



Alberto Lucarelli*

La dimensione giuspubblicista di Presutti tra democrazia della rappresentanza e democrazia governante: il caso del regolamento indipendente

Negli ultimi anni del XIX secolo, si afferma nel ragionamento giuridico del costituzionalismo liberale, che studia le dinamiche dei rapporti interistituzionali all'interno del sistema delle fonti, il dualismo classico. Tale costruzione ha quale suo *punto di caduta* la tutela delle libertà fondamentali, in un modello ancorato al principio di legalità nella sua espressione formale, sensibile allo studio delle dinamiche costituzionali¹. Si studia il rapporto tra legge e regolamento, con l'obiettivo di realizzare l'autonomia funzionale dell'esecutivo nell'ambito della forma di governo parlamentare.

La forma di stato liberale, nella sua flessibilità teoretica, tende a porsi quale fondamento dell'esercizio dei poteri, atteggiandosi a fondamento funzionale del potere regolamentare, nella sua espressione di indipendenza. Tale indipendenza, tuttavia, si snoda ed articola all'interno dei rapporti fra parlamento ed esecutivo.

Il dualismo parlamentare, dunque, si pone quale fondamento (funzionale) del potere regolamentare indipendente dell'esecutivo, consentendo, ma direi anche legittimando, la libera attività del governo, quale organo indispensabile alla determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico², nell'equilibrio ed uguale legittimazione tra legislativo ed esecutivo.

All'interno di tali teoretiche, parte della dottrina concepiva, con taglio autoritario, influenzato dalla scienza giuridica germanica³, il potere discrezionale del governo o addirittura del solo re, quale fondamento, sotto il profilo dinamico funzionale, del potere regolamentare⁴.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ In merito sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995, *passim*.

² Per tutti, in Italia, v. *La dogmatica orlandiana*.

³ R. VON GNEISTT, in particolare, *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit dem deutschen Verwaltungssystem*, Berlin, 1883-1884; Id., *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1882.

⁴ A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, 33.

La potestà regolamentare veniva riconosciuta quale potestà propria, estendibile fin dove necessario, come potestà discrezionale, non bilanciata dalla potestà legislativa. Al contrario, la corrente del dualismo moderato abbandonava il principio del fondamento nel potere discrezionale, costruendo teoretiche tendenti all'individuazione di una norma di diritto positivo (fondamento-strutturale inteso quale fondamento-riconoscimento). La base giuridica riconosce, e quindi legittima l'autonomia funzionale, ancorché non ne disciplini modalità e limiti all'esercizio. Pertanto, più che esprimere garanzie tese alla tutela dei diritti dei cittadini, il riconoscimento strutturale riconduce l'azione dell'esecutivo alle dinamiche interistituzionali, con l'obiettivo di bilanciare l'esercizio dei loro poteri e dunque derive di matrice liberal-autoritarie.

Nel dibattito dottrinario, espressioni del dualismo autoritario venivano riproposte nel pensiero di Arangio-Ruiz, laddove, afferma: «il fondamento della potestà regolamentare è in una potestà discrezionale...»⁵.

Nel periodo bellico la dottrina pubblicistica italiana risentiva del mutato clima politico istituzionale. Con il governo Salandra⁶ e con il governo Orlando⁷, si verificava una compressione delle attribuzioni parlamentari, un ampliamento delle prerogative regie ed una prassi ad utilizzare in ogni circostanza il decreto-legge⁸. La scienza giuridica amministrativa riconduceva, in parte, le proprie teoretiche e i principi più autoritari del dualismo, ripresi sotto il profilo costituzionale, dalle costruzioni di Arangio Ruiz.

In questo contesto s'inserisce l'acuta elaborazione teorica di Presutti⁹, in particolare, delle sue *Istituzioni* del 1917, laddove afferma: «in grande parte la determinazione di ciò che esso (il governo) deve fare è rimessa all'apprezzamento discrezionale, e perciò insindacabile dell'obbligato e quanto più è discrezionale l'attività di governi tanto più appare il suo carattere pubblico»¹⁰. Presutti, pur ben ancorato ai processi evolutivi della forma di Stato liberale che, com'è noto, prima del *biennio rosso* e del successivo ventennio fascista, stavano conducendo seppur tra mille complessità, alla sua democratizzazione, sostiene la necessità per il miglior funzionamento delle istituzioni, che il governo sia dotato di poteri incisivi ed autonomi.

⁵ G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Torino, 1913, 506.

⁶ V.C. GHISALBERTI, *Storia Costituzionale d'Italia*, Bari, 1986, 337.

⁷ Si evidenzia come nel periodo 30 ottobre 1917 - 28 giugno 1919, in cui Orlando fu presidente del Consiglio dei ministri, si governò, quasi esclusivamente, con decreti-legge e normazione secondaria. In merito, v. M. BRACCI, *Vittorio Emanuele Orlando Legislatore*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1953, 124. Anche la Francia, nel periodo della prima guerra mondiale si caratterizzava per il «...*problème des abdications parlementaires, plus tard masqué par le système des décrets-loi* (la cui legittimità costituzionale, è stata ampiamente analizzata da Y. GOUET, *La question constitutionnelle des prétendus des décrets-lois*, Paris, 1932) *ou par les différentes techniques de délégation...*». Sul punto, v. P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration, de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, p. 462. In Inghilterra, nel 1916 il Premier dava vita ad un "War Cabinet" formato da un numero esiguo di ministri, tale da porre il Primo ministro in posizione di netta supremazia nei confronti del Parlamento. Sul punto, si veda G. CARVALE, *Il Primo Ministro nel recente dibattito della dottrina inglese*, in *Il Politico*, 1993, p. 27. Per un'analisi comparata dei poteri dell'esecutivo in tempo di guerra, si veda, G. JÉZE, *L'Exécutif en temps de guerre: les pleins pouvoirs*, Paris, 1917.

⁸ V.C. GHISALBERTI, *Storia Costituzionale d'Italia*, cit., p. 337; R. MARANINI, *Rapporti tra potere esecutivo e legislativo*, in *Studi Politici*, 1959, p. 408, il quale afferma: «La confusione fra legislativo ed esecutivo, nel periodo subito dopo la prima guerra era diventata completa...la stessa legislazione era abbandonata in grandissima parte all'esecutivo, con la pratica dei decreti-legge, convertiti con legge, senza esaminarli, talvolta a centinaia per volta».

⁹ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II, vol. I, Roma, 1917.

¹⁰ *Ivi*, 20.

Questo suo convincimento, per alcuni versi indotto più da ragionamenti giuridici che politici, lo inducono a *ricercare* il fondamento del potere regolamentare dell'esecutivo nel potere discrezionale del governo. Ma la complessità del suo ragionamento farà sì che Presutti, oltre al fondamento funzionale del potere regolamentare, farà, altresì, espresso riferimento alla nozione di attribuzione, sostenendo che: «la potestà regolamentare è attribuita dall'articolo 6 dello Statuto al Capo dello Stato»¹¹. Inoltre, l'attribuzione del potere regolamentare dell'esecutivo si desumerebbe altresì dagli articoli 5, 18, 78, 79 dello Statuto Albertino¹² e da norme giuridiche consuetudinarie¹³.

Presutti interpreta l'articolo 6 dello Statuto Albertino quale fondamento giuridico, in linea con l'orientamento del dualismo moderato. Dunque, l'aspetto di maggiore interesse nelle sue riflessioni intorno al potere autonomo dell'esecutivo s'incentra nella sua complessità, tipica del giuspubblicista, ovvero di chi guarda gli istituti sia dal lato teorico, che applicativo.

Nella dogmatica di Presutti si possono individuare due interpretazioni del fondamento giuridico: la prima, del potere discrezionale, che si ispira, in parte, ai modelli autoritari del Codacci-Pisanelli¹⁴ e dell'Arangio Ruiz¹⁵, la seconda influenzata dal legalismo dei teorici del dualismo moderato. Presutti, anche in forza delle sue esperienze *pratiche* da avvocato e da amministratore locale, sa bene che il *punto di caduta* del potere regolamentare sono i diritti dei cittadini, che non possono essere lasciati in balia della discrezionalità autoritaria dell'amministrazione.

È evidente che, sul piano propriamente concettuale, il duplice fondamento (funzionale e strutturale) si presenta quale espressione di formule compromissorie. La duplice teorica del fondamento giuridico si ispira, per il profilo funzionale, ai criteri autoritari, mentre per il profilo strutturale, sembra rinviare ai modelli moderati. Si ricava così la costruzione di un fondamento strutturale non tanto del regolamento indipendente, quanto del potere discrezionale *tout court* dell'esecutivo.

Infatti, osserva Presutti: «la possibilità giuridica di emanare regolamenti pubblici sta nel fatto che da una norma giuridica, o legislativa consacrata dalla consuetudine, in forza della quale un organo dello Stato possa o debba spiegare una determinata attività, sorga a favore dell'organo stesso un potere discrezionale e cioè una certa libertà di apprezzamento, e di decisioni per determinare quando e ciò che l'organo stesso o quelli alla sua dipendenza devono fare per spiegare quell'attività, che fu loro demandata dalla norma giuridica»¹⁶.

Da una norma giuridica legislativa, o di diritto consuetudinario, sorge a favore del governo, un potere discrezionale che costituisce, secondo la teoria del Presutti, il fondamento del potere regolamentare indipendente. Tale potere ha la propria fondazione nel potere discrezionale che, a differenza delle dottrine dualiste classiche, non si individua nel ruolo e nelle funzioni

¹¹ Ivi, 92.

¹² Ivi, 83.

¹³ Ivi, 83-85.

¹⁴ A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, 33.

¹⁵ G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Torino, 1913, 506.

¹⁶ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 82.

istituzionalmente attribuite al governo e nel rapporto collaborativo con l'organo legislativo ma, o in una disposizione legislativa o consuetudinaria. Rispetto alla dottrina del dualismo classico notiamo, nel pensiero del Presutti, costruzioni più legaliste.

Il fondamento del potere regolamentare risiede nel potere discrezionale del governo, ma, in collegamento col diritto positivo, che tradisce l'evidente influenza del dualismo moderato. La teoria del Presutti legittima l'esistenza dei regolamenti indipendenti, in riferimento al quadro di riferimento costituzionale¹⁷, che esprime parziali modelli autoritari, ed al legalismo radicato nel sistema delle fonti, quale espressione del fondamento strutturale.

L'influenza della teoretica del dualismo moderato, in relazione al fondamento strutturale, tende a legittimare l'esistenza del regolamento indipendente, pur permanendo, nella dottrina del Presutti, elementi del dualismo autoritario, che ne impediscono una lettura del tutto legalista, intesa quale espressione di un principio di legalità sostanziale.

Analizzata in Presutti la teoretica del fondamento, che risente dell'influenza legalista del dualismo moderato ed accertata l'assenza di un fondamento funzionale legalista, si ritiene opportuno esaminare la tipologia del regolamento indipendente. Egli così li definisce: «I regolamenti indipendenti sono... quelli che vengono emanati dal potere esecutivo, per il miglior espletamento di una funzione che statutariamente spetta al Capo dello Stato, o anche ad un organo del potere esecutivo»¹⁸.

Dalla definizione del regolamento indipendente ed in particolare, dall'espressione «funzione che statutariamente spetta al Capo dello Stato, o anche, ad un organo il potere esecutivo» si evincono i principi del dualismo classico. I regolamenti indipendenti possono essere emanati, non solo nelle materie che lo Stato riserva alla regia prerogativa, ma anche a quelle riservate, genericamente, al potere esecutivo.

Orlando¹⁹ riconosceva campi di attribuzioni riservati al governo, tuttavia, affermava la difficoltà a delimitarli, non esistendo un limite assoluto e preciso e una differenza obiettiva fra decreto e legge. L'arbitraria ed indefinibile riconducibilità del Presutti ad una statutaria e generica riserva regolamentare, sembra possa essere intesa nel senso che dove c'è attribuzione di potere discrezionale esista un settore disciplinabile con regolamento indipendente.

L'espressione: «... Che statutariamente spetta... ad un organo del potere esecutivo» infatti, non va intesa secondo la visione moderata, ossia, esistenza della riserva di regolamento solo se desumibile da disposizioni statutarie, o fondata su norme di diritto positivo. Presutti, infatti, non fa ricorso allo statuto per trovare un fondamento giuridico della riserva di regolamento, ma, unicamente, per desumere ambiti materiali di attribuzione. Pertanto, in relazione alla

¹⁷ Tematiche più di taglio costituzionalistico sono affrontate da E. PRESUTTI, in *Lo stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, dove ipotizza forme collaborative tra il governo e la maggioranza parlamentare: «è nello spirito, è nell'essenza del governo parlamentare che il Ministero al potere abbia nella Camera elettiva una maggioranza costante, permanente, che lo appoggi, che lo sostenga, che viva con esso una vita comune, di punto che venendo a mancare la maggioranza il Ministro debba ritirarsi». Il Presutti risulta influenzato, probabilmente, in quegli anni, dalla corrente del monismo della maggioranza parlamentare.

¹⁸ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 86.

¹⁹ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Arch. Giur.*, vol. XXXVI, 1886, 388 ss.

determinazione degli ambiti materiali, il Presutti più che del dualismo moderato, risente del dualismo orlandiano.

I regolamenti indipendenti, privi di limiti formali e sostanziali²⁰, in assenza di una fondazione giuridica, in un quadro istituzionale tendente verso forme autoritarie, ed in presenza di un'ampia riserva regolamentare, costruita con i principi tipici della consuetudine, possono, in sostanza, disciplinare con autonomia qualsiasi settore. Il Presutti, al di là del formale riferimento ad alcune norme statutarie, che non va inteso in senso legalista, ma solo quale riconoscimento del potere discrezionale che costituisce il fondamento del potere regolamentare, esprime un'esigenza concreta, ovvero quella di evitare che la necessaria azione dell'esecutivo possa essere *imbrigliata* nei meandri parlamentari.

Insomma, nelle sue costruzioni, pur ancorate alla forma di stato liberale, nel suo processo di democratizzazione, ed alla forma di governo parlamentare, sembrano apparire elementi che oggi saremmo portati a definire di parlamentarismo razionalizzato, in particolare nella configurazione del dualismo del sistema delle fonti e della riserva di regolamento in contrapposizione al mito dell'onnipotenza legislativa. Ovvero, in Presutti si avverte l'esigenza di un sistema parlamentare che sia in grado di porre in equilibrio la rappresentanza democratica con l'autonomia funzionale dell'esecutivo, necessaria per determinare ed attuare l'indirizzo politico del Paese. Esigenze che, a partire dall'ordine del giorno Perassi²¹ in Assemblea costituente, sono ancora di grande attualità.

Il tentativo di conciliare le due esigenze, all'interno della forma di governo parlamentare, ovvero la democrazia della rappresentanza con la democrazia governante, fu ben colto nella legge n. 400 del 1988, senza tuttavia riuscire ad incidere sul piano politico. In tal senso si parlò di *fuga dal regolamento indipendente*²². Il tema resta di grande attualità, risolto, purtroppo, sempre più spesso in maniera eccentrica, ovvero attraverso l'abuso del decreto-legge ed il ricorso al voto di fiducia ed ai maxiemendamenti. Ma questa è un'altra storia!

²⁰ Il Presutti, a differenza dell'Arangio-Ruiz, non individua materie legislative e non teorizza il principio della onnipotenza legislativa e della permeabilità dell'ambito regolamentare.

²¹ O.d.g. Perassi, 4 settembre 1946, seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

²² Così A. LUCARELLI, Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente, in *Rivista AIC*, 3, 2019, spec. 13, nonché ID., *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, cit., 18 ss.