

I RIFLESSI DELLA SENTENZA C. COST. 251/2016 SUL SISTEMA DELLE FONTI  
AD UN ANNO DALLA DECISIONE

**PAOLO RAMETTA\***

**Sommario**

1. Premessa. – 2. La leale collaborazione e la riconduzione alla giurisprudenza sulla c.d. attrazione in sussidiarietà. – 3. Una sentenza innovativa. – 4. Quali conseguenze per il futuro? Tipologia di intese... – 5. Verso una fuga dalla delega legislativa?. – 6. La soluzione effimera della Commissione affari regionali integrata. – 7. Decreti-correctivi e leggi delega successive alla sentenza.

**Suggerimento di citazione**

P. RAMETTA, *I riflessi della sentenza C. Cost. 251/2016 sul sistema delle fonti ad un anno dalla decisione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Allievo perfezionando in Diritto costituzionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa.

Contatto: [paolo.rametta@gmail.com](mailto:paolo.rametta@gmail.com)

### 1. Premessa

La sentenza 251 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni<sup>1</sup> della legge n. 124/2015, la c.d. Riforma Madia, contenute numerose<sup>2</sup> deleghe al Governo per la riforma di ampi settori della pubblica amministrazione. Più in particolare, la Corte costituzionale ha stabilito che, visto l'inestricabile intreccio di competenze materiali interessate dalle disposizioni censurate, afferenti sia a materie di competenza esclusiva dello Stato che a materie di competenza delle regioni, fosse necessario un coinvolgimento della Conferenza Unificata sotto forma di intesa, e non di semplice parere.

Come tutti i commentatori<sup>3</sup> della sentenza hanno segnalato, si tratta di una decisione che presenta profili molto interessanti dal punto di vista delle fonti del diritto, sia per quanto concerne l'utilizzo dello strumento del decreto legislativo – e i suoi rapporti con la legge di delega<sup>4</sup> – sia per quanto riguarda la declinazione del principio di “leale collaborazione”<sup>5</sup> (che con questa sentenza viene ulteriormente definito), con conseguenti ricadute sul c.d. Sistema delle Conferenze e più in generale sulla produzione normativa.

La Corte svolge la propria argomentazione anzitutto muovendo dalla constatazione che ci troviamo di fronte ad un intervento del legislatore statale finalizzato a disciplinare in maniera unitaria una realtà complessa, cui sono sottesi diversi ambiti competenziali che possono essere attribuiti a Stato o Re-

<sup>1</sup> In particolare la Regione Veneto ha impugnato gli artt. 1, 11, 16, 17, 18, 19 e 23 della legge delega in riferimento agli artt. 3, 81, 97, 117, commi 2, 3 e 4, 118 e 119 Cost. e al principio di leale collaborazione previsto dal combinato disposto degli art. 5 e 120 Cost.

<sup>2</sup> Si contano 26 decreti legislativi di attuazione, all'interno dei quali sono da ricomprendere anche i decreti correttivi e quelli che il Governo non ha emanato (ad esempio l'Atto del Governo 308, “Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”).

<sup>3</sup> G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questionegiustizia.it*, 23 gennaio 2017; J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 705; S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *Forum Quad. cost.*, 18 gennaio 2017; A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n.251/2016*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016.

<sup>4</sup> Approfondisce la questione P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2017, p. 11 ss.; si veda inoltre G. CRISAFI, *Illegittimità consequenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2017, p. 7 ss.

<sup>5</sup> Sul principio di leale collaborazione si veda: S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2008; A. BARAGGIA, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *Le Regioni*, 6/2011, p. 1250; M. MICHETTI, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 1/2006, p. 256 ss.; R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 11 ss..

gioni<sup>6</sup>. In altre parole, siamo di fronte a interferenze o sovrapposizioni tra competenze statali e regionali.

Di fronte a tale situazione considerata in termini generali, la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza successiva alla approvazione del nuovo Titolo V operata con legge costituzionale n. 3/2001, ha stabilito che si può ricorrere a due diverse strade, non imponendo la Costituzione una di esse a scapito dell'altra<sup>7</sup>: quella fondata sul principio di prevalenza e quella che si basa invece sul principio di leale collaborazione.

La Corte prova<sup>8</sup> anzitutto a verificare «se una materia si imponga sulle altre, al fine di individuare la titolarità della competenza»; si tratta del c.d. principio di prevalenza, utilizzato dalla Corte per attribuire la preminenza della potestà legislativa al titolare della materia ritenuta prevalente. Si deve precisare che tale criterio è stato utilizzato negli anni più recenti dalla Corte per spostare il baricentro legislativo in favore del versante statale<sup>9</sup>.

## **2. La leale collaborazione e la riconduzione alla giurisprudenza sulla c.d. attrazione in sussidiarietà**

La seconda strada, che è quella poi effettivamente percorsa<sup>10</sup> dalla Corte nella presente pronuncia, una volta verificata l'impossibilità di far prevalere una materia sulle altre, è costituita dalla "leale collaborazione". Secondo la giurisprudenza della Corte, in presenza di casi di «intreccio», «interferenza», «indistricabilità» delle materie, allorché la disciplina statale incida su materie regionali, e allo stesso tempo si consideri sussistente (e non prevalente) anche un titolo competenziale statale, se non è possibile effettuare un giudizio di

<sup>6</sup> Punto 3 del considerato in diritto, della sentenza C. Cost. 251/2016.

<sup>7</sup> La Corte esprime chiaramente questo principio nella sentenza C. Cost. n. 50 del 2005, affermando che: «può parlarsi di *concorrenza di competenze* e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi».

<sup>8</sup> Punto 3 del considerato in diritto.

<sup>9</sup> Scrive a questo proposito I. RUGGIU, *Il sistema delle Conferenze e il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, 2011, p. 529 ss.: «Il fenomeno è stato amplificato dal fatto che la Corte costituzionale ha moltiplicato i limiti alla legislazione regionale portandoli, dai tre previsti all'art. 117 c. 1, almeno ad altri quattro o cinque: le materie valore, le materie trasversali, le materie obiettivo e le non-materie. Le materie valore, trasversali e obiettivo, si trasformano esse stesse in materie limite e in presenza di esse generalmente scatta un giudizio di prevalenza a favore dello Stato che spinge la Corte a ritenere non necessari strumenti di collaborazione o, se previsti spontaneamente dalla legge statale, a non ritenerli "forti" e quindi non derogabili nei contenuti».

<sup>10</sup> Anche se, come evidenziano A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa*, cit., p. 11, la decisione non era affatto scontata. La Corte, infatti, «in svariate circostanze, [...] aveva tuttavia negato che gli ambiti materiali di competenza regionale fossero inestricabilmente connessi con quelli di competenza statale, dichiarando la sussistenza della sola competenza esclusiva statale e quindi l'inapplicabilità del principio di leale collaborazione (sent. C. Cost. n. 324/2010; n. 273/2013)».

prevalenza è necessario che nella legge si preveda un *iter* collaborativo «più o meno graduato e intenso in base al fatto che [...] si ravvisi un maggior peso regionale o statale»<sup>11</sup>.

La Corte ha ritenuto che la gradazione da dare, nel caso in esame, all'*iter* collaborativo non potesse consentire di adottare il semplice parere bensì fosse necessaria la previsione dell'intesa<sup>12</sup>, ovvero un grado alto di collaborazione, utilizzato anche nei casi di "attrazione in sussidiarietà". Si tratta di un solco già tracciato in passato, ed al quale la Corte riconduce, con questa sentenza, le casistiche di "intreccio".

La giurisprudenza sulla "chiamata in sussidiarietà" prende le mosse – come noto – dalla sentenza n. 303/2003, che sulla base del combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost., riconduce a sistema principi come la sussidiarietà e la leale collaborazione. Il principio di sussidiarietà, stabilito dall'art.118 Cost., viene interpretato non più in una dimensione statica ma dinamica, come fattore di flessibilità che permette di soddisfare, avocando allo stato competenze amministrative, esigenze di unitarietà<sup>13</sup>. In forza di ciò, la redistribuzione delle competenze amministrative deve accompagnarsi ad una riallocazione delle competenze legislative, in quanto il principio di legalità – il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge – conduce logicamente ad escludere che le singole regioni, con discipline differenziate, possano regolare e organizzare funzioni amministrative attratte a livello nazionale.

Secondo la Corte, di conseguenza, il principio di sussidiarietà può operare quale fattore di flessibilità solo attraverso una sua "procedimentalizzazione", ovvero attraverso la previsione di una disciplina che prefiguri «*un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero le intese, da perfezionarsi secondo il canone della leale cooperazione*»<sup>14</sup>, che in qualche modo compensi la Regione della perdita di funzioni.

L'*iter* di cui parla la Corte altro non è che l'utilizzo dello strumento delle intese, in quanto la mera emersione nel corso del procedimento consultivo delle ragioni e delle istanze delle parti – come avviene in caso di parere – non soddisfa le esigenze di collaborazione richieste dall'attrazione in sussidiarietà, potendosi operare la deroga solo in virtù di una reale codecisione<sup>15</sup> tra gli enti

<sup>11</sup> I. RUGGIU, in *Il sistema delle Conferenze*, cit.

<sup>12</sup> Ci soffermeremo più avanti sul tipo di intesa da adottare.

<sup>13</sup> «*Limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, [...] significherebbe svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze*». Punto 2.1, in diritto, sentenza C. Cost n.303/2003.

<sup>14</sup> Punto 3.4, in diritto, sent. C. Cost. n.303/2003.

<sup>15</sup> Attraverso le intese l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative regolate per legge viene

interessati<sup>16</sup>. La Corte Costituzionale, successivamente alla richiamata pronuncia,<sup>17</sup> ha ridimensionato questo principio, chiarendo che le forme di collaborazione avrebbero dovuto riguardare non tanto l'adozione dell'atto legislativo, quanto piuttosto la necessità che questo preveda opportune forme di collaborazione per l'attuazione della materia attratta in sussidiarietà: la collaborazione non è "in entrata" bensì "in uscita"<sup>18</sup>, cioè al momento del «concreto esercizio della funzione amministrativa».

Appare quindi chiaro che la giurisprudenza sulla chiamata in sussidiarietà prende le mosse dall'esigenza di far sedere ad uno stesso tavolo l'attore spogliato della potestà regolamentare - le Regioni - con l'attore "espropriante".

La "disciplina" della chiamata in sussidiarietà si mostra morfologicamente contraddistinta da una sorta di procedimento "autorizzatorio": *condicio sine qua non* per l'esercizio di competenze conseguente all'attrazione in sussidiarietà è aver esperito un *iter*, relativamente oneroso per il Parlamento-Governo.

Se lo Stato omette tali collaborazioni, la sanzione è l'invalidità della legge nella parte in cui non preveda il parere o l'intesa. Per conseguire tale risultato, la Corte talvolta adotta sentenze manipolative della Corte additive (di intesa<sup>19</sup> ovvero di strumenti di leale collaborazione affidati alla discrezionalità del legislatore) ed in altre circostanze pronunce sostitutive, con le quali sostituisce la previsione del solo parere ovvero di collaborazione bilaterale<sup>20</sup> con quella dell'obbligatorietà dell'intesa<sup>21</sup>: tali decisioni hanno pertanto "riscritto" leggi che non prevedevano la collaborazione. In diverse circostanze, dovendo giudicare su conflitti di attribuzioni, sono stati annullati atti secondari o amministrativi in violazione o in assenza di pareri o intese previsti dalla legge, sebbene con un andamento non sistematico in relazione al quale si devono registrare anche alcune decisioni in controtendenza<sup>22</sup>.

esaminata al fine di valutare se l'interesse sottostante possa essere interamente soddisfatto dalla Regione, che potrebbe riuscire a dimostrare in Conferenza la propria capacità di svolgere la funzione.

<sup>16</sup> M. DI PAOLA, *Sussidiarietà e intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003*, in *Lexitalia.it*, 12/2003.

<sup>17</sup> Sentenza C. Cost. n.6/2004.

<sup>18</sup> I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze*, cit., p. 4.

<sup>19</sup> Come nelle sentenze C. Cost. n.285/2005, n. 242/2005, n. 88/2007, n. 165/2007.

<sup>20</sup> Sentenza C. Cost. n. 62/2005.

<sup>21</sup> Sentenze C. Cost. n. 76/2009 e n. 31/2005.

<sup>22</sup> S. CALZOLAIO, in *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 229 ss., afferma: «Nella giurisprudenza successiva – come sottolineato concordemente in dottrina – si sono date applicazioni ondivaghe alle direttive che la stessa Cortesi era imposta, sia sotto il profilo dei presupposti per l'attrazione in sussidiarietà, sia sotto il profilo del grado di collaborazione, sia sotto il profilo della identificazione dei soggetti da coinvolgere.»

### 3. Una sentenza innovativa?

Se il caso dell'invasione di competenze che avviene nella "attrazione" risulta chiaro, e logico e coerente appare il procedimento creato dalla giurisprudenza costituzionale, rimane da chiedersi se nel caso di "intreccio" di competenze non districabile fosse o meno prevedibile da parte del legislatore delegante la corretta soluzione procedurale da adottare.

L'obiezione più rilevante mossa in dottrina<sup>23</sup> alla prevedibilità della decisione della Corte riguarda le numerose sentenze in cui il giudice costituzionale ha ritenuto che la leale collaborazione non fosse imponibile alla funzione legislativa.

Effettivamente la Corte ha escluso<sup>24</sup> che fosse ipotizzabile un obbligo costituzionale in questo senso, tanto che la stessa sentenza in esame ha cura di specificare che: «È pur vero che questa Corte ha più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo».

Purtuttavia, in alcuni casi in cui la Corte ha utilizzato il combinato disposto tra art.76 e art.5 come parametro per dichiarare incostituzionali alcune disposizioni di decreti legislativi. E' opportuno specificare però che in tali occasioni la declaratoria era stata resa possibile dalla previsione, contenuta nella legge di delega, del limite ulteriore della richiesta di attività concertativa nelle Conferenze, che fungeva quindi da norma interposta, ex art. 76 Cost.<sup>25</sup>. La

<sup>23</sup> Tra i molti, G. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sentenza n. 251/2016)*, in *Riv. AIC*, 2/2017, p.10.

<sup>24</sup> Ad esempio, al punto 6.1 del Considerato in diritto della sent. n. 225/2009, si legge «come costantemente chiarito dalla giurisprudenza di questa Corte, l'esercizio dell'attività legislativa sfugge alle procedure di leale collaborazione»; si veda anche le sentenze n. 250 del 2015, 63 del 2013, 112 del 2010, 159 del 2008 e 387 del 2007. Ricostruisce questa giurisprudenza R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura...legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Riv. AIC*, 1/2017, p. 4, nota 13.

<sup>25</sup> Sebbene i casi di omessa attività concertativa prevista in legge delega siano assai rari, un esempio è dato dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n.31, sul nucleare, sul quale il Governo, a causa di una sorta di sciopero politico delle Conferenze, ha omesso di acquisire il parere. Tralasciando le motivazioni, a dire il vero peculiari e contingenti, che hanno spinto la Corte Costituzionale nella sentenza n.33 del 26 Gennaio 2011 a dichiarare legittima la scelta del Governo di adottare l'atto senza il parere, è comunque necessario soffermarsi sulle argomentazioni della Corte: le richieste di dichiarazione di incostituzionalità per norma interposta, ex art.76, «richiedono, per essere ammissibili, che la lamentata violazione dei principi e dei criteri direttivi enunciati dalla legge delega, da parte del legislatore delegato, sia suscettibile di comprimere le attribuzioni regionali» (Punto 5.4, in diritto). In questo caso, «le medesime Regioni hanno assolto all'onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione», competenza concorrente e per questo presidiata dal c.d. limite ulteriore del decreto legislativo che prevedeva l'attività consultiva delle Conferenze. «Nel caso di specie, il Parlamento, nella veste di legislatore delegante, ha declinato il canone della leale collaborazione in termini di attività consultiva della Conferenza unificata, proprio nella consapevolezza della attitudine delle emanande previsioni del decreto delegato ad incidere in settori di competenza regionale. L'osservanza di tale vincolo si pone quale condizione di legittimità costituzionale del decreto delegato che, se non soddisfatta, ridonda sulle attribuzioni costituzionalmente garantite alle

sentenza in esame, invece, ha la peculiarità di colpire proprio la legge delega, nella parte in cui prevedeva solo un semplice parere della Conferenza unificata.

Vi è però chi in dottrina<sup>26</sup> non ha mancato di notare che «la Corte ha inteso riattivare potenzialità insite nella propria vasta e ricca giurisprudenza, lasciate tuttavia sullo sfondo negli anni della crisi economica e del riaccostamento».

Il riferimento è al passaggio della sentenza n. 6 del 2004, laddove si affermava che la legge operante la chiamata in sussidiarietà «deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione»<sup>27</sup>. Effettivamente, in tale sentenza «la Corte tiene ancora aperto un varco, poi chiuso, che avrebbe già potuto condurre ad una collaborazione Stato-Regioni in fase di procedimento legislativo»<sup>28</sup>.

Possiamo quindi concludere che nonostante la Corte avesse già provveduto a sindacare atti primari con sentenze additive di intesa in Conferenza, questo non era mai avvenuto in una legge delega al fine di concertare altri atti primari (nel nostro caso i decreti legislativi).

#### 4. Quali conseguenze per il futuro? Tipologia di intese...

I La questione che molti commentatori si sono posti concerne la tipologia di intesa da raggiungere in sede di Conferenza, al fine di conformarsi alla sentenza in commento.

Occorre ricordare, al riguardo, che l'intesa è lo strumento che permette alla forza del sistema delle Conferenze di arrivare a toccare una «autentica codecisione»<sup>29</sup>, e che l'iter di raccordo all'interno dell'intesa è sostanzialmente diviso in due fasi.

In una prima fase si assiste ad una vera trattativa per la codeterminazione del contenuto dell'atto. L'intesa presuppone infatti una effettiva e leale volontà delle parti di arrivare alla «*paritaria codeterminazione dell'atto [...] da realizzare e ricercare, laddove occorra, attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolano il raggiungimento di un accordo*», «*senza alcuna possibilità di un declassamento dell'attività di codeterminazione connessa all'intesa in una mera attività consultiva non vincolante*»<sup>30</sup>. L'intesa si perfeziona

*Regioni*».

<sup>26</sup> R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1 febbraio 2017, p.4.

<sup>27</sup> Punto 7 del Considerato in diritto.

<sup>28</sup> R. BIFULCO, *L'onda lunga*, cit., p.4.

<sup>29</sup> A. D'ATENA, in *Il sistema delle Conferenze*, in *Rass. parl.* 2010. p. 422.

<sup>30</sup> Sentenza C. Cost. n. 24/2004.

con lo scambio di assenso di tutte le regioni (come avviene nel parere) e del Governo, che acconsente ad una condivisione dei contenuti di un atto di sua competenza, «ma nella misura che anch'esso decide»<sup>31</sup>.

La seconda fase, che è eventuale, si fonda sul potere attribuito ad una sola parte, cioè al Consiglio dei Ministri, dall'art.3, comma 3, del citato d.lgs. 281/1997, di provvedere in modo autonomo con deliberazione motivata qualora l'intesa non si perfezioni nel termine di trenta giorni dalla iscrizione dell'atto all'ordine del giorno della Conferenza. Per quanto attiene alla prima fase, si deve osservare che non basta l'inutile decorso del tempo per arrivare al provvedimento governativo surrogatorio dell'intesa: si richiede infatti un impegno attivo dello Stato per superare le divergenze con gli altri attori istituzionali. Per questi motivi l'intesa prevista nel d.lgs. n. 281/1997 è stata definita "debole", cioè derogabile; oltre all'inutile decorso del tempo si può prescindere dall'intesa anche in caso di *urgenza*, purché, secondo il dato normativo degli artt.3, comma 3, e 9, comma 2, si rispettino alcune condizioni: la motivazione delle ragioni di urgenza che hanno impedito il ricorso al procedimento ordinario, la sottoposizione differita di 15 giorni in Conferenza del provvedimento, l'obbligo del Consiglio dei Ministri di esaminare le osservazioni della Conferenza ai fini di deliberazioni successive.

L'intesa costituisce quindi uno strumento che evita la paralisi decisionale determinata dalla impossibilità (o incapacità) delle parti di raggiungere l'accordo, ma a questo vantaggio si aggiunge una inevitabile diminuzione del tasso di "paritarietà"<sup>32</sup> delle parti coinvolte: una delle due «dispone delle chiavi per superare il dissenso dell'altra»<sup>33</sup>.

Oltre all'intesa c.d. debole, di cui abbiamo appena parlato, la giurisprudenza costituzionale in altre circostanze ha invece richiesto la c.d. intesa forte. Dopo la riforma del Titolo V, in assenza di altri luoghi di concertazione, vista anche la mancata istituzione della commissione bicamerale per le questioni regionali integrata con i rappresentanti delle regioni e degli enti locali (ai sensi dell'art. 11 della l.c. n. 3 del 2001), il compito di prevenire le controversie – nascenti dalla nuova ripartizione competenziale e dal principio di sussidiarietà – è stato attribuito al sistema delle Conferenze, mediante la previsione di un *iter* di concertazione – l'intesa forte, appunto – non aggirabile; in altre parole, si è stabilito che senza il consenso di tutti i partecipanti al tavolo della Conferenza – e quindi dello Stato e delle Regioni – non sia possibile legiferare.

<sup>31</sup> G. CARPANI, *La collaborazione strutturata tra regioni e tra queste e lo stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali"*, in *Federalismi.it*, 2010, p.19.

<sup>32</sup> F.S. MARINI, *La pseudocollaborazione di tipo organizzativo: il caso della Conferenza Stato-regioni*, in *Rass. parl.*, 2001, p. 674.

<sup>33</sup> M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione paritaria" evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni 2004*, p. 1046.

È bene notare tuttavia che la differenza tra i due tipi di intesa stia sfumando nella più recente giurisprudenza costituzionale, risultando «in via di abbandono»<sup>34</sup>. Si sta ormai affermando infatti una sorta di “intesa debole rinforzata”, in cui il Governo non può semplicemente allegare l’inutile decorso del tempo *ex art. art.3, comma 3, d.lgs. 281/1997*, ma può aggirare l’accordo e decidere unilateralmente solo dopo avere esperito molteplici tentativi di arrivare al raggiungimento dell’intesa<sup>35</sup>.

Sembra sposare questa visione la Corte, che nella sentenza in commento afferma che: *«le procedure di consultazione devono prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione». Non si prefigura una «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all’espressione di un parere il ruolo dell’altra». La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale, non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell’ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo»<sup>36</sup>.*

Ed in effetti la sanzione definitiva a questa ricostruzione – cioè la necessità del ricorso ad una intesa debole “rinforzata” – la fornisce il Consiglio di Stato, che su richiesta del Ministero della Pubblica Amministrazione ha predisposto un parere<sup>37</sup> per esaminare le prospettive per il Governo a seguito della sentenza in esame. Il Consiglio di Stato afferma che «appare idonea, ai fini della corretta attuazione della sentenza n. 251, la procedura di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997, integrata con reiterati tentativi di superamento delle eventuali divergenze prima di addivenire alla eventuale deliberazione motivata del Consiglio dei ministri».

## 5. Verso una fuga dalla delega legislativa?

La delegazione legislativa, che ha visto il suo notevole incremento a partire dalla XIII legislatura, è divenuta – come da più parti rilevato<sup>38</sup> – lo strumento principale tramite il quale il Governo attua il proprio indirizzo politico, utilizzato non più solo per disciplinare materie tecnicamente complesse, ma anche per «affrontare temi ad alta complessità politica, per porre in essere ampi

<sup>34</sup> A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa*, cit., p. 8.

<sup>35</sup> Come si legge nella sentenza C. Cost. 1/2016, l’intesa «non consente che l’assunzione unilaterale dell’atto da parte dell’autorità centrale sia una mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell’intesa entro un determinato periodo di tempo».

<sup>36</sup> Punto 3 del Considerato in diritto.

<sup>37</sup> Parere del Consiglio di Stato 17 gennaio 2017, n. 83.

<sup>38</sup> Tra i vari, R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa fra teoria e prassi*, in AA. VV., *La delega legislativa: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 333.

processi riformatori»<sup>39</sup>.

Proprio per queste caratteristiche si è assistito ad un utilizzo che ha di fatto spostato il baricentro della produzione normativa verso l'Esecutivo, complice anche il frequente utilizzo da parte del Governo della decretazione d'urgenza<sup>40</sup>. A tale evoluzione ha però fatto contrappeso l'ingresso di altri soggetti nel procedimento di formazione dei decreti legislativi, avvalorandosi «l'idea che la funzione normativa, nell'ordinamento pluralistico contemporaneo, non debba venire affidata ad un solo soggetto, ma possa svolgersi (anche) attraverso un particolare procedimento integrato»<sup>41</sup>; la consultazione del Parlamento attraverso le Commissioni, ma anche delle Regioni ed Enti Locali mediante il sistema delle Conferenze, fino a categorie di soggetti portatori di interesse particolari, rende la delega legislativa uno strumento «congeniale a recepire scelte “contrattate” o “concertate”»<sup>42</sup>. A fronte dello spostamento dell'asse della produzione normativa dal Parlamento al Governo, la produzione legislativa di quest'ultimo è sempre più caratterizzata da una “procedura integrata”<sup>43</sup>, «con la premessa, inserzione o aggiunta nell'iter legis di atti o procedure speciali implicanti la partecipazione di organi o soggetti diversi»<sup>44</sup>.

A questo proposito, una delle questioni sollevate successivamente alla sentenza n. 251 del 2016 riguarda la attitudine della decisione a disincentivare il Governo (o più correttamente si dovrebbe dire il Parlamento) a percorrere la strada della decretazione legislativa. Si è sostenuto, infatti, che «l'introduzione di nuovi oneri procedurali in capo al (solo) legislatore delegato potrebbe determinare un “ritorno alla legge ordinaria” quale strumento di produzione delle norme di rango primario preferito dall'esecutivo e dalla maggioranza di governo»<sup>45</sup>; aggiungendo che si tratterebbe solo all'apparenza di un ritorno alla centralità delle Assemblee parlamentari, in quanto sarebbero poi nella disponibilità dell'Esecutivo tutti i ben noti stru-

<sup>39</sup> E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 3.

<sup>40</sup> A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006.

<sup>41</sup> E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Giappichelli, Torino, 1999, p.79.

<sup>42</sup> G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa*, cit., p. 151.

<sup>43</sup> L'iter di formazione dei decreti legislativi appare così molto diverso dalle previsioni della l. n.400 del 1988 che nell'integrare le laconiche disposizioni costituzionali in materia (gli artt.76, 77 e 87 Cost.) all'art.14 prevede che il preambolo del decreto rechi non solo l'indicazione della legge di delega, ma contenga traccia degli altri adempimenti da questa prescritti; quest'ultima disposizione certo non poteva tener conto della successiva esplosione di tali attività ulteriori, ma si è prestata comunque a dare atto, nel preambolo appunto, dei soggetti consultati e delle date dei diversi passaggi endoprocedimentali.

<sup>44</sup> C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1993.

<sup>45</sup> R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura...legislativa?*, cit., p. 7.

menti (maxi emendamenti, contingentamento, questione di fiducia) che finiscono per imbrigliare il Parlamento<sup>46</sup>.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la Corte sembra in realtà tipizzare il procedimento legislativo (per quanto delegato) su materie in cui non sia possibile esprimere una prevalenza e si debba pertanto ricorrere alla leale collaborazione; il procedimento tipico da qui in avanti utilizzabile in questi casi – pena la declaratoria di incostituzionalità dell’atto legislativo ordinario – è il procedimento legislativo delegato, che prenda le mosse da una legge delega con un contenuto minimo vincolato, cioè con la previsione di forme di collaborazione Stato-regioni non meramente formali (come avverrebbe in caso di parere o anche in caso di intesa “debole”) ma di portata sostanziale (come abbiamo poco sopra esaminato in relazione alla nuova figura che abbiamo definito “intese deboli rinforzate”). Pertanto non si può parlare di fuga dalla decretazione legislativa, in quanto quest’ultima è, secondo la Corte, l’unica strada percorribile: la decretazione legislativa è l’unico procedimento di normazione primaria che possa proceduralizzare la cooperazione tra lo Stato e le Regioni.

Corollario di questa osservazione è la necessità, per il legislatore che volesse modificare o abrogare le norme approvate utilizzando questo procedimento tipico (laddove orientato alla concertazione su materie intrecciate), di avviare il medesimo *iter* concertativo<sup>47</sup>.

## 6. La soluzione effimera della Commissione affari regionali integrata

Certamente una simile conclusione non può lasciare pienamente soddisfatti se solo si pensa alla composizione della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Unificata, organi nei quali sono rappresentati unicamente gli esecutivi. E’ un dato oggettivo lo spostamento del fulcro decisionale, provocato dall’attuale conformazione del sistema delle Conferenze, sul versante degli esecutivi anche in procedimenti di pertinenza legislativa. I legittimi titolari di questa funzione, sia il Parlamento<sup>48</sup> che i Consigli Regionali, non risultano in-

<sup>46</sup> «Non è però da escludere che questo effetto positivo (nei termini di rinnovata centralità delle assemblee elettive) possa essere ampiamente compensato da un ancor più massiccio utilizzo degli strumenti di coartazione della volontà parlamentare, quali i maxi emendamenti, il voto di fiducia e l’abbinamento dei due strumenti», *ibidem*; anche R. BIFULCO, *L’onda lunga*, cit., p. 5, parla di «Una possibile fuga dalla delega legislativa (da mettere quindi in conto come conseguenza della sentenza)».

<sup>47</sup> A questo corollario giunge anche R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura...legislativa?*, cit., p. 8: «L’introduzione di una variante procedimentale cui la delegazione legislativa è sottoposta per garantire il pieno rispetto della ripartizione delle competenze tra Stato e autonomie sembrerebbe far emergere una nuova categoria di leggi rinforzate, dotata di competenza costituzionalmente riservata».

<sup>48</sup> I pareri delle commissioni parlamentari competenti non hanno generalmente efficacia realmente condizionante nei confronti di atti politicamente avallati in Conferenza; peraltro essi sono acquisiti successivamente al parere delle Conferenze.

fatti coinvolti nelle diverse procedure concertative.

Per riaffermare la centralità del Parlamento il legislatore di revisione costituzionale, consapevole che il raccordo tra i vari livelli di Governo non può più avere come perno solo l'Esecutivo, aveva previsto nella legge costituzionale n. 3 del 2001 la integrazione, da prevedere nei regolamenti parlamentari, della Commissione parlamentare per le questioni regionali con dei rappresentanti delle Regioni, delle province autonome e degli enti locali, almeno fino a che non siano riviste le «norme del titolo I, parte II della Costituzione» (art.11), riguardanti il sistema bicamerale. Secondo tale previsione, nel caso in cui la Commissione competente non si adeguasse al parere, sia questo negativo o condizionato, della Commissione bicamerale per gli affari regionali «integrata», è stabilito l'obbligo di approvazione a maggioranza assoluta da parte dell'assemblea delle corrispondenti parti del progetto di legge. In tal modo, alla finalmente incisiva partecipazione delle autonomie in sede parlamentare si unirebbe la fine della giustificazione della normazione governativa per esigenze concertative con le Conferenze: il Governo, caduto l'alibi della assenza della voce delle Regioni in Parlamento, non potrebbe più essere delegato «a cuor leggero» su ogni tipo di riforma.

È noto che la disposizione non è mai stata attuata<sup>49</sup>.

Da più parti<sup>50</sup> si è sostenuto che questa modalità potrebbe costituire una alternativa più funzionale e maggiormente rispettosa delle competenze parlamentari, ed effettivamente anche la sentenza in esame evidenzia come la soluzione da essa prospettata non sia che una disciplina transeunte, vale a dire dettata in attesa della «trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi - anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3»<sup>51</sup>.

Questa prospettiva però appare problematica per almeno due ordini di motivi, strettamente collegati tra di loro. Anzitutto il funzionamento concreto del meccanismo di aggravio procedurale: bisogna ammettere che la mera ap-

Sull'importanza dell'ordine di acquisizione dei pareri si veda: N. LUPO, *Il "sistema delle conferenze" e il ruolo del Governo "in" Senato*, in *Rass. parl.*, 3/2016, p. 475.

<sup>49</sup> L'attuazione di una così innovativa disposizione trovò fin da subito ampio consenso da parte delle autonomie, che prefigurarono un accordo sulla ripartizione dei seggi tra regioni ed enti locali e le modalità di scelta dei 42 rappresentanti regionali; diversamente invece sul fronte parlamentare, e governativo, dove il dissenso si fece così consistente da bloccare l'attuazione della disposizione, forse anche per la constatazione della notevole capacità di interdizione che la Commissione potrebbe esercitare nel percorso di formazione delle leggi.

<sup>50</sup> Per tutti: R. BIFULCO, *L'onda lunga*, cit., p. 7; ma anche la *Relazione all'Assemblea sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali e sull'attuazione degli statuti speciali* approvata dalla Commissione Affari Regionali nella seduta del 10 maggio 2017 ha come contenuto principale la integrazione della Commissione stessa.

<sup>51</sup> La Corte nella sentenza in esame in questo passaggio (punto 3 del Considerato in diritto) cita la sentenza n. 278 del 2010.

provazione a maggioranza assoluta da parte del Parlamento non costituisce un deterrente-onere altrettanto significativo rispetto a quello costituito da una serrata trattativa per raggiungere una intesa in sede di Conferenze. D'altronde, la maggioranza assoluta del Parlamento bastevole al completamento dell'*iter* corrisponde, *mutatis mutandis*, alla volontà politica "monolitica" del Governo, che però in sede di intesa deve ancora concertare con le Regioni.

Il secondo ordine di motivi è testuale: l'art.11 della legge costituzionale n. 3/2001 prevede la possibilità che la Commissione integrata si occupi delle materie di cui all'art.119 e all'art.117 comma 3, ovvero le competenze concorrenti. Il caso in questione, cioè l'intreccio di materie, non riguarda tanto le materie concorrenti quanto anche le residuali, che quindi sfuggirebbero alla possibilità di essere concertate con il meccanismo di cui all'art.11<sup>52</sup>.

### 7. Decreti-correttivi e leggi delega successive alla sentenza

La strada per dare seguito alla decisione è stata solo in parte indicata dalla sentenza ma più chiaramente specificata grazie al parere del Consiglio di Stato richiesto dal Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione.

La sentenza chiarisce che «le pronunce di illegittimità costituzionale [...] sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione»<sup>53</sup>.

Senza entrare nel merito<sup>54</sup> della mancata estensione dell'illegittimità costituzionale anche ai decreti-delegati già approvati, si deve tener conto che il Consiglio di Stato, nel già citato parere, indica che lo strumento migliore per realizzare queste "soluzioni correttive" è rappresentato dalla predisposizione di appositi decreti correttivi che, previsti ormai in ogni legge delega, possono essere utilizzati per riapprovare l'intero decreto legislativo, secondo la proce-

<sup>52</sup> Ed infatti nella "Relazione all'Assemblea" cit. in un passaggio, forse eccessivamente defilato, si specifica che «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha peraltro dimostrato come non sia sempre possibile una chiara distinzione tra le materie di cui ai commi secondo, terzo e quarto comma dell'articolo 117 della Costituzionale. Può dunque accedersi ad un'interpretazione evolutiva del riferimento alle materie di cui all'articolo 117, comma 2, ricomprendendovi tutte le materie suscettibili di determinare un'intersezione tra ambiti materiali di pertinenza statale ed ambiti di pertinenza regionale».

<sup>53</sup> Punto 9 del Considerato in diritto.

<sup>54</sup> Per un'analisi molto puntuale di questi aspetti si veda: P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega cit.*, p. 11 ss.; e G. CRISAFI, *Illegittimità conseguenziale delle leggi e discrezionalità*, cit., p. 7 ss..

dura prevista dalla sentenza, cioè previa intesa in Conferenza Stato-regioni. Il Consiglio di Stato specifica che è bene sottoporre ad intesa l'intero decreto, e non solo le disposizioni potenzialmente lesive delle competenze regionali. Così facendo, ad avviso del Consiglio di Stato, si potrebbe ottenere una sanatoria *ex tunc* degli effetti *medio-tempore* prodotti dalla sentenza.

Il Governo, a seguito della sentenza della Corte, si è visto costretto al ritiro dei decreti legislativi sui Servizi pubblici locali (Atto del governo 308) e sulla Dirigenza pubblica (Atto del Governo 328), nonostante fossero in attesa della emanazione presidenziale; successivamente ha approvato tre decreti legislativi correttivi<sup>55</sup>, successivamente ad una intesa in sede di Conferenze. Sono ancora in attesa di emanazione altri tre schemi di decreti-legislativi correttivi<sup>56</sup>.

La portata della sentenza sembra essere stata indubbiamente poderosa sulla decretazione attuativa della delega della legge n. 124 del 2015. Forse è ancora presto per cogliere tendenze della legislazione complessiva; certamente un dato su cui riflettere è che delle tre<sup>57</sup> leggi delega approvate successivamente alla sentenza della Corte (in cui la delega sia destinata ad incidere su settori e non sia meramente accessoria) solo una<sup>58</sup> non preveda la necessaria intesa in Conferenza unificata.

<sup>55</sup> Si tratta del D.lgs. 126/2017 sulla Dirigenza Sanitaria correttivo del d.lgs.171/2016; D.lgs. 118/2017 sul licenziamento disciplinare correttivo del d.lgs.116/2016; D.lgs. 100/2017 Testo unico società a partecipazione pubblica correttivo del d.lgs.175/2016.

<sup>56</sup> In particolare: Atto del Governo 452, correttivo del D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179 Modifiche al Codice dell'amministrazione digitale; Atto del Governo 451, correttivo del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 177 Funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato; Decreto correttivo Atto del Governo 455, correttivo del D.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, Riorganizzazione delle Autorità portuali.

<sup>57</sup> L. 15 marzo 2017, n. 33, Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali; l. 16 marzo 2017, n. 30, Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile; l. 19 ottobre 2017, n. 155, Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

<sup>58</sup> Peraltro la disciplina della "crisi di impresa e dell'insolvenza" è tipicamente statale.