

OSSERVATORIO SULLE FONTI 2008

La legge parlamentare oggi

a cura di PAOLO CARETTI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2010 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-0934-1

*Il volume è frutto della ricerca di interesse nazionale PRIN 2006
«I regolamenti dell'esecutivo non delegificanti nella prassi
e nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa».*

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOM-MERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

INTRODUZIONE

di *Paolo Caretti*

pag.

XIII

SEZIONE I

LEGGE E FONTI INTERNAZIONALI E SOPRANAZIONALI

OS NOVOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO: ANALISE DO CASO CONCRETO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA

di *Luiz Alberto David Araujo*

3

1. Os Tratados Internacionais e o sistema constitucional antes da Emenda Constitucional n. 45 3
 2. A Convenção sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência 6
 3. Uma palavra sobre o direito das pessoas com deficiência no Brasil antes da Convenção 6
 4. A modificação promovida pela Emenda Constitucional n. 45 (artigo terceiro, do artigo quinto da Constituição Federal) 7
 5. Conclusões 11
- Referências* 11

FONTI INTERNAZIONALI E LEGGE NAZIONALE NELLA PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI

di *Maria Pia Larné*

12

1. Precisazioni e premesse 12
2. Le ragioni della «specialità» dei diritti umani 14
3. Le fonti positive sui diritti umani; l'origine della positivizzazione nell'ambito internazionale e gli sviluppi nell'ambito sopranazionale 15
4. I diritti umani fra diritto internazionale e fonti interne: opzioni problematiche 19
 - 4.1. Concezioni moniste e dualiste: loro applicazione al diritto internazionale sui diritti umani 20

- 4.2. L'integrazione dell'ordinamento interno attraverso le fonti internazionali: il rinvio e l'adattamento 22
- 4.3. (*segue*) Le fonti atipiche e l'atipicità delle fonti in materia di diritti umani 25
- 4.4. (*segue*) Le «clausole aperte» e l'apertura dei testi costituzionali a quelli internazionali 26
- 4.5. (*segue*) Il meccanismo dell'interposizione di norme 28
- 5. L'insufficienza del rango legale per i diritti umani 29
- 6. Il ruolo della legge nella protezione dei diritti dell'uomo 33

Bibliografia essenziale 33

SEZIONE II

LEGGE E ATTI DEL GOVERNO E DI ALTRE AUTORITÀ STATALI

LEIS, ATOS DE GOVERNO E DE OUTRAS AUTORIDADES ESTATAIS: DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO

di *Gina Vidal Marcílio Pompeu*

39

Introdução

39

- 1. Descentralização da atividade legislativa 40
- 2. Procedimento legislativo e iniciativa das leis 43
- 3. Função governamental normativa 45
- 4. Poder executivo e poder governativo 50
- 5. Conclusão 51

Referências

53

È RIMEDIABILE IL DISORDINE DELLE FONTI?

di *Antonio Ruggeri*

55

- 1. La questione, nei suoi termini essenziali 55
- 2. Lo smarrimento della *funzione tipica* di ciascuna fonte e l'incidenza che se ne può avere tanto al piano della forma di governo quanto (e soprattutto) a quello della forma di Stato 56
- 3. Quale il verso da intraprendere nell'opera riformatrice? Adattare il modello costituzionale all'esperienza o tentare di riportare questa a quello? 57
- 4. Il bisogno di far luogo ad un corposo rifacimento del tessuto costituzionale, sia innovando alla disciplina relativa ai tipi di atti esistenti e sia prevedendone di nuovi (con specifico riguardo alle leggi «organiche» ed a leggi comunque «rinforzate») 58
- 5. Riflessi di ordine procedimentale delle innovazioni proposte, con particolare

- riferimento all'atteso abbandono (o, quanto meno, al contenimento) della prassi deprecabile dei maxiemendamenti alle leggi accompagnati e sorretti dalla posizione di questione di fiducia 59
- 6. La necessità di far luogo ad altre innovazioni ancora con fonte costituzionale o, quanto meno, con legge «rinforzata», quindi seguita e completata da discipline apprestate da fonte diversa (in specie, dai regolamenti camerali) 60
- 7. La previsione della omogeneità dei contenuti degli atti e il suo rilievo nelle esperienze processuali (particolarmente, nei giudizi di costituzionalità) 61
- 8. La precostituzione di corsie preferenziali per le iniziative legislative del Governo e il riconoscimento di un (circoscritto) potere di ricorso alla Corte da parte delle minoranze parlamentari 63
- 9. Ha ancora senso la legge come fonte di regolazione giuridica per antonomasia? E, ulteriormente risalendo, ha senso la rappresentanza politica, così com'è? 63
- 10. La disposizione in circolo, vizioso ovvero virtuoso, delle riforme istituzionali e delle riforme della politica, nonché delle une e delle altre in rapporto alle riforme delle fonti 64
- 11. Le sole riforme dotate di senso sono quelle che si dimostrano idonee ad accorciare la distanza tra l'ordine delle fonti e l'ordine delle istituzioni da un canto, il sistema dei fini-valori costituzionali dall'altro 65
- 12. Carattere «sperimentale» della legislazione, tecniche di normazione in genere, «qualità», assiologicamente intesa, degli atti (o, meglio, delle loro *norme*) 65
- 13. Apertura dell'ordinamento costituzionale al diritto internazionale e sovranazionale e dinamiche della normazione 66
- 14. A mo' di riepilogo 68

LEGGE ED ATTI DEL GOVERNO E DI ALTRE AUTORITÀ STATALI

di *Giovanni Tarli Barbieri*

70

- 1. Il rapporto legge-atti normativi del Governo nella Costituzione repubblicana 70
- 2. Legge ed attività normativa del Governo (1948-1992) 72
- 3. Dal primato della legge al primato dell'attività normativa del Governo (1992-2009)? 74
- 4. (*segue*) L'intervento del Parlamento ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost.: le indicazioni emergenti dalla prassi 80
- 5. La decretazione d'urgenza, fonte «ordinaria» dell'ordinamento italiano 81
- 6. (*segue*) La legge di conversione dei decreti legge 86
- 7. La giurisprudenza costituzionale sulla decretazione d'urgenza 89
- 8. La delegazione legislativa: dal modello alla prassi 91
- 9. Atti con forza di legge e riserve di legge 98
- 10. Il potere regolamentare del Governo 99
- 11. (*segue*) Le tipologie regolamentari 103
- 12. Collegamenti ed interferenze tra atti normativi del Governo 106
- 13. I controlli sull'attività normativa del Governo 109
- 14. Quali possibili riforme? 115

Riferimenti bibliografici

117

LO STATO DELLA LEGGE IN ITALIA: ALCUNI DATI PER RIFLETTERE

di *Emanuele Rossi e Fabio Pacini*

122

1. Introduzione 122
2. L'incerto numero delle leggi in Italia, tra semplificazione e complicazione 122
3. Nuove conferme per una *vexata quaestio*: crisi della legge parlamentare «classica» 124
4. Il «taglia-leggi» e gli sviluppi successivi 127
5. Superamento della codificazione e nettissima prevalenza della legislazione di carattere settoriale o microsettoriale 133
6. Conclusioni 137

LA PRASSI PRESIDENZIALE IN TEMA DI CONTROLLO SULLE LEGGI E SUGLI ATTI CON FORZA DI LEGGE: RIFLESSIONI SUL SISTEMA DELLE FONTI E SUI RAPPORTI FRA PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA, PARLAMENTO E GOVERNO

di *Maria Esmeralda Bucalo*

139

1. Premessa e prassi esaminata: alcuni iniziali rilievi 139
2. Natura e odierna conformazione del controllo presidenziale sugli atti normativi: una promulgazione «giustificata» e un diniego di emanazione di decreto-legge 142
3. (*segue*) Una promulgazione «motivata» in modo contrario e un rinvio alle Camere evitato per mezzo di un decreto-legge 146
4. Riflessioni conclusive 150

LA VIS EXPANSIVA DEL GOVERNO NEI CONFRONTI DEL PARLAMENTO: ALCUNE TRACCE DELLA ECLISSI DELLO STATO LEGISLATIVO PARLAMENTARE NEL «RUOLO» DEGLI ATTI AVENTI FORZA DI LEGGE

di *Roberto Di Maria*

154

1. Introduzione. Ruolo della legge e ruolo del Parlamento: Kelsen, Schmitt, parlamentarismo e Stato legislativo (breve cenni) 154
2. Gli atti aventi forza di legge nella Costituzione repubblicana italiana: brevi premesse normative 157
 - 2.1. Il contributo ermeneutico della giurisprudenza costituzionale: sui decreti legislativi ... 158
 - 2.2. (*segue*) ... e sui decreti-legge 163
3. Alcuni casi di abuso dell'esercizio della funzione legislativa del Governo 173
4. Conclusioni: brevi note su parlamentarismo e rappresentanza democratica 176

SEZIONE III

LEGGE E FONTI DI AUTONOMIA LOCALE

BRASIL: DAS PROMESSAS DE DESCENTRALIZAÇÃO À CONTINUIDADE DO CENTRALISMO LEGISLATIVO

di *Antonio Moreira Maués e Fernando Facury Scaff*

183

1. Introdução 183
2. O Modelo da Constituição de 1988: Federalismo Tridimensional 184
 - 2.1. A Autonomia de Estados e Municípios 184
 - 2.1.1. Estados 184
 - 2.1.2. Municípios 185
 - 2.1.3. A Autonomia Financeira dos Entes Subnacionais 186
 - 2.1.4. O Contribuições e o Federalismo Cooperativo 189
 - 2.2. A Repartição de Competências na Constituição de 1988 190
 - 2.2.1. Competências Exclusivas 190
 - 2.2.2. Competências concorrentes 191
3. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Federalismo 192
 - 3.1. O Poder Constituinte dos Estados-Membros 194
 - 3.2. Competências exclusivas ou concorrentes? 197
 - 3.3. O conceito de normas gerais 200
 - 3.4. A defesa da autonomia estadual 202
 - 3.5. Federalismo cooperativo e Autonomia financeira 205
4. Considerações finais 206

LEGGE E FONTI DI AUTONOMIA LOCALE

di *Roberto Bin*

208

1. Obiettivi della relazione 208
2. Perché le Regioni hanno funzioni legislative? Il disegno originario ... 209
3. (*segue*) ... e il suo fallimento 210
4. La riforma del 2001 non centra i problemi, ma li perpetua 212
5. La riscrittura delle «materie» esclusive e concorrenti 215
6. Le materie residuali e la rivincita dell'interesse nazionale 220
7. Gli effetti del principio di sussidiarietà 222
8. Il nodo più difficile: il potere normativo degli enti locali 223
9. Concludendo, con poco ottimismo 225

PLURALISMO LEGISLATIVO EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL:
UNIDAD, AUTONOMIA, INTEGRACIONdi *Francisco Javier Donaire Villa*

229

1. Rasgos generales del modelo constitucional español de organización territorial: (relativa) apertura y remisión (limitada) a los Estatutos de Autonomía 229
2. El reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas 230
 - 2.1. El reparto estatutario: heterogeneidad y complejidad de las técnicas de distribución 231
 - 2.2. Las técnicas extraestatutarias 232
 - 2.3. En particular, los ámbitos materiales de las leyes estatales y autonómicas 233
 - 2.3.1. De la ley estatal 233
 - 2.3.2. De la ley autonómica 235
 - 2.3.3. Las vinculaciones entre ley estatal y ley autonómica 238
 - 2.3.3.1. Las competencias legislativas compartidas: la relación entre ley básica estatal y ley autonómica de desarrollo 239
 - 2.3.3.2. La incidencia de la igualdad interterritorial en materia de derechos constitucionales 240
 - 2.3.3.3. Ley marco estatal y ley autonómica 241
 - 2.4. El sistema normativo del reparto competencial: el bloque de la constitucionalidad 243
 - 2.5. La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el reparto competencial 244
 - 2.5.1. Las Comunidades Autónomas y la elaboración de la legislación comunitaria en materias de competencia autonómica según el reparto interno 245
 - 2.5.2. La ejecución normativa y administrativa del Derecho Comunitario y su impacto en el reparto competencial interno 247
3. La autonomía y las competencias de las entidades locales fundamentales: Municipios y Provincias 251
4. La garantía de los intereses comunes o supraautonómicos 255
 - 4.1. Las reglas materiales 255
 - 4.2. Las vías procesales 256
 - 4.3. Los mecanismos extraordinarios 257

A APLICAÇÃO DA LEI NACIONAL EM SISTEMA FEDERATIVO
E OS DIREITOS FUNDAMENTAISdi *Paulo Sergio Weyl e Francisco Sérgio Silva Rocha*

259

1. A função da jurisprudência na fixação das normas trabalhistas 260
2. A Jurisprudência trabalhista em face da diversidade regional no Brasil 262
3. A aplicação uniforme da construção jurisprudencial de horas *in itinere* 263
4. O Caso concreto 265
5. Os direitos sociais como Direitos Humanos 266

CONSIDERAÇÕES SOBRE O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO
EM UMA PERSPECTIVA COMPARADAdi *José Mauricio Conti*

270

1. Introdução 270
 2. Considerações introdutórias sobre o federalismo 270
 3. Aspectos relevantes da organização dos Estados na forma federativa 273
 4. Competência legislativa no federalismo brasileiro 275
 5. Distribuição de encargos no federalismo brasileiro 276
 6. Competência arrecadatória no federalismo brasileiro 277
 7. O federalismo e as relações fiscais intergovernamentais no Brasil 277
 8. As transferências intergovernamentais 280
 9. O federalismo fiscal aplicado a políticas públicas específicas: os casos da educação e da saúde 282
 10. Síntese conclusiva 284
- Referências* 285

CONCLUSIONI DI SINTESI

ALCUNI PROBLEMI DA AFFRONTARE PER LO STUDIO DELLE FONTI
DEL DIRITTO NELL'EPOCA CONTEMPORANEA –
RELAZIONE DI SINTESIdi *Alessandro Pizzorusso*

289

1. Pluralità delle fonti e pluralità degli ordinamenti giuridici: gerarchia delle fonti e gerarchia degli ordinamenti 290
2. Sistema delle fonti e riferimenti storico-comparatistici 291
3. La produzione normativa mediante formulazione di «disposizioni» e quella direttamente produttiva di «norme» 292
4. La separazione dei poteri e la distinzione fra legislativo ed esecutivo 294
5. La separazione dei poteri e la distinzione fra legislativo e giudiziario 294
6. La Costituzione come *higher law* e la gerarchia delle fonti. Dalla monarchia assoluta al governo presidenziale o parlamentare 296
7. Il regolamento come «esecuzione» della legge: l'altro ramo della gerarchia delle fonti. Normazione ed esecuzione 297
8. Gerarchia delle fonti: gerarchia logica e gerarchia politica (norme sulla produzione e norme di produzione) 298
9. Internazionalizzazione e globalizzazione del diritto costituzionale; costituzionalizzazione del diritto internazionale ed altri sviluppi 301
10. Gli effetti normativi degli atti che costituiscono *soft law* 303

GLI AUTORI

305

INTRODUZIONE

di *Paolo Caretti*

1. Uno dei temi centrali intorno al quale ruota la riflessione di chi studia i problemi che riguardano il nostro sistema delle fonti normative è rappresentato, come è noto, dalle profonde trasformazioni che sta subendo il ruolo della legge, intesa come legge del Parlamento; quella fonte che la tradizione liberale ottocentesca aveva teorizzato come dotata di una primazia assoluta ed indiscussa (assicurata dal fatto di occupare il gradino più alto della scala gerarchica) e capace, potenzialmente, di rispondere in modo esaustivo a tutte le esigenze di regolazione poste dall'ordinamento, quanto meno a quelle che richiedessero una regolazione di tipo primario.

Sappiamo che gli sviluppi dei moderni sistemi di produzione normativa hanno portato ad una modifica radicale di questa visione della legge e della posizione che essa occupa nel sistema delle fonti: basti pensare alla diffusione che hanno avuto, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, le Costituzioni di tipo rigido e i connessi sistemi di giustizia costituzionale, alle «aperture» internazionaliste che tali Costituzioni contengono e ai riflessi che essi hanno prodotto sul piano della definizione dei rapporti tra fonti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi o, ancora, alle conseguenze che, sempre sul terreno dell'esercizio della funzione legislativa, ha determinato la fine del monopolio legislativo del Parlamento in conseguenza della diffusa valorizzazione del principio autonomistico, non più declinato solo sul terreno dell'amministrazione, ma anche, appunto, su quello della legislazione. Il mutamento che questi elementi hanno determinato nel contesto generale nel quale la legge è chiamata ad operare non poteva dunque che riflettersi sul suo ruolo complessivo della legge e in una direzione che inevitabilmente è stata, in generale, quella di un progressivo restringimento dell'area coperta dalla fonte legislativa, obbligata oggi a confrontarsi con un accentuato pluralismo di fonti, frutto del pluralismo sociale e istituzionale che caratterizza le moderne democrazie.

2. Per andare al di là di un'osservazione di questo fenomeno limitata alle specifiche vicende del nostro ordinamento, si è pensato di fare di questo tema l'oggetto di un incontro di studio di carattere internazionale, che si è svolto a Palermo nei giorni 24 e 25 settembre del 2009, dedicato appunto al «Ruolo della legge oggi», per pubblicarne poi gli atti in un apposito numero dell'*Osservatorio*. A questo incontro hanno partecipato costituzionalisti italiani, spagnoli e brasiliani; portatori dunque di esperienze diverse, ma tutte caratterizzate dalla tendenza di fondo che più sopra ho indicato, ossia il sensibile ridimensionamento della funzione della legge parlamentare a fronte di altre fon-

ra all'esperienza spagnola, non sono certo mancati i casi di deleghe particolarmente ampie, che consentono, come da noi, la riforma di interi settori (del resto secondo la stessa *ratio* cui l'istituto oggi risponde) o casi di deleghe prive di criteri direttivi puntuali, così come non è sconosciuta la tendenza a dare un'interpretazione flessibile al limite di tempo che il Governo è chiamato a rispettare. Si tratta di tendenze proprie anche nella nostra esperienza, che tuttavia ne presenta altre assai più preoccupanti e discutibili, prima fra tutte quella relativa alle deleghe correttive, che allargano a dismisura il potere discrezionale del governo e soprattutto si traducono sostanzialmente in una stabile sottrazione della disciplina di una certa materia alla fonte legislativa.

La vera e più rilevante differenza che si può registrare tra le diverse esperienze messe a confronto, dunque, non consiste tanto nella progressiva perdita del carattere di eccezionalità che ha interessato i due istituti considerati (il fenomeno è comune, anche se assume connotati distinti nelle esperienze esaminate, come dimostrano gli stessi dati quantitativi sono molto diversi e anche questi a sfavore dell'esperienza italiana), quanto piuttosto nella tendenza, tutta italiana, sviluppata da parte del Governo ad un uso promiscuo e sostanzialmente fungibile delle diverse fonti normative. Con la conseguenza che non solo ne risulta del tutto deformata la relativa specifica disciplina costituzionale, ma risultano gravemente compromessi gli equilibri della forma di governo, in ordine ai rapporti Governo-Parlamento, che quella disciplina descrive. E tutto ciò ben al di là delle pur innegabili esigenze di arricchire e flessibilizzare i tradizionali processi di produzione normativa.

4. L'interesse del confronto tra le tre diverse esperienze costituzionali possono, dunque, essere apprezzati da un quattro punti di vista.

Innanzitutto, risulta confermato, come dato comune, quello rappresentato da una profonda trasformazione che la fonte legislativa (legge parlamentare) sta subendo nel mondo contemporaneo, per ragioni varie, soprattutto legate alla diversa dislocazione del potere legislativo, oggi diffuso e intestato ad una pluralità di soggetti sia nazionali che sopranazionali, al moltiplicarsi di fonti che fanno direttamente capo alla società civile, nelle sue diverse articolazioni, alle esigenze poste dall'intrecciarsi tra diversi procedimenti di normazione, alle esigenze, altrettanto rilevanti, di tempestività negli interventi di regolazione.

In secondo luogo, un altro dato comune emerso con chiarezza è che a queste nuove esigenze che si sono scaricate sull'ordinario procedimento legislativo parlamentare si cerca di dare risposta anche (certo non solo) sfruttando i margini di flessibilità offerti dalla disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza e della delega legislativa.

In terzo luogo, si segnala l'assoluta anomalia dell'esperienza italiana, rispetto alle altre, caratterizzata da fenomeni che vanno ben al di là delle pur ineludibili esigenze di ammodernamento dei tradizionali procedimenti di produzione normativa per coinvolgere la stessa tenuta dell'impianto della nostra forma di governo.

In quarto luogo, utili indicazioni vengono per la ricerca di soluzioni idonee ad arginare le patologie presenti nel nostro sistema delle fonti: mi riferisco soprattutto alla diversa efficacia che acquistano i controlli sugli eventuali abusi nel ricorso a decretazione d'urgenza e delega legislativa dall'aver inserito in Costituzione limiti di materia espressi e assai più puntuali di quelli previsti dai nostri artt. 76 e 77.

Infine, un'ultima considerazione. Se è vero che gli sviluppi del sistema delle fonti risente inevitabilmente degli sviluppi della forma di governo, una delle ragioni di fondo dell'anomalia italiana va forse ricercata proprio su questo versante: la mia impressione è che una troppo lunga convivenza tra un modello di forma di governo parlamentare (quello scritto in Costituzione) e un confuso modello di tipo presidenzial-populistico (praticato di fatto) abbia finito per riflettersi anche sul sistema delle fonti e, in particolare, sulla funzionalità del Parlamento in ordine al procedimento di produzione legislativa, ponendo le basi per una vera e propria «crisi» della legge, che non ha riscontro nella nostra storia repubblicana. Se le cose stanno così, per quanto importante sia ricercare rimedi alla situazione attuale che operino sui più piani (riforma costituzionale, riforma regolamenti parlamentari, potenziamento controlli preventivi e successivi), resta al fondo l'esigenza di stabilizzare l'assetto della nostra forma di governo, pena il permanere del sistema delle fonti in uno stato di continua turbolenza e profonda confusione.