

Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*

MICHELE PANDOLFELLI**

Abstract: Nell'articolo si tornano ad esaminare le questioni interpretative poste dall'abrogazione di disposizioni di un decreto-legge non ancora convertito da parte di disposizioni contenute in altro decreto-legge anch'esso in fase di conversione con riferimento ad un caso concreto (entrambi i decreti sono stati poi convertiti). Ne deriva una situazione di grave incertezza, che dà luogo a diverse interpretazioni, superata nel caso di specie solo da una norma espressa nella legge di conversione del secondo decreto-legge. Di qui l'esigenza di abbandonare rapidamente tale prassi e comunque di chiarire sempre la volontà del legislatore con norma espressa. Si esamina quindi più nel dettaglio il caso concreto, evidenziando l'opportunità di utilizzare in una fase di emergenza sempre gli strumenti più appropriati disponibili nel sistema delle fonti.

Sommario

1. Abrogazione ovvero abrogazione/mancata conversione parziale? – 2. L'incertezza genera diverse interpretazioni. – 3. Un esame del caso concreto: un cambio di cavallo in corsa. – 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 1 dicembre 2020

Suggerimento di citazione

M. PANDOLFELLI, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Articolo concluso l'8 ottobre 2020.

** Già Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica.

1. Abrogazione ovvero abrogazione/mancata conversione parziale?

Con il presente contributo si intende affrontare un tema già recentemente analizzato¹ e che consiste nell'abrogazione di singole disposizioni di un primo decreto-legge (di seguito DL1) da parte di disposizioni di un secondo e successivo decreto-legge (di seguito DL2), entrambi convertiti in legge. Nel caso di specie, DL1 è il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e DL2 è il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40; l'abrogazione di cui tratterò è l'abrogazione dell'articolo 17 del DL1 ad opera dell'articolo 40 di DL2.

Nell'articolo richiamato in nota, che ha esaminato i due decreti-legge richiamati (e che è stato redatto prima della legge di conversione di DL2) si è sostenuto che *fino all'eventuale conversione in legge di DL1 e quindi nella non conoscenza di eventuali norme inserite in essa sul tema*, l'abrogazione di una disposizione di DL1 ad opera di una disposizione di DL2 (nel caso di specie l'articolo 17 di DL1) non poteva che avere effetto dalla data di entrata in vigore di DL2.

Diversamente rispetto a quanto sostenuto nel già citato articolo, il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati², in sede di parere su DL1³ aveva invece affermato che *già al momento dell'abrogazione della disposizione di DL1 da parte di DL2* che contiene la norma abrogante, si sarebbe determinata una sostanziale non conversione parziale, in quanto ciò che è abrogato non avrebbe potuto comunque essere portato a conversione e quindi l'abrogazione avrebbe determinato *nello stesso momento* la decadenza della norma *ex tunc*.

Una volta intervenuta la legge di conversione di DL1, poiché in essa non si fa alcun cenno all'articolo 17, anche nell'articolo citato si riconosce, *tuttavia solo a quel momento e prima di poter esaminare la legge di conversione di DL2*, che la volontà del Parlamento sarebbe stata quella di non convertire in legge la disposizione abrogata, pertanto concordando *a quel punto* con la decadenza *ex*

¹ E. ROSSI, "Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge nell'emergenza coronavirus" in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale/2020. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

² Sull'attività del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati anche con riguardo ai decreti-legge vedasi tra gli altri V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione venti anni dopo*, Luiss School of Government, SOG – WP 45/2018 e ID., *La "problematica prassi" dei maxi emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte Costituzionale e Comitato per la legislazione*, in *Il Filangieri – Quaderno 2015-2016*, 2017, pp. 103, 115, ed E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 144-150.

³ Vedasi al riguardo il resoconto sommario della seduta di mercoledì 15 aprile 2020 del Comitato per la legislazione – Camera dei Deputati, XVIII legislatura.

tunc della norma abrogata. Ciò è stato confermato dalla legge di conversione di Dl2 in cui è stata inserita una *norma espressa* secondo la quale restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e i rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni abrogate di Dl1, tra cui l'articolo 17.

In relazione a quanto detto ne sarebbe derivata un'ineliminabile incertezza sulla vigenza di una norma di Dl1 abrogata da una disposizione di Dl2 nel periodo antecedente all'entrata in vigore della norma abrogante, in attesa della conversione di Dl1. A mio avviso tuttavia l'incertezza, lungi dal risolversi con la conversione di Dl1, si è protratta fino alla legge di conversione di Dl2, che contiene la citata norma espressa sulla salvezza degli atti (art. 1, comma 2 della legge n. 40 del 2020, di conversione di Dl2); solo questa norma, a mio avviso, ha infatti suffragato in questo caso la tesi del Comitato che altrimenti come vedremo potrebbe essere considerata discutibile. Un'incertezza negativa per la certezza del diritto e che nella mia interpretazione è durata più a lungo, con effetti forse anche più gravi.

La mia interpretazione è la seguente: dal fatto che la legge di conversione di Dl1 nulla dice sulla norma abrogata da Dl2 non mi pare si possa agevolmente dedurre che la volontà del Parlamento era quella di non portarla in conversione. Ciò perché l'allegato alla legge di conversione riporta solo le modifiche intercorse durante il procedimento di conversione di quel decreto. Ma soprattutto perché la norma abrogante sta in Dl2 e quindi il Parlamento non poteva in sede di conversione di Dl1 disporre su una norma abrogata quando la norma abrogante poteva ancora essere modificata durante la conversione di Dl2. Per essere ancora più chiaro, non penso che la conversione di Dl1 porti a travolgere l'abrogazione dell'articolo 17, dico solo che non scioglie e non può sciogliere il dilemma sulla vigenza della norma abrogata prima della sua abrogazione (per inciso su Normattiva, mentre l'allegato alla legge di conversione non cita l'articolo 17 come norma abrogata, se si va sul testo del decreto-legge all'articolo 17 si trova la dicitura " articolo abrogato dal d.l. n. 23 del 2020").

In secondo luogo, fino alla legge di conversione di Dl2 la tesi del Comitato circa una sostanziale mancata conversione parziale dell'articolo 17, assimilabile ad un caso particolare di conversione con modificazioni, è da ritenersi controversa sotto diversi profili:

- a) La sussistenza in generale della conversione parziale, pure ammessa dall'articolo 15, comma 6 della legge 23 agosto 1988, n. 400⁴, nei casi di conversione con modifiche, è contestata in dottrina⁵.

⁴ "Il Ministro di grazia e giustizia cura che del rifiuto di conversione o della conversione parziale, purché definitiva, nonché della mancata conversione per decorrenza del termine sia data immediata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale".

⁵ Tale sussistenza è contestata da chi considera la conversione del decreto-legge come fatto unitario. Questa tesi risale a C. ESPOSITO (vedi la voce *Decreto-legge*, in AA. VV.,

- b) La stessa Corte costituzionale ammette il rifiuto di conversione parziale ma rimette all'interprete stabilire se l'approvazione di un emendamento "...implichi la conversione della norma del decreto-legge censurata e la sua contestuale modifica con effetto *ex nunc* (a partire cioè dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione); o che al contrario l'emendamento equivalga ad un rifiuto parziale di conversione che travolge con effetto *ex tunc* la norma emendata per la parte non convertita"⁶;
- c) Fermo restando il disposto dell'articolo 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400⁷ potrebbe residuare una possibilità di mancata conversione parziale in caso di emendamento soppressivo (approvato da entrambe le Camere, in quanto un emendamento soppressivo approvato da una Camera è trasmesso all'altra che può modificarlo) ma occorre verificare con attenzione la concreta natura dell'emendamento (che potrebbe essere non solo soppressivo ma anche sostitutivo e quindi in ultima analisi modificativo; vedasi al riguardo il paragrafo 3) e comunque riscontrare attentamente se concretamente anche in tali casi la volontà del Parlamento è di non convertire la disposizione in questione sopprimendola con effetto retroattiva⁸;

Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, vol. XI, 1962), a F. MODUGNO e D. NOCILLA (*Riflessioni sugli emendamenti al decreto-legge*, in *Diritto e società*, n. 2/1973, pp. 351 ss.) e a V. DI CIOLO (*Questioni in tema di decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 1973. Secondo l'autore "la mancata conversione parziale non esiste nel diritto positivo italiano, il quale conosce soltanto le seguenti ipotesi: conversione pura e semplice, conversioni con modificazioni e mancata conversione del decreto"). La tesi opposta è espressa con nettezza da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Volume 1. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, pp. 182 ss., secondo cui la conversione con modificazioni rappresenta "una mancata conversione in parte qua, poiché significa una volontà del legislatore di non aderire alle scelte operate dal Governo... con la conseguenza che, intertemporalmente, cioè fra l'entrata in vigore del decreto e l'entrata in vigore della legge di conversione parziale, dovrebbe dirsi vigente la legge anteriore al decreto-legge". L'insieme di tutte le posizioni dottrinali e anche delle tendenze giurisprudenziali sul punto è stato analizzato da V. PETRI, *L'efficacia degli emendamenti modificativi del decreto-legge e la certezza del diritto. A margine della sentenza 367 del 2010*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, cui si rinvia per l'ampia bibliografia sull'argomento.

⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 367 del 2010. La sentenza è commentata in V. PETRI, cit.

⁷ Che recita: "Le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Esse sono elencate in allegato alla legge".

⁸ Vedasi al riguardo F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano-Padova, 2019, pp. 142-143.

d) il raro caso di mancato riconoscimento parziale dei presupposti di necessità ed urgenza (fino al momento in cui tale procedura è stata in vigore) è stato assimilato in concreto ad emendamento soppressivo⁹. Ad esempio, in sede di conversione del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24 sul caso “Stamina”, la Commissione e poi l’Aula del Senato nella seduta del 3 aprile (quindi ben prima della scadenza dei 60 giorni) non riconobbero i presupposti di necessità ed urgenza per una disposizione; tale mancata conversione risulta comunque nell’allegato come emendamento soppressivo insieme a tutti gli altri emendamenti approvati.

In altri termini, la mancata conversione parziale è una fattispecie difficilmente rintracciabile in concreto e comunque essa è stata sempre riferita ad un emendamento approvato nel corso del procedimento di conversione del decreto-legge che contiene la norma soppressa ; in questo caso trattasi di *un’abrogazione disposta da un decreto-legge diverso da quello ove si trova la disposizione soppressa, che come tale doveva essere poi ancora convertito* (l’abrogazione era disposta con una disposizione contenuta nel testo del decreto-legge senza che ancora il Parlamento su tale norma e su tutto il decreto-legge si fosse ancora pronunciato).

Pertanto, l’incertezza a mio avviso sul dilemma abrogazione *versus* abrogazione/mancata conversione parziale non poteva che durare ed è durata fino alla legge di conversione di DL2 e ne deriva che bene ha fatto il Parlamento in quella sede a chiarire la faccenda e bene farebbe in casi simili ad intervenire con una norma espressa e chiara.

2. L’incertezza genera diverse interpretazioni

Nell’incertezza per di più sono state formulate anche ulteriori interpretazioni.

In un altro recente articolo (redatto precedentemente sia rispetto alla legge di conversione di DL1 sia a quella di DL2)¹⁰ era stata formulata la seguente ipotesi: ove la legge di conversione di DL1 non fosse intervenuta sull’articolo 17 (che ricordiamo sempre essere abrogato da altro decreto), la stessa avrebbe potuto

⁹ L’articolo 78, comma 4, secondo periodo del Regolamento del Senato nella norma previgente con riferimento alla deliberazione sui presupposti del decreto-legge recitava “Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni *che si intendono soppresse*”. L’articolo 78 è stato modificato con il testo del Regolamento del Senato approvato il 20 dicembre 2017 eliminando la procedura di esame della sussistenza dei presupposti costituzionali, sostituita con una procedura di esame di questioni pregiudiziali.

¹⁰ P. MILAZZO, *Emergenza e “quasi-reiterazione” del decreto-legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul Covid-19*, in www.lacostituzione.info, 13 aprile 2020.

essere interpretata come abrogatrice dell'abrogazione con la conseguenza della reviviscenza della norma originaria¹¹.

Per cui si sarebbe assistito ad un curioso caso di norma intermittente: dall'entrata in vigore di Dl1 fino all'entrata in vigore di Dl2 vige l'articolo 17, dall'entrata in vigore di Dl2 fino alla conversione di Dl1 vige la sua abrogazione, dalla legge di conversione di Dl1 fino alla legge di conversione di Dl2 torna ad essere vigente l'articolo 17 per essere poi infine abrogato con la legge di conversione di Dl2 (sempre che non fosse stato modificato durante la conversione).

In altri termini ci si trova di fronte ad una diversa interpretazione circa (l'eventuale) silenzio della legge di conversione di Dl1 sull'abrogazione: ove l'articolo 17 nella sua versione originaria fosse stato contenuto senza diversa indicazione nel testo convertito in legge di Dl1 (vedi però Normattiva) se ne poteva dedurre l'abrogazione dell'abrogazione. Si tratta di una tesi a mio avviso che lascia perplessi (che ovviamente risente del momento nel quale è stata formulata), in quanto ancora una volta non tiene conto della prassi relativa alle leggi di conversione e del fatto che la norma abrogante è sul Dl2 ed è lì che si gioca la partita. In questo caso voler inferire una volontà del Parlamento da un silenzio che è invece in questo caso motivato può portare a mio avviso fuori strada.

Tuttavia, anche questa interpretazione è un segno del grave stato di incertezza ineliminabile che si è creato fino alla legge di conversione di Dl2 e che, oltre a rappresentare come si è detto un grave vulnus per la certezza del diritto¹², rappresenta un fattore critico anche per l'operatività delle pubbliche amministrazioni chiamate ad applicare le norme dei due decreti. L'unica strada è quindi superare rapidamente la prassi dell'abrogazione di disposizioni di Dl ad opera di altro Dl e richiamare sempre il Parlamento alla necessità di chiarire le situazioni con una norma espressa e inconfutabile.

3. Un esame del caso concreto: un cambio di cavallo in corsa

In conclusione, vorrei tuttavia spendere anche qualche parola sul caso concreto in esame per provare a capire il perché di una certa prassi normativa e le difficoltà concrete riscontrate in una situazione di emergenza quale è quella rappresentata dal Covid-19, che ne sono alla base. L'esame della norma concreta rende peraltro

¹¹ In caso di abrogazione di norma abrogatrice vi sono comunque pareri discordi su una reviviscenza automatica. Vedasi al riguardo A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 58-60 e la bibliografia ivi richiamata.

¹² Sul rapporto tra decreti-legge e certezza del diritto con riferimento ad altri casi censurabili (es. catene di decreti, decreti a perdere) vedasi R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, ed E. ALBANESI, cit., pp. 117- 125

a mio avviso anche più chiare le mie considerazioni sulla durata dell'incertezza in ordine alla vigenza della norma abrogata.

L'articolo 17 del Dl n. 18 introduceva una norma acceleratrice importante ai fini della lotta alla pandemia: si accentravano le valutazioni etiche sulle sperimentazioni cliniche relative al Covid-19 e cd. "multicentriche" (cioè poste in essere presso diverse strutture sul territorio nazionale) sul Comitato etico dell'Istituto Nazionale per le Malattie infettive "Lazzaro Spallanzani" di Roma senza prevedere – come prescriveva la normativa vigente a quel momento – anche il parere dei comitati etici dei centri coinvolti come unità locali. In questo modo si voleva accelerare la ricerca di una cura efficace per il coronavirus.

Tuttavia appena dopo l'emanazione della norma¹³ ci si è accorti di alcune sue lacune: non era chiaro ad esempio se il regime semplificato valesse - oltre che per le sperimentazioni cliniche propriamente dette - anche per gli studi osservazionali (che non modificano la normale pratica clinica) e per i programmi di uso terapeutico compassionevole (uso di farmaci in fase di sperimentazione, impiegati al di fuori degli studi clinici, quando non esistono valide alternative terapeutiche al trattamento di patologie che pongono il paziente in pericolo di vita). Inoltre, non era chiaro se per gli studi sperimentali *non profit* fosse richiesta o meno una specifica polizza assicurativa.

A questo punto, data l'urgenza di questi chiarimenti/integrazioni si sarà valutato che la strada "normale" (emendamenti aggiuntivi all'articolo 17 in sede di conversione di DL1) fosse troppo lunga (non si potevano aspettare i 60 giorni della conversione perché fossero in vigore) e quindi si è scelto di abrogare con Dl2 l'articolo 17, *allo stesso tempo riproducendone esattamente il testo su Dl2 (art.40) con le aggiunte necessarie* (applicazione dell'accelerazione anche agli studi osservazionali e ai programmi per uso terapeutico compassionevole; esclusione della polizza assicurativa per gli studi sperimentali non profit).

Un'abrogazione/conferma/sostituzione, un vero e proprio cambio di cavallo in corsa, armi e bagagli degno dei migliori film western, censurabile anche da altri punti di vista¹⁴. Quindi *non ci troviamo di fronte ad una norma semplicemente abrogativa bensì sostitutiva/ riproduttiva con modificazioni (e quindi in sostanza*

¹³ Vedi P. MILAZZO, cit.

¹⁴ In P. MILAZZO, cit., si osserva peraltro che in tal modo gran parte della disposizione diventa così vigente oltre i 60 giorni costituzionali, ricadendo in sostanza in una fattispecie di reiterazione che secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 360 del 1996) lede la previsione costituzionale in quanto "...altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando di fatto il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge". Per un recente esame analitico di questa sentenza vedasi M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 68-69.

modificativa) che dovrebbe indurre ad una particolare cautela prima di considerarla decaduta *ex tunc*.

A questo punto tuttavia in capo alla pubblica amministrazione interessata saranno sorti i dubbi di cui abbiamo parlato in questo articolo relativamente alla vigenza dell'articolo 17 fino alla sua abrogazione (nel frattempo probabilmente lo Spallanzani aveva iniziato ad operare!) e quindi in attesa di una soluzione si è inserita nell'articolo 40 del DL2 la frase... "l'articolo 17 è abrogato *a decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto*". Precisazione inutile e che non risolveva il problema della vigenza dell'articolo 17 prima della sua abrogazione che, come abbiamo visto, è stato risolto solo con la legge di conversione di DL2.

4. Conclusioni

In conclusione pertanto, oltre alla considerazione generale sulla necessità di superare la prassi delle abrogazioni da Dl a Dl, occorre anche riflettere alla luce di questa vicenda su una circostanza singolare e per certi versi paradossale: per anni ci si è lamentati che il Dl veniva usato per qualsiasi cosa tranne che per *i casi straordinari di necessità e urgenza*, ora che il caso si è presentato si scopre che il Dl non si attaglia a questa evenienza (i 60 giorni sono troppi)? Ovvero si doveva ritenere che lo strumento "decreto-legge" in questi casi non era lo strumento adatto?

Al riguardo in questa emergenza a mio avviso si potrebbe infatti affermare che il sistema delle fonti aveva ed ha gli strumenti necessari per affrontarla, a patto di scegliere sempre lo strumento più appropriato, evitando invece l'uso di altri strumenti con evidenti forzature¹⁵: ad esempio nel caso di cui all'articolo 17 – in cui occorre norme immediatamente applicative e "definitive", con la possibilità tuttavia di correzioni in tempi brevi, inferiori a 60 giorni, altrettanto "definitive" – si poteva forse utilizzare un'ordinanza del Ministro della Salute ai sensi dell'articolo 32 della legge n. 833 del 1978 e dell'articolo 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 (strumento peraltro ampiamente adottato), anche se si sarebbe trattato di una misura necessariamente temporanea che poi doveva essere "stabilizzata" con legge (che comunque si poteva fare in tempi e in modi più meditati).

¹⁵ Sul tema degli strumenti normativi utilizzati durante l'emergenza Covid-19 vedasi M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10 aprile 2020 e l'ampia rassegna di posizioni ivi contenuta