

**LEGGE-PROVVEDIMENTO, PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO E DEMOCRAZIA
PARTECIPATIVA: IL FUOCO, IL VERTICE E LA DIRETTRICE DELLA PARABOLA (ASCENDENTE?)
DELLA RISERVA DI AMMINISTRAZIONE.**

di

Annamaria Ciccariello

*(Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico e costituzionale Università degli Studi di Napoli
Federico II)*

(3 novembre 2009)

*«...Dibattiti, dibattiti, tanto, infame,
non mi sfuggirai! Fate che mai venga
il giorno, o dèi, che da me lui si stacchi
ed io da lui!». Accolsero gli dèi i suoi
voti: i due corpi uniti si fondono
annullandosi in un'unica figura...».*

Ovidio, Metamorfosi IV

Sommario.

- 1. Le coordinate. - 2. Il piano cartesiano. Le teorie sulla generalità e astrattezza delle norme legislative. - 3. ...e la "norma" e il "provvedimento" si fusero insieme in un'unica figura: Ermafrodito giuridico nella sentenza della Corte costituzionale n. 137/09. - 4. Riflessioni «inclusive».

1. Le coordinate:

Talvolta la pretesa spinoziana di una dogmatica giuridica *more geometrico demonstrabilis* si rivela un'efficace similitudine per descrivere la granitica solidità degli orientamenti della Corte costituzionale in ordine ad alcuni temi che potremmo definire "classici" del diritto costituzionale: generale ammissibilità delle leggi-provvedimento¹ e l'impossibilità di far assurgere dignità di principio costituzionale al giusto procedimento², sono tra questi.

¹ E' quanto emerge dalla cospicua giurisprudenza della Consulta, le cui argomentazioni si fondano anche sull'inconfigurabilità di limiti opponibili al legislatore ordinario, diversi da quelli formali, atteso che la Costituzione non prescrive né il contenuto sostanziale, né i caratteri essenziali dei precetti legislativi. Cfr. *ex plurimis* le sentenze n.59 del 1957, in *Giur. cost.* 1957, con osservazione di S. BARILE, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, pp. 676 e ss., n. 60 del 1957, n. 143/89, n. 248/95, n. 347/95 e le recenti sentenze n. 267/07, n. 241/08, 288/08 e n. 137/09 e sulla possibilità di estendere la giustificazione anche agli atti legislativi «quasi-provvedimentali» cfr. sent. Corte cost. n. 35/04. In dottrina, per le diverse declinazioni dell'espressione «legge-provvedimento» i riferimenti sono principalmente a C. MORTATI, *Le leggi-provvedimento*, Giuffrè, Milano 1968; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir.cost.)*, in *Enc. Dir.* XVII, Milano 1968, pp. 925 ss.; E. FORSTHOFF, *Le leggi-provvedimento* (1955), ora in ID.

La statica equidistanza della Consulta da possibili innovazioni interpretative sui due argomenti, si colloca in un panorama giurisprudenziale finalizzato, con ogni evidenza, a ostracizzare dall'ordinamento vigente l'introduzione dell'istituto della riserva di amministrazione³ e le implicazioni sistemiche da esso derivanti, tra le quali figurerebbero tra l'altro, la diminuzione del contenzioso dalla giurisdizione di legittimità costituzionale e un aumento per quella di legittimità *tout court*.

La presenza di un atto solo formalmente legislativo⁴ che allo stesso tempo «previamente dispone e concretamente provvede», secondo la fortunata espressione di Crisafulli⁵, non è mai stata oggetto di sostanziali ripensamenti nella giurisprudenza costituzionale, nonostante le riflessioni della dottrina si siano concentrate sulle disparate questioni strutturali alla natura intuitivamente atipica di questa fonte e con particolare rigore alle problematiche relative alle garanzie giurisdizionali⁶, qualitativamente e strutturalmente diverse, da riservare ai destinatari delle leggi-provvedimento; alla

Stato di diritto in trasformazione, Milano 1973; R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. Dir. Pubb.* 1999, pp. 915 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

² V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.* 1962, pp. 130 ss.; A. FRANCO, *Leggi-provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine alla innovativa sent. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.* 1989, pp. 1041 ss.; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/1987, p. 47 ss.

³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1966; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano 1996; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione e verso l'amministrazione. Atti del XLVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 75 ss.

⁴ La distinzione tra leggi in senso formale e leggi in senso sostanziale, negata da C. Esposito, è sorta nella giuspubblicistica dell'area germanica nella seconda metà del XIX secolo, a seguito del conflitto tra il *Landtag* e l'esecutivo guidato da Bismark, sull'efficacia da attribuire alla legge di approvazione del bilancio, al fine di sostenere la presenza di limiti per il potere legislativo in materia di conti presentati dal governo. C. ESPOSITO, *Legge*, voce del *Nuovo Digesto Italiano*, vol.III, Torino 1938, pp.721 ss., cfr. inoltre E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano 1968; anche MORTATI accoglie la partizione tra «leggi formali e sostanziali», cfr. *Le leggi-provvedimento*, cit. p.125, ulteriori riferimenti bibliografici in F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, pp. 885 ss.; G.U. RESCIGNO, *Rinascere la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.* 1999, p.2013.

⁵ In aperta polemica con Fois - il quale ritiene «soddisfatto il principio di legalità anche qualora la legge abbia contenuto singolare o addirittura concreto essa stessa (persino l'atto applicativo di una legge provvedimento è da questa vincolato ed a questa raffrontabile)» - Crisafulli considera la distinzione tra il previo disporre e il concreto provvedere la *ratio* del principio di legalità e della riserva di legge, prima e più sicura garanzia delle libertà individuali, che «si svuoterebbero, riducendosi a mere parvenze, ove non implicassero altresì - almeno in linea di principio e salvo ben delimitate eccezioni, oggettivamente giustificate - riserva di norma (generale) ed esigenza di previa norma (anche qui, generale) come presupposto del concreto operare dei pubblici poteri.» cit. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, VI ed. CEDAM, Padova 1993, cit. p.29. *contra* S. FOIS, *Irretroattività, astrettezza e limiti della legge regionale* in V. CRISAFULLI, op. ult. cit. Sull'assenza della distinzione tra astratta previsione e concreto provvedere nella Costituzione italiana cfr. C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Sub art.97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994.

⁶ In tal senso cfr. L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.* 1986, pp. 1488-1493, in nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 190/89; P. FALLETTA, *Leggi-provvedimento e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.* 2002, a commento della decisione n. 429/02; R. RUSSO, *Alcune considerazioni in tema di garanzie giurisdizionali e sindacato di costituzionalità su «leggi concrete»*, in *Giur. cost.* 2003, nota alla sentenza n. 47/03.

difficoltà di coordinare le interferenze che si creano tra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa, nelle ipotesi di leggi-provvedimento *supervenientes* rispetto alla decisione del giudice amministrativo⁷; alla potenziale violazione del principio di eguaglianza e, soprattutto, di ragionevolezza, insita nell'adozione di qualsivoglia previsione legislativa che manchi dei requisiti della generalità e dell'astrattezza⁸.

⁷ Una vicenda molto particolare ha riguardato l'approvazione in forma legislativa di atti amministrativi prodromici adottati in violazione delle norme sul procedimento: con due pronunce opposte (la n. 225 del 1999 e la 241 del 2008) la Corte costituzionale è intervenuta su tema della effettività della tutela nella sede incidentale, precisamente, sulla perdurante sindacabilità dell'atto amministrativo prodromico in sede amministrativa.

In un primo momento con la sentenze nn. 225 e 226 del 1999, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità sollevata rispetto agli artt. 3, 24, 42, 97, 101 Cost. nella parte in cui prevedevano l'approvazione con legge del Piano territoriale di coordinamento (PTC), e ne disciplinavano il procedimento e gli effetti, a causa di una interpretazione non conforme a Costituzione, con «conseguente esclusione di qualsiasi possibilità di violazione dei principi costituzionali invocati, ivi compreso quello attinente alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi relativi all'iter di formazione ed adozione del piano territoriale». Le norme denunciate, in vero, prevedevano *due fasi autonome*, aventi natura e finalità diverse, «l'una, amministrativa, con le garanzie proprie del giusto procedimento, e l'altra, legislativa, di mera approvazione del piano» e che, quindi, la legge regionale di mera approvazione del piano del parco non avrebbe attribuito un significato di conversione dell'atto contenente la pianificazione del parco, cosicché gli eventuali vizi della delibera di adozione del piano e le eventuali violazioni dello specifico procedimento amministrativo di formazione, adozione, verifica e partecipazione non si sarebbero sottratti all'ordinario sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative inerenti situazioni giuridiche soggettive.

Successivamente, con la sentenza n. 241/08 la Corte costituzionale «corregge il tiro» e riporta la decisione nel coro della giurisprudenza segnata dalle sentt. n. 62/1993, n. 143/1989, n. 59/1957, sulla cd. «prevalenza del criterio formale» precludendo, così, il sindacato da parte del giudice amministrativo dopo la legificazione dell'atto da parte della P.A. e, argomentando intorno al presupposto che la giurisprudenza amministrativa maggioritaria «non aderiva» alla tesi della perdurante sindacabilità, nel punto 6. del *Considerato in diritto*, si legge che: «nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi della Regione Puglia 10 luglio 2006, n. 20, 28 maggio 2007, n. 13 e 26 ottobre 2006, n. 30, relative ad altrettanti parchi naturali regionali, va disattesa l'eccezione di inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza, per asserita perdurante sindacabilità degli atti amministrativi, nonostante la loro avvenuta approvazione con legge regionale. In caso di leggi-provvedimento volte a "legificare" scelte che di regola spettano alla autorità amministrativa, infatti, la tutela dei soggetti incisi da tali atti viene a connotarsi, stante la preclusione di un sindacato da parte del giudice amministrativo, secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale.»; Cfr. A. CARDONE, *L'urgenza dell'overruling: i rapporti tra giurisdizione amministrativa e costituzionale in materia di aree regionali protette tornano nell'alveo della giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, in www.federalismi.it; G. MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, in *Foro Amministrativo CdS*, 2003, in nota a Consiglio di Stato, IV, 11 marzo 2003 n. 1321.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, introduzione al volume P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Bari 2008, il quale riporta parte del testo inedito di una conferenza che Pietro Calamandrei pronunciò nel gennaio 1940: «La legge *generale e astratta* significa che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca; che esso non può essere affermato in me senza esser affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa. Nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno. Attraverso l'astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte».

La mancanza delle garanzie *procedimentali* che assistono il provvedimento, prima fra tutte la mancata partecipazione individuale dei soggetti destinatari e l'assenza della motivazione della legge costituisce, attualmente, uno dei profili più fecondi per una riflessione.

Ad ogni modo, il dibattito si generò, com'è noto dai decreti legislativi d'esproprio previsti dalle leggi *Sila* e *Stralcio*⁹, attuativi della cd. riforma fondiaria degli anni '50 del secolo scorso e si arrestò dinanzi alle perentorie statuizioni della Corte costituzionale di quel tempo¹⁰, sintetizzabili nella n. 60 del 1957; per riapparire di recente a proposito della vicenda relativa all'espropriazione per pubblica utilità del Teatro Petruzzelli di Bari, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art.18, commi 2 e 3, del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 e dell'art. 2, commi 105 e 106, dello stesso decreto-legge, nel testo sostituito, in sede di conversione, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286 (Sentenza Corte cost. n. 128 del 2008).¹¹

2. Il piano cartesiano. Teorie sulla generalità e astrattezza delle norme legislative.

In effetti, le forti interconnessioni e i postulati che si sono generati, quasi in maniera autoreferenziale, tra la concezione della legge come fonte di precetti giuridici "generali e astratti" e le tematiche relative alla garanzia delle libertà individuali (quelle che per Kant richiedono l'eguaglianza di fronte alla legge); tra queste ultime e la teoria della separazione dei poteri¹², anche con riguardo al concetto di sovranità popolare, sono state indubbiamente colte dai grandi pensatori dell'età moderna, e in effetti, sono state le tesi di Locke¹³ sui diritti individuali che hanno costituito il

⁹ Sulle quali criticamente cfr. O. RANELLETTI *Sul "valore di legge" dei decreti emanati dal governo in base alle "delegazioni" ad esso concesse dalle leggi n.230 e n.841 del 1950*, in *Riv.amm.* 1952, pp. 364 ss.

¹⁰ La motivazione del rigetto della questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli artt. 76, 77, primo comma, e 113 Cost. - dell'art. 5 della legge 12 maggio 1950, n. 230, con cui si delega il Governo a provvedere con decreti aventi valore di legge ordinaria alle espropriazioni a favore degli Enti di riforma fondiaria è stata, sostanzialmente, la seguente: «La funzione legislativa non consiste esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte, ma può consistere anche nella emanazione di leggi-provvedimento, talune delle quali previste dalla stessa Costituzione. Quantunque esse abbiano natura eccezionale, può tuttavia, ammettersi la delegazione di leggi-provvedimento ove ricorrano situazioni di interesse generale, suscettibili solo di valutazione politica e che implicino un giudizio tale da non poter essere formulato direttamente dal Parlamento per ragioni specialmente tecniche. Gli atti in cui si esplica detta delega sono provvedimenti concreti riguardanti soggetti determinati, ma di natura legislativa. Rispetto ad essi non sorge il problema di una eventuale elusione dell'art. 113 Cost., essendo essi soggetti al controllo giurisdizionale della Corte Costituzionale.»

¹¹ Sentenza Corte costituzionale n. 128 del 2008, con note di A. CELOTTO, *La "seconda rondine": ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto legge*, sulla Rivista telematica www.giustamm.it; D. BALDAZZI, *Quando i casi di scuola diventano casi concreti*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge, a margine di Corte cost. n. 128 del 2008*, pubblicata sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti; D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte Costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza.*, *ibidem*.

¹² N. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, pp.17 ss.; F. MODUGNO, *Poteri, (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, UTET, Torino 1966, pp. 472 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano 1984.

¹³ J. LOCKE, *Two Treaties of Government* (1690), trad. it. *Il secondo trattato sul governo*, ed. BUR, Milano, 2001, C. MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois* (1748), trad. it. *Lo spirito delle leggi*, ed. BUR, Milano 1989. Sulle diverse rappresentazioni della costituzione inglese e l'imporsi della teoria della separazione dei poteri del Montesquieu, cfr. M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli 1998, pp. 215-230.

substrato teorico della costituzione inglese generata dalla *Glorious Revolution* del 1688-89, e successivamente idealizzata dal Montesquieu come paradigma dell'equilibrio "perfetto" dei poteri.

La più stretta correlazione tra volontà generale e sovranità popolare, che trova la sua espressione proprio in quanto la legge sia stata formulata nello schema di un'ipotesi generale e astratta, è stata notoriamente formulata nel 1762 da Rousseau¹⁴ ma identifica la sovranità popolare con la legge generale e astratta, garanzia della limitazione stessa della sovranità e, di conseguenza, delle libertà fondamentali. Tuttavia si deve a Benjamin Constant¹⁵ la cd. teoria della sovranità limitata, ovvero il tentativo più compiuto di far coesistere il concetto di sovranità popolare nell'ambito della divisione dei poteri.

Nel pensiero anglosassone, il mito illuministico di un legislatore universale, capace di produrre leggi ugualmente valide per tutti gli uomini, si ritrova nell'intento codificatore della teoria di Jeremy Bentham¹⁶. A partire dall'analisi logico-descrittiva dei sistemi giuridici elaborata dalla concezione imperativistica, una delle caratteristiche specifiche del diritto (*essentials of law*) è, infatti, considerare il fenomeno giuridico come l'insieme dei comandi generali e astratti del sovrano politico, con la conseguenza che tali connotati riferibili, oggi, specialmente alla nozione di legge, costituiscono, a seguito della teoria di Austin,¹⁷ caratteri fondamentali della stessa.

Contrario al primato delle garanzie offerte dalla generalità e dell'astrattezza della norma giuridica data una volta e per sempre dal legislatore, è stato il giurista vittoriano Albert Venn Dicey, il quale ha concepito il diritto reale di proprietà e la libertà personale tutelabili solo attraverso la cd. *rule of law* intesa nella peculiare accezione di riserva di giurisdizione¹⁸.

¹⁴ J.J. ROUSSEAU, nell'Opera *Du contract social, ou principes du droit politique* (1762)¹⁴, trad. it. *Il contratto sociale*, ed. Universale Economica Feltrinelli, Milano 2003. Parte integrante della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, il cui art. 6 dispone che «La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve quindi essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini essendo uguali ai suoi occhi sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti». Tra le critiche, nella letteratura francese, alla volontà generale e a tutte le identità collettive, vi è quella di Duguit, il quale in un primo momento definisce la stessa un *puro sofisma* cit. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat* (1908), trad. it. *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Sansoni, Firenze 1950, cit. p. 50. Appartiene al medesimo Autore l'affermazione in base alla quale il carattere generale della legge (sia essa ingiusta o cattiva) costituisce per ciò solo uno strumento di difesa per i cittadini contro il potere legislativo. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Paris 1923, cit. p. 145.

¹⁵ Constant raccolse l'insegnamento kantiano sulla pericolosità dell'accezione giacobina di sovranità popolare (nella misura in cui questa avrebbe condotto all'affermazione di un unico potere popolare, lesivo, appunto, del principio della separazione dei poteri) nel testo *Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatif et particulièrement à la constitution actuelle de la France* (1815), trad. it. *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Editori Riuniti, 1982.

¹⁶ J. BENTHAM, *Papers Relative to Codification and Public Institution*, London 1817, ora in Id, *Constitutional Code, The Collected Works of Jeremy Bentham, 1748-1832*, I, Clarendon Press, Oxford 1984.

¹⁷ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), *Delimitazioni del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna 1995.

¹⁸ Ciò era visto come conseguenza della struttura stessa della costituzione inglese: flessibile e incessantemente invertevole dalle decisioni giudiziali, realizzava così, in concreto, i diritti e le libertà. L'Autore, inoltre, argomenta la sostanziale impenetrabilità della sovranità popolare nella sovranità del Parlamento legittimando quest'ultimo attraverso la sovranità degli *Acts of Parliament* riconosciuti validi dai giudici in quanto entrati nel corpo del *common law*. A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law constitution* (1885), trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, Il Mulino, Bologna 2003. Un'analisi delle «libertà degli inglesi» ritenute *customary*

Si rivelerà, nel prosieguo del discorso, particolarmente significativa la concezione di astrattezza avanzata da Jellinek e Donati: una posizione di terzietà o di imparzialità dell'atto legislativo¹⁹.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha, in qualche modo, "spezzato" questa interconnessione tra le caratteristiche della norma giuridica e i concetti di sovranità e separazione dei poteri, nel momento stesso in cui essa ha statuito che gli articoli 70, 76 e 77 della Costituzione «non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche» giacché «dallo spirito dell'ordinamento costituzionale si desume che la legge singolare ha natura eccezionale».²⁰

E finora l'esito delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* motivate coordinando il dubbio di legittimità con la assenza di generalità e astrattezza, non sembra siano state accolte dalla Corte, né sembra siano state spese troppe giustificazioni a fronte del rigetto.²¹

Consentire al Parlamento di legiferare senza l'appiglio della generalità e dell'astrattezza presuppone un atto di fiducia estremo nell'organo: fiducia che allo stato attuale della legislazione e della politica, si fa fatica a credere che sia stata ben riposta.

Un recupero su questo piano, come si tenterà di dimostrare nelle pagine successive, sarebbe certamente possibile laddove vi fosse un effettivo coinvolgimento nelle sedi decisionali dei titolari di posizioni giuridiche soggettive chiamati in causa da leggi determinate e concrete.

Si conviene, ormai, con i teorici della democrazia deliberativa²², in ordine al forte grado di realismo che connota gran parte dei rilievi svolti, ed in particolare con le parole di Sunstein: «Coloro che credono nella democrazia deliberativa pensano che di per sé, l'idea della "regola di maggioranza" sia una caricatura dell'aspirazione democratica. Essi insistono sul fatto che il governo non è una specie di "macchina aggregatrice" che cerca di scoprire i desideri della gente per sommarli e poi tradurli in legge. Essi sostengono che un governo democratico si basa sulle ragioni e sulle argomentazioni, non solo sul potere e sui voti [...]. La democrazia ha una sua *moralità interna* che richiede la protezione costituzionale di molti diritti inviolabili»²³, come la libertà di espressione e di pensiero, ma anche la libertà privata.

rights, è svolta da N. MAC CORMICK, *Constitutionally and democracy*, in *Theories and Concepts of Politics* di R. Bellamy, Manchester University Press, Manchester 1993, il quale confuta le tesi di Bentham e Locke sul fondamento di tali diritti che mentre per il primo costituirebbero *constitutionally derivative rights*, per il secondo *fundamental rights*.

¹⁹ L. PALADIN, *La legge come norma*, cit. in nota n. (4), G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen 1887, 240; D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, Camerino 1910, pp. 30 e ss.;

²⁰ Cit sent. n.60 del 1957.

²¹ Cfr. sentt. nn. 138/2006, 249/2009, ordd. nn. 171/2006, 291/2006, n. 366/2008.

²² Si tratta di una teoria politica normativa largamente diffusa nella cultura anglosassone e che in Europa trova il suo più autorevole esponente in Jurgen HABERMAS, *Teorie dell'agire comunicativo*, III ed., Il Mulino, Bologna 1998; dello stesso Autore cfr. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996. In Italia ha scritto sull'argomento G. SARTORI, *Democrazia deliberativa: cosa è*, a cura di Bossetti-Maffettone, Luiss Press, (collana Agorà), 2004; J.S. FISHKIN, *La nostra voce. Opinione pubblica & democrazia, una proposta*, con introduzione di G. AMATO, Marsilio, 2003. Il tentativo di coordinare la democrazia deliberativa con il costituzionalismo moderno è presente nei lavori di A. GUTNAMM e D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Harvard College Press, USA 1996 e degli stessi Autori cfr. *Why Deliberative democracy?* Princeton University Press, USA, 2004;

²³ C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009 cit. pp. 6-7.

3. ...e la “norma” e il “provvedimento” si fusero insieme in un’unica figura: Ermafrodito giuridico nella sentenza della Corte costituzionale n. 137/09.

Anche la terminologia della Corte è cambiata, infatti «norma-provvedimento», è l’insolita espressione usata dal giudice remittente per identificare l’oggetto del giudizio e ripresa dal Collegio nel punto 2. del *Considerato in diritto*²⁴ nella recente sentenza n. 137/09, con cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 17 e della tabella B della legge Regione Lazio n.28/2006 (Bilancio di previsione della Regione Lazio per l’esercizio finanziario 2007), per violazione dell’art.3 della Costituzione, ritenendo leso il principio di eguaglianza nella sua accezione di «parità di trattamento nella scelta dei beneficiari», in quanto non è emerso, né dal testo della norma, né dai lavori preparatori, la «ratio giustificatrice del caso concreto, non risultando che il consiglio regionale avesse osservato criteri, obiettivi trasparenti, nella scelta dei beneficiari dei contributi o nella programmazione e pianificazione di sostegno»²⁵.

Ciò che preme evidenziare è che nella sentenza indicata, l’ossimoro “norma-provvedimento” non può che rappresentare – mettendo da parte l’ipotesi che si tratti di un *lapsus* - l’espressione per indicare una legge (solo apparentemente) rivolta a soggetti indeterminati, ma riferita (effettivamente solo) ad una situazione concreta (o più situazioni concrete) e tuttavia disomogenea rispetto alle procedure che normalmente vengono sottintese per conferire una coerenza interna tra forma dell’atto e scopo del contenuto.

In altre parole, premessa l’incontestata inconfigurabilità in Costituzione della riserva di amministrazione - da cui discende la possibilità per il legislatore di svolgere l’attività a contenuto amministrativo - e ribadito il limite dell’eguaglianza dei cittadini - la Corte aggiunge «qualora il legislatore ponga in essere un’attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione»²⁶ senza i quali, evidentemente, la norma impugnata si è concretizzata in un «percorso privilegiato per la distribuzione di contributi in danaro, con prevalenza di taluni soggetti collettivi rispetto a quelli parimenti meritevoli di tutela»²⁷.

Emerge in tal modo, da un lato, la continuità nella linea giurisprudenziale della Corte sul sindacato delle leggi-provvedimento: uno *strict scrutiny* di costituzionalità²⁸, tanto più rigoroso quanto più evidente è la natura provvedimentale dell’atto, come efficace antidoto contro il rischio di disparità di trattamento che, generalmente, reca in sé una previsione derogatoria o particolare²⁹.

Dall’altra parte, argomentando dal secondo profilo decisivo della decisione in questione, che riguarda i parametri dedotti nel giudizio *a quo*, (gli articoli 3, 97 e 117 della Costituzione)

²⁴ Va rilevato che in altre decisioni, l’espressione «norma-provvedimento» è stata utilizzata dai giudici *a quibus*, e soltanto riportata nel *considerato in fatto* ma non è mai stata adoperata nelle considerazioni proprie della Corte. Cfr. sentenze nn. 282/2005, n. 104/2007, n. 271/2008, n. 94/2009, ord. 445/2008.

²⁵ Sentenza n. 137 del 4 maggio 2009.

²⁶ *Ivi*, punto 2. del *Considerato in diritto*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ I precedenti richiamati dalla Consulta sono le sentenze nn. 2 e 153/97, n. 211/98, n. 364/99, n. 429/2002, quest’ultima commentata da C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.* 2002, pp. 3236 ss.

²⁹ Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 153 del 1997 e n. 185/98.

sembrerebbe che il giudizio di ragionevolezza, comunque, non possa essere “stretto” ancora per molto: restando assorbito l’esame del contrasto dedotto dal giudice *a quo* con gli articoli 97 (e 117) della Costituzione si finisce per creare una sovrapposizione dei parametri e non più una loro armonica consustanzialità.

È, infatti, giurisprudenza costante del Giudice delle leggi che la violazione del principio di buon andamento dell’amministrazione non possa essere invocata se non qualora si assuma l’arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della disciplina impugnata, per cui il richiamo all’art. 97 della Costituzione implicherebbe necessariamente lo svolgimento di un giudizio di ragionevolezza sulla legge censurata³⁰.

L’oggetto della decisione raffigura un caso di legge-provvedimento attributiva di un vantaggio³¹ a cui, talvolta, corrisponde nella sfera giuridica di un altro soggetto, una *deminutio*.

Il meccanismo ermeneutico che conduce all’accoglimento della questione di legittimità, prima descritto, rischia di essere anacronistico, dal momento che non sembra tener conto dei cambiamenti, giuridici e politici, non solo interni al settore propriamente amministrativo, specialmente quelli finalizzati al raggiungimento di una maggiore coerenza tra l’ordinamento nazionale e quello europeo (le riforme sulla P.A., la separazione tra politica e amministrazione come strumento primario di identificazione delle responsabilità, la disciplina dell’attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, etc.); ma neanche delle più profonde logiche ispiratrici delle innovazioni medesime.

Il riferimento è da ancorare alla stessa disciplina del *giusto procedimento*, specie dopo l’entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, per cui i destinatari dell’atto devono essere informati dell’avvio del procedimento al fine di avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice – normalmente il giudice amministrativo - sempre più consapevole del suo ruolo decisivo a beneficio dell’integrazione degli ordinamenti attraverso la domanda pregiudiziale di cui all’art. 234 Trattato UE.

4. Riflessioni «inclusive».

Se è vero, come è vero, che uno Stato democratico, multiculturale³² e pluralista, deve tendere per sua natura ad adottare tutte quelle politiche sociali che consentano, sul piano dell’effettività, il soddisfacimento delle eterogenee istanze dei suoi cittadini e la completa realizzazione dei diritti fondamentali e sociali; diviene, di conseguenza plausibile attendersi che ciò si traduca, sul piano

³⁰ Cfr. sentenze Corte costituzionale n. 10 del 1980, n. 266 del 1993 e la n. 255 del 1999. Considerazioni relative a quest’ultima si rinvencono in A. SIMONCINI, *La legge «senza valore» (ovvero, sulla necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.* 1999, pp. 2024-2045.

³¹ Secondo la classificazione operata da G.U. RESCIGNO, si tratta delle leggi-provvedimento attributive di un vantaggio economico a destinatari determinati che, insieme alle leggi-provvedimento innovative rispetto al sistema legislativo che si propongono di fronteggiare specifici eventi, accadimenti o stati di cose, non sarebbero per ciò solo incostituzionali; al contrario le leggi-provvedimento meramente esecutive di precedenti leggi (riserva di atto amministrativo) e di quelle attributive di vantaggi, sarebbero incostituzionali.

³² V. BALDINI, *La Costituzione italiana alla sfida del multiculturalismo*, in AA.VV. *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.

della legislazione, in una riduzione di formulazioni “anonime” valide per il “chiunque” delle fattispecie contenute nelle disposizioni codicistiche a vantaggio di una normazione particolare.

Una parte della dottrina ha, in effetti, giustificato l'adozione da parte del potere legislativo delle leggi-provvedimento argomentando a partire da tali considerazioni³³.

Si potrebbe andare in contrario avviso sostenendo che il Parlamento non è più il soggetto a cui spetta in via esclusiva e *normale* la produzione del diritto³⁴ e qualora questa prerogativa volesse continuare ad essere tenuta ferma, non potrebbe sottacersi come sostanzialmente l'attività parlamentare sia intrisa di *teloi* da perseguire, vincolata alla *primauté* del diritto europeo, comprensivo delle sentenze della Corte di Giustizia³⁵ e delle norme della Cedu così come interpretate dai giudici di Strasburgo³⁶, senza voler includere gli ambiti materiali riservati alla

³³ L'impostazione di fondo in C. MORTATI, op. cit.

³⁴ Dalla disamina dell'attività legislativa nel 2008, emerge che le leggi ordinarie diverse dalle 27 di conversione di decreti legge, dalle 36 di ratifica ed esecuzione di accordi, convenzioni, trattati o protocolli, dalle 4 leggi in materia di bilancio, e dall'unica delega disposta dalla Legge 25 febbraio 2008, n. 34 recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2007”), sono solo 5 (Legge 4 agosto 2008, n. 132, “Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere”; Legge 23 luglio 2008, n. 124 “Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato”; Legge 16 gennaio 2008, n. 16 “Modifica all'articolo 32 della legge 3 febbraio 1963, n. 69. Introduzione dell'uso dell'elaboratore elettronico (*personal computer*) nello svolgimento della prova scritta dell'esame di idoneità professionale per l'accesso alla professione di giornalista”) di cui due a carattere provvedimentale (“Concessione di un contributo finanziario alla Delegazione generale palestinese per il funzionamento della sede in Italia”, legge 7 gennaio 2008, n. 14 e la legge 9 gennaio 2008, n. 2 “Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori”). L'indice delle leggi è sul sito www.parlamento.it

³⁵ Come è noto tale orientamento si è generato dalla sentenza della Consulta n. 113 del 1985 la quale ha incluso le statuizioni risultanti dalle decisioni interpretative della CGE nel novero del diritto comunitario immediatamente e direttamente applicabile, ritenendo conclusione corollario dalla «sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale» in *Giur. it.* 1986, I, 30 con nota di M. BELLOCCI *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*. Nello stesso senso cfr. Sentt. Corte Cost. nn. 389 del 1989, 132 del 1990. Sul valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giur. cost.* 2000, pp. 1204 ss. Più in generale, per la tematica degli effetti propri delle sentenze di interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia si rimanda alla voce *Pregiudiziale comunitaria* di V. BRIGUGLIO, in *Enc. Giur.*, Roma 1997, spec. pp. 12-13.

³⁶ Per quanto concerne il rispetto delle sentenze emesse dalla Corte di Strasburgo, non può non farsi cenno alla «sintonizzazione» tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento internazionale avvenuta grazie alle celeberrime decisioni della Consulta nn. 348 e 349 del 2007. Tuttavia, a testimonianza dell'idea che non sia sufficiente un intervento *ex post* di natura giuridica per assicurare l'effettività delle norme della CEDU (così come interpretate dalla Corte di Strasburgo) bensì occorra predisporre meccanismi interni, di natura politica, per assicurarne il rispetto in via preventiva, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha esplicitato le ragioni di tale inevitabilità nella *Relazione della Commissione Affari Legali dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE) sul rispetto delle sentenze emesse dalla CEDU*, del 15-09-2009, reperibile sul sito della rivista telematica www.federalismi.it, Anno VII - Nr. 18 - Sommario del 23/09/2009. Significativa la sezione III del rapporto sul ruolo dei Parlamenti nazionali in particolare i paragrafi c.) *Vérifier l'existence de mécanismes internes effectifs de mise en oeuvre des arrêts de la Cour de Strasbourg* e d.) *Vérifier la conformité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives aux normes fixées par la Convention*. Si legge nel §c) *Le Comité des Ministres estime qu'il est de la responsabilité des Parlements nationaux d'établir des procédures appropriées pour veiller à ce que les modifications législatives qu'exigent les arrêts soient adoptées rapidement*. *Cependant, l'influence des Parlements nationaux sur l'établissement de mécanismes effectifs de mise en oeuvre des arrêts de la Cour ne doit pas se limiter aux procédures législatives. Dans sa résolution 1516, l'Assemblée appelait les Etats membres « à créer, par des moyens législatifs ou autres, des mécanismes internes*

legislazione regionale, laddove le modalità di adozione della legge regionale-provvedimento, da parte dei consigli appare uno degli indicatori più significativi per valutare la coerenza intrinseca dei rapporti tra la giunta e l'assemblea elettiva³⁷.

Perché il legislatore, nazionale e regionale, insiste nel porre in essere leggi a contenuto provvedimentale mentre l'attività di produzione del diritto legislativo in senso stretto si riduce a favore della normazione – primaria e secondaria – dell'esecutivo; mentre i giudici comuni

permettant l'exécution rapide des arrêts de la Cour, et à faire en sorte qu'un organe décisionnaire situé au plus haut niveau politique au sein du gouvernement puisse assumer la pleine responsabilité de tous les aspects du processus national de mise en oeuvre et puisse coordonner tous ces aspects ». Le contrôle parlementaire de l'existence de mécanismes internes effectifs facilitant l'exécution des arrêts de Strasbourg constitue un aspect important de la fonction de surveillance assumée par les Parlements.;

d) Les Parlements nationaux peuvent - et en effet, doivent - vérifier la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes de la Convention après un arrêt défavorable de la Cour. Le Comité des Ministres a recommandé aux Etats parties : 1). de veiller à ce qu'il existe des mécanismes adéquats et effectifs pour vérifier systématiquement la compatibilité des projets de loi avec la Convention à la lumière de la jurisprudence de la Cour ;2). de veiller à ce qu'il existe de tels mécanismes pour vérifier, lorsque cela s'avère nécessaire, la compatibilité des lois en vigueur et des pratiques administratives, telles qu'elles se manifestent notamment dans les règlements, décrets et circulaires.

Ciò in quanto la Corte di Strasburgo ha costantemente affermato che *conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'ils se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque État contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis» (Z et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 29392/95, paragraphe 103, ECHR 2001-V.) L'ampleur du problème auquel se heurte la Cour, concernant l'avalanche de requêtes déposées, souligne la nécessité de renforcer les mécanismes internes assurant le respect de la Convention telle qu'elle est interprétée par les Juges de Strasbourg. Un élément fondamental de la protection nationale des droits et libertés conventionnels tient à l'exécution complète et rapide des arrêts de la CrEDH, ainsi qu'aux mesures de mise en oeuvre visant à la fois à réparer une violation individuelle et à prévenir la répétition de violations semblables.*

³⁷ Nella giurisprudenza precedente alla riforma del Titolo V, la Consulta con la sent. n.190 del 1986, aveva già avuto occasione di chiarire, con specifico riferimento all'attività legislativa della Regione siciliana, che non esiste, in linea generale, un divieto di leggi-provvedimento in quanto tali, occorrendo sempre procedere al controllo sostanziale sull'atto, sia pure con le peculiarità richieste dal suo specifico oggetto; più in particolare, si era affermato che, in base allo Statuto regionale siciliano, era da escludere la sussistenza di una riserva a favore della Giunta regionale (titolare delle funzioni esecutive ed amministrative) nei confronti delle stesse leggi-provvedimento adottate dall'Assemblea: riserva che avrebbe «irrigidito ingiustificatamente, solo per la Sicilia, la forma di governo delle Regioni». Nello stesso senso cfr. sent. n.63/95.

Circa l'inesistenza della riserva costituzionale di amministrazione in favore della Giunta regionale, basata sull'argomento che non appare configurabile alla luce della giurisprudenza della Corte - e non alla luce delle norme costituzionali che sarebbe prevista dall'art. 123 (*recte*: art. 121, terzo comma) in riferimento alle materie dell'art. 117 della Costituzione, sia nel testo risultante dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, sia nel testo previgente – si veda la sentenza della Corte n. 429/02.

La posizione attuale della Consulta in ambito di ripartizione delle competenze tra gli organi della regione, a partire dalla sentenza n. 313 del 2003, attribuisce allo statuto regionale la facoltà di decidere sulla spettanza del potere regolamentare, e opta per una lettura sincronica delle norme costituzionali relative alle disposizioni sulla forma di governo regionale e alla potestà regolamentare. Sul tema si veda P. CARETTI, *Potestà regolamentare e riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Stati, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino 2003, p. 115 ss.; A. ROCCELLA, *I regolamenti regionali tra Consiglio e Giunta*, in *Dir. Amm.* 2002; B. CARAVITA DI TORITTO, *La Corte costituzionale e l'allocazione della potestà regolamentare regionale*, in www.federalismi.it.

disapplicano le disposizioni interne sempre più spesso contrastanti con il diritto europeo; mentre la Consulta dichiara l'incostituzionalità legge 23 luglio 2008 n. 124 (cd. Lodo Alfano)³⁸?

La difficoltà di trovare giustificazioni alternative alla progressiva trasformazione del Parlamento in un'entità *diversa* da quella originariamente disegnata dalla Costituzione³⁹ - non più dedita alla formazione di leggi strutturali, portanti, dell'ordinamento e che, tuttavia, concepisce come un'attribuzione propria e *normale* la produzione legislativa di carattere provvedimentale - genera l'esigenza di ripercorrere le tappe principali dell'evoluzione di quello che potrebbe sembrare un argomento "esaurito" nel panorama teorico, provata dall'intento di dimostrare che, nell'attuale sistema costituzionale, o si ritaglia uno spazio per la riserva di provvedimento⁴⁰, che resta comunque una forma *s drammatizzata* di riserva di amministrazione, o si adottano delle cautele: innanzitutto, si dovrebbe abbandonare l'idea che il controllo sulla ragionevolezza e sulla non manifesta arbitrarietà rappresenti una *garanzia oggettiva*⁴¹; in secondo luogo, si dovrebbe cominciare a prendere in considerazione, come già accennato, l'eventualità di accostare logiche di tipo deliberativo e processi inclusivi nel procedimento di formazione delle leggi.

Con queste affermazioni, certamente, non si mettono in discussione i processi dialogici e di sintesi tra la maggioranza e le opposizioni, di contrattazione effettiva della legge con le parti sociali (sindacati, associazioni, federazioni, e anche *lobbies*⁴² ecc.), che trovano ampio riconoscimento⁴³ sia nei regolamenti parlamentari, sia in sedi differenti; né si critica la assenza di *trasparenza* in Assemblea che, tuttavia, è di per sé insufficiente a garantire la partecipazione del destinatario della legge-provvedimento al procedimento stesso di formazione dell'iter formativo della legge per un duplice ordine di ragioni: il primo riguarda la sede della deliberazione diversa dall'Assemblea

³⁸ Corte Costituzionale (sent. n. 262/09) sulla legge 23 luglio 2008, n. 124 (c.d. "Lodo Alfano") con la quale, giudicando sulle questioni di legittimità costituzionale poste con le ordinanze n. 397/08 e n. 398/08 del Tribunale di Milano e n. 9/09 del GIP del Tribunale di Roma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 per violazione degli articoli 3 e 138 della Costituzione e ha, altresì, dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della stessa disposizione proposte dal GIP del Tribunale di Roma, in www.cortecostituzionale.it.

³⁹ Sulle attività non legislative del Parlamento, specialmente con riferimento agli strumenti di dialogo tra la maggioranza e l'opposizione offerti dalla Costituzione, dai regolamenti interni e dalle leggi, si veda il volume a cura di R. DICKMANN e S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milano 2008.

⁴⁰ R. DICKMANN, op. cit.

⁴¹ Come già Paladini ebbe a sostenere nelle conclusioni dello scritto del 1969 «Ma, allora, quali mezzi rimangono utilizzabili, affinché la Corte possa limitare il diffondersi dei provvedimenti legislativi e salvaguardare così la compattezza dell'ordinamento giuridico? Rimane il comune controllo sulla ragionevolezza e sulla non manifesta arbitrarietà [...] Ma questo controllo – per grande che sia la saggezza dei giudici- rappresenta solo una remora e non un'oggettiva garanzia». cit. *La legge come norma*, pp. 896-897.

⁴² Recente sul tema delle *lobbies*, è il saggio di M. FOTIA, *Le lobby in Italia. Gruppi di pressione e potere*, Dedalo 2002; P. TRUPIA, *La democrazia degli interessi: lobby e decisione collettiva*, ed. Il sole-24 ore libri, Milano 1989; G. PASQUINO, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Laterza, Bari 1988.

⁴³ Per un'attenta riflessione sul compito delle opposizioni parlamentari si rinvia allo scritto di F. PASTORE, *Il ruolo delle opposizioni parlamentari nella costituzione degli organi di garanzia*, in *La garanzia delle opposizioni parlamentari nella democrazia maggioritaria*, a cura di V. Baldini, Satira Editrice, Napoli, marzo 2006, pp.71-110.

Sembra opportuno, tuttavia, rimarcare che l'art.80 del regolamento della Camera dei Deputati esclude dal voto deliberativo l'autore di una proposta di legge che non faccia parte della Commissione incaricata di esaminarla, il quale deve essere avvertito della convocazione della Commissione, affinché possa partecipare alle sue sedute ma *senza voto deliberativo*.

ovvero la Commissione, dove non operano i medesimi strumenti volti a garantire la pubblicità dei lavori (e resta da aggiungere che se la determinazione provvedimento fosse contenuta in un decreto-legge o in un decreto legislativo resterebbero le sedi parlamentari i luoghi del dibattito); il secondo concerne le sedute audiovisive, i resoconti stenografici, la pubblicazione su internet⁴⁴ dei materiali che contribuiscono a ingenerare, nel destinatario della legge-provvedimento, un frustrante “effetto acquario”.

Si verifica, così, una situazione diametralmente opposta a quanto avviene per l'atto amministrativo che, pur adottato nelle “segrete stanze”, consente in più occasioni, normalmente successive alla cd. comunicazione di avvio, la facoltà per la P.A. di ritornare su decisioni già assunte, anche in autotutela.

Se si introducesse nei regolamenti parlamentari un momento di seria colleganza, tra il singolo e le Camere (analogo discorso legittimerebbe anche la posizione delle *lobbies*, di tutti gli accordi derivati da canali informali e conclusi fuori dalle sedi istituzionali, talvolta essenziali all'elaborazione della decisione finale) complessivamente ne risulterebbe rafforzato il quadro degli atti consultivi (pre)legislativi che, resi riconoscibili da una norma giuridica e suscettibili di essere scanditi in diverse fasi, rientrerebbero a pieno titolo nella deliberazione legislativa, suggerendo così il ricorso agli schemi tipici del procedimento⁴⁵.

⁴⁴ In effetti, non è soltanto un problema di *pubblicità*, quanto, piuttosto, la necessità che ad essa consegua una fase *effettivamente* interlocutoria.

Pertanto, la «via maestra» non sembra tracciabile nella proposta di modificazione ai Regolamenti che si muovono in tale direzione. Recente la proposta di modificazione al Regolamento della Camera (*articoli 24, 26, 63, 65, 65-bis, 68, 73, 108, 109, 125, 127-bis, 129, 137, 145 e 147: modifica della disciplina in materia di stampa e diffusione degli atti parlamentari*) avanzata dall'on. Madia nel luglio 2008, nella cui relazione introduttiva si rinviene, quale obiettivo generale «il passaggio dalla forma stampata all'esclusiva pubblicazione in formato elettronico sul sito *internet* della Camera dei Deputati di gran parte degli atti parlamentari, per i quali oggi il Regolamento, o la prassi applicativa, prevedono la forma stampata e la relativa diffusione. Il passaggio alla forma elettronica - come strumento di gran lunga principale di diffusione - viene previsto per tutti gli atti parlamentari di documentazione dei lavori non essenziali ai fini del processo legislativo, mentre la forma stampata viene mantenuta per tutti i progetti di legge che svolgono il proprio *iter* nelle Commissioni permanenti e in Assemblea. Si tratta di un indirizzo generale, volto soprattutto ad avviare, pur nella consapevolezza della necessità di mantenere uno *stock* minimo di produzione documentale cartacea (anche in considerazione delle modalità di lavoro, spesso concitate e intense, degli organi parlamentari), un processo virtuoso di innovazione e modernizzazione del nostro modo di lavorare e di utilizzare, come accade nella gran parte degli ambienti di lavoro e delle professioni, le moderne tecnologie.»

⁴⁵ Il rilievo più immediato è il risvolto della procedimentalizzazione sulle responsabilità. Condivisibili le osservazioni di G. REBUFFA: «I procedimenti legislativi, come tutte le attività umane, sono fatte da tre pezzi: la conoscenza, il progetto e la decisione. Sulla decisione tutto bene, nel senso che siamo capaci di produrre una decisione formale. Peccato che a questa decisione manchi la conoscenza e questo non per la qualità dei nostri servizi di supporto [...] ma perché il legislatore repubblicano non ha mai avuto voglia di avere né le conoscenze né il progetto perché avere le conoscenze e il progetto sarebbe stato un eccesso di responsabilità e invece di produrre tante mediazioni verbali avrebbe dovuto produrre delle norme operanti.» cit. *Ruolo del Parlamento e suo funzionamento: prospettive di riforma*, in AA.Vv., *Applicazione e tecnica legislativa. Atti del Convegno Bologna, 9-10 maggio 1997*, a cura di E. Pattaro e F. Zannotti, Giuffrè, Milano 1998, pp.215-216. Sugli accordi prelegislativi formalizzati e sulla tendenza alla procedimentalizzazione degli accordi informali negli ordinamenti stranieri, si rinvia a F. COCOZZA, *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano 1988. spec. pp. 145-148.

In concreto: notificare la proposta di legge-provvedimento al destinatario e affidare, innestando sull'attività informativa delle Commissioni parlamentari il momento partecipativo attraverso l'uso di *hearing*, audizioni, tutti strumenti già noti all'ordinamento⁴⁶.

Tanto premesso, si intende sostenere che il diritto di partecipazione alla produzione di un atto legislativo, lesivo della sfera giuridica di un determinato soggetto (direttamente o indirettamente, nel senso che, apportando benefici in termini di prestazioni o garanzie ad altri soggetti, produca degli effetti riflessi negativi nei confronti del potenziale o reale destinatario), presuppone l'individuazione di un canone di giudizio, diverso dall'art.3 Cost. singolarmente considerato, sul quale fondare una simile attribuzione.

E non è da escludere che il *right to be heard*, il diritto di prender parte al procedimento di formazione di un atto (legislativo) che resta, comunque, non motivato⁴⁷, sia da delimitare intorno all'art. 97 della Costituzione, norma riferita alla pubblica amministrazione, senza dubbio, ma che ben si attaglia ad essere parametro per quegli atti (legislativi) che, adottati in ragione di un fine specifico, siano sostanzialmente dei provvedimenti amministrativi. Il contenuto prevarrebbe, così, sulla mera forma anche perché è sulla base di questa che l'atto viene assoggettato al controllo di costituzionalità⁴⁸.

In coerenza con le ragioni che hanno condotto a formulare la ricostruzione sopra esposta, l'ulteriore *step* sarebbe l'introduzione della possibilità di accesso diretto⁴⁹ al Giudice delle leggi(-provvedimento).

⁴⁶ L'importanza delle Commissioni parlamentari, come luoghi di formazione del "consenso" - nelle sue diverse accezioni di compromesso, accordo, filtro - è un tema che andrebbe approfondito. In argomento, cfr. A. D'ALOIA, *Osservazioni sull'attività informativa delle Commissioni parlamentari permanenti*, in V. CERULLI IRELLI e M. VILLONE, *Strumenti conoscitivi delle Commissioni parlamentari*, Bologna 1994; A. PREDIERI, *Per l'introduzione delle udienze legislative nel Parlamento italiano*, in «Il Ponte», n.3/66.

⁴⁷ La valenza democratica e la portata del principio di motivazione degli atti legislativi sono state messe in luce da più voci in dottrina, cfr. spec. V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Dir. Pubbl.*, 1937, pp.415 ss.; P. CARETTI, voce *Motivazione (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990; L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, Giappichelli, 1995; S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge, Profili teorici e giurisprudenziali*, CEDAM, Padova 2008.

⁴⁸ Un argomento a favore della tesi del mutamento del parametro potrebbe rinvenirsi nel precedente caso dell'espropriazione per pubblica utilità del teatro Petruzzelli a favore del Comune di Bari, adottata con un decreto-legge collegato alla legge finanziaria 2007. Con la sent.128/08 la Corte cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, commi 2 e 3, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 e l'art. 2, commi 105 e 106, dello stesso decreto-legge, nel testo sostituito, in sede di conversione, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286 per evidente carenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dalla Costituzione, proprio in quanto l'espropriazione risultava priva di collegamento formale con le tematiche della finanza pubblica richiamate dall'epigrafe del decreto impugnato e dallo stesso preambolo. In tal caso il parametro è stato rappresentato dall'art. 77, secondo comma, della Costituzione.

⁴⁹ M. CARDUCCI, *Ipotesi di accesso diretto alla Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.* 1998, cit. p.320, ivi si legge sul punto: «Non è un caso che il nesso fra i diritti fondamentali e interesse legittimo registri in Italia un problematico risvolto proprio sul fronte della conoscenza e del giudizio del rapporto giuridico rispetto all'atto lesivo [...]. Tant'è che proposte ed obiezioni in ordine alla introduzione dei ricorsi costituzionali diretti hanno sempre ruotato intorno alla differenziazione del giudizio sull'atto rispetto a quello sul rapporto prodotto, nonché al carattere oggettivo o soggettivo del processo instaurato.»; M. SCUDIERO, *Nota introduttiva*, in AA.VV., *La riforma della Costituzione nei lavori della Bicamerale*, Atti dell'Incontro di studio svoltosi a Napoli, 6-7 maggio 1998, Jovene, Napoli 2000; AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, ESI, Napoli 2006; M. PATRONO, *Corte costituzionale, giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio "a*

L'assenza nel nostro ordinamento dell'accesso diretto, al contrario di quanto avviene con il *recursus de ampararo* o con la *Versfassungsbeschwerde*, non si armonizza più con la sempre crescente tendenza a configurare la *giustiziabilità* dei diritti costituzionali e, d'altro canto, la stessa deroga al principio di incidentalità, sarebbe giustificata:

- a) dalla preminenza del principio della «ragionevole durata del processo» (ovviare alle lungaggini scaturenti dalla duplicazione dei procedimenti);
- b) dal principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, (caso di leggi-provvedimento cd. auto applicative).

In tale prospettiva di inseriscono le altre coordinate.

E' inoltre emerso dalle riflessioni svolte come il principio del giusto procedimento non rientri nel novero dei principi costituzionali⁵⁰, ma si arresti alle soglie di principio generale dell'ordinamento e, dopo la riforma del Titolo V, di "principio fondamentale dell'ordinamento", un limite alla legislazione regionale, specialmente per come delineato a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n.13 del 1962⁵¹.

E la sottrazione al legislatore ordinario una serie di ipotesi che, in virtù del loro peculiare legame con la forza normativa del *fatto* particolare o caso concreto⁵² riferibile a soggetti determinati o comunque ad un numero molto esiguo di essi possano, con buona approssimazione, essere analiticamente e logicamente disciplinati da un provvedimento amministrativo, non sembra integrare gli estremi di un "furto", specialmente qualora un valido supporto alle tesi in oggetto possa essere conferito dalla lettura delle recenti decisioni della Consulta, formalmente, per il momento, ancorate al rispetto del principio di ragionevolezza, non arbitrarietà⁵³.

quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Giuffrè, Milano 1990.

⁵⁰ L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in www.forumcostituzionale.it; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amministrativo*, 2001, p. 1800; G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵¹ In cui si legge: «Questo principio generale consiste nella esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico.» e subito aggiunge che «D'altra parte, il legislatore statale non è tenuto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quando questi non si identifichino con norme o principi della Costituzione, mentre il legislatore regionale è vincolato al rispetto delle norme costituzionali e dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato.» In dottrina cfr. N. LOMBARDI, *Il principio del "giusto procedimento" come limite al legislatore*, in www.associazionecostituzionalisti.it.

⁵² Emerge, così, un altro aspetto saliente delle leggi-provvedimento, riguardante la loro interpretazione. Va osservata l'importante distinzione concettuale tra *fatti* e *casi*, messa in luce in un recente testo di G. Zagrebelsky, che consegue alla insuperabilità logica delle legge di Hume. Tuttavia l'Autore sottolinea come «nel campo del diritto non si abbia a che fare con "meri fatti" [...] ma con «fatti umani», comprensibili in tutt'altro modo, cioè secondo *categorie di senso e di valore*. I fatti umani, intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all'interprete del diritto i «casi» da regolare giuridicamente e questi casi [...], sono densi di aspettative per il diritto». G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, pp.186-187.

⁵³ Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 143/89, n. 346/91, n. 492/95, quest'ultima con nota di F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni* 1996, pp.521-529.

Soffermandosi un attimo su queste prime osservazioni emerge un quadro abbastanza chiaro: 1) le leggi-provvedimento sono ammesse nel sistema; 2) la generalità e l'astrattezza non sono considerati caratteri connaturali alla legge; 3) non è prevista una riserva di amministrazione; 4) il giusto procedimento non è un principio di rango costituzionale; 5) il destinatario della legge-provvedimento non prende parte al processo di formazione della legge; 6) non è previsto un accesso diretto alla Consulta; 7) esiste (ed è sostanzialmente l'unico strumento per garantire la coerenza con l'ordinamento) uno scrutinio stretto di ragionevolezza sulla legge-provvedimento; 8) parte della dottrina propone una riserva di provvedimento.

Mettendo «in sistema» questi dati, come farebbe un matematico, il passo verso la soluzione non è particolarmente lungo: o il legislatore impara a *prendere decisioni*⁵⁴ o il verso della parabola della riserva di amministrazione sarà - senza dubbio - ascendente.

Inoltre, nelle parole di saluto del Presidente della Consulta Amirante al neoeletto giudice Paolo Grossi: «il problema dei limiti del controllo di costituzionalità sulle scelte legislative, risolto dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che regola la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale, secondo cui *"Il controllo di legittimità della Corte ... su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni controllo sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"*. Peraltro l'esercizio di tale potere incontra pur sempre i limiti derivanti dalla Costituzione, e fra essi quello della ragionevolezza; e naturalmente il confine tra controllo di ragionevolezza e rispetto della libertà del legislatore non è facilmente determinabile *a priori* ed esige una grande prudenza.» in www.cortecostituzionale.it. Il discorso non potrebbe prescindere da un approfondimento sul tema delle tecniche di controllo di cui la Corte costituzione dispone per entrare nelle scelte legislative ma, non essendo questa la sede per farlo, si rinvia a F. PASTORE, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero - S. Staiano, Jovene, Napoli, 1999, pp. 179-200.

⁵⁴ J. G. MARCH, *Prendere decisioni*, II ed., Il Mulino, Bologna 2002.