

1 FEBBRAIO 2017

L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale

di Raffaele Bifulco

Professore ordinario di Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli – Roma



L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale *

di Raffaele Bifulco

Professore ordinario di Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli – Roma

Sommario: 1. Premessa; 2. Una sentenza priva di precedenti?; 3. L'ambito di applicazione della sentenza nella prospettiva delle fonti del diritto; 4. L'opportunità di un riequilibrio.

1. Premessa.

La lettura della sentenza n.251 del 2016 non lascia indifferenti ¹. Diversi sono i profili degni di attenzione della decisione: dalla riconsiderazione della funzione delle intese al ruolo delle Conferenze, dall'impatto sulle fonti del diritto a quello sui decreti adottati, prima della sentenza, in attuazione della legge di delega n.124 del 2015. Oggetto di questo breve commento sarà la parte centrale della sentenza, il par. 3 del *Considerato in diritto*. Il punto di approdo del ragionamento della Corte è, in estrema sintesi, il seguente: quando il legislatore delegato riforma istituti incidenti su competenze statali e regionali, che siano tra loro inestricabilmente connesse, è necessario ricorrere all'intesa, e non al mero parere; intesa da adottare all'interno di una delle sedi del sistema delle conferenze. Da tale statuizione conseguono le dichiarazioni di illegittimità di alcune disposizioni della legge delega nella parte in cui non hanno previsto lo strumento dell'intesa.

Tre sono i punti che si vogliono evidenziare. Il primo riguarda il carattere innovativo della sentenza. Ad avviso di chi scrive, la decisione non era prevedibile, anche se, come si proverà a dire, nella ricca giurisprudenza della Corte sussistevano i presupposti di tale innovazione. Il secondo profilo riguarda l'ambito di applicazione della sentenza, più precisamente se il principio in essa stabilito debba applicarsi al solo meccanismo della delega ovvero a tutti i procedimenti legislativi. Il terzo ed ultimo aspetto, ipotizzando che la Corte prenda sul serio quanto da essa stabilito, vuole richiamare l'attenzione sull'opportunità di un riequilibrio degli effetti della sentenza attraverso l'attuazione dell'art.11 L.cost.3/2001.

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

¹ A dimostrazione di ciò si rinvia alla lettura del commento a firma del redivivo e caustico John MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2016, 705.

2. Una sentenza priva di precedenti?

Il punto di arrivo del ragionamento della Corte è fortemente innovativo. Può essere di interesse capire se, nella giurisprudenza posteriore al 2001, vi fossero i presupposti, le premesse di questa innovazione.

La Corte parte nel suo ragionamento ribadendo che, rispetto al parere, l'intesa rappresenta lo strumento di collaborazione più intenso e quindi più adatto a risolvere i casi in cui le interferenze materiali siano particolarmente complesse. E tuttavia la Corte, fino a questa sentenza, aveva mantenuto ferma una posizione di *self-restraint* nei confronti di un'estensione del principio di collaborazione alla sfera del procedimento legislativo, ripetendo più volte che tale principio non poteva estendersi alla sfera legislativa. È questo il motivo per cui, consapevole dell'impatto della decisione, la Corte evoca, a conforto della propria argomentazione, il ben noto precedente della chiamata in sussidiarietà, che dell'intesa ha fatto il presupposto giustificativo della pretesa accentratrice statale. Il richiamo alla sent. 303/2003 non è casuale in quanto, a leggerla con attenzione, quella decisione teneva socchiuso l'uscio della porta che avrebbe potuto portare all'estensione dell'intesa anche ai procedimenti legislativi. Funzionale rispetto all'obiettivo dell'argomentazione è anche il richiamo alla «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi».

I due richiami sono significativi e importanti ai fini della decisione. Proprio per questo avrebbero dovuto essere puntualizzati meglio. È infatti con la sent. 6/2004 che la Corte, in una prospettiva di estremo interesse per la sentenza in esame, collega chiamata in sussidiarietà e argomento della 'perdurante assenza'. In questa sentenza, più precisamente, la Corte formula un principio che ben può essere considerato, in potenza, all'origine della decisione in commento. La Consulta afferma infatti 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* o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Quindi, con riferimento a quest'ultimo profilo, nella perdurante assenza di una 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 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) - la legislazione statale di questo tipo "può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà" (sentenza n. 303 del 2003)».

La lettura di questo stralcio, e in particolare della parte qui messa in corsivo, sembra mostrare che, in quel momento, la Corte tiene ancora aperto un varco, poi chiuso, che avrebbe già potuto condurre ad una collaborazione Stato-Regioni in fase di procedimento legislativo. Sono infatti ben visibili, nel passo

riportato, due direzioni indicate dalla Corte: la prima, non implementata dalla successiva giurisprudenza, riguarda il procedimento formativo della legge che opera la chiamata e che deve essere ispirato alla partecipazione; la seconda, messa pienamente a frutto nelle sentenze posteriori, è relativa invece all'esercizio delle funzioni amministrative. La sent. 303, espressamente richiamata dalla 6/2004, era priva di questo segnava. Ma, al di là di queste precisazioni, va ribadito che, nella successiva giurisprudenza, quella perdurante 'assenza' non ha impedito alla Corte di 'erigere la vasta vita' delle relazioni Stato-Regioni, prescindendo da procedimenti legislativi orientati al principio di leale collaborazione.

Dopo aver indicato nell'intesa l'*Inbegriff* della collaborazione (nella sentenza si ragiona di 'incarnazione'), la Corte si sofferma sul ruolo del sistema delle conferenze come sede ideale della cooperazione Stato-Regioni. Nell'intesa in Conferenza -un'intesa che può essere oggettivamente difficile raggiungere e che, ciononostante, lo Stato deve perseguire senza dismettere ovviamente il suo ruolo di decisore finale- prende forma lo strumento che maggiormente tutela le Regioni tutte le volte in cui lo Stato interviene legislativamente su materie (invero la Corte ragiona di 'istituti') in cui entrambi gli enti sono dotati di competenze legislative. È a questo punto che arriva la statuizione sull'obbligo per il legislatore delegato di ricorrere all'intesa, la quale si impone, in questa nuova impostazione della Corte, «anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati».

Per concludere sul punto, con la sentenza in esame la Corte ha inteso riattivare potenzialità insite nella propria vasta e ricca giurisprudenza, lasciate tuttavia sullo sfondo negli anni della crisi economica e del riaccentramento ².

3. L'ambito di applicazione della sentenza nella prospettiva delle fonti del diritto.

Questione ulteriore è la ricaduta della sentenza sulle future scelte del legislatore in merito al tipo di atto normativo con il quale intervenire su materie competenzialmente complesse. I primi commentatori della sentenza hanno subito evidenziato questo profilo chiedendosi se la statuizione della Corte riguardi ogni procedimento legislativo oppure se vada interpretata in maniera più ristretta.

A legger la sentenza con attenzione, l'interpretazione più plausibile spinge a ritenere il principio di leale collaborazione, per come declinato dalla Corte nel caso in esame, applicabile al solo procedimento della delega legislativa, sussistendo in questo caso, per il legislatore, la necessità del ricorso all'intesa. E ciò per

² In questo senso anche 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*, in questa rivista, 25/2016, 7-9; S.AGOSTA, *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte apre alla leale collaborazione nel segno della continuità*, in www.forumcostituzionale.it, 18.1.2017; anche la disincantata nota di E.BALBONI, *Sulla riorganizzazione della p.a. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione...e «l'intendenza seguirà»*, in www.forumcostituzionale.it, 10.1.2017, evidenzia la vasta congerie di "mezzi procedurali" a disposizione della Corte.

almeno due motivi. Il primo, più immediato, guarda alla fattispecie concreta, costituita appunto da un giudizio avente ad oggetto una legge di delega. Il secondo, di carattere più sistematico, è legato alla funzione del decreto delegato o, se si vuole, al rapporto che si instaura tra legislatore delegante e legislatore delegato. Come si è visto, infatti, la Corte precisa che l'intesa s'impone «*anche* quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati». Si può, cioè, sostenere che il Giudice delle leggi considera l'attività del legislatore delegato come una diversa attività di attuazione della legge, paragonabile, nella prospettiva dei rapporti Stato-Regioni, ad altre attività attuative della legge già sottoposte al principio di collaborazione (è in questa prospettiva interpretativa che si è utilizzato il corsivo nella citazione della sentenza) ³.

Questa interpretazione appare anche la più 'razionale' rispetto allo stato della 'realtà' dei rapporti Stato-Regioni. Sostenere, in senso opposto, che la Corte intenda dire che, a partire dalla sent.251, ogni procedimento legislativo caratterizzato dall'intervento su istituti competenzialmente complessi debba considerarsi sottoposto al principio di leale collaborazione, e quindi all'intesa, avrebbe come conseguenza un tale stravolgimento degli equilibri della forma di Stato da legittimare il più che fondato sospetto che la Corte sia andata al di là del proprio ruolo ⁴.

Allo stesso tempo la proposta lettura non è priva di conseguenze giacché ritenere che il meccanismo della delega legislativa, quando con essa si intervenga su istituti competenzialmente connessi, comporti che il legislatore delegato sia sottoposto all'obbligo di intesa, vuol dire limitare la discrezionalità non solo del legislatore delegato ma anche quella del legislatore delegante. Il quale, proprio in ragione di ciò, potrebbe decidere di non ricorrere alla delega e di provvedere in altro modo. Una possibile fuga dalla delega legislativa (da mettere quindi in conto come conseguenza della sentenza) sarebbe scongiurabile solo immaginando che l'intervento su istituti competenzialmente complessi sia sottoposto ad una sorta di riserva di delegazione legislativa. È tuttavia evidente l'audacia e l'assenza di basi di appoggio costituzionali di una tale lettura.

Si deve presumere che la Corte abbia adottato la decisione nella piena consapevolezza di tali effetti, sicché non può che rimanere sullo sfondo il pur possibile appello al già menzionato riferimento al termine 'istituti' come oggetto di riforma del legislatore delegato. In sostanza potrebbe provare a sostenersi che la Corte ha inteso limitare la necessità del ricorso all'intesa solo nei casi in cui il legislatore intervenga su istituti giuridici, vale a dire su plessi ordinamentali caratterizzati dal fatto di disciplinare un medesimo

³ Sul punto G.D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in www.questionegiustizia.it, gennaio 2017, che ragiona di degradazione del decreto legislativo al rango di un qualsiasi atto amministrativo e di svilimento della sua natura di atto avente forza di legge.

⁴ È anche la conclusione di MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, cit., 706.

oggetto (come era appunto l'istituto della dirigenza pubblica), e non su 'mere' materie. L'argomento sarebbe tuttavia di respiro davvero corto, facendo pendere sulla Corte il sospetto del ricorso ad un'argomentazione piuttosto debole.

In conclusione di questo secondo aspetto può osservarsi che, a prender sul serio la decisione della Corte, i suoi effetti saranno di sicuro rilievo sia sull'uso delle fonti legislative a disposizione del Parlamento sia, più ampiamente, sull'assetto della forma di governo.

4. L'opportunità di un riequilibrio.

L'ultima considerazione riguarda i possibili effetti della sentenza dal punto di vista istituzionale sia nel breve periodo che in quello intermedio.

Nell'immediato la decisione porta ad un ulteriore rafforzamento del sistema delle conferenze. Difatti, se il legislatore delegato, in determinati casi, è obbligato a ricorrere all'intesa e se l'intesa deve essere perseguita nel sistema delle conferenze, sia essa Conferenza Stato-Regioni o Conferenza unificata (e si lascia in disparte la *vexata quaestio* della natura dell'intesa, se debole o forte), la Corte contribuisce a un indiretto effetto di costituzionalizzazione del sistema delle conferenze. Certo, quel sistema è disciplinato da norme di rango primario e da queste potrà essere mutato in ogni momento. L'effetto che però discende dalla sentenza è l'irrigidimento del sistema o, forse meglio, del metodo delle conferenze. È infatti attraverso quel sistema che l'intesa, espressione del principio costituzionale di leale collaborazione e costituzionalmente necessaria nell'ambito del procedimento legislativo delegato, deve prender forma.

Nel medio periodo si pone una questione più ampia, di sistema, che, connettendo sia il tema degli effetti sull'uso delle fonti che il profilo della collaborazione organica, potrebbe portare a svolgimenti istituzionali più ampi. Il suo porsi dipenderà, però, dalla coerenza della Corte. Per illustrare meglio la questione, conviene far mente locale anche agli aspetti contingenti della decisione.

La sentenza è stata depositata in cancelleria qualche giorno prima del referendum costituzionale svoltosi il 4 dicembre 2016. Se il referendum avesse confermato il progetto riformatore, gran parte del contenuto e degli effetti della sentenza sarebbero stati probabilmente superati dagli eventi. Così non è stato, con la conseguenza che ora la Corte, il Parlamento, il Governo e le Regioni dovranno fare i conti con la sentenza in esame. Nei prossimi mesi sarà possibile verificare se, in coerenza con quanto in essa stabilito, i suoi contenuti verranno confermati.

Se così non dovesse essere, rimarrà l'interrogativo del perché la Corte ha adottato una decisione così audace, per poi tornare sui propri passi. A giustificazione di questo possibile esito, i commentatori saranno costretti a richiamarsi alle peculiarità della fattispecie concreta e degli interessi sottostanti. E con molta probabilità si aggiungerà che poiché, nella sentenza in esame, a confrontarsi sono titoli di

legittimazione rientranti, per un verso, nella potestà statale e, per l'altro, nella potestà residuale regionale, entrambi tendenti all'esclusività, la soluzione della Corte non può non ricevere un'applicazione limitata. Nelle ipotesi in cui la materia dovesse invece presentare connessioni tra potestà esclusive e concorrenti, la prevalenza della potestà statale potrebbe portare ad esiti differenti da quello esaminato in quest sede ⁵. Ove ciò dovesse effettivamente accadere, la prospettiva sarà quella di un ulteriore accentramento delle competenze, poiché la Corte farà valere la prevalenza (statale) piuttosto che l'intreccio e la collaborazione. Se invece la Corte dovesse ribadire, con coerenza, la propria posizione, si aprirà un problema serio di equilibrio tra Parlamento, Governo e uso delle fonti. E non è da escludere che l'onda lunga della sentenza possa riportare in auge l'art.11 L. cost. 3/2001 come soluzione, se non definitiva, certo più coerente e omogenea rispetto all'intervento giurisprudenziale ⁶. Non si dimentichi infatti che quella disposizione era pensata, oltre che per le materie di cui all'art.119, proprio per la potestà legislativa concorrente che, in caso di un ripensamento della Corte, sarebbe maggiormente a rischio di ulteriore accentramento. Inoltre l'attuazione dell'art.11 consentirebbe di riportare in equilibrio lo strumentario legislativo a disposizione del Parlamento, un equilibrio che la sentenza rischia di aver alterato.

⁵ In questo senso sembra andare, successivamente alla sentenza in commento, la sent. 284/2016.

⁶ Il punto è accennato anche da D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, cit.