competenza. Questo problema ha portato parte della dottrina a interrogarsi intorno alle soluzioni da prospettare, e cioè se, nel silenzio del testo costituzionale, sia ammissibile un intervento dello Stato attraverso il ricorso al decreto-legge (art. 77 Cost). Questa evenienza, che autorizzerebbe il Governo a “tagliare” trasversalmente l'ordine costituzionale delle competenze, sconterebbe una inevitabile premessa: che il decreto-legge sia da considerare quale strumento di chiusura del sistema, *logicamente* in condizione di far fronte a «*tutte le situazioni straordinarie di necessità ed urgenza, quale che ne sia il grado e l'intensità*»¹. Del resto, che il problema sia di viva attualità resta provato dalle più recenti (e inattuare) proposte di revisione costi-

¹ Così A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, n. 1/1995, p. 402.

tuzionale che miravano ad attribuire in capo allo Stato un eccezionale potere di ingerenza negli affari regionali, secondo il modello tedesco della clausola di necessità (art. 72 GG)². È questa, in fondo, la *ratio* posta a base della c.d. clausola di supremazia: recata dal disegno di legge di revisione costituzionale del 2016, essa, però, non ha potuto vedere la luce per via dell'esito negativo che il referendum costituzionale ha avuto nel dicembre dello stesso anno; e, d'altra parte, anche le successive proposte, avanzate durante l'emergenza pandemica, sono infine cadute nel vuoto³. La controversa discussione che nell'ora attuale investe la riforma del c.d. regionalismo differenziato potrebbe porre, in termini rinnovati, la *vexata quaestio*, anche in ragione del fatto che lo stesso disegno di legge per l'attuazione del regionalismo differenziato fa espresso riferimento all'esercizio del potere sostitutivo del Governo, con ciò tradendo la consapevolezza della necessità – certo tutta eventuale – dell'esercizio di poteri di unificazione per porre rimedio a situazioni imprevedibili, indifferibili, emergenziali o che comunque postulino un intervento di carattere unitario da parte dello Stato⁴.

Il presente lavoro muove dalla *funzione* che storicamente ha assolto il decreto-legge, ossia di essere stato uno strumento di chiusura del sistema⁵. In questo senso è possibile affermare che esso sia sorto al di

² Sulla clausola di necessità v. E. DI SALVATORE, *Germania*, in ID. (a cura di), *Sistemi costituzionali europei*, Milano, 2021, pp. 45 ss., e ivi dottrina citata.

³ Infatti, nel corso della passata legislatura non sono mancate iniziative legislative volte a (ri)proporre l'inserimento in Costituzione della clausola di supremazia. In particolare, ci si riferisce all'A.C. n. 2422, proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputanti Ceccanti ed altri (*Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale*) presentata il 4 marzo 2020; nonché all'A.S. n. 1825, disegno di legge costituzionale di iniziativa del senatore Dario Parini (*Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione*) presentato il 22 maggio 2020.

⁴ Il disegno di legge di iniziativa del Ministro senza portafoglio per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli (*Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*) all'art. 10, comma 3, prevede che «è fatto salvo l'esercizio del potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione».

⁵ Spunti in tal senso sono offerti da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II. *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1984, p. 104, il quale sottolinea come la «funzione storicamente originaria ed essenziale» della decretazione

fuori dell'ordine costituito proprio al fine di porre rimedio a situazioni imprevedibili che potessero minacciare la tenuta del sistema (§ 2). Quello che occorrerà, tuttavia, comprendere è se (e in quale misura) la decretazione d'urgenza assolve ancora a tale originaria funzione, alla luce del vigente ordinamento repubblicano, informato, com'è noto, a una diversa (e non più flessibile) legalità costituzionale. Qualora la conclusione dovesse essere positiva, occorrerà, quindi, chiedersi: 1) se, al ricorrere di taluni presupposti, l'art. 77 Cost. possa essere interpretato nel senso di legittimare il Governo ad adottare misure incidenti finanche sul piano costituzionale (§ 3); 2) se la decretazione d'urgenza costituisca attività normativa (certo straordinaria, ma) che trova svolgimento unicamente sul piano della legislazione ordinaria (§§ 4-4.1); 3) se, entro quest'ultima prospettiva, l'adozione di tali misure possa riguardare solo l'esercizio della funzione legislativa statale oppure se esso possa estendersi finanche a quella regionale (§§ 5-5.1). Infine, nel caso in cui si deponesse per l'ammissibilità di un intervento governativo nelle materie di competenza regionale, occorrerà sciogliere il nodo dei rapporti tra decretazione d'urgenza ed esercizio del potere sostitutivo (art. 120 Cost.) (§ 6).

2. Il decreto-legge come fonte *extra ordinem* di chiusura del sistema

Prima ancora che l'unità di Italia fosse conseguita, a fronte di situazioni straordinarie che avessero richiesto un urgente intervento dello Stato, il Governo avrebbe potuto adottare ordinanze *contra legem*⁶ e persino sospendere le *guarentigie costituzionali* solenne-

d'urgenza sia quella di «assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che la mettono in pericolo».

⁶ Com'è stato osservato da G. FERRARI, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Milano, 1948, pp. 3 ss., nt. 2, lo studio del decreto-legge e del decreto-legislativo si inserisce nel più ampio tema del potere di ordinanza dell'organo esecutivo, intendendo con tale espressione la «facoltà degli organi governativi di compiere esercizio di attività legislativa». In particolare, la letteratura italiana dell'epoca era solita ritenere più opportuna la nozione di «ordinanza di necessità», anziché di «decreto-legge», dal momento che quest'ultima espressione era considerata ambivalente e contraddittoria. Sul punto cfr. A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità" nel Diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, p. 27, il quale afferma che «in Italia le ordinanze di necessità sono state generalmente designate col nome ibrido di "decreti-legge"; volendosi esprimere, con questo, la forma di un atto del Potere

mente proclamate nello Statuto Albertino⁷. Secondo una prospettiva fondata più sull'opportunità politica che sul rispetto del principio di legalità dei pubblici poteri⁸, parte della dottrina riteneva che l'Esecutivo, in quanto «potere permanente che dirige e coordina tutta l'attività concreta dello Stato»⁹, potesse adottare i provvedimenti richiesti dalla straordinarietà del caso¹⁰. E, d'altra parte, questo punto

esecutivo, e il contenuto e l'efficacia di un precetto legislativo». Del resto, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, parte della dottrina continuava a configurare il decreto-legge quale *species* del più ampio *genus* delle ordinanze di necessità: in tal senso, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Napoli, 1972, p. 514.

⁷ Con riguardo a quest'ultimo aspetto, appare utile segnalare come F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, pp. 193-194, individuava, tra gli ambiti di applicazione che storicamente hanno interessato la decretazione governativa d'urgenza, la proclamazione dello stato d'assedio. Tale misura, storicamente affermatasi nel diritto militare per poi trasformarsi in una misura di polizia propria del diritto pubblico interno (cfr. per tutti G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 250-251), consentiva al Governo di far fronte ai disordini interni, adottando a tale scopo provvedimenti di pubblica sicurezza sospensivi delle leggi dello Stato e della stessa Costituzione. Occorre, tuttavia, precisare che, sebbene i due strumenti del decreto-legge e dello stato d'assedio siano nati congiuntamente, non sono mancati tentativi in dottrina di distinguere concettualmente i due istituti. In particolare, L. ROSSI, *Stato d'assedio*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, pp. 859-860, sosteneva come la decretazione d'urgenza fosse un'attività che il Governo esercitava eccezionalmente in sostituzione dell'organo ordinariamente competente (Parlamento), mentre lo stato d'assedio rappresentava un atto di esclusiva competenza del potere esecutivo in virtù della sua posizione di «custode della vita dello Stato». Secondo l'Autore, tale distinzione, lungi dall'aver carattere esclusivamente teorico, permetteva di giustificare il diverso atteggiamento che il Parlamento assumeva di fronte alle due attività esercitate dall'Esecutivo; infatti, al contrario del decreto-legge, il decreto di proclamazione dello stato d'assedio, in quanto atto di competenza governativa, non doveva essere convertito in legge, rimanendo pertanto precluso al Parlamento il potere di esercitare un controllo sull'operato dell'Esecutivo in sede di conversione del provvedimento.

⁸ Si vedano in tal senso le considerazioni svolte da A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità"*, cit., p. 177.

⁹ Così A. ORIGONE, *Decreto-legge*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 613; in senso non dissimile anche L. ROSSI, *Stato d'assedio*, cit., p. 858.

¹⁰ Cfr. F.P. CONTUZZI, *Atti del Governo*, in *Dig. it.*, IV, Torino, 1893-1899, rist. 1926, p. 182, il quale afferma che «di fronte ad evenienze straordinarie che si presentano in un paese da un momento all'altro il Governo non può rimanere inerte, e gli atti che esso emani, sono attinti da una *potestà straordinaria* insita nella essenza medesima di ogni Governo».

di vista fu accolto anche dalla Corte suprema di Cassazione nella sua giurisprudenza¹¹.

La tesi sollevava due ordini di problemi: in primo luogo, anche a voler ammettere la legittimità di provvedimenti governativi aventi forza di legge, occorreva chiarire quale fosse il fondamento posto a base della «auto-assunzione» del potere legislativo da parte dell'organo esecutivo, dal momento che lo Statuto Albertino non contemplava una simile evenienza¹²; in secondo luogo, sarebbe stato necessario mettere a fuoco le modalità del suo esercizio e i relativi controlli.

Con riferimento al primo dei due problemi, tra i diversi tentativi volti a sostenere la legittimità di un'eccezionale funzione legislativa riconducibile in capo al Governo¹³, largo seguito ebbero quegli approcci che ricorrevano alla teoria dello *jus necessitatis*. A questo proposito, la dottrina liberale ottocentesca considerava la *necessità* unicamente quale condizione di giustificazione dell'azione governativa¹⁴; sarebbe stato

¹¹ V. Cass. Roma, S.U., sent. 17 novembre 1888, in *Foro it.*, n. 1/1890, pp. 8 ss.

¹² Diversamente, F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., pp. 197 ss., rinveniva nell'art. 6 dello Statuto Albertino (ai sensi del quale il Re «fa i decreti ed i regolamenti necessari all'esecuzione delle leggi senza sospenderne l'osservanza o dispensarne») un vero e proprio divieto di *dispensing power*, da cui dedurre l'illegittimità dei decreti-legge. In senso contrario cfr. le osservazioni avanzate da A. CODACCI-PISANELLI, *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, n. 1/1890, p. 19, il quale, volgendo lo sguardo ai precedenti storici su cui si basava la menzionata disposizione statutaria, rilevava come il suddetto art. 6 fosse la trasposizione letterale dell'art. 13 della Costituzione francese, salvo la soppressione dell'avverbio «giammai». Ed è proprio tale soppressione che veniva interpretata dall'Autore nel senso di un temperamento del divieto volto a preservare la possibilità per l'Esecutivo di adottare «atti eccezionali». Per una dettagliata ricostruzione delle divergenze dottrinali in ordine all'interpretazione dell'art. 6, cfr. A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità"*, cit., pp. 27 ss., e F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino, 1909, pp. 351 ss., i quali, sulla base dell'interpretazione offerta dal Cammeo, concordavano sull'illegittimità dei decreti-legge.

¹³ Un'esauritiva ricostruzione delle teorie volte a sostenere l'ammissibilità dei decreti-legge nell'esperienza statutaria è offerta da A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997, pp. 194 ss., il quale non manca di sottolineare la «fantasiosità» delle argomentazioni utilizzate.

¹⁴ Sul punto cfr. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1894, p. 185, il quale, sulla base della concezione dello Stato-persona, sintetizza nel noto brocardo *Salus publica suprema lex* il principio per cui «nello Stato come negli individui la conservazione della propria esistenza è una ragione che può scusare la infrazione di qualsiasi regola giuridica». Ne conseguirebbe un «diritto eccezionale per causa di necessità pubblica», che consente al potere esecutivo di adottare «qualsiasi grave provvedimento, quando la salute pubblica lo esiga». In senso non dissimile v. anche la

poi Santi Romano a configurarla quale fonte del diritto, collocandola accanto alle tradizionali forme di produzione normativa rappresentate dalla legislazione e dalla consuetudine¹⁵. Con riguardo alla nascita e alla vigenza di un dato ordinamento giuridico, secondo il chiaro Autore, la necessità opererebbe in due distinti momenti: da un lato, essa precederebbe e fonderebbe un dato ordinamento statale; dall'altro, potrebbe manifestarsi anche a seguito dell'instaurazione di un determinato ordinamento e, dunque, durante la vigenza dello stesso. In altri termini, la necessità, quale fonte *extra ordinem*, opererebbe al di fuori dell'ordine legalmente costituito e sarebbe in condizione di legittimare tanto l'instaurazione di un nuovo ordinamento, quanto l'adozione di provvedimenti d'urgenza da parte del Governo, finalizzati alla conservazione e alla salvaguardia dell'ordine costituito.

Da questa tesi discenderebbero conseguenze di non poco conto, soprattutto con riguardo al problema concernente i limiti e i controlli ai quali sarebbe sottoposto il provvedimento governativo. Anzitutto, non sarebbe possibile circoscrivere a priori l'ambito materiale d'incidenza dei suddetti provvedimenti, dal momento che è la necessità del singolo caso a imporre al Governo i contenuti dell'atto¹⁶. Da ciò consegue che il decreto-legge tenderebbe a configurarsi quale fonte a competenza illimitata, giacché la necessità del provvedere potrebbe potenzialmente investire qualsiasi materia, ivi compresa quella costituzionale. Questo, tuttavia, non escluderebbe la sua sottoposizione al controllo parlamentare, la cui funzione si riassumerebbe in un autentico atto di approvazione di un provvedimento *contra legem* (in quanto

ricostruzione di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1904, pp. 1203 ss., il quale ricorre al concetto di «stato di necessità», inteso quale principio generale che giustifica la lesione del diritto altrui. In tal senso, il Governo avrebbe potuto legittimamente esercitare la funzione legislativa (e dunque invadere la competenza del Parlamento) qualora ciò fosse stato necessario per fronteggiare situazioni di pericolo per la vita dello Stato.

¹⁵ V. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 349 ss.; ID., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, pp. 247 ss.

¹⁶ In altri termini, la necessità opererebbe allo stesso tempo quale fonte e limite dei provvedimenti d'urgenza. Afferma infatti S. ROMANO, *Il diritto pubblico*, cit., p. 252, che «se la necessità può giustificare qualsiasi decreto-legge, correlativamente non possono ritenersi ammissibili in questi altre disposizioni, fuori da quelle strettamente necessarie».

adottato dal Governo al di fuori delle competenze costituzionalmente assegnate)¹⁷. Dal punto di vista contenutistico, la legge di approvazione avrebbe un contenuto variabile in quanto: potrebbe limitarsi ad accertare l'esistenza della necessità che ha legittimato l'azione governativa; potrebbe procedere ad una conversione che mirerebbe a «legalizzare» l'atto *contra legem*; potrebbe esonerare il Governo dalla responsabilità assunta al momento dell'adozione del provvedimento necessitato. Si tratterebbe, in ogni caso, di una forma di controllo politico, dal carattere inderogabile, senza il quale non vi sarebbe più modo di «distinguere la necessità vera dall'arbitrio e dalla confusione anticostituzionale dei poteri»¹⁸.

Ben diverso sarebbe, invece, il caso di un controllo di tipo giurisdizionale. I giudici, infatti, sarebbero tenuti ad applicare il decreto senza poterne sindacare la legittimità, giacché un simile controllo implicherebbe un accertamento della sussistenza della necessità del provvedere: ciò si concreterebbe in una valutazione di tipo politico, come tale riservata esclusivamente all'organo esecutivo (in fase di adozione del decreto) e all'organo legislativo (in fase di approvazione)¹⁹.

Nonostante le lucide critiche mosse alla dottrina sopra esposta²⁰,

¹⁷ Secondo S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 367, la necessità, nel momento in cui legittima l'esercizio di una funzione legislativa straordinaria da parte del Governo, determina un'alterazione dell'ordine normale delle competenze, facendo così «rientrare fra le attribuzioni governative ciò che altrimenti non vi rientrerebbe». In particolare, il Romano riteneva come i decreti-legge fossero atti illegali alla luce del diritto allora vigente, in quanto adottati in deroga al principio statutario che attribuiva in via esclusiva al Re e al Parlamento l'esercizio della funzione legislativa. Da ciò derivava l'obbligo di sottoporre il decreto-legge all'approvazione del Parlamento affinché la competenza legislativa ordinaria potesse «riprendere il suo impero su quella straordinaria».

¹⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 371.

¹⁹ Tuttavia, S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., pp. 367-368, precisava che l'organo giurisdizionale potesse disapplicare il decreto-legge qualora l'insussistenza della necessità fosse risultata evidente dagli elementi intrinseci ed obbiettivi del decreto: in tal caso il sindacato giurisdizionale si sarebbe concretizzato non in una «valutazione di merito», in un «giudizio politico», ma in un «esame giuridico dell'atto sottoposto a giudizio». Tale rilievo assume una notevole importanza, soprattutto se si considera che esso sembra in qualche modo anticipare l'orientamento della futura Corte costituzionale in ordine alla sindacabilità del decreto-legge per «evidente mancanza» dei presupposti straordinari di necessità e di urgenza di cui all'art. 77 Cost. (in tal senso Corte cost., sent. n. 29/1995).

²⁰ Cfr. T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 194 ss., p. 199, il quale osserva come, da un punto di vista dogmatico, sia logica-

va tuttavia osservato che anche gli Autori che negavano la possibilità di inquadrare la necessità quale fonte di straordinari provvedimenti governativi ammettevano come nella realtà dei fatti fosse compito del Governo «provvedere alle straordinarie necessità della vita dello Stato», adottando a tal fine provvedimenti eccezionali in violazione del diritto esistente²¹. Ma, in questo secondo ordine di idee, tali provvedimenti non avrebbero avuto alcun fondamento giuridico: essi sarebbero stati il frutto dell'esercizio di una «potestà di fatto» cui l'ordinamento non riconosceva alcuna efficacia giuridica. Di qui la conclusione (diametralmente opposta a quella del Romano) per cui il decreto-legge non avrebbe potuto trovare applicazione ad opera dei giudici, fintantoché il Parlamento non si fosse pronunciato sulla sua conversione in legge²².

3. Il decreto-legge come fonte legale di chiusura del sistema

La problematica dei decreti-legge si inserisce all'interno della più complessa dialettica tra il principio di conservazione della vita dello Stato (*salus rei publicae suprema lex esto*) e il principio di legalità, cui soggiaceva l'intera attività di decretazione dell'organo esecutivo²³. Per

mente impossibile qualificare la necessità quale fonte del diritto, dal momento che non esiste (né potrebbe in alcun modo esistere) una norma sulla produzione giuridica che configuri la necessità quale processo di produzione normativa. Infatti, la norma che qualifica la necessità quale fonte del diritto (che l'Autore individua nel principio *necessitas ius constituit*) ha un'indeterminatezza tale che rende logicamente impossibile una sua qualificazione come norma sulla produzione giuridica. Da qui la conclusione dell'Autore: «porre il problema se la «necessità» sia giuridicamente rilevante nel nostro ordinamento giuridico come fonte del diritto, significa porre un problema, a cui la risposta negativa può essere data con un processo meramente deduttivo, perché esso si risolve nel chiedere se il sistema delle norme nella produzione giuridica comprenda un principio, che non è idoneo a formare il contenuto di una norma giuridica».

²¹ V. A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità"*, cit., pp. 61 ss.; l'eventualità che il Governo possa *de facto* adottare ordinanze *contra legem* è presa in considerazione anche da F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., pp. 200 ss., nonché da F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., pp. 354 ss.

²² In questa prospettiva, la conversione in legge assolverebbe alla funzione di ratificare, con efficacia retroattiva, gli effetti dell'atto governativo, esonerando il Governo dalla responsabilità sorta a seguito del compimento di un atto illegale: in tal senso, F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., p. 179.

²³ Sul punto cfr. V.E. ORLANDO, *Il diritto di necessità e i decreti-legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1925, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, p. 348.

questa ragione, s'avvertì presto l'esigenza di coniugare detti principi attraverso un'apposita disciplina concernente le competenze normative del Governo. È in tal senso che può essere interpretata la legge n. 100 del 1926 (non a caso rubricata «Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche»), il cui articolo 3 autorizzava il Governo ad adottare atti aventi forza di legge «nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano».

Alla luce del nuovo quadro normativo, il decreto-legge, pur cessando di essere considerato alla stregua di una fonte *extra-ordinem*, conservava la sua natura di atto eccezionale; e ciò consentiva al Governo, quando ne ricorrevano i presupposti, di intervenire provvisoriamente nell'esercizio della funzione legislativa. In questo modo, il decreto-legge si configurava come una fonte legale di chiusura del sistema, che permetteva al Governo di fronteggiare qualsiasi situazione straordinaria adottando provvedimenti aventi forza di legge anche in deroga (o sospendendo) norme costituzionali, in ragione della natura flessibile dello Statuto Albertino²⁴.

Il problema che qui si pone è comprendere se, alla luce dell'attuale quadro costituzionale, la decretazione d'urgenza possa continuare ad assolvere a tale (storica) funzione di chiusura del sistema e se sia consentito persino adottare misure sospensive o derogatorie della Carta costituzionale.

Oggi, anzitutto, non sembra potersi dire ammissibile l'idea che la necessità sia fonte del diritto: nell'ordinamento repubblicano italiano è la Costituzione a disciplinare in via esclusiva le forme e le modalità di produzione giuridica di rango primario (e costituzionale) ed è all'interno di tale sistema che trova collocazione l'art. 77, secondo comma, Cost. Esso prevede uno specifico procedimento per l'esercizio della decretazione d'urgenza, legittimando il Governo ad adottare, in casi straordinari di necessità ed urgenza, provvedimenti aventi forza di legge: in questo senso, la necessità, lungi dal configurarsi quale fonte dei decreti-legge, costituisce solo un presupposto per l'adozione dell'atto²⁵.

²⁴ V. A. ORIGONE, *Decreto-legge*, cit., p. 615, il quale, tuttavia, osservava come in sede di conversione dovesse essere richiesto il parere del Gran Consiglio del Fascismo, che, ai sensi dell'art. 12 della legge 9 dicembre 1928, n. 2693, era previsto per tutti i disegni di legge in materia costituzionale.

²⁵ In tal senso, S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, IV ed., Torino, 2019, p. 297. Più in generale, e con riguardo all'impossibilità di configurare la necessità qua-

Rispetto a questa tesi, però, si è provato a sostenere che, tra i presupposti giustificativi dell'atto governativo, l'art. 77, comma 2, Cost. contemplerebbe anche le ipotesi di «necessità assoluta» e che queste legittimerebbero persino l'adozione di provvedimenti eccedenti il disponibile con legge ordinaria²⁶. A voler seguire questa opinione si dovrebbe, così, ammettere che l'art. 77 Cost. possa qualificarsi quale «norma di chiusura del sistema» (*recte*: dell'intero sistema), di modo che al Governo sarebbe consentito far fronte a qualsivoglia situazione straordinaria, anche quando ciò concernesse il piano costituzionale²⁷. In questa prospettiva, il decreto-legge si configurerebbe, allora, come fonte a competenza “generale”, soggetta unicamente ai soli limiti derivanti dalla natura provvisoria e precaria dell'atto. In tal senso, si è affermato che il decreto-legge potrebbe solo derogare o sospendere in

le fonte del diritto all'interno di un ordinamento retto da una Costituzione rigida, cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 98 ss.; più recentemente, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 114. A tal proposito occorre rilevare come l'impossibilità di configurare la necessità alla stregua di una fonte del diritto costituisca una impossibilità di carattere logico che, dunque, prescinderebbe dalla natura rigida o flessibile dell'assetto costituzionale considerato. Non a caso, tale impossibilità fu già a suo tempo rilevata sotto il vigore dell'ordinamento statutario. Su quest'ultimo punto v. *sub nota* 20.

²⁶ Si fa riferimento alla nota tesi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, ora in *Id.*, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, pp. 183 ss., il quale distingue tra «necessità relativa», in nome della quale il Governo potrebbe adottare provvedimenti con forza di legge ordinaria, e «necessità assoluta», che verrebbe in rilievo nel caso di decreti-legge sospensivi o derogatori dell'ordine costituzionale. Alla medesima conclusione, seppur secondo una diversa prospettiva, giunge anche C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 195, il quale ammette che, sebbene l'art. 77, secondo comma, Cost. escluda l'adozione di provvedimenti con forza di legge costituzionale, tale possibilità deve comunque essere riconosciuta, qualora gli straordinari presupposti di necessità ed urgenza lo richiedano.

²⁷ Sul punto, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, p. 467; la possibilità per il decreto-legge di incidere sull'ordine costituzionale e sospendere le garanzie ivi sancite è sostenuta anche da A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. cost.*, n. 1/1982, pp. 113 ss.; *Id.*, *Divagazioni sui decreti-legge*, cit., p. 402; *Id.*, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 334 ss., e più recentemente da F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 64 ss.

via temporanea l'ordine costituzionale, non essendo invece ammissibili – dato il carattere provvisorio della decretazione d'urgenza – interventi governativi volti ad introdurre stabili modifiche (e, dunque, revisioni) della Costituzione²⁸; allo stesso modo, la provvisorietà e la precarietà dell'atto richiederebbero inderogabilmente la sua conversione in legge entro sessanta giorni a pena di decadenza. Sicché dovrebbe dirsi illegittimo un decreto-legge che, in deroga allo stesso art. 77 Cost., disponesse una sua conversione oltre il termine costituzionalmente fissato o che pretendesse di dispiegare i propri effetti anche in caso di mancata conversione: l'art. 77 Cost., nella parte in cui sottopone al controllo parlamentare il decreto-legge, rappresenta un limite insuperabile per il Governo in sede di decretazione d'urgenza; e lo stesso dovrebbe dirsi anche per il controllo da parte della Corte costituzionale, non essendo possibile per i provvedimenti *ex art. 77 Cost.* sottrarsi al controllo di legittimità che ai sensi dell'art. 134 verte su *tutti* gli atti aventi forza di legge²⁹.

²⁸ Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., p. 217, che, pur ammettendo che i decreti-legge possano eccezionalmente acquisire forza di legge costituzionale, conclude che essi «*per definizione*, al massimo possono dar luogo a rotture o a sospensioni della Costituzione ma non mai a mutamenti o a revisione della Costituzione» [corsivo non testuale].

²⁹ Sulla possibilità per il decreto-legge di derogare o spendere le norme costituzionali ad eccezione di quelle relative alla sua disciplina e ai controlli su di esso, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 341-342. Sull'impossibilità del decreto-legge di eludere il controllo parlamentare in fase di conversione v. anche F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., p. 71-72, il quale ritiene che un decreto-legge non possa introdurre «altre fonti dell'emergenza» che si sottrarrebbero al controllo delle Camere. In tal senso, si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale dei decreti-legge (d.l. n. 6 e n. 19 del 2020), con cui, il Governo, durante la prima fase dell'emergenza pandemica, ha autorizzato il Presidente del Consiglio dei Ministri ad adottare con propri decreti le misure necessarie al contenimento dell'epidemia in atto. Sulla questione è però intervenuta la Corte costituzionale (sent. n. 198/2021), la quale, con riferimento al d.l. n. 19 del 2020, ha perentoriamente escluso che vi stato un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei Ministri, stante la natura amministrativa dei d.p.c.m. Per un commento alla decisione, la quale ha generato un ampio dibattito dottrinale, cfr. *ex multis* i rilievi critici di M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021, pp. 81 ss.

4. Inammissibilità dei decreti-legge aventi forza di legge costituzionale

La tesi appena esposta, sebbene sembri dettata dall'esigenza di dare una risposta al silenzio della nostra Costituzione in tema di poteri emergenziali³⁰, solleva però problemi di non poco conto. In particolare, non si può sottacere il fatto che essa, riconoscendo ai decreti-legge la capacità di derogare o sospendere la Carta fondamentale, finirebbe per attribuire ai provvedimenti in questione forza di legge costituzionale. E ciò sembra discutibile per più ragioni.

Anzitutto, si è evidenziato come tale tesi muova da una errata premessa, dal momento che essa postula una distinzione (tra «necessità assoluta» e «necessità relativa») che non ha alcun riscontro testuale³¹.

³⁰ Questo aspetto ben emerge dalle riflessioni avanzate a suo tempo da P. BARI-LE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pp. 105 ss., p. 107, il quale, constatando l'assenza in Costituzione di una norma attributiva del potere di sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti, non senza qualche perplessità, ammetteva come, in casi di emergenza, un simile potere potesse essere esercitato nelle vie della decretazione d'urgenza. Allo stesso modo anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 334 ss., ammette come in assenza di una clausola di emergenza che disciplini una simile evenienza, occorra rivolgersi alla disposizione più prossima in materia di poteri normativi d'urgenza, ossia all'art. 77, comma 2, Cost. In tal modo, la sospensione delle garanzie costituzionali richiesta dalla straordinarietà del caso, anziché avvenire nelle libere forme *extra-ordinem*, sarebbe effettuata per mezzo di una procedura costituzionalmente definita. In senso non dissimile si veda anche A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 1/2021, p. 8. Diversamente (v. L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1958, pp. 582-583), si è cercato di colmare la lacuna costituzionale in tema di poteri emergenziali applicando in via analogica l'art. 78 a tutte quelle situazioni di necessità pubblica diverse dall'emergenza bellica (come le ipotesi di guerre civili, catastrofi naturali o emergenze economiche di eccezionale gravità). Del resto, una simile soluzione avrebbe il vantaggio di privare il Governo del potere di decidere sulle situazioni di «necessità costituzionale», lasciando che l'esercizio della competenza sia svolto dal Parlamento (così C. FRESA, *Provvisoria con forza di legge*, cit., p. 120).

³¹ Così L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, Bologna-Roma, 1979, p. 67, il quale pone in evidenza l'infondatezza della tesi sopra richiamata, che, in assenza di una esplicita previsione costituzionale, giungerebbe a riconoscere l'esistenza di due diversi tipi di decreto-legge: il primo, comunemente giustificato da una necessità relativa e in grado di innovare l'ordinamento a livello primario; il secondo, adottato nei soli casi di necessità assoluta al fine di provvedere in via provvisoria a una deroga o sospensione dell'ordine costituzionale. Diversamente, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., pp. 455 ss.,

In secondo luogo, la tesi della necessità assoluta provverebbe troppo, giacché, se portata alle sue estreme conseguenze, renderebbe vano ogni tentativo volto a individuare i limiti alla decretazione d'urgenza. In particolare, non avrebbe senso attribuire ai provvedimenti in questione la forza della legge costituzionale e al contempo limitare detta forza ai soli (temporanei) interventi derogatori o sospensivi della Costituzione: la necessità, che giustificerebbe l'adozione di decreti governativi aventi forza di legge costituzionale, potrebbe, infatti, manifestarsi in maniera tale da richiedere non solo una sospensione o una deroga temporanea della Costituzione, ma anche una sua revisione³². E lo stesso potrebbe dirsi persino nel caso in cui un decreto-legge, in virtù di una così stringente necessità (rappresentata, ad esempio, dall'impossibilità per le Camere di riunirsi), pretendesse di dispiegare i propri effetti anche oltre il termine di conversione, in deroga all'art. 77, secondo comma, Cost.³³. Del resto, questa conclusione sembrerebbe meglio conci-

rileva come, oltre al tipo di decreto-legge costituzionalmente previsto come strumento di chiusura del sistema, sussista un secondo tipo di decreto-legge, frutto dell'abuso che la decretazione d'urgenza ha subito nella prassi e considerato quale strumento alternativo e pienamente concorrenziale alla legge ordinaria. Ad ammettere questa tesi, però, si dovrebbe concludere che il Governo disponga di un potere di normazione dalla duplice funzione: provvedere nelle situazioni ordinarie e affrontare le situazioni straordinarie ed emergenziali. Sul punto cfr. G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 170, che sottolinea come l'indistinto utilizzo del decreto-legge per l'espletamento di funzioni normative ordinarie e straordinarie «darebbe luogo ad una pericolosa confusione tra regime "normale" e di "emergenza"».

³² Così F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 510.

³³ In tal senso, C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 194, osserva come le disposizioni delle moderne Costituzioni che disciplinano le procedure emergenziali «non possono vantare una rigida osservanza, e ciò per la natura stessa delle situazioni di emergenza tale da far loro assumere gli aspetti più imprevedibili». Diversamente, V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, p. 123, afferma che, qualora non si possa intervenire con decreto-legge, occorrerebbe richiamarsi alla figura della necessità, quale fonte legittimante atti governativi *extra-ordinem*. Il che, tuttavia, pare essere eccessivo, giacché, in tal modo, pur cercando di ricondurre le ipotesi di necessità assoluta entro lo schema dell'art. 77 Cost., si finirebbe comunque per riservare al Governo la possibilità (per quanto eccezionale ed estrema) di adottare atti *extra ordinem*. Sul punto cfr. anche C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pp. 274-274; ID., *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, IV, 1960, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, cit., pp. 38 ss., il quale, ipotizza che, nel caso in cui il Governo non possa ricorrere alla decretazione d'urgenza, il Presidente della Repubblica, in qualità di «reggitore dello Stato» durante i periodi di crisi del sistema costituzionale, possa adottare propri provvedimenti volti ad assicurare la salvaguardia e la continuità dell'ordinamento.

liarsi con la funzione del decreto-legge quale strumento di chiusura del sistema che permette di far fronte a *qualunque* situazione straordinaria, prescindendo dai limiti logicamente e preventivamente individuati. Si tratterebbe, invero, di una conclusione non solo paradossale, bensì anche pericolosa, se si considera come, dal punto di vista storico, l'esercizio di un siffatto potere si sia facilmente prestato a continui abusi, che in alcuni casi hanno finito per sovvertire l'intero assetto costituzionale³⁴.

Infine, anche ammettendo che il decreto-legge possa eccezionalmente assumere l'efficacia propria delle leggi costituzionali, rimarrebbe fermo il problema di comprendere quale sia la fonte competente a convertire simili provvedimenti. Infatti, a meno di non ritenere ammissibile che una legge ordinaria possa convertire un provvedimento che eccedesse la sua forza³⁵, non resterebbe che ipotizzare un intervento del legislatore costituzionale; ma, in questo caso, la conversione seguirebbe il procedimento previsto dall'art. 138 Cost. e si spingerebbe oltre il termine dei 60 giorni prescritto, invece, dall'art. 77, terzo comma, Cost. Appare, dunque, evidente come una simile ipotesi non sia in

³⁴ Emblematico è il caso della Costituzione di Weimar, che all'art. 48 attribuiva al Presidente del Reich il potere di sospendere determinati diritti fondamentali al fine di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. Tale articolo che, secondo l'interpretazione autorevolmente fornita da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1984, pp. 156-157, mirava ad instaurare una forma di «dittatura commissaria» (e non anche una «dittatura sovrana»), fu poi nella prassi largamente abusato, al punto da determinare un sovvertimento dell'ordine costituito. Su tale vicenda cfr. per tutti la ricostruzione recentemente offerta da E. DI SALVATORE, *Germania*, cit., p. 30, pp. 33-34.

³⁵ Se così fosse, si dovrebbe ammettere che la legge di conversione sia una fonte *sui generis*, volta ad «integrare la fattispecie dello straordinario strumento di chiusura previsto dalla Costituzione» (così A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria*, cit. p. 12). In tal senso cfr. anche C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., p. 242, a parere del quale la «legge di conversione è una legge tutto affatto speciale, collegantesi al provvedimento del Governo che essa converte e da cui deriva». In senso non dissimile anche V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., p. 125, il quale ritiene che a fronte di un decreto con forza di legge costituzionale, la legge di conversione si limiterebbe a stabilizzare per il solo passato gli effetti derogatori o sospensivi dell'ordine costituzionale (contrariamente a quanto avviene per la conversione di decreti con forza di legge ordinaria, ove il Parlamento può protrarre anche nel futuro gli effetti dei provvedimenti convertiti). In senso contrario, L. PALADIN, *Art. 77*, cit., p. 68, che osserva come una simile interpretazione finisca paradossalmente per affermare l'esistenza di due distinti tipi di legge di conversione (ognuna con effetti differenti a seconda della forza del decreto-legge del quale sia richiesta la conversione).

nessun modo riconducibile allo schema della decretazione d'urgenza delineato dalla Costituzione, mentre il tardivo intervento del legislatore costituzionale, anziché svolgere la funzione costituzionalmente richiesta della conversione in legge del provvedimento governativo, avrebbe semmai come effetto quello di sanare un provvedimento che *ab origine* si presenterebbe come illegittimo.

4.1. Il decreto-legge come strumento di chiusura del sistema normativo primario

Alla luce delle obiezioni esposte, si dovrebbe allora negare al decreto-legge la possibilità di incidere sull'ordine costituzionale, confinandolo la sua funzione di chiusura del sistema al solo livello di normazione primaria. Questa interpretazione troverebbe anzitutto conferma nella natura eccezionale dell'istituto: carattere che emerge chiaramente, oltre che dalla peculiare qualifica dei presupposti costituzionali per l'adozione dei decreti³⁶, anche dalla collocazione che l'art. 77, secondo comma, Cost. riveste all'interno del sistema, in special modo con riguardo al rapporto che esso intrattiene con il suo primo comma. Quest'ultimo, infatti, sancendo il divieto per il Governo di adottare provvedimenti con forza di legge in assenza di una delegazione delle Camere, non fa altro che riaffermare un principio generale (implicitamente deducibile dagli artt. 70 e 76 Cost.), e cioè che l'esercizio della funzione legislativa è riservata alle Camere³⁷. Da questo punto di vista, il secondo comma dell'art. 77 Cost., nell'attribuire al Governo la competenza ad adottare provvedimenti con forza di legge, si propone di derogare al divieto espresso nel primo³⁸. Ciò comporta che l'ambito di applicazione di una competenza eccezionale, seppur deducibile da una «deroga *simultaneamente* disposta»³⁹, non possa essere interpretata estensivamente al

³⁶ L'art. 77, comma 2, Cost., nel prescrivere le condizioni in presenza delle quali il Governo sia legittimato ad adottare decreti-legge, richiede la sussistenza di *straordinari* casi di necessità ed urgenza; il che sembra deporre nel senso della natura eccezionale del potere governativo in questione. Sul punto cfr. le osservazioni avanzate da C. FRESA, *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pp. 52-53.

³⁷ In tal senso, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, p. 83.

³⁸ Il carattere derogatorio dell'art. 77, secondo comma, Cost., è ben messo in evidenza da C. FRESA, *Provvisoria con forza di legge*, cit., pp. 35-36.

³⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 221.

fine di riconoscere ai provvedimenti in questione una forza superiore a quella propria delle leggi ordinarie⁴⁰.

D'altra parte, un'interpretazione rigorosa (e non estensiva) della disposizione in esame, che circoscrive il potere governativo d'urgenza a livello di normazione primaria, sembra meglio accordarsi con il carattere rigido della Costituzione, che è tale – ma il rilievo è fin troppo scontato – per via della previsione di un tassativo procedimento cui ricorrere qualora si volessero introdurre modifiche al testo; e ciò si impone, più in generale, per tutte le ipotesi circoscritte di autorotture della Costituzione⁴¹, la cui portata può essere modificata solo con revisione⁴².

5. La decretazione d'urgenza nelle materie di competenza regionale

La riconduzione della «forza di legge» ex art. 77, secondo comma, Cost. al piano (esclusivo) delle fonti primarie non può, tuttavia, indurre a ritenere che il decreto-legge sia una fonte perfettamente parificata alla legge ordinaria. Sebbene la prassi deponga per il ricorso al decreto-legge come strumento “alternativo” all'esercizio della funzione le-

⁴⁰ Sull'impossibilità di interpretare estensivamente una disposizione dal carattere eccezionale, v. quanto già a suo tempo osservava S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 353.

⁴¹ Sul concetto di autorottura costituzionale cfr. per tutti S.M. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, p. 32.

⁴² In tal senso, si potrebbe perfino dubitare che lo stesso legislatore costituzionale possa estendere la portata dell'art. 77, secondo comma, Cost., attraverso un legge costituzionale di interpretazione autentica. Ed infatti, anche a voler ammettere che al legislatore costituzionale sia riservato il potere di chiarire in via autentica il significato delle disposizioni della Costituzione (S.M. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, cit., p. 25.), occorre osservare come una siffatta legge costituzionale, estendendo l'ambito di applicazione di una norma eccezionale, finirebbe per risolversi in una modifica tacita dello stesso art. 77, secondo comma, Cost.: il che, ovviamente, esporrebbe la stessa legge costituzionale a dubbi di legittimità, qualora si aderisse alla tesi per cui l'art. 138 Cost. contemplerebbe soltanto la possibilità di modifiche espresse al testo costituzionale. Più in generale, sulle complesse problematiche relative all'interpretazione autentica, cfr. C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli atti giuridici*, Roma, 1942, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 375 ss.; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, pp. 138 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pp. 92 ss.

gislativa, la decretazione d'urgenza resta un'attività normativa distinta da quella esercitata dal Parlamento. Ciò lo si ricava non solo dalla differente natura delle due attività (l'una straordinaria, l'altra ordinaria), ma anche dai limiti *propri* cui entrambe soggiacciono.

Ed infatti, se, per un verso, il decreto-legge sembra sottoposto a limiti che non trovano applicazione con riguardo alla legge ordinaria⁴³, per altro verso, esso pare svincolato da taluni limiti cui la legge ordinaria normalmente soggiace. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità per il Governo di intervenire nelle materie riservate alla competenza legislativa delle Regioni. Contro questa conclusione non potrebbe opporsi che il decreto-legge, in quanto atto statale, soggiaccia al regime fissato dall'art. 117 Cost. L'obiezione, infatti, non risolverebbe il problema di comprendere in che modo e con quali poteri sarebbe possibile spiegare l'intervento qualora nelle materie di competenza regionale si manifestassero la necessità e l'urgenza del provvedere, essendo pacifico che l'Esecutivo regionale non dispone di una potestà analoga a quella attribuita al Governo⁴⁴. D'altra parte, a fronte di una emergenza che

⁴³ Limiti specifici al decreto-legge sono dettati dall'art. 16 della legge n. 400 del 1988; si tratta, ovviamente, di limiti previsti da una legge ordinaria, il cui carattere vincolante deve essere valutato positivamente solo ed esclusivamente nella misura in cui si intendano quali limiti «ricognitivi di norme o principi di grado costituzionale, talché la loro violazione comporta automaticamente la violazione della norma o del principio costituzionale al quale si ricollegano» (così S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 299).

⁴⁴ La Corte costituzionale ha da sempre escluso l'ammissibilità di decreti-legge regionali, in ragione dell'assenza di un fondamento costituzionale *ad hoc*. Cfr. in tal senso la celebre sent. n. 50/1959, la quale è stata oggetto di molteplici commenti in dottrina: *ex multis* C. ESPOSITO, *I decreti-legge delle regioni*, in *Giur. cost.*, 1959, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, IV, Napoli, 1999, pp. 49 ss.; M. SCUDIERO, *Ancora in tema di decreti-legge regionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, n. 2/1960, pp. 160 ss. Sul punto v. anche le osservazioni avanzate da V. CRISAFULLI, *Sull'ammissibilità dei decreti-legge regionali*, in *Rass. parl.*, n. 1/1959, pp. 3 ss., p. 11, il quale ha prospettato l'esistenza di un «principio generale, autorizzante, nel ricorrere di situazioni di urgente necessità, determinati organi esecutivi a sostituirsi provvisoriamente agli organi deliberativi, con i quali essi stanno in un certo stabile e ben caratterizzato rapporto». Si tratterebbe, in altri termini, di un principio immanente al sistema che, seppur consacrato nell'art. 77, secondo comma, Cost. con riferimento al Governo statale, sarebbe suscettibile di applicazione analogica anche con riferimento agli Esecutivi regionali, legittimando in tal modo l'adozione di decreti-legge da parte delle Giunte regionali. Questa (suggestiva) tesi non è stata seguita dalla giurisprudenza successiva, la quale ha ripetutamente sottolineato come le disposizioni costituzionali che ammettono l'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo (artt. 76 e 77 Cost.), in ragione del loro carattere eccezionale,

concernesse sì una materia di competenza regionale, ma che coinvolgesse (il territorio di) più Regioni, queste, isolatamente considerate, non sarebbero in condizione di porvi rimedio attraverso l'ordinario esercizio della funzione legislativa⁴⁵. Vero è che la Costituzione, all'art. 120, secondo comma, contempla la possibilità per il Governo di sostituirsi alle Regioni; tuttavia, pare lecito dubitare che un siffatto potere abbia ad oggetto (anche) la funzione legislativa regionale⁴⁶.

Quel che c'è di vero è che l'obiezione muove da un autentico postulato di fondo che intravede nella decretazione d'urgenza la medesima *ratio* sottesa all'esercizio della funzione legislativa ordinaria del Parlamento⁴⁷; il che, però, non sembra condivisibile: un conto è l'esercizio della *ordinaria* funzione legislativa, con il quale il Parlamento è tenuto al rispetto del riparto della competenza fissato dall'art. 117 Cost., altro è l'esercizio di una *straordinaria* funzione legislativa, con il quale il Governo pone rimedio a casi di necessità e urgenza attraverso il decreto-legge⁴⁸. In quest'ultima evenienza, l'adozione di provvedimenti provvisori che trascendano il riparto di competenze *ex art.* 117 Cost.

non possono essere estese alle Regioni: v. sentt. n. 32/1961, n. 69/1983, n. 221/1992. Sulla problematica degli atti regionali aventi forza di legge, v. ora A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La legge regionale nei nuovi statuti*, in R. BIFULCO (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, pp. 194 ss.; G. LAVAGNA, *Gli atti aventi forza di legge e le Regioni*, Bari, 2019.

⁴⁵ Sul punto cfr. A. CONCARO, *I casi straordinari di necessità e d'urgenza nelle materie di competenza regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 4/2002, p. 3149, la quale, nell'ipotesi di una gestione delocalizzata dell'emergenza, prefigura il rischio di una serie di interventi frammentati, incompatibili e che non siano in grado di dare una risposta adeguata alla situazione emergenziale. Ciò, del resto, è quanto si è verificato durante l'esperienza pandemica, ove le autorità regionali, nell'esercizio delle loro funzioni amministrative, hanno adottato ordinanze che si sono sovrapposte ai provvedimenti emergenziali statali, finendo così per «compromettere la strategia unitaria di gestione della crisi» (così V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 11, cui si rinvia anche per una puntuale ricostruzione della gestione normativa dell'emergenza da Covid-19). Per un'analisi specifica delle ordinanze regionali adottate nella prima fase pandemica, specie sotto il profilo quantitativo, v. la ricostruzione offerta da M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, n. 1/2020, pp. 7-8.

⁴⁶ Sul punto v. *infra*, par. 6.

⁴⁷ Così E. DI SALVATORE, *Il Consiglio regionale abruzzese in regime di prorogatio*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, p. 799.

⁴⁸ In tal senso, A. CONCARO, *I casi straordinari di necessità e d'urgenza*, cit., p. 3153, rileva che i presupposti straordinari di necessità ed urgenza fonderebbero un

sarebbe legittima: non già in virtù di una presunta «forza di legge costituzionale» che consentirebbe al decreto-legge di derogare a tutte le norme costituzionali (ivi comprese quelle che fissano il riparto di competenza tra Stato e Regioni)⁴⁹, bensì in ragione del fatto che il provvedimento governativo sarebbe da qualificare come strumento di chiusura del sistema normativo a livello primario. L'art. 77 Cost., in altri termini, fonderebbe una competenza eccezionale del Governo ad esercitare la funzione legislativa (di rango primario e non costituzionale) propria del Parlamento e dei Consigli regionali⁵⁰: analogamente a quanto accade con la delega legislativa (art. 76 Cost.), oggetto della previsione costituzionale di cui si discorre è unicamente l'esercizio (provvisorio) della funzione legislativa e non già la titolarità della stessa.

5.1. I limiti all'adozione e alla conversione del decreto-legge incidente nelle materie di competenza regionale

Certo è che da un simile approccio discendono problemi assai rilevanti. In via preliminare, è stato messo in evidenza che, ammettendo decreti-legge su materie di competenza regionale, si incorrerebbe nel rischio che il Governo possa abusare del decreto-legge, interferendo illegittimamente negli affari delle Regioni. Se così fosse, il decreto-legge cesserebbe di essere uno strumento di chiusura del sistema, risolvendo

preciso titolo di legittimazione dello Stato a intervenire «indipendentemente dalla natura e dalla spettanza della materia coinvolta».

⁴⁹ Questo approccio è stato sostenuto a suo tempo da V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, p. 136 ss. e più recentemente affacciato da E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materia di competenza regionale. Spunti di riflessione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2003, pp. 3986 ss.

⁵⁰ Sul punto cfr. le osservazioni a suo tempo avanzate da C. LAVAGNA, *Inammissibilità dei decreti legge regionali*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, 1960, p. 1112, il quale afferma come l'attribuzione di competenze legislative in favore delle Regioni operi all'interno dell'ordinario sistema legislativo, rimanendo così impregiudicata la funzione legislativa straordinaria attribuita al Governo, da intendersi quale «unico organo atto, in sede nazionale, a provvedere». La tesi, secondo cui, in casi di necessità ed urgenza, il Governo sia il solo ed unico soggetto costituzionalmente competente a intervenire a livello di normazione primaria è stata sostenuta anche da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, pp. 331-332, e più di recente ripresa da M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, fasc. 1/2021, p. 335, per giustificare la possibilità per il Governo di intervenire in situazioni emergenziali e disciplinare ambiti materiali attribuiti alla competenza delle Regioni.

dosi in un espediente con cui lo Stato attrae entro la sua competenza tutto ciò che non potrebbe darsi attraverso l'esercizio dell'ordinaria funzione legislativa. Si è pertanto sostenuto che l'adozione di decreti-legge in materie di competenza regionali sarebbe circoscritta ai soli casi di *oggettiva necessità*, non residuando in capo al Governo alcun margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei presupposti⁵¹. Una simile condizione, tuttavia, non rappresenta un limite specifico per i decreti incidenti nelle materie regionali: il ricorso alla decretazione d'urgenza scontrerebbe sempre una simile condizione, a prescindere dalla materia coinvolta. Se, infatti, si considera il decreto-legge come uno strumento emergenziale, è chiaro che la valutazione in ordine alla sussistenza dei casi straordinari di necessità ed urgenza debba essere condotta in modo oggettivo. Ciò, del resto, sarebbe confermato anche dalla Corte costituzionale, la quale annovera tra i vizi del decreto-legge non solo la «evidente mancanza» dei presupposti di necessità e di urgenza, ma anche la «manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione»⁵².

Maggiormente problematica appare, invece, la questione riguardante la conversione di simili provvedimenti, posto che il Parlamento, nell'esercizio ordinario delle sue funzioni, è tenuto al rispetto del riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni. Da questa circostanza, tuttavia, non può dedursi l'inammissibilità di decreti-legge incidenti nelle materie di competenza regionale: se si ritenesse, infatti, che il decreto-legge possa avere ad oggetto solo ciò che è nella disponibilità della legge dello Stato, si finirebbe ancora una volta per assimilare la decretazione d'urgenza all'attività legislativa ordinaria del Parlamento.

L'impostazione, invero, va rovesciata: poiché la conversione rientra nel complesso procedimento disciplinato dall'art. 77 Cost., tutto ciò che è disponibile con decreto-legge può essere oggetto di conversione da parte del Parlamento. Il che ovviamente non esclude che sussistano limiti ai poteri del Parlamento in sede di conversione: dalla incompetenza dello Stato a incidere sulle materie regionali si ricava anche il limite entro il quale il Parlamento può legittimamente procedere alla conversione di un decreto-legge avente ad oggetto materie riservate alla competenza legislativa delle Regioni. In una evenienza siffatta, la

⁵¹ A. CONCARO, *I casi straordinari di necessità e d'urgenza*, cit., p. 3154.

⁵² Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sentt. n. 170/2017, n. 287/2016, n. 10/2015.

legge di conversione dovrebbe limitarsi a convertire il decreto-legge senza poter introdurre emendamenti al contenuto del provvedimento⁵³: questi, in assenza dei presupposti richiesti dall'art. 77 Cost., renderebbero la legge di conversione illegittima per lesione della competenza regionale⁵⁴.

Una conclusione non dissimile dovrebbe darsi anche nell'ipotesi in cui l'intervento del Parlamento fosse indirizzato a «regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti» ai sensi dell'art. 77, terzo comma, Cost.; in questo caso, la legge sarebbe illegittima per invasione della competenza della Regione: valutazione, questa, che spetterebbe unicamente al Consiglio regionale⁵⁵.

In conclusione, deve ammettersi che, a fronte di un intervento del Governo nelle materie di competenza regionale, il Parlamento sia chiamato unicamente a convertire in legge il decreto dell'Esecutivo. La conversione avrebbe come unico effetto quello di stabilizzare l'ef-

⁵³ Cfr. in tal senso E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materia di competenza regionale*, cit., p. 3988; E. DI SALVATORE, *Il consiglio regionale abruzzese*, cit., p. 799.

⁵⁴ Il problema invero potrebbe darsi qualora gli stessi emendamenti poggiassero sui presupposti straordinari di necessità ed urgenza. In tal caso, occorre comprendere se il Parlamento possa emendare il contenuto del decreto-legge o se la relativa disciplina debba essere introdotta dallo stesso Governo con un ulteriore decreto-legge. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare che qualora in sede di conversione si manifestasse l'urgenza del provvedere, il Parlamento potrebbe intervenire attraverso emendamenti al decreto. In tal caso, la legge di conversione avrebbe natura cedevole, posto che la Regione potrebbe sempre riesercitare la sua competenza. Una simile conclusione, tuttavia, non sembrerebbe convincente atteso che realizzerebbe una forma di competenza concorrente non contemplata dal nostro ordinamento: la Costituzione italiana non prevede un'ipotesi analoga a quella dell'art. 72 GG, che, sulla scorta della *ordinaria necessità*, legittima il Bund ad intervenire nelle materie di competenza dei Länder e rispetto alle quali i Länder, per poter riesercitare la propria competenza, necessitano di apposita autorizzazione legislativa. In realtà, qualora si manifestasse la necessità e l'urgenza del provvedere, l'unico soggetto legittimato ad intervenire al di fuori dell'ordinario sistema delle competenze è il Governo e non anche il Parlamento. Ciò lo si ricava proprio dal fatto che l'art. 77, secondo comma, Cost. attribuisce al Governo uno strumento di chiusura del sistema. Il che, ovviamente, non esclude che quest'ultimo resti responsabile dinanzi al Parlamento per l'intervento spiegato.

⁵⁵ Del resto, secondo il tradizionale insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 97-98, la *ratio* dell'art. 77, terzo comma, Cost., non è quella di ribadire l'ovvio, e cioè che il Parlamento possa esercitare una funzione legislativa, bensì di escludere che possa farlo il Governo: e questo *a fortiori* vale anche nel caso di intervento nelle materie di competenza regionale.

ficacia del provvedimento, nell'attesa che le Regioni intervengano con propria disciplina legislativa. In questo senso, non già la legge di conversione, bensì il decreto-legge si configurerebbe come un atto "cedevole" rispetto al successivo intervento del legislatore regionale.

6. Il decreto-legge e il potere sostitutivo del Governo

L'interpretazione sopra esposta dell'art. 77, secondo comma, Cost. sconta un ulteriore problema: occorre chiedersi se il ricorso al decreto-legge nelle materie di competenza regionale debba seguire le forme e le modalità previste per l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo ai sensi dell'art. 120 Cost. In esso si prevede che, in presenza dei casi tassativamente elencati, il Governo possa sostituirsi agli organi delle Regioni e delle autonomie locali, secondo procedure disciplinate dalla legge statale e informate al rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, si tratterebbe di uno strumento dal «carattere straordinario» volto a far fronte a «emergenze istituzionali di particolare gravità, che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica»⁵⁶. Entro questa prospettiva, si potrebbe finanche pensare che il legislatore costituzionale abbia voluto introdurre una norma di chiusura del nuovo sistema di riparto delle competenze tra l'autorità centrale e le autonomie locali⁵⁷. Ciò che, tuttavia, appare ancora una volta problematico è il livello su cui detto istituto è chiamato ad operare. L'ambigua formulazione della disposizione in esame, infatti, non chiarisce se la sostituzione sia limitata alla sola attività amministrativa o se riguardi, invece, anche l'attività normativa di rango primario. Da questo punto di vista, l'art. 120, secondo comma, Cost.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 43/2004, la quale è stata oggetto di molteplici commenti in dottrina: cfr. *ex plurimis* G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni tra inevitabili forzature ed evitabili incoerenze*, in *Giur. cost.*, n. 1/2004, pp. 609 ss.; M. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2005, pp. 819 ss. Sul carattere straordinario del potere sostitutivo v. anche C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, pp. 60 ss.

⁵⁷ In tal senso, C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, n. 5/2001, p. 198.

non qualifica l'atto di sostituzione del Governo, né indica quali siano gli organi della Regione al quale il Governo possa sostituirsi. Sicché, nel silenzio della Costituzione, si potrebbe immaginare che il Governo sia autorizzato a esercitare il potere sostitutivo anche con riguardo alla funzione legislativa dei Consigli regionali⁵⁸. Ma se così fosse, occorrerebbe anche comprendere quale natura abbia l'atto di sostituzione del Governo e come tutto questo si possa conciliare con il diverso potere di decretazione d'urgenza che l'art. 77 riserva al Governo.

Ebbene, si potrebbe ipotizzare che l'art. 120, secondo comma, Cost., nel consentire la sostituzione anche in via legislativa, abbia implicitamente introdotto nel sistema un atto avente forza di legge ulteriore rispetto al decreto-legge⁵⁹. Questa conclusione non sarebbe però priva di inconvenienti, dovendosi allora ritenere che, nei casi previsti dall'art. 120, secondo comma, Cost., il Governo sia abilitato all'intervento non con decreto-legge, bensì con un diverso atto normativo (non necessariamente provvisorio) adottato secondo la disciplina recata dalla legge n. 131 del 2003: un procedimento che non prevede alcun intervento del Parlamento, ma solo il coinvolgimento dell'ente nei confronti del quale viene operata la sostituzione, secondo una logica ispirata al principio di leale collaborazione. La tesi, per quanto suggestiva, non pare, però, condivisibile. Essa, in particolare, si fonderebbe su un'interpretazione estensiva dell'art. 120 Cost., volta a conferire al Governo una competenza (legislativa) di cui è generalmente sprovvisto. Come si è detto sopra, dal complessivo assetto costituzionale emerge chiaramente il fondamentale divieto per il Governo di esercitare, al di fuori dei casi espressamente previsti, la funzione legislativa. Ne consegue che le eccezioni al divieto devono essere espressamente contemplate (come del resto avviene nel caso del decreto-legge), non potendo essere ricavate in via implicita da alcuna disposizione costituzionale⁶⁰.

⁵⁸ Sulla possibilità di una sostituzione con riguardo alle funzioni legislative regionali cfr. *ex multis* G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004, pp. 2004 ss.; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni*, cit., pp. 616-617; in senso problematico sulla questione v. anche P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, p. 1229.

⁵⁹ Spunti in tal senso sono offerti da A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 347, il quale, tuttavia, pone in evidenza le criticità di una simile interpretazione.

⁶⁰ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 347; G. SCACCIA, *Il potere di sosti-*

Diversamente, è stato sostenuto che l'art. 120, secondo comma, Cost., pur ammettendo una sostituzione in via legislativa, non intenda affatto introdurre un nuovo atto avente forza di legge e che consenta, semmai, che l'esercizio del potere sostitutivo possa darsi ricorrendo al decreto-legge⁶¹. Questa interpretazione, oltre ad essere stata incidentalmente affacciata dalla stessa Corte costituzionale⁶², ha trovato occasionalmente riscontro anche nella prassi⁶³. Se così fosse, però, il decreto-legge cesserebbe di essere uno strumento di chiusura del sistema, giacché l'ammissibilità della decretazione d'urgenza in materia regionale deriverebbe dall'interpretazione sistematica degli artt. 77 e 120,

tuzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 892-893.

⁶¹ In tal senso, G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo*, cit., p. 2008. In particolare, E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003, p. 239, osserva come il ricorso al decreto-legge consenta di ricondurre l'esercizio della funzione legislativa sostitutiva entro il circuito democratico-rappresentativo, attraverso l'intervento del Parlamento in fase di conversione del decreto. Ad una medesima conclusione pare giungere anche A. CERRI, *Alla ricerca dei ragionevoli principi della riforma regionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, p. 211. Sul punto v. anche Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (dir. cost.)*, in *Digesto discipl. pubbl.*, Aggiornamento III, II, Torino, 2008, pp. 659 ss.

⁶² Si tratta della nota sentenza n. 361/2010, in cui la Corte, al punto 5 del Considerato in diritto, affaccia un'interpretazione dell'art. 120, secondo comma, Cost. tale «da legittimare il potere del Governo di adottare atti con forza di legge in sostituzione delle leggi regionali [...], tramite l'esercizio in via temporanea dei propri poteri di cui all'art. 77 Cost.». Per un commento alla decisione, v. V. TAMBURRINI, *Sull'esercizio in forma indiretta dei poteri sostitutivi statali. Lo strano caso della legge commissariale*, in *Rass. parl.*, n. 2/2011, pp. 378 ss.

⁶³ Si veda, ad esempio, il decreto-legge n. 86 del 2020, con il quale il Governo è intervenuto in sostituzione del legislatore regionale pugliese al fine di porre rimedio al ritardo di quest'ultimo nell'adeguamento della legge elettorale regionale ai principi legislativi statali che impongono la "doppia preferenza di genere". In tal caso, l'adozione del decreto-legge è stata preceduta dalla messa in mora della Regione Puglia ai sensi della procedura sostitutiva contemplata dall'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003. Sulla vicenda cfr. per tutti P. COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2020, pp. 3 ss. Per ulteriori casi di decreti-legge sostitutivi adottati ai sensi dell'art. 120 Cost., cfr. D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto-legge n. 86 del 2020*, in *Nomos*, n. 3/2020, p. 5, nt. 11.

secondo comma, della Costituzione⁶⁴. Con l'ulteriore conseguenza che il decreto sarebbe sottoposto a limiti ulteriori rispetto a quelli fin qui esposti: la necessità e l'urgenza del provvedere dovrebbero unicamente riguardare i casi tassativamente previsti per la sostituzione e l'adozione del decreto dovrebbe avvenire secondo procedure tali da garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 120 Cost.⁶⁵.

Tuttavia, anche una prospettiva siffatta non sarebbe priva di incertezze. In particolare, un'interpretazione sistematica dell'art. 77 e dell'art. 120 Cost. finirebbe per sovrapporre attività governative di natura diversa: un conto, infatti, è il potere sostitutivo che il Governo esercita in casi tassativamente elencati e non necessariamente connessi al presupposto dell'urgenza; altro è la decretazione d'urgenza, che, riferendosi ad innominate situazioni emergenziali, potrebbe riguardare anche ipotesi differenti da quelle elencate dall'art. 120, secondo comma, Cost.; senza contare che il carattere urgente del decreto renderebbe difficoltoso il rispetto delle procedure ispirate al principio di leale collaborazione. Ciò risulta particolarmente evidente prendendo in considerazione i procedimenti sostitutivi disciplinati dalla legge n. 131 del 2003. L'art. 8, primo comma, di questa subordina l'adozione dei provvedimenti sostitutivi del Governo all'espletamento di una preliminare procedura, la quale, essendo articolata in fasi informate alla collaborazione (come la diffida ad adempiere entro un congruo termine e l'audizione dell'ente interessato), mal si concilia con il carattere indifferibile della decretazione d'urgenza⁶⁶. E lo stesso dovrebbe dirsi

⁶⁴ In tal senso, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, il quale criticamente afferma come il decreto-legge sostitutivo sarebbe «un atto profondamente diverso dal decreto-legge dell'art. 77, diversità che nasce da una combinazione tra questo articolo e l'art. 120».

⁶⁵ Sul punto cfr. M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della Regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1199, secondo il quale il Governo nell'esercitare la funzione sostitutiva tramite il ricorso al decreto-legge «è tenuto a rispettare non solo la disciplina di cui all'art. 77 Cost., ma anche quella – sostanziale e procedurale – contenuta nell'art. 120, comma 2, Cost.».

⁶⁶ In tal senso, G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa*, cit., p. 886; *contra*: G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo*, cit., p. 2009, a parere del quale la necessità e l'urgenza del provvedere potrebbero manifestarsi a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato ai sensi dell'art. 8, comma 1 della legge n. 131 del 2003. In tal caso, la fase preliminare del procedimento sostitutivo resterebbe, come lo stesso Autore ammette, «del tutto estranea rispetto al procedimento di formazione del decreto-legge». Ciò che tuttavia non si comprende è se il decreto-legge sostitutivo, in caso

anche per la previsione di cui all'art. 8, comma 4, ove si richiede che i provvedimenti adottati in casi di assoluta urgenza siano immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni, che può richiederne il riesame: anche in questo caso, il procedimento di riesame – che normalmente integra il regime degli atti amministrativi – mal si concilia con provvedimenti di tipo legislativo e, in particolar modo, con il decreto-legge⁶⁷.

Altra dottrina, invero, ha sostenuto che il principio di leale collaborazione potrebbe essere soddisfatto, non già attraverso tali procedure, bensì con la partecipazione del Presidente della Giunta regionale interessata alla seduta del Consiglio dei Ministri in cui sia deliberata l'adozione del decreto-legge sostitutivo⁶⁸. A tal proposito, si è osservato come una simile previsione non realizzi appieno un significativo momento collaborativo, che a stretto rigore implicherebbe un più stringente coinvolgimento della Regione interessata al procedimento di adozione del provvedimento sostitutivo⁶⁹. Del resto, non potrebbe che essere così: la decretazione d'urgenza, in quanto strumento emergenziale, non sembra lasciare spazio alla collaborazione.

La verità è che uno strumento di chiusura del sistema è tale in quanto possiede una sua autonoma disciplina. Ne consegue che la de-

di mancato espletamento della fase preliminare, possa essere considerato legittimo o meno. Delle due, l'una: o si ammette, con tutte le difficoltà sopra accennate, che la fase preliminare integri il procedimento di formazione del decreto-legge, di guisa che il suo mancato espletamento determini un vizio (procedurale) dell'atto; oppure si ritiene che la fase preliminare prevista dal procedimento sostitutivo sia del tutto indifferente ai fini dell'adozione del decreto-legge sostitutivo. Se così fosse, allora si dovrebbe dedurre che il decreto-legge sia in grado di intervenire di per sé e, dunque, a prescindere dalla previsione di cui all'art. 120 Cost., nelle materie di competenza regionali.

⁶⁷ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 354; e così anche G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione*, cit., pp. 886-887, il quale ipotizza, non senza incertezze, che la richiesta di riesame potrebbe avvenire attraverso una proposta emendativa, che il Governo sarebbe vincolato a presentare in sede di discussione del disegno di legge di conversione del decreto-legge.

⁶⁸ V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012, p. 128; e così anche A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 10, nt. 34, il quale, seguendo questa linea interpretativa, ipotizza che nel caso di un decreto-legge sostitutivo che riguardasse tutte le Regioni, alla seduta del Consiglio dei Ministri, dovrebbe prendere parte il Presidente della Conferenza delle Regioni.

⁶⁹ Così M. MICHETTI, *Titolo V e potere sostitutivo statale. Profili ricostruttivi ed applicativi*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020, p. 334.

cretazione d'urgenza è soggetta a *propri e specifici* limiti (sostanziali e formali), non potendosi diversamente estendere al decreto-legge alcuna condizione di validità (anche di natura procedimentale) prevista per l'espletamento di altre e diverse funzioni governative.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il decreto-legge si è affermato storicamente come uno strumento di chiusura del sistema, in grado di far fronte a qualunque situazione straordinaria, anche in relazione al piano costituzionale. Il presente lavoro si propone di indagare se ed entro quale misura la decretazione d'urgenza possa continuare ad assolvere a tale originaria funzione con riferimento all'ordinamento repubblicano, informato, com'è noto, a una nuova legalità costituzionale. Entro questa prospettiva, si intende comprendere quali siano i limiti cui soggiace la decretazione d'urgenza e se essa possa legittimamente incidere nelle materie di competenza regionale.

EN

Historically, the decree-law has established itself as a closing system instrument, able to regulate any extraordinary situation, even at the constitutional level. The article intends to investigate whether and within what limits the decree-law can continue to perform this original function within the republican system, informed, as is known, by a new constitutional legality. Within this perspective, the contribution aims at analysing the limits to which the decree-law is subject and understanding whether it can legitimately affect regional competence matters.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)