

L'art. 116 Cost. e la preoccupazione (strumentale?) della marginalizzazione del Parlamento

di Enrico Minnei

Professore associato di Diritto costituzionale

Università di Padova

SOMMARIO: **1.** Premessa; - **2.** “Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese”; **3.** Parlamento e decreto legislativo; **4.** Parlamento e decreto-legge; **5.** Parlamento e regolamenti di delegificazione; - **6.** I decreti ministeriali di natura non regolamentare; - **7.** Parlamento e fonti secondarie atipiche; **8.** La crisi della legge, la flessibilità della Costituzione rigida, la debolezza del Parlamento, le prassi applicative *contra legem*; - **9.** Il paradosso del regionalismo dell’uniformità; - **10.** L’art. 116, terzo comma, Cost.; **11.** Conclusioni

1. Premessa

Il dibattito sulle modalità di attuazione del regionalismo differenziato occupa la cronaca costituzionale e giornalistica, investe la politica, i tecnici, l’uomo della strada¹.

Divide e associa. Trasversalmente.

Certo, la poliedricità dell’art. 5 Cost. e la novità dell’art. 116, terzo comma, contribuiscono di loro ad incrementare il tasso di pre-comprensione dell’operazione ermeneutica ed il grado di soggettività dei suoi esiti.

¹ Va brevemente ricordato che la parte conclusiva della XVII legislatura ha registrato le iniziative ex art. 116, terzo comma, Cost. di tre regioni (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna); il 28 febbraio 2018, fra il Governo e le stesse sono stati sottoscritti tre distinti accordi preliminari (c.d. pre-intese) che hanno individuato i principi generali, la metodologia e un (primo) elenco di materie in vista della definizione dell’intesa. Con l’inizio della XVIII legislatura, altre regioni (Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania), pur non avendo firmato alcuna pre-intesa con il Governo, hanno espresso la volontà di intraprendere un percorso analogo. Come si legge nel documento “*L’autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*” elaborato dagli Studi della Camera (rinvenibile nel sito web istituzionale), “*nella seduta del Consiglio dei ministri n. 33 del 21 dicembre 2018 è stata condivisa l’informativa svolta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie in merito al percorso di attuazione dell’autonomia differenziata richiesta dalle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna. Nella successiva seduta del Consiglio dei ministri n. 44 del 14 febbraio 2019, il Ministro per gli Affari regionali ‘ha illustrato i contenuti delle intese. Il Consiglio dei ministri ne ha preso atto e condiviso lo spirito’. I testi delle bozze di intese sono stati pubblicati sul sito del Dipartimento Affari regionali della Presidenza del Consiglio, in un testo concordato tra Governo e ciascuna delle tre regioni, limitatamente alla ‘parte generale’ ... Nel corso dell’audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 presso le Commissioni I e V della Camera, il Ministro per gli affari regionali ha evidenziato l’intenzione del Governo di ripartire dal lavoro svolto sinora. Ha al contempo preannunciato la presentazione in Parlamento di un’iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria in cui potranno definirsi gli interventi di attuazione dell’art. 116, terzo comma, Cost., tenendo conto delle previsioni costituzionali e del modello di perequazione delle regioni a statuto ordinario definito dalla Legge 42/2009 e dal d.lgs. 68/2011. Il disegno di legge che il Governo si appresta a presentare alle Camere è stato inserito, nella Nota di aggiornamento al DEF 2019, fra i provvedimenti collegati alla decisione di bilancio”.*

La complessità del tema non può essere banalizzata. Mette in gioco i valori portanti della Repubblica e gli interessi di tutti.

E' il principio stesso di non contraddizione (logica e giuridica) che, salvaguardato, deve trovare un suo baricentro (nuovo), trattandosi di conciliare la Repubblica un-indivisibile con la dimensione plurale e *naturalmente* eccentrica delle Regioni, di armonizzare lo statuto ordinario delle stesse, già diversificato rispetto a quelli delle Regioni speciali (a loro volta fra loro non omogenei), con uno *status* nuovo, ancora tutto da configurare, sempre ordinario ma arricchito di forme e condizioni particolari di autonomia.

E' non meno vero, tuttavia, che anche laddove l'interpretazione avrebbe potuto ritenersi alleggerita da un testo, per quanto "aperto", comunque sufficientemente chiaro, non solo nella sintassi, ma anche nella *ratio*, si assiste ugualmente ad una sorta di accanimento nella ricerca della soluzione originale o meno vicina ad approdi già raggiunti in casi analoghi o assimilabili (*i.e.* quelli delle intese ex art. 8 Cost.).

Ricorrendo, soprattutto, all'uso retorico di argomenti di indiscutibile valore, ma dei quali nessuno pare curarsi direttamente, ma solo per contraddire.

Uno di questi è la centralità del Parlamento, nelle varie declinazioni facenti leva vuoi sulla natura parlamentare della forma di governo, vuoi sull'imprescindibilità della decisione politica dell'organo rappresentativo, vuoi sull'essenzialità della legge parlamentare.

2. "Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese"

"Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese" è il titolo di un appello al Presidente della Repubblica, ai Presidenti delle Camere e ai singoli parlamentari di trenta autorevoli costituzionalisti "*affinché garantiscano il ruolo del Parlamento anche rispetto alle esigenze sottese a uno sviluppo equilibrato e solidale del regionalismo italiano, a garanzia dell'unità del Paese*".

La tesi è che "*le ulteriori forme di autonomia non possono riguardare la mera volontà espressa in un accordo tra Governo e Regione interessata, avendo conseguenze sul piano della forma di Stato e dell'assetto complessivo del regionalismo italiano*"; dunque, "*l'approvazione parlamentare non può essere meramente formale; la previsione della legge nell'articolo 116, comma 3 della Costituzione è posta a garanzia*

che l'autonomia negoziata dalle regioni richiedenti si inserisca armonicamente nell'ordinamento complessivo della Repubblica. Il ruolo del Parlamento, nell'articolo 116, è finalizzato a tutelare le istanze unitarie a fronte di richieste autonomistiche avanzate dalle Regioni che possono andare proprio in danno a tali istanze unitarie”.

La preoccupazione “fortemente” avvertita è “per le modalità di attuazione finora seguite nelle intese sul regionalismo differenziato e per il rischio di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, luogo di tutela degli interessi nazionali”².

Ecco il punto: preoccupa “la marginalizzazione del ruolo del Parlamento”.

E' ovvio che in una democrazia parlamentare tutti dovremmo consapevolmente preoccuparci della “marginalizzazione del ruolo del Parlamento”. Meno scontato è il motivo per il quale la medesima preoccupazione o analoghi appelli non interessino, con la stessa forza, sistematiche “prassi”, tanto gravi quanto diffuse, conosciute e

² In risposta all'appello dei costituzionalisti, l'Ufficio stampa della Giunta regionale del Veneto ha trasmesso una nota di replica del prof. Mario Bertolissi, membro della delegazione trattante per la Regione del Veneto, che, per completezza e *par condicio* fra gli opposti orientamenti interpretativi, riporto *pari passu*: “Alcuni autorevoli giuristi hanno sottoscritto un appello al Presidente della Repubblica, affinché venga salvaguardato il ruolo del Parlamento, garante di ‘uno sviluppo equilibrato e solidale del regionalismo italiano’. La premessa sottostante – *par di capire* – è che il procedimento in atto – riguardante le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto – stia disarticolarlo il Paese. Ma così non è.

In primo luogo, i testi elaborati in bozza richiamano costantemente i principi fondamentali della Costituzione, di cui è garante il Giudice delle leggi. In secondo luogo, le differenze-discriminazioni tra Regioni esistono da sempre e ad esse lo Stato non ha saputo, finora, porre rimedio. In terzo luogo, le procedure istituzionali in atto si stanno svolgendo nel rispetto puntuale dell'art. 116, 3° comma, della Costituzione. In quarto luogo, i timori, che hanno ad oggetto la centralità del Parlamento, sono smentiti dalle disamine dei costituzionalisti, i quali, da lungo tempo, vanno dicendo di una centralità del Governo, come è nei fatti. In quinto luogo, questo rilievo è confermato dalla recentissima vicenda, definita dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 17/2019. In sesto luogo, non è possibile, in base al principio di non contraddizione, parificare il procedimento legislativo ex art. 116, 3° co., Cost., al procedimento ex art. 72, Cost. In settimo luogo, nel resoconto stenografico dell'indagine conoscitiva, svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel corso della passata legislatura, si legge che, quella di competenza parlamentare, è “una legge in senso formale, vincolata all'intesa precedentemente raggiunta tra Governo e Regione” (Atti Parlamentari, seduta del 6 febbraio 2018, 41). In ottavo luogo, mina l'unità e indivisibilità della Repubblica il criterio della spesa storica, fonte di inefficienze, sperpero di pubblico denaro e di irresponsabilità, cui non si è mai voluto derogare. In nono luogo, è bene che il Parlamento discuta: di numeri, di cose fatte e non fatte, di risultati, di tutele realizzate e no, dopo aver riscontrato se è ancora vero che esistono – come scriveva Livio Paladin nel 1976 – “Regioni di avanguardia... Regioni collocate nel mezzo” e Regioni di “retroguardia”, alla luce del principio di responsabilità. C'è da chiedersi: perché mai non se ne è parlato in passato e si è atteso l'impulso del Veneto? In decimo luogo – ed infine – l'interesse nazionale è messo in pericolo da chi non è stato in grado di svolgere una attività di buon governo e di buona amministrazione: pure in questo caso, alla luce di una disposizione costituzionale chiarissima, quale è l'art. 97. Infine, mi pare che la volontà di forzare e far leva sul Presidente della Repubblica, che è autorevolissimo custode della Costituzione e che mai si è espresso sulla materia, appaia come un maldestro e miserevole tentativo. E' un po' come pensare di avere l'arbitro che gioca con la tua squadra. Speculare sulla correttezza del Capo dello Stato appare irrituale, soprattutto se a esprimersi sono autorevoli costituzionalisti. Forse pensano che al Quirinale abbiano momenti di distrazione...”.

conclamate, attraverso le quali il Parlamento viene quotidianamente e “scientificamente” svilito nel suo ruolo e nella sua centralità. Nel silenzio o nell’indifferenza che, poco a poco, l’abitudine crea.

“Prassi” è, per l’appunto, il modo in cui Livio Paladin, nell’ormai classico testo sulle fonti del diritto italiano del 1996³, ha fotografato una pluralità di situazioni, oggi niente affatto mutate, se non in modo deteriore, nelle quali si è inverata una scissione fra la carta costituzionale ed il suo concreto vivere. In tutte l’organo rappresentativo diviene ancillare e il comune denominatore è che si tratta di pratiche applicative patologiche e, ciò nonostante, diffuse, radicate, raramente sanzionate.

Di tali “prassi” degenerative (secondo la qualificazione ormai invalsa nell’uso) basterà una rassegna simbolica, per cenni necessariamente sommari, ma significativi. Per non perdere lo sguardo di insieme sul grado di malessere che affligge il sistema delle fonti del diritto.

3. Parlamento e decreto legislativo

Leggendo l’art. 76 Cost. e comparandolo con l’art. 70 (e con il primo comma dell’art. 77) viene naturale concludere (sulla carta) che il Parlamento “*non si [priva] della minima parte del suo potere legislativo, sia quanto alla titolarità sia quanto all’esercizio, pur quando disponga una delega a favore del Governo*” e che “*l’attuale disciplina della delega legislativa rende palese ... che le leggi delegate sono il frutto di un potere che non corrisponde a quello esercitabile dalle Camere in base all’art. 70 Cost. visto che l’art. 76 esige che esso venga assai più gravemente condizionato da parte delle Camere stesse*”⁴: “*sicuramente la Costituzione ha voluto vietare non solo il conferimento al Governo dei ‘pieni poteri’, ma qualunque legge delegante che non determini con la necessaria precisione i settore disciplinabili dai conseguenti decreti*”⁵.

Senonché, non si può fare a meno di constatare subito dopo che “*la divisione dei compiti adombrata dalla Costituzione, per cui spetterebbero alle Camere le regole di base, al Governo le norme di attuazione, è stata spesso alterata con esiti radicalmente*

³ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, *passim*.

⁴ L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 205 e 206, ove si precisa che “*non a caso, è stato autorevolmente sostenuto che i decreti legislativi, sebbene inquadrati dalla Costituzione fra gli atti aventi ‘valore e forza di legge ordinaria’, dovrebbero in realtà qualificarsi come ‘fonti subprimarie’ o come ‘subfonti legislative’, appunto perché istituite e dipendenti dalle rispettive leggi ordinarie di delegazione*”.

⁵ *Ibidem*, 208.

opposti. Da un lato, cioè, abbondano i casi in cui le direttive parlamentari si dimostrano estremamente vaghe o lacunose, o sono difficili da interpretare, oppure risultano lapalissiane e per ciò stesso inutili. Dall'altro lato, alle deleghe legislative censurabili per difetto hanno puntualmente corrisposto leggi deleganti discutibili per un eccesso di regolamentazione"⁶.

La Corte costituzionale, anziché censurare le leggi di delega sostanzialmente prive dell'indicazioni dei principi e dei criteri direttivi ha, tuttavia, "più volte affermato che, 'in mancanza di principi e criteri direttivi che giustifichino la 'riforma' della normativa preesistente, la delega 'deve essere intesa in un senso minimale, tale da non consentire, di per sé, l'adozione di norme delegate sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo' (v. la sentenza n. 354 del 1998, richiamata dalle sentenze n. 66 del 2005 e n. 239 del 2003)"⁷; ha concluso che i principi e i criteri direttivi "possono essere stabiliti anche per relationem e che gli stessi sono individuabili, comunque, attraverso il richiamo ai principi generali eventualmente stabiliti dalla medesima legge"⁸; ha ammesso che possano essere ricavati implicitamente dalla legge di delega⁹ "verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge-delega"¹⁰.

L'indulgenza della Corte ha così fatto via via affiorare deleghe "ampie" o "vaste" o "plurime" (cioè con oggetti individuati in termini generici o molto ampi e complessi o a carattere multiplo), "deleghe correttive ed integrative" rispetto ai decreti legislativi originari o principali con la concessione di un termine ulteriore per intervenire, di "leggi di delega il cui iter parlamentare è stato artificiosamente accelerato dal governo mediante il loro inserimento nella sessione di bilancio e mediante la posizione della questione di fiducia su maxi emendamenti"¹¹, deleghe prorogate per decreto legge¹², decreti legislativi privi di correlazione rispetto ai principi e criteri direttivi.

⁶ *Ibidem*, 213.

⁷ Corte cost. sent. n. 303/2005.

⁸ R- BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II ed., Torino, 2012, 129.

⁹ G. D'ELIA, *Sulla determinazione ratione delegationis dei principi e dei criteri direttivi secondo la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2000, 1461.

¹⁰ Corte cost. sent. n. 341/2007.

¹¹ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 343.

¹² Cfr. M. MALO, *Art. 76*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008, 700.

Tutto ciò, da una parte, ha messo in luce “*il loro carattere ‘deviante rispetto alla fisiologia costituzionale’*”¹³, dall’altra, ha indubbiamente determinato una sensibile espansione della potestà legislativa del Governo ed un progressivo rafforzamento dell’esecutivo rispetto alle Camere, soprattutto nella determinazione dell’indirizzo politico e nella responsabilità dell’adozione di grandi riforme.

4. Parlamento e decreto-legge

La semplice lettura dell’art. 77 della Costituzione evidenzia come, nelle intenzioni dei costituenti, il ricorso allo strumento del decreto legge dovesse operare in termini del tutto eccezionali, in quanto derogatorio rispetto alla regola generale sulla produzione legislativa assegnata al Parlamento.

Ciò è chiaro fin dalla *sedes materiae* (il primo comma precisa che “*il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria*”), dai presupposti giustificativi ai quali la decretazione d’urgenza è subordinata (“*in casi straordinari di necessità e d’urgenza*”), dalla natura (provvisoria) dell’atto, dal necessario controllo parlamentare, dalla sanzione (della perdita retroattiva di efficacia) nell’ipotesi di mancata conversione.

Senonché, nella sintesi di Paladin, “*quello che risulta quanto mai aperto e delicato è ... il discorso concernente i presupposti giustificativi, indicati dal secondo comma dell’art. 77. Sotto questo aspetto, la prassi dell’ultimo venticinquennio ha progressivamente complicato i termini di una problematica che nei primi lustri del periodo repubblicano sembra relativamente semplice. Di più: sia nel senso quantitativo che nel senso qualitativo, la decretazione legislativa d’urgenza rappresenta ormai – per eccellenza – il punto saliente del distacco riscontrabile fra la fedeltà delle fonti normative e il modello immaginato o presupposto dai costituenti*”¹⁴.

Analogamente, secondo altri, “*la vicenda relativa all’uso del decreto-legge sembra mostrare che l’esperienza costituzionale si è caratterizzata, in proposito, per una sensibile contraddizione tra il piano delle affermazioni teoriche, sul quale hanno a*

¹³ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 346. C. DE FLORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell’epoca della globalizzazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 177, nel considerare le trasformazioni che hanno investito le deleghe legislative, rileva che si tratta di “*trasformazioni lente, ma tuttavia pervasive che hanno, di fatto, contribuito a ridefinire le dinamiche tra i poteri e in particolar modo le funzioni del Governo divenuto, contra constitutionem, il titolare di un potere legislativo autonomo*”.

¹⁴ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 241.

lungo dominato la centralità del Parlamento legislatore ed il principio della separazione dei poteri, da un lato, e, dall'altro, il piano della prassi costituzionale sul quale invece il ruolo del governo come organo (co-)protagonista dell'attività normativa è apparso sin da subito essenziale agli equilibri della forma di governo parlamentare"¹⁵.

In definitiva, si è concluso che *"la prassi si è sensibilmente discostata dai principi costituzionali dei commi secondo e terzo dell'art. 77 Cost."*¹⁶; che *"il Governo non si limita ad anticipar l'esercizio della funzione legislativa del Parlamento mediante atti provvisori, come era nella logica del Costituente, ma può talora determinare effetti irreversibili, anche in caso di mancata conversione e di conseguente perdita di efficacia ex tunc del decreto emanato"* e che *"la prassi si è praticamente sbarazzata del limite dei casi straordinari di necessità ed urgenza"* venendo il decreto legge impiegato *"per qualunque genere di intervento normativo"*¹⁷; che il decreto legge è diventato *"strumento di colegislazione, di codeterminazione politica, di negoziato fra governo, maggioranza ed opposizione" ... fonte tipica o preferenziale utilizzata a causa di una sua caratteristica propria che consiste nell'aver la forza della legge ma non il suo procedimento*"¹⁸.

Due, in particolare, sono le situazioni nelle quali la distonia rispetto al modello costituzionale si è fatta palese, dovendosi distinguere il caso il cui il decreto legge carente dei presupposti di cui all'art. 77 Cost. venga convertito in legge, da quello in cui il decreto legge non convertito in legge venga iterato e reiterato dal Governo.

Con riguardo alla prima situazione, si è affermata, dapprima, l'efficacia sanante della legge di conversione rispetto al decreto legge nato in difetto dei requisiti della straordinaria necessità ed urgenza: *"nel corso degli anni ... si sono formate interpretazioni e applicazioni assai lassiste, sia da parte del Governo, del Parlamento e dello stesso Presidente della Repubblica, sia nella letteratura costituzionalistica: tanto da far pensare a una serie coerente di convenzioni costituzionali, che in ultima analisi riserverebbero all'esecutivo e al legislativo il compito di verificare la presenza dei*

¹⁵ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 69.

¹⁶ M. MALO, *Art. 77*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008, 707.

¹⁷ A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 50.

¹⁸ A. CELOTTO - E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 1511.

requisiti richiesti dall'art. 77 secondo comma ... Così, è ormai dominante la tesi che la necessità non debba essere assoluta, né concernente in modo intrinseco le 'fattispecie regolate', ma sia valutabile in vista del contingente indirizzo governativo. Del pari, anche l'urgenza sarebbe meramente soggettiva e riguarderebbe comunque l'intero decreto considerato nella sua globalità, piuttosto che i suoi singoli disposti. ... I decreti-legge, nelle odierne visioni dottrinali, possono avere unicamente una 'funzione anticipatrice' delle relative leggi di conversione E di veramente straordinario – a questa stregua – non rimane null'altro che il procedimento seguito dal Governo, al di fuori delle vie normali della funzione legislativa”¹⁹.

Solo con la sentenza n. 29/1995 (e poi, con le successive decisioni n. 171/2007 e 128/2008) la Corte ha ammesso la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di un decreto legge adottato dal Governo in mancanza dei presupposti costituzionali, solo, tuttavia, quando tale vizio sia “*evidente*”.

In breve, secondo questa impostazione, la “semplice mancanza” dei requisiti costituzionali può essere fatta valere unicamente sul piano politico del rapporto Parlamento-Governo: se il Parlamento, potendo anche scegliere di non convertire, converte il decreto legge carente dei requisiti costituzionalmente richiesti, ma solo in maniera semplice, si ritiene che con ciò abbia compiuto una valutazione politica il cui merito – si afferma – non può essere sindacato in sede giurisdizionale, neppure di legittimità costituzionale; l’“evidente” mancanza, invece, può essere sanzionata dal Giudice delle leggi e configura un vizio di legittimità costituzionale, tanto del decreto legge quanto della legge di conversione che ha dato per esistenti presupposti in realtà insussistenti²⁰.

¹⁹ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 242-243.

²⁰ Secondo la Corte la verifica circa la sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 77 Cost. non è riservata alla valutazione politica del Parlamento: “*questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di*

Ora, proprio avendo presente che il valore in gioco è l'equilibrio Parlamento – Governo nell'esercizio della funzione legislativa, tale distinzione fra mancanza “semplice” e mancanza “evidente” non convince affatto²¹, per la semplice ragione che, introducendo un ulteriore elemento di giudizio (l’“evidenza” della carenza dei presupposti) non presente nel testo dell’art. 77, finisce col degradare la necessità e l’urgenza ad una qualità (non oggettiva, ma) soggettiva e del tutto relativa, connotata - mutuando le parole della Corte - da un ampio margine di elasticità²². Anziché insistere sugli indici obiettivi attraverso cui scrutinare la carenza ovvero la presenza dei presupposti costituzionali, in primo luogo soffermandosi, ad esempio, sulla omogeneità o sulla disomogeneità delle disposizioni contenute nel decreto²³, si è avallata la prassi secondo cui, in definitiva, “è urgente e necessario ciò che così appare al Governo”²⁴.

In questo modo, ci si è dimostrati disponibili a rinunciare a far valere i limiti posti dalla Costituzione a salvaguardia della centralità della legge parlamentare: incredibilmente, il criterio introdotto in via pretoria dalla Corte e non previsto in Costituzione (sulla dimensione “evidente” della carenza dei presupposti giustificativi al fine di poter affermare l’illegittimità sul piano costituzionale) ha consentito ad uno strumento, pensato come eccezionale e residuale, di operare in via ordinaria e addirittura prevalente.

Eppure la Corte, in premessa, aveva chiaro che “è opinione largamente condivisa che l’assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s’ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell’amministrazione alla legge, l’adozione

conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa” (sent. n. 29/1995).

²¹ Tanto, nonostante l’enfasi di qualche commentatore: cfr. A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d’urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 66.

²² Pare, invero, una sorta di *excusatio non petita* la constatazione che “la Corte tuttavia, nell’affermare l’esistenza del suindicato proprio compito, è stata ed è consapevole che il suo esercizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l’assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto” (cfr. sent. n. 29/1995).

²³ A. RUGGERI, “Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008, in www.giurcost.org).

²⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti*, cit., 149.

delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo. A questi principi si conforma la nostra Costituzione laddove stabilisce che 'la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere' (art. 70). ... è significativo che l'art. 77 Cost., al primo comma, stabilisca che 'il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria'. Tenuto conto del tenore dell'art. 70 Cost., la norma suddetta potrebbe apparire superflua se non le si attribuisse il fine di sottolineare che le disposizioni dei commi successivi ... hanno carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale"²⁵.

A fronte dell'“essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale” sembra, dunque, alquanto contraddittorio concludere che “l'espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato, come si è detto, evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall'altro, però, comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità”²⁶.

²⁵ E ancora: “se, anzitutto, nella disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) viene in primo piano il rapporto tra gli organi – sicché potrebbe ritenersi che, una volta intervenuto l'avallo del Parlamento con la conversione del decreto, non restino margini per ulteriori controlli – non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie.

Inoltre, se si ha riguardo al fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e si considera che il decreto-legge comporta una sua particolare assunzione di responsabilità, si deve concludere che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali – nei limiti, cioè, in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto, come nel caso in esame – non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso. Infatti, l'immediata efficacia di questo, che lo rende idoneo a produrre modificazioni anche irreversibili sia della realtà materiale, sia dell'ordinamento, mentre rende evidente la ragione dell'inciso della norma costituzionale che attribuisce al Governo la responsabilità dell'emanazione del decreto, condiziona nel contempo l'attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa. Il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge” (sent. n. 171/2007).

²⁶ “Infatti, la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti

Il Governo ha, infatti, approfittato della riconosciuta “elasticità” dei presupposti per, sostanzialmente, prescindere; e l’effluvio dei decreti legge sottoposti alla conversione del Parlamento ha, in aggiunta, da un lato, creato in favore del Governo una sorta di iniziativa legislativa a corsia preferenziale, considerati i brevi tempi imposti per la conversione al fine di evitare la decadenza; dall’altro, ulteriormente ritardato il calendario ordinario dei lavori parlamentari.

Con grave ritardo è intervenuta la Corte costituzionale anche relativamente ad una diversa forma di abuso della decretazione d’urgenza: il riferimento è alla reiterazione del decreto legge non convertito.

Non serviva particolare lume per accorgersi che “*l’art. 77, commi 2 e 3, della Costituzione prevede la possibilità per il Governo di adottare, sotto la propria responsabilità, atti con forza di legge (nella forma del decreto-legge) come ipotesi eccezionale, subordinata al rispetto di condizioni precise. ...*

Ora, il decreto-legge iterato o reiterato - per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto-legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali - lede la previsione costituzionale sotto più profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d’urgenza procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere ‘straordinario’ dei requisiti della necessità e dell’urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell’ordinamento un’aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d’urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata.

Su di un piano più generale, la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo - come è accaduto nella esperienza più recente - viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali (v. sentenza n. 302 del 1988),

umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi. Ciò spiega perché questa Corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d’urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente e perché sia intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti-legge non convertiti (sentenza n. 360 del 1996)” (cfr. sent. n. 171/2007).

alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 della Costituzione).

Non solo. Questa prassi, se diffusa e prolungata, finisce per intaccare anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione: con conseguenze ancora più gravi quando il decreto reiterato venga a incidere o - come nella specie - nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale (v. sentenza n. 161 del 1995; ordinanza n. 197 del 1996)" (sent. n. 360/1996)²⁷.

Altro non serve aggiungere.

Repetita juvant per ponderare adeguatamente il peso preoccupato delle parole usate: la Corte ha inteso sanzionare una "prassi diffusa e prolungata", capace di "incidere negli equilibri istituzionali", di alterare "i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento", di "intaccare ... la certezza del diritto", di influire negativamente "nella sfera dei diritti fondamentali".

5. Parlamento e regolamenti di delegificazione

In termini piuttosto curiosi si giustifica la delegificazione quale soluzione all'ipertrofia legislativa²⁸, per "contrastare la tendenza del Parlamento a disciplinare con leggi molte materie, ponendo anche regole di dettaglio che finiscono per irrigidire la disciplina, visto che possono essere modificate soltanto da una fonte primaria"²⁹: come se, per un verso, il rimedio naturale non fosse, invece, il ricorso ai classici regolamenti di esecuzione/attuazione o, per l'altro, non fosse agevole prevedere che

²⁷ Conclusione: "i principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione".

²⁸ N. LUPO, *Dalla legge ...*, cit., 35, il quale ragiona in termini di "esigenza di contrastare il fenomeno della cosiddetta 'inflazione legislativa'", rammentando, tuttavia (p. 36), che la dottrina più attenta "ha avvertito, a questo proposito, che la delegificazione ... non comporta necessariamente una riduzione dello stock della normativa vigente, finendo anzi per provocare, il più delle volte, una moltiplicazione delle fonti normative ed un incremento del complesso della normazione"; analogamente, R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012, 397, muovendo dalla premessa dell'"inarrestabile tendenza del legislatore ordinario ad occuparsi delle materie più disparate, irrigidendone la disciplina, che dovrà in seguito essere modificata sempre con legge ordinaria", guardano alla delegificazione come "rimedio alla espansione ipertrofica della legislazione ordinaria, rimedio che opera declassando la disciplina della materia dalla legge al regolamento".

²⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 66.

all'eccesso legislativo si sarebbe sostituito, ma con minor grado di tutela, l'eccesso regolamentare.

Il punto che qui importa sottolineare, in ogni caso, è un altro.

L'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988³⁰ è (quanto meno, diventato) lo strumento perfetto per dare per rispettata formalmente la gerarchia delle fonti, violandola nella sostanza. Si ammette l'abrogazione differita³¹ di leggi per incompatibilità non ancora inverate, contenute in una fonte sub-legislativa che verrà e che disciplinerà *pro futuro* la materia. Una volta delegificata la materia, il governo potrà disporre di una potestà regolamentare di tipo "indipendente".

E' ben nota la spiegazione del fenomeno, riportata fin dalla manualistica istituzionale, secondo cui "formalmente" l'effetto abrogativo è da imputarsi alla legge³².

³⁰ Sulla delegificazione la letteratura è copiosissima: in termini assolutamente essenziali (e *post legem* n. 400/1988) v. L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 47; N. LUPO, *Dalla legge ...*, cit., *passim*; G. RAZZANO, *La potestà regolamentare statale fra previsione costituzionale e prassi*, in F. MODUGNO – P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti tra Stato- Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2008, 203; V. COCOZZA, *Delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2010; Id., *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Riv. dir. pubb.*, 1996, 79; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995; V. ITALIA, *La delegificazione*, Milano, 1992; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, X, 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delegificazione*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 1999, III, 492 ss.; A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 1771 ss.; F. BERTOLINI, *Profili interpretativi della costituzionalità del potere regolamentare in deroga alla legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 82.

³¹ Si tratta di un'ipotesi assolutamente divergente (e patologica) rispetto a quella (fisiologica) pensata da chi ha introdotto la figura dell'abrogazione differita: CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 64, spiegava, in generale, l'abrogazione come una condizione risolutiva tacita sotto la quale ogni legge nasce, avverata dal sopravvenire di una legge posteriore incompatibile.

³² Secondo A. MORRONE, *Delegificazione*, cit., 1775, "dal punto di vista formale, la necessità di rispettare i principi di gerarchia e di indisponibilità della forza di legge andrebbe valutata diversamente a seconda che l'atto legislativo abilitante disponga l'istituzione di una fonte nuova, 'concorrenziale' rispetto agli atti legislativi, oppure si limiti a fare uso della forza di legge riconosciutagli dalla Costituzione": la legge di delega, di per sé, farebbe uso della forza che possiede, appunto, per ricollegare all'entrata in vigore di una nuova disciplina regolamentare la perdita di efficacia della precedente disciplina legislativa. Altri hanno, invece, denunciato l'artificiosità dell'imputazione dell'effetto abrogativo alla legge di delegificazione: v. F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, 1991, 189 e 237; per A. A. CERVATI, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"*, in *L'educazione giuridica – V, Modelli di legislatore e scienza della legislazione, III: La discussione contemporanea*, Perugia, 1987, 229, il modello dell'abrogazione differita costituisce "un modo per travestire, al fine di renderlo meno traumatico, come cessazione di efficacia delle disposizioni di legge per opera della *lex posterior*, un fenomeno che nella sua obiettiva entità comporta innegabilmente la perdita di efficacia della legge per opera del regolamento".

Tuttavia, anche a voler credere alla tenuta di un siffatto ragionamento sul piano logico³³ e alla sua capacità di persuasione sul piano retorico, difficilmente si potrà negare che, nella sostanza l'abrogazione è da attribuirsi al regolamento, per lo meno tutte le volte in cui, in concreto, come spesso accade, la legge di delegificazione sia carente delle "norme generali regolatrici della materia" e non dichiarare espressamente le disposizioni da abrogare³⁴, arrivando finanche a rimettere espressamente al regolamento l'individuazione delle norme abrogate³⁵.

³³ In presenza di una Costituzione rigida, la legge ordinaria non può disporre della forza che le è stata attribuita dalla fonte superiore, spettando questo compito solo al legislatore costituzionale: cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 133. Annotava L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 353 che "il quadro si è complicato" proprio per "la presenza di una Costituzione rigida": "da un lato, cioè, la legge ordinaria non dispone più della sua stessa forza; il che rende più arduo spiegare in qual modo un regolamento possa contraddire discipline legislative previgenti. Dall'altro lato, in vista di un sistema chiuso delle cosiddette fonti primarie, occorre non solo evitare che il regolamento delegificante acquisti a propria volta la forza ed il valore della legge, ma anche impedire che esso usurpi il posto della legge delegata, generando in forme diverse i medesimi effetti e determinando in tale modo l'elusione degli artt. 76 e 77 primo comma della Carta costituzionale".

³⁴ In linea di principio si è rammentata "l'unanime opinione dottrinale secondo cui (data anche l'evidente differenza semantica tra i termini 'norma' e 'principio') le 'norme generali regolatrici della materia' hanno, tendenzialmente, una funzione delimitativa più stringente rispetto ai 'principi e criteri direttivi'" (cfr. Corte cost., sent. n. 303/2005; v. già sent. n. 354/1998 richiamata anche dalla sent. n. 66/2005). Analogamente, sempre in linea di principio, anche il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 1120/2012, riconosce che "il conferimento espresso di potestà regolamentare e la contestuale indicazione di criteri e principi per il suo esercizio devono essere ritenuti obbligatori e come tale fondanti un presupposto di legittimità della stessa adozione dell'atto, nel caso di regolamenti di delegificazione, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988. In questo caso, laddove – come afferma la stessa Corte Costituzionale (sent. 22 luglio 2002 n. 376) – il regolamento attua 'la sostituzione di una disciplina di livello regolamentare ad una preesistente di livello legislativo'; una sottrazione di una materia alla preesistente disciplina della fonte primaria, con contestuale abrogazione delle norme di legge previgenti, non può essere priva di indicazioni (oggetto/materia, criteri e principi direttivi, limiti) volte a costituire un parametro, pur ampio e generico, per il successivo sindacato giurisdizionale di legittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo, pena la violazione degli artt. 24 e 113 Cost.. D'altra parte, lo stesso art. 17, co. 2, prevede che il legislatore, nel conferire al Governo la potestà regolamentare di delegificazione, deve indicare 'le norme generali regolatrici della materia', con ciò escludendo, in via espressa, che la delegificazione comporti un affidamento "integrale" di una materia alla fonte secondaria, persistendo l'esigenza di sia pur minimi e generali riferimenti di rango primario; e con ciò affermando altresì, per implicito, che l'esercizio di detta potestà regolamentare debba essere limitato nella discrezionalità da criteri e principi dettati dal Legislativo all'Esecutivo".

Anche chi nulla obietta al meccanismo in sé della delegificazione, lo ancora, tuttavia, al rispetto delle condizioni entro cui dovrebbe operare: secondo E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 62, ritiene salva la gerarchia delle fonti proprio grazie al limite della preventiva definizione legislativa delle norme generali regolatrici della materia: ma se queste sono del tutto indeterminate e nessuno in concreto sanziona la loro vaghezza? Si pensi, a tale riguardo, ad esempio, all'originaria formulazione degli artt. 19, 20 e 24 della l. n. 241/1990, all'art. 2, commi 7, 8 e 9, della l. n. 537/93, all'art. 17, comma 4 bis, della l. n. 400/1988; si veda, in termini ancora più macroscopici, lo stesso art. 20 della l. n. 59/97 che, nell'introdurre un meccanismo stabile di delegificazione da attuarsi annualmente attraverso una legge di semplificazione di iniziativa governativa, ha, tuttavia, indicato, più che "norme generali regolatrici della materia", meri obiettivi che il Governo è chiamato a raggiungere col risultato che l'auspicata semplificazione per costante delegificazione si è trasformata in un *monstrum* incontrollabile e pletorico di interventi, correzioni, abrogazioni, rinvii, ripensamenti scarsamente ricordati e sicuramente non ordinati. Cfr. Cfr. V. TONDI DELLA MURA,

A tale riguardo si è constatato “*il problema della ‘ingenuità’ del disposto di cui all’art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, della ‘vaghezza’ delle formule in esso utilizzate. Non si capisce, infatti, cosa mai siano ‘le norme generali regolatrici della materia’ che la legge dovrebbe determinare nell’autorizzare l’esercizio della potestà regolamentare; appare difficile, se non illusorio, preconizzare che la singola disposizione legislativa di delegificazione sia sempre in grado di indicare puntualmente quali ‘norme vigenti’ siano abrogate ‘con effetto dall’entrata in vigore dei regolamenti governativi. ... Non è forse vero, almeno nella maggior parte dei casi, che è il regolamento stesso a individuare le norme di legge abrogande? Non è forse vero che le ‘norme generali regolatrici della materia’, quando vi sono, assomigliano tanto ai ‘principi e criteri direttivi’ che, ai sensi dell’art. 76 Cost., la legge deve fissare affinché l’esercizio della funzione legislativa possa essere delegato al Governo? Non è forse vero che, sul piano dell’effettività, i regolamenti governativi in delegificazione si atteggiavano ad atti aventi forza di legge? Atti sostanzialmente dotati di forza di legge che, esclusivamente in ragione della forma, sono però sottratti al controllo della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale*”³⁶.

Si è, pertanto, rilevato che “*se si guarda alla prassi legislativa, peraltro non sanzionata, anzi avallata dal Consiglio di Stato, le ipotesi di delegificazione a favore di regolamenti governativi compiute ‘fuori’ dal modellino dell’art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sono tali e tante da indurre a dubitare della sua stessa tenuta*”³⁷.

All’origine di un ossimoro: il binomio delegificazione-semplificazione, in Riv. tel. giur. A.I.C., n. 1 del 2011, 4.

³⁵ Che è quanto richiesto da un certo orientamento assunto, in sede consultiva, dal Consiglio di Stato che, per l’appunto, trova naturale rimette al regolamento l’indicazione compiuta di “*quali siano le norme di legge sostituite o abrogate, indicazione che peraltro non dovrebbe risultare particolarmente difficile per l’amministrazione che ha tanto profondamente inciso nella materia e che dunque la padroneggia con sicurezza in tutte le sue implicazioni*” (cfr. Cons. Stato, a.g., n. 123/1994; già in precedenza, v. Cons. Stato, a.g., n. 100/1989).

³⁶ M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2011, 2-3; in termini altrettanto critici v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 320 ss.; P. M. VIPIANA, *La delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche*, in Pol. dir., 1994, 317 ss.; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare del Governo nell’esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell’amministrazione*, Bologna, 1991, 229; F. MODUGNO – S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in Enc. giur., III, 1997, 19; U. DE SIERVO, *Una necessaria riflessione*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 18; per G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in Riv. dir. pubbl., 1995, 275, la delegificazione priva dell’indicazione espressa delle disposizioni da abrogare costituisce “*un fatto incostituzionale*” in spregio al principio di legalità “*fino a ridurlo ad apparenza senza sostanza*”.

³⁷ M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ...*, cit., 2.

Dunque, la “forma” legale della delegificazione, costituente già di per sé una *fictionis* rispetto all’ordinario rapporto fonte primaria-fonte secondaria, viene ulteriormente forzata, nella “prassi” (di nuovo, la prassi), per dare legittimazione ad una “sostanza” illegale³⁸.

Chi riteneva di salvare la centralità del Parlamento con “*l’intensità applicativa*”³⁹ del principio di legalità sostanziale nelle materie delegificate è rimasto deluso. Non meno di chi riteneva di poter confidare sul controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, per il quale è, invece, naturale concludere che, in caso di assenza, la determinazione delle norme generali regolatrici della materia possa risultare “*per implicito*” dalla “*disciplina già in vigore*”⁴⁰. Tale spiegazione, infatti, è null’altro che un cortocircuito logico, rimanendo arduo comprendere come possano ricavarsi le norme generali regolatrici della materia proprio dalla legislazione previgente destinata ad essere delegificata.

Davvero, “*quello recepito in via generale dalla legge n. 400 del 1988 costituisce in ogni caso un artificio sofisticato, volto a ‘coprire’ un fenomeno di sostanziale attribuzione al governo di una potestà normativa avente forza di legge, che in sé risulterebbe di dubbia ammissibilità costituzionale alla luce degli artt. 70, 76 e 77 Cost.*”⁴¹

L’alterazione del rapporto Parlamento/Governo, su settori di disciplina strategici⁴², è di tutta evidenza⁴³, aggravata, per un verso dall’esclusione, sulle fonti di rango *sub-*

Va ricordato che, incredibilmente, per il Consiglio di Stato (cfr. a.g., n. 100/1989) “*benché il fenomeno della delegificazione trovi ormai espressa previsione nel disposto dell’art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, non pare di ostacolo al suo inverarsi la circostanza che la norma di legge contenente la clausola autorizzativa della potestà regolamentare ... non contenga la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e la previsione dell’effetto di abrogazione delle norme (primarie) vigenti, che pure l’art. 17 [citato] indica come contenuto delle clausole legislative di delegificazione. Vale infatti considerare che ... l’effetto d’abrogazione condizionata è il proprium della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa*” (sic!). Da qui il giudizio di L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 359 secondo cui “*lo stesso art. 17, comma 2 è stato interpretato in termini assai larghi, per non dire indulgenti, nei riguardi del Governo*”.

³⁸ V. TARLI BARBIERI, *Governo: l’attuazione dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988 nel più recente periodo*, in *Quad. cost.*, 1995, 509, documenta casi di delegificazione anche in settori tradizionalmente coperti da riserva assoluta di legge.

³⁹ A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI – A. ROMANO – F. R. MONACO – F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, I, 183.

⁴⁰ Così Cons. Stato, a.g., n. 100/1989.

⁴¹ Così N. LUPO, *Dalla legge ...*, 39.

⁴² Come è quello, ad esempio, della semplificazione dell’azione amministrativa.

⁴³ Non manca chi, in un’ottica tuttavia di riforma, ritiene addirittura la delegificazione lo strumento per ridare piena dignità al Parlamento, seppure accompagnata da un incremento dei poteri di indirizzo e controllo di quest’ultimo: v. A. BARBERA, *Appunti sulla delegificazione*, in *Pol. dir.*, 1988, 417 ss.; U.

legislativo, del controllo della Corte costituzionale⁴⁴; per l'altro, dall'estrema difficoltà (se non impossibilità) del sindacato del giudice amministrativo tutte le volte in cui le norme generali regolatrici della materia sono prive di consistenza definitiva e ampio ed indeterminato il novero delle disposizioni legislative da abrogare⁴⁵; ancora, dal fatto che, diversamente da quanto espressamente previsto dall'art. 76 Cost. per la delega legislativa, l'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 non prescrive che il potere regolamentare delegato debba essere circoscritto in un tempo definito, ed infatti solitamente non ha alcuna limitazione temporale⁴⁶; da ultimo, dall'autorizzazione alla delegificazione contenuta, oltre che in leggi, anche (*sic!*) in decreti legge e decreti legislativi⁴⁷.

Di nuovo, l'elusione non è solo e non è tanto dell'art. 4 delle preleggi o dell'art. 17 della l. n. 400/1988: è, soprattutto, dell'art. 70 Cost. e, a cascata, a carico della forma di

DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, 1999, XV, rileva come "l'autorizzazione a delegiferare sia diventata quasi una clausola ricorrente nelle più diverse leggi".

⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 23/1989. Sul tema, v. M. CARTABIA, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme regolamentari ... aventi (ormai) forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1994, 469.

⁴⁵ Cfr. G. DI COSIMO, *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quad. cost.*, 2002, 249. La delegificazione anomala finisce anche col restringere la portata innovativa del più recente orientamento del Consiglio di Stato che ammette la disapplicazione del regolamento illegittimo non gravato: cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 154/1992 per il quale "nel conflitto tra due norme di rango diverso il Collegio non può non dare preminenza a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare. Questo in applicazione degli artt. 1, 3 e 4 delle disposizioni preliminari del codice civile e in ossequio ai principi generali sulla gerarchia delle fonti per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un provvedimento legislativo, a meno che in questo non vi sia una espressa previsione di deroga. Inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza (oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili. Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto stesso, anche se le parti non controvertono sul punto. Ma se si tratta di un atto di normazione secondaria, e se quindi per esso possano valere criteri analoghi a quelli recepiti in qualunque caso di concorso di norme, fra loro contrastanti pur se idonee in astratto a regolare la medesima fattispecie, deve proporsi identica soluzione ove quell'atto (di normazione secondaria) sia in conflitto con un atto di normazione primaria e non sia oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo. ... Anche nei giudizi amministrativi, quindi, l'atto regolamentare sarà inapplicabile, come qualsiasi atto legislativo altrettanto inidoneo a regolare la fattispecie".

⁴⁶ Secondo L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356, "occorre ... evitare che i regolamenti in questione vengano dotati di poteri equivalenti a quelli esercitabili mediante i decreti legislativi, senza nemmeno sottostare ai limiti costituzionalmente prescritti in tema di delegazione (dall'indispensabile fissazione di un termine sino alla naturale istantaneità della delega)". In un contesto di delegificazione carente nella determinazione delle norme generali regolatrici della materia e delle disposizioni legislative sottoposte ad abrogazione, poco rileva, invero, l'osservazione che, ovviamente, il Parlamento possa rilegificare gli ambiti delegificati e che, disposta la delegificazione, essa non determini, per ciò stesso, la spoliatura permanente della potestà legislativa primaria e la definitività della potestà regolamentare del governo nelle materie delegificate.

⁴⁷ Cfr. T. DE PASQUALE, *La giurisprudenza consultiva del Comitato per la legislazione sulla delegificazione: tra modello generale e prassi*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 3/2011, 20.

governo e della forma di Stato immaginata, sulla carta, dai costituenti⁴⁸: “è paradossale che il Parlamento, che fa le leggi, ritenga necessario un meccanismo di ‘delegificazione continua’ come quello previsto dalla legge annuale di delegificazione. Ancor più paradossale è delegificare lasciando poi la quasi totale discrezionalità delle scelte ai regolamenti governativi; non può ritenersi infatti che il Parlamento possa recuperare il suo ruolo-guida con il controllo sugli schemi dei regolamenti delegificanti affidato alle Commissioni parlamentari. Anzi, tale controllo sembra ancor più confondere i confini tra la delegificazione mediante regolamento governativo e la delegazione legislativa e si pone con sempre maggior forza il problema del rispetto dei modelli e delle forme: si tratta ancora di regolamenti governativi o, in via di prassi accettata, si sta affermando un atipico quasi-decreto delegato che aggira il riparto dei poteri normativi tra Parlamento e Governo? Sembra questo il punto centrale di tutta la vicenda descritta, ossia la modifica della forma di governo a ‘Costituzione invariata’ dove il Governo consolida una ‘posizione dominante’ nella produzione di norme di diritto ‘malgrado ogni diverso indirizzo stabilito in Costituzione’⁴⁹.”

6. I decreti ministeriali di natura non regolamentare

Da tempo si è constatato che “entro il vastissimo ed eterogeneo campo delle fonti ‘secondarie’, accade ... che si registrino profonde incertezze, tanto nell’individuazione dei singoli atti o fatti, quanto – prima ancora – nella definizione delle categorie di cui si

⁴⁸ Per L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356 “... leggi del genere saranno sospettabili d’illegittimità costituzionale”, perché la violazione delle prescrizioni imposte dall’art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 “potrebbe rappresentare il sintomo di un aggiramento della Costituzione, relativamente al riparto dei poteri normativi fra il Parlamento e il Governo”; poco dopo (pp. 358-359) l’Autore, raccontando “la prassi applicativa dell’art. 17 della legge n. 400”, è costretto a rilevare che “il rigore delle indicazioni contenute nell’art. 17 comma 2 è stato alquanto attenuato dai disposti di legge che hanno specificamente previsto le più varie delegificazioni. Si è già ricordato, in effetti, che tali disposti non individuano direttamente le leggi da abrogare, ma lasciano spesso che sia l’esecutivo a precisare la portata dell’abrogazione. Ciò che forse più conta, accade che le clausole di conferimento della potestà regolamentare non stabiliscano neanche le norme generali della materia, limitandosi invece a fissare taluni principi informatori dell’intero diritto amministrativo. ... Del pari, accade che l’attribuzione del potere non venga effettuata per mezzo di leggi formali bensì di decreti legislativi, sia pure esplicanti poteri già previsti in sede di delega: il che non corrisponde alla lettera dell’art. 17 comma 2, che non fa menzione degli atti aventi forza di legge, diversamente dalle lettere b) e c) del comma 1”. Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, in V. COCOZZA - S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto – La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2001, 104.

⁴⁹ Così, citando Ruggeri, G. DEMURO, *Le delegificazioni nelle ll. nn. 59 e 127/1997*: “il fine giustifica i mezzi”?, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 1997, Torino, 257-258.

tratta”⁵⁰, arrivando ad ammettere l’insufficienza del ricorso a criteri distintivi “puramente formali – come pure sarebbe desiderabile, per avvalorare la certezza del diritto”⁵¹.

Può sorprendere invece – ma fino ad un certo punto – di dovere riscontrare che tali “incertezze” vengano alimentate ad arte per mantenere allo Stato quello che il sistema costituzionale ha attribuito alle Regioni.

In particolare, sulla scia della c.d. “fuga dal regolamento”⁵², si è assistito ad una nuova “invenzione” elusiva consistente nel rinvio legislativo a non meglio precisati d.p.c.m. (decreti emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) o a “decreti ministeriali di natura non regolamentare”, aventi, nonostante la formula usata, proprio natura di atti di normazione secondaria: tanto in spregio all’art. 17 della l. n. 400/1988 (e al regime giuridico ivi previsto per le fonti di rango regolamentare) e, soprattutto, del principio del parallelismo fra competenza legislativa e competenza regolamentare dello Stato introdotto dal novellato art. 117, sesto comma, Cost.

Si tratta di una “*truffa delle etichette*” che le disposizioni legislative e costituzionale miravano a evitare: la prima, imponendo forme procedurali tipiche del regolamento – e, argomentando a contrario, fornendo in negativo le caratteristiche proprie degli atti non regolamentari; la seconda, ribadendo, pur attraverso una re-distribuzione della potestà regolamentare tra i diversi livelli territoriali, la natura della

⁵⁰ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 34, il quale prosegue osservando che “*giova infatti ripetere che il numero delle fonti legali può dirsi costituzionalmente chiuso, solo per ciò che riguarda le leggi e gli atti o i fatti equiparati (o sopraordinati), a fondamento dei quali non può mai difettare una previsione di rango costituzionale. Relativamente alle fonti minori, viceversa, tutto o quasi tutto rimane affidato alla legislazione ordinaria. E le previsioni legislative sono spesso insufficienti, ambigue e perciò controverse, nelle stesse sedi giurisdizionali: al punto che i medesimi tipi di atti vengono talora classificati fra quelli normativi, talaltra degradati a provvedimenti o negozi privati*”. Quanto al nomen di regolamento già M.S. GIANNINI, *Regolamento(in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 602, ricordava che “*il regolamento è un atto precettivo generale che in ogni ordinamento ha una propria regolazione, di solito tipica, ma talora anche atipica. Può avere o non avere qualifica di fonte normativa; può valere, se fonte, come fonte primaria o secondaria o autonoma; può variare quanto all’ambito di efficacia secondo quanto statuisce la normativa ordinamentale*”.

⁵¹ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 46, il quale, a proposito dei regolamenti, ravvisato che “*la generalità-astrattezza delle disposizioni in esame non costituisce un criterio sufficiente per giungere sempre a soluzioni sicure*”, conclude che “*si rende ... indispensabile accertare, con tutti gli strumenti offerti dal ragionamento giuridico, se nella specie prevalga il momento del disporre oppure il momento del provvedere*”: soluzione alquanto ambigua, nonostante l’efficacia espressiva, se non addirittura tautologica laddove la differenza fra il disporre e il provvedere venga risolta nella natura generale ovvero puntuale delle prescrizioni.

⁵² Di “una sorta di ‘fuga’ dell’esecutivo dai regolamenti” discorreva L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356, ma anche 39 e ss.

*legge come norma di riconoscimento della potestà regolamentare e, quindi, la consueta relazione tra le fonti in termini di sovra e sotto-ordinazione*⁵³.

Basta, ai presenti fini, sottolineare che le predette violazioni (del riparto costituzionale di competenze normative Stato-Regione e della disciplina generale del regolamento), nuovamente, prima che essere del decreto c.d. non regolamentare, sono della fonte primaria che pretende, sulla scorta di una qualificazione meramente artificiosa, l'attribuzione allo Stato di potestà sostanzialmente regolamentari in materie di competenza regionale.

Il *climax* ascendente del fenomeno è stato ben stigmatizzato in dottrina: *“immediatamente a ridosso dell'entrata in vigore della legge 400 del 1988, l'elusione della sua portata normativa fu permessa dal mancato richiamo, nelle disposizioni legislative, all'art. 17, e quindi dalla mancata precisazione della natura dell'atto governativo che si andava autorizzando: l'esecutivo era autorizzato ad adottare norme di natura secondaria, ma non erano precisate forme e modalità di formazione di tali atti. Negli anni novanta, i rilievi mossi dalla dottrina e dal Consiglio di Stato indussero il legislatore a precisare forme e modalità di normazione secondaria, precisazioni che però non si concretizzavano nel rinvio a quanto disposto dall'art. 17 della legge 400 del 1988: il legislatore scelse di liberamente determinare i caratteri procedurali e contenutistici dell'atto, sostanzialmente non sentendosi vincolato alla disciplina generale. Nell'ultimo decennio la percezione dell'art. 17 come norma di natura meramente descrittiva (nel senso di norma che suggerisce forme di regolamento comunque non vincolanti) e non precettiva si fa ancora più evidente. In questo senso la ribellione diviene 'sfacciata': il legislatore che ritenga necessario un successivo intervento a livello di produzione secondaria, invita esplicitamente all'adozione di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare. Si tratta di una formula che si contrappone in modo esplicito alla stessa definizione strutturale di regolamento: il regolamento governativo è tale sulla base del carattere normativo dei suoi enunciati; gli altri decreti si caratterizzano, per espressa definizione dello stesso legislatore, per il carattere non normativo del suo contenuto. Le perplessità ovviamente generano dalla*

⁵³ V. MARCENO' - V. MARCENO', *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3/2011, 5.

*sola constatazione che la portata del contenuto che tali ultimi atti presentano non è, come ci si aspetterebbe, non normativa, bensì normativa*⁵⁴.

Se solo si rammenta l'accondiscendenza manifestata dal Consiglio di Stato nel valutare la sussistenza o la carenza dei requisiti di validità dei regolamenti di delegificazione, risuona davvero poco rassicurante e scarsamente dirimente concludere che *“è universalmente riconosciuto, però, che i regolamenti gabellati per provvedimenti, come pure le disposizioni formalmente regolamentari che non abbiano sostanza normativa, vanno considerati illegittimi”* e che *“in entrambi i casi forma e contenuto debbono dunque coincidere”*⁵⁵.

Il fatto è che manca l'abitudine mentale per un approccio al sistema delle fonti diverso da quello “puramente formale” ed il *“salvagente della forma”*⁵⁶ è usato, verrebbe da dire, sistematicamente, per salvare quanto non andrebbe salvato, per legittimare quanto è vietato, per eludere la sostanza delle regole.

Se la fattispecie è nuova, la via è quella, ampiamente rodata, del rispetto solo formale delle regole sulla produzione normativa: si pretenderebbe che, non trattandosi (formalmente) di regolamenti, non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 117, sesto comma, Cost. né dell'art. 17 l. n. 400/1988. Allo stesso modo di come – si afferma - non v'è violazione dell'art. 76 Cost. se i principi e criteri direttivi della legge di delega sono inconsistenti, né del 77 Cost. se la carenza, nel decreto legge, dei presupposti giustificativi non è evidente, né della gerarchia delle fonti, da parte dei regolamenti di delegificazione, dal momento che l'abrogazione è da imputare alla legge e non al regolamento delegato, neppure quando manchino le “norme generali regolatrici della materia” e non siano dichiarate espressamente le disposizioni da abrogare.

In effetti, quello che dovrebbe preoccupare non è (più, ormai) il singolo fenomeno, ma il loro insieme.

7. Parlamento e fonti secondarie atipiche

Settori dell'ordinamento qualificati come “sensibili”⁵⁷, hanno, nel tempo, indotto alla costituzione di Autorità amministrative c.d. indipendenti⁵⁸, assegnando loro

⁵⁴ V. MARCENO', *Quando il formalismo giuridico ...*, cit., 3-4.

⁵⁵ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 357.

⁵⁶ Secondo l'espressione di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

⁵⁷ Risparmio, mercato, assicurazioni, borsa, concorrenza, trattamento dei dati personali, comunicazioni, sciopero, servizi di pubblica utilità, contratti pubblici.

importanti poteri di regolazione⁵⁹, non solo di organizzazione e funzionamento interni, ma anche con efficacia generale esterna.

Il Parlamento ha così attribuito una consistente porzione del potere normativo ad autorità sottratte al circuito di indirizzo politico e al suo stesso controllo⁶⁰, con buona pace dei canoni classici della democrazia rappresentativa e del numero chiuso delle fonti primarie: in gioco vi sono, infatti, poteri normativi sostanzialmente primari, spesso usati anche con finalità di tipo sanzionatorio.

Non a caso, gli atti regolativi delle Autorità indipendenti vengono trattate dai costituzionalisti fra le “*zone d'ombra*” del “*sistema*” delle fonti del diritto⁶¹, lamentandosi la loro difficile “*compatibilità con il principio di legalità (nelle diverse accezioni formulate dalla dottrina) e con le riserve di legge previste dalla Costituzione, soprattutto con riguardo al regime dell'iniziativa economica e della proprietà. Infatti, gran parte dei poteri normativi [de quibus] sono, il più delle volte, esercitati senza che esistano norme di legge che ne indirizzino il contenuto. La legge si limita ad autorizzare l'esercizio dei poteri regolatori delle Autorità delegando ad esse la disciplina sostanziale*”⁶².

Si è così lamentato che “*in realtà si tratta di un'altra tecnica o surrettizia forma di delegificazione, un alleggerimento ulteriore del peso 'disciplinatore' del Parlamento*”⁶³.

⁵⁸ Banca d'Italia, Consob, Ivass, Garante della concorrenza e del mercato, Garante per la protezione dei dati personali, Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, Autorità per la garanzia nelle comunicazioni, Autorità di garanzia sugli scioperi, Autorità nazionale anticorruzione.

⁵⁹ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 249 rammentano che “*con il termine 'regolazione' – tratto dal linguaggio dell'economia e della scienza politica – si intende l'uso di una disciplina pubblicistica non più finalizzata alla pianificazione dell'attività degli operatori economici, bensì al condizionamento indiretto di essa: deve garantire il rispetto delle regole del gioco concorrenziale, la circolazione delle informazioni, la trasparenza dei mercati, nei settori connotati dal regime del servizio di pubblica utilità, il contenimento tariffario, la soddisfazione dei bisogni ritenuti meritevoli mediante l'erogazione di prestazioni condeterminate caratteristiche si continuità. diffusione sul territorio, e così via*”.

⁶⁰ S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 8; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005, 168; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999, 87; G. NAPOLITANO, *Regole e mercati nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 107; M. A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle Autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 1, 2000, 13; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Torino, 140.

⁶¹ Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 248.

⁶² R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 254.

⁶³ L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazione dell'Amministrazione e potere regolamentare*, in *Foro amm.*, 1998, 1260.

A qualcuno pare “inevitabile una caduta del valore della legalità sostanziale”⁶⁴; qualcun altro propone “una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell’attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi quasi in bianco, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all’assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull’assetto del mercato e sugli operatori”⁶⁵.

In senso contrario, deve opporsi, all’uno, il pericolo di far agire qualsiasi autorità amministrativa, indipendente e non, entro un perimetro di legalità di tipo domestico; all’altro, che, in concreto, si è dato ingresso ad una massa incontrollata di atti, i più disparati e variamente nominati, cionondimeno ritenuti, *ex parte publica*, idonei a fondare obblighi, a legittimare controlli, a giustificare sanzioni.

Svilisce il Parlamento, proliferano procedure in deroga⁶⁶: *nomina nuda tenemus*.

8. La crisi della legge, la flessibilità della Costituzione rigida, la debolezza del Parlamento, le prassi applicative contra legem

Che la legge sia in crisi non è una notizia inedita⁶⁷. Se ne parla da tempo, sia da parte degli storici e dai teorici del diritto, sia da parte dei cultori del diritto costituzionale.

E’ in crisi la legge intesa come prodotto tipico del Parlamento rappresentativo nazionale, per la concorrenza di organi legislativi altri, sovranazionali e regionali; ma anche come fonte generale e astratta, contraddetta ora da leggi *ad personam*, da leggi-provvedimento, da leggi a contenuto particolare, ora, all’opposto, da leggi affatto generiche e per nulla precettive, di mero rinvio alla normazione secondaria, a carattere particolare, contingente, provvisorio; è in crisi la sua stessa funzione identitaria di mediazione degli interessi sociali, di sede fisiologica delle scelte di politica legislativa,

⁶⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 255.

⁶⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 155.

⁶⁶ Ad esempio, applicandosi il criterio di specialità, si va sostanzialmente in deroga alle previsioni e alle garanzie stabilite dalla disciplina generale, per esempio delle leggi n. 241/1990 e n. 689/1981 sanzionando condotte sulla base di norme legislative in bianco riempite da interi corpi normativi autoprodotti: basti pensare all’attuale procedimento sanzionatorio di Banca di Italia.

⁶⁷ F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Crisi della legge*, in *Dir. Soc.*, 1989, 431; CARAVITA – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, 1986, 263 ss.; e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 44 ss.; P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza a Paolo Grossi*, Napoli, 2008, 39.

la sua capacità di intercettare e soddisfare le esigenze del corpo sociale al quale si indirizza, di non essere sempre più spesso anacronistica.

La crisi della legge è anche la crisi dello Stato-persona, sempre più sovrastato da ordinamenti sovranazionali in espansione e da una società civile sempre meno propensa ad attendere i tempi di decisioni esiziali che tardano a venire; è la crisi della stessa rappresentanza parlamentare⁶⁸.

Tutto questo ha progressivamente allontanato il Parlamento dalla sua funzione primaria: è “prassi”, come si è provato, che il Parlamento adotti leggi di delega sostanzialmente in bianco, che, convertendoli in legge, sani i decreti legge nati senza i presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza, che tolleri catene di decreti legge non convertiti reiterati per anni, assista inerme all’espansione del potere regolamentare del governo, autorizzi la delegificazione senza determinare le norme generali regolatrici della materia e delle disposizioni di rango primario da abrogare, che preveda e consenta l’adozione di “non-regolamenti” ministeriali in materie di competenza regionale, che demandi a fonti secondarie atipiche interi ambiti di materia ritenuti eccessivamente tecnici sebbene costituzionalmente “sensibili”.

Ci si potrà nascondere dietro a più tranquillizzanti schermi formali(stici), si potrà continuare ad usare locuzioni “addomesticate” qualificando come mere “prassi applicative” vere e proprie illegittimità e palesi difformità rispetto al modello costituzionale e legale. Si potrà rigettare per esse la categoria di fonti (proprio perché *contra legem*) *extra ordinem*⁶⁹: rimane che l’effetto complessivo che ne discende è una surrettizia alterazione del sistema costituzionale e dei suoi equilibri in un quadro di sostanziale sovrapposizione dei ruoli del Governo e del Parlamento nell’esercizio dell’attività normativa⁷⁰.

⁶⁸ Cfr., ampiamente, M.M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000.

⁶⁹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit. pp. 459, per il quale “*ancor meno accettabile è la tesi che di fonti extra ordinem si possa e si debba ragionare, ogniqualvolta un singolo fatto o atto normativo riesca in concreto ad imporsi, malgrado la sua difformità dal corrispondente schema legale*”: conclusioni diverse suggeriscono, invero, proprio l’estensione e la radicazione delle summenzionate prassi applicative, che, non si risolvono affatto in episodi circoscritti, ma rappresentano abitudini consolidate, tanto da costituire, a rigore, consuetudini o convenzioni *contra constitutionem*. Sul tema v. M. BERTOLISSI – R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico*, Torino, 1996, 196.

⁷⁰ N. LUPO, *Dalla legge ...*, 333-349. Si è rilevato che “*è convinzione abbastanza diffusa che ormai ‘la legge ha perso, forse per sempre, il ruolo tradizionale di perno del sistema delle fonti’ (Ruggeri, 1977, 60), in forza di un progressivo ‘accerchiamento da ogni lato’, per cui essa ‘non è più nemmeno l’atto normativo primario per eccellenza’ (Modugno-Nocilla, 1989, 424) ma piuttosto la ‘fonte ... a*

Il recupero del ruolo del Parlamento non può che passare attraverso la consapevolezza che la rigidità della Costituzione non è in una forma superiore che una forma inferiore è chiamata ad osservare, ma nella sostanza (valoriale) dei suoi contenuti.

Senza questa consapevolezza si rinnoveranno le “prassi” poco sopra raccontate, perché nella vita e anche nella vita istituzionale “*lentamente muore / chi diventa schiavo dell’abitudine / ripetendo ogni giorno gli stessi percorsi*”⁷¹.

9. Il paradosso del regionalismo dell’uniformità

Tornando, dunque, all’odierno dibattito sul regionalismo differenziato, nel contesto sia delle “prassi applicative” sia delle consolidate “abitudini” assunte dal legislatore primario poco sopra descritte, il richiamo *sic et simpliciter* alla centralità del Parlamento e della legge parlamentare rischia, se non di essere, di apparire meramente strumentale rispetto al fine di sostenere ragioni che, in sé considerate, poco hanno a che fare con la custodia della Costituzione e della forma parlamentare. Tradiscono, piuttosto, una qualche preconcepita resistenza alle istanze di autonomia legittimamente avanzate dalle Regioni alla luce di quanto prevede, oggi, l’art. 116, terzo comma, Cost.

Non solo. Accanto alle prassi di cui sopra se ne aggiungano altre ed ulteriori, le quali, nuovamente, raccontano di come la Costituzione vivente si distanzi sempre più da quella cartolare.

Si diffida delle istanze regionalistiche ex art. 116 Cost. perché esse violerebbero l’essenziale unitarietà della Repubblica e il fondamentale principio di uguaglianza⁷².

Si trascura, tuttavia, per un verso, che il modello del regionalismo disomogeneo era conseguente alla previsione stessa dell’attribuzione alle neonate Regioni della potestà sul piano legislativo⁷³; per l’altro, che tale modello, nella concreta attuazione, si è presto

competenza residuale’ (Sorrentino, 1999, 44)”: F. MODUGNO (a cura di), Trasformazioni della funzione legislativa ..., cit., 36.

⁷¹ Dalla poesia “*lentamente muore*” di Martha Meldeiros.

⁷² Anche il Ministro per gli Affari regionali, in una dichiarazione ufficiale con testo a cura dell’ufficio stampa (rinvenibile nel sito istituzionale www.affariregionali.gov.it), ha affermato che “*l’autonomia è scolpita nella nostra Costituzione e la faremo. Però vogliamo farla così com’è scritta nella Costituzione. Non la si decide su un territorio, in maniera unilaterale. La Costituzione va letta bene. Non si può parlare di autonomia senza ripartire da un impegno serio che diventa una lotta alle disuguaglianze. Non si può parlare di autonomia se non si declina la parola autonomia in sussidiarietà, se non si pensa a un nuovo modello sociale*”.

⁷³ Perspicuamente si è rilevato che “*il regionalismo differenziato può significare: a) che le Regioni abbiano formalmente poteri diversi; b) che le Regioni di fatto si differenzino, utilizzando diversamente – per qualità o per quantità – l’autonomia di cui sono egualmente dotate. Il diverso grado con cui le Regioni ordinarie hanno sin qui utilizzato le nuove competenze messe a disposizione dal trasferimento*

orientato nel senso dell'accentramento statale, piuttosto che della differenziazione regionale.

In effetti, si è osservato, in tempi non sospetti⁷⁴, che la rotta del modello regionalistico italiano verso l'omogeneità si è verificata a “*causa di una prassi costituita su tre coordinate: quella della legittimazione di leggi regionali che, intervenendo in materie di competenza regionale, nel dettare i principi fondamentali scendendo fino al più basso grado di astrattezza e sviscono la potestà legislativa regionale a qualcosa di non dissimile alla mera normazione di esecuzione; quella della costante espansione della funzione di indirizzo e coordinamento fino a renderla impiegabile anche nei confronti della potestà legislativa regionale, persino esclusiva; infine quella della legittimità del ricorso da parte dello Stato all'uso di penetranti poteri sostitutivi nei confronti dell'amministrazione regionale*”⁷⁵.

La situazione non è cambiata di molto, se non a parole, con la riforma del titolo V del 2001. In luogo del limite dell'interesse nazionale, formalmente abrogato, la negazione delle istanze autonomistiche regionali è stata, di volta in volta, giustificata con l'incerta definizione degli ambiti delle materie elencati nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., con l'argomento delle materie-funzione, con il meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà, con il richiamo ai compiti di indirizzo e coordinamento, con l'inattuazione dell'art. 119 Cost.⁷⁶.

*compiuto dai decreti Bassanini e dalla riforma del Titolo V ha prodotto il risultato di una notevole differenziazione di fatto delle prestazioni e degli ordinamenti. Tuttavia le attribuzioni formali non hanno subito alcuna differenziazione. Che Regioni dotate di un'efficienza politica e amministrativa più accentuata debbano poter esercitare maggiori competenze di quelle assegnate alle Regioni meno efficienti appare in linea di massima un principio largamente accettabile: fa parte del principio di eguaglianza trattare in modo diverso situazioni diverse (Vandelli). I problemi che si pongono sono però relativi ai modi e agli strumenti che possono essere impiegati per favorire questa 'differenziazione'”: R. BIN, “Regionalismo differenziato” e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le Istituzioni del federalismo. Regione e Governo locale*, 2008, 9.*

⁷⁴ Cioè, prima della riforma costituzionale del 2001.

⁷⁵ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000, 19. Analogamente, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il regionalismo e i modelli*, in *Le Regioni*, 1995, 256.

⁷⁶ R. BIN, “Regionalismo differenziato” ..., cit., 10 osserva che “non si può ragionare di 'differenziazione' se non si riflette su questo dato: nell'attuazione del nuovo Titolo V, i tentativi delle Regioni di varare leggi innovative nelle 'nuove materie' (concorrenti o 'residuali') sono stati sistematicamente bloccati dal Governo (sia in questa legislatura che in quella precedente), che talvolta, ma non sempre, ha trovato dalla sua parte la Corte costituzionale. Il fatto che la riforma costituzionale non sia stata seguita da un espresso trasferimento di funzioni (ma dall'inutile 'legge La Loggia', che per altro non è stata attuata) ha lasciato del tutto indefiniti i contorni e i contenuti delle materie, inducendo il Governo a svolgere una funzione di 'calmieramento' del potenziale innovativo della riforma e di bloccare con l'impugnazione ogni legge delle Regioni che cercasse di 'prendere ciò che la Costituzione dà loro', come pure la Corte costituzionale aveva invitato a fare (sent. 422/2002). In alcuni casi, inoltre, la Corte ha accolto l'impugnazione statale, ritenendo che la riforma del Titolo V non operasse

Se poi si guarda al risultato di tale accentramento non può non constatarsi come la legge statale, nel nome dell'egualitarismo, abbia, in realtà, determinato o, se si preferisce, non abbia saputo evitare, il permanere di profondissime ragioni di disomogeneità nelle *performance* delle diverse Regioni: il regionalismo dell'uniformità, nei fatti e paradossalmente, si è risolto nel suo opposto, generando o non superando le ben note differenze sociali ed economiche che a tutt'oggi attraversano il Paese⁷⁷: *“il paradosso del modello implicato nel regionalismo dell'uniformità ... è stato quello di non essere riuscito, nonostante vari decenni di applicazione, a garantire l'unificazione delle condizioni di vita nel Paese”*⁷⁸.

In buona sostanza, la legge dello Stato non solo non ha più, per le molte ragioni che si sono riassunte, la centralità che la Carta costituzionale le aveva assegnato, ma, per altro verso, non è stata comunque in grado di garantire quella eguaglianza che, con apprensione, si vede oggi messa in discussione dalle iniziative regionali ex art. 116, terzo comma, Cost.

10. L'art. 116, terzo comma, Cost.

Per salvare l'uno e l'altro valore (la centralità del Parlamento e l'uguaglianza), dal punto di vista della procedura da applicare nell'attuazione del regionalismo differenziato, due sono, in particolare, le questioni all'ordine del giorno:

a) se l'iniziativa ex art. 116 Cost. debba essere preceduta da una legge-quadro del Parlamento che la disciplini in maniera unitaria;

direttamente come trasferimento della funzione legislativa alle Regioni, ma che sia necessario che la legge statale definisca i nuovi principi della materia (in ciò individuando un 'principio della materia'): interi settori, come i tributi regionali e l'ordinamento delle professioni, sono stati così bloccati in attesa che lo Stato tracci i limiti della competenza regionale. Per contro, lo Stato ha fatto ricorso alle proprie attribuzioni 'esclusive' per giustificare ogni tipo di incursione nelle materie di competenza regionale e per bloccare incursioni regionali in esse”.

⁷⁷ C. MAINARDIS, *Uniformità teorica, differenziazione pratica: gli sviluppi del regionalismo italiano tra competenze e responsabilità*, in *Le Regioni*, 2016, 5-6, pp. 835-846; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, ivi, 2003, 599-628; R. BIN, *Del federalismo asimmetrico all'italiana e di altri mostri della fantasia costituyente*, ivi, 227; G. FALCON, *La riforma costituzionale e la legislazione regionale*, ivi, 2005, 714, il quale rileva la *“persistenza di elementi profondi nel modo di essere delle istituzioni, della società civile e perfino della psicologia delle singole persone, che si traduce in esigenze e aspettative che temperano –se non contraddicono– quell'idea di diversità che è l'altra faccia dell'autonomia”*; G. D'IGNAZIO, *Regionalismo asimmetrico e riforma della Costituzione*, in *Osservatorio legislativo interregionale*, 2003, 2; C. PINELLI, *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999, 275.

⁷⁸ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., 3.

b) se il Parlamento possa emendare l'intesa eventualmente raggiunta fra la delegazione governativa e quella regionale.

La posizione dei sostenitori delle istanze autonomistiche è doppiamente negativa: da una parte, ritenendo, che l'art. 116, comma terzo, Cost. sia immediatamente applicabile e autosufficiente senza necessità di una previa disciplina statale che dettasse le modalità procedurali⁷⁹, sulla falsariga dell'esperienza già maturata con le intese ex art. 8 Cost.⁸⁰ e perché “*le differenze-discriminazioni tra Regioni esistono da sempre e ad esse lo Stato non ha saputo, finora, porre rimedio*”; dall'altra, perché “*nel resoconto stenografico dell'indagine conoscitiva, svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel corso della passata legislatura, si legge che, quella di*

⁷⁹ B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino 2002, 144; secondo A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, 139 è, invece, opportuno un intervento del legislatore al riguardo; altri, infine, lamentano gli “*evidenti difetti di formulazione*” della disposizione (v. A. MORELLI, *Art. 116*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, II. Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), Bologna 2018, 329. Va, peraltro, ricordato che al termine della XIII legislatura, il Governo aveva predisposto uno schema di disegno di legge che tuttavia non venne mai presentato dalle Camere; del resto, con la legge di stabilità per il 2014, il Parlamento ha approvato alcune (inutili) disposizioni di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., relative alla fase iniziale del procedimento, prevedendo, in particolare, un termine di sessanta giorni entro il quale il Governo è tenuto ad attivarsi “*sulle iniziative delle regioni presentate al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*” (cfr. art. 1, comma 571, l. n. 147/2013).

⁸⁰ Il procedimento di definizione e conclusione delle intese ex art. 8 Cost. utilizza un'apposita commissione interministeriale (istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 marzo 1997), “*secondo un modello che potrebbe essere opportunamente replicato in questa sede*”: cfr. G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 2/2018, 10; quest'ultimo, peraltro, correttamente rileva che semmai “*colpisce – e, anzi, per un certo verso sorprende, nonostante la consonanza dei disposti degli artt. 8, terzo comma, e 116, terzo comma, ultimo periodo, Cost. ... la scelta di non seguire il modello procedimentale della autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali che, a una prima valutazione, sarebbe parso maggiormente coerente a regolare il recepimento di accordi di cui sono parti enti territoriali (intesi come livelli ordinamentali, per altro tra loro parordinati alla luce della formulazione dell'art. 114 Cost., come novellato nel 2001). È ben vero che lo stesso modello della ‘autorizzazione alla ratifica’ implica una dualità della decisione da parte dello Stato italiano (o almeno una molteplicità dei soggetti coinvolti), limitando il ruolo del Parlamento a una parte importante ma non esclusiva del procedimento di finalizzazione e ‘interiorizzazione’ dell'impegno assunto dai propri rappresentanti con soggetti ‘altri’. Eppure, l'aver scelto il modello delle intese ex art. 8 Cost. colloca – in maniera per qualche verso anomala – l'attivazione del regionalismo differenziato nel prisma procedurale della protezione delle minoranze, piuttosto che in quello della definizione di rapporti negoziali intersoggettivi (benché comunque ricompresi all'interno della Repubblica complessivamente intesa, se non anche dello stesso Stato-ordinamento)*”. Indubbiamente, in entrambe le ipotesi ricorre il dato comune di un procedimento parlamentare a valle di un momento pattizio di cui il Governo è stato parte. Sul tema v. altresì N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano 2001, 51; M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale*, in www.osservatoriosullefonti.it.

competenza parlamentare, è ‘una legge in senso formale, vincolata all’intesa precedentemente raggiunta tra Governo e Regione’ (Atti Parlamentari, seduta del 6 febbraio 2018, 41)”⁸¹ e perché finanche nelle pre-intese fra lo Stato e le Regioni Veneto, Lombardia, Emilia Romagna si ripete, senza dubbio alcuno, che “l’approvazione da parte delle Camere dell’intesa che darà sottoscritta ai sensi dell’art. 116, terzo comma, della Costituzione, avverrà in conformità al procedimento, ormai consolidato in via di prassi, per l’approvazione delle intese tra lo Stato e le confessioni religiose, di cui all’art. 8, terzo comma, della Costituzione”⁸².

Consentire al Parlamento di emendare liberamente il testo dell’intesa raggiunta fra il Governo e la Regione significa, da un lato, contraddire la lettera dell’art. 116, terzo comma, Cost. secondo cui l’attribuzione di “forme e condizioni particolari di autonomia” deve avvenire con legge rinforzata (“approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti”) “sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata”; dall’altro, non farebbe che rinnegare il senso stesso del percorso stabilito per l’autonomia differenziata, che deve essere condiviso e non concesso, con la Regione interessata in una posizione paritaria, non di destinataria passiva del volere altrui.

Il punto di equilibrio è, dunque, chiaro: una volta raggiunta l’intesa, essa non può essere poi modificata (in termini sostanziali) dallo Stato unilateralmente in sede parlamentare, fermo restando che Camera o Senato, laddove non ne condividessero i contenuti, hanno la facoltà di non approvarla in legge, negando ogni seguito

⁸¹ V. *supra* la replica di M. Bertolissi all’appello dei costituzionalisti *sub* nota 2.

⁸² Si è rammentato (da cfr. G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari”* ..., cit., 13) che “nella prassi parlamentare, alla luce della evoluzione alquanto tormentata dei precedenti nonché dell’assenza di specifiche norme speciali o comunque minimamente limitative nei regolamenti parlamentari, sembra essersi affermata non tanto un’assoluta inammissibilità degli emendamenti, quanto piuttosto la consapevolezza che l’approvazione di proposte emendative contrarie ai principi cardine dell’intesa renderebbero necessaria la sua rinegoziazione, ed il conseguente azzeramento dell’iter del progetto di legge. Già nelle prime esperienze si era andata fatta strada un’interpretazione assai limitativa della proponibilità degli emendamenti, ritenendosi ammissibili solo quelli diretti a modificare ‘parti che non siano tali da incidere sui contenuti dell’intesa’. A questo quadro di partenza si aggiunse quello che potremmo definire il principio della ‘integralità’ delle intese, per cui ‘la eventuale reiezione anche di un solo articolo determinerebbe l’ulteriore improcedibilità del disegno di legge e la conseguente necessità di una rinegoziazione dell’intesa. Nella X legislatura si giunse infine ad affermare esplicitamente la sostanziale inemendabilità di tali progetti di legge. Più di recente, invece, l’orientamento delle Presidenze di Camera e Senato è stato volto a riprendere l’impostazione originaria, ammettendo emendamenti riguardanti il versante ‘interno’ del recepimento dell’intesa, quali la copertura finanziaria, o la data di entrata in vigore delle leggi stesse, ma comunque mai in relazione ai contenuti ...”.

all'iniziativa, e senza trascurare che l'approvazione richiede una maggioranza qualificata⁸³.

Di contro, secondo altro orientamento, fatto proprio da molta parte della dottrina costituzionalistica e anche dal Ministro per gli affari costituzionali (del governo Conte bis), è necessario salvaguardare le prerogative del Parlamento e “*definire un quadro unitario di obiettivi e previsioni a cui lo Stato si conforma in sede di elaborazione delle intese con le Regioni interessate avendo riguardo sia alla sostenibilità giuridica della differenziazione richiesta sia alla sostenibilità economica del nuovo assetto, che deve muoversi all'interno dei vincoli economici e finanziari di finanza pubblica*”⁸⁴.

Da qui la bozza di disegno di legge-quadro sulle autonomie regionali predisposta dal Ministero per gli affari costituzionali, presentata (il 28 novembre) in Conferenza Stato-Regioni⁸⁵ e sottoposta al Consiglio dei ministri⁸⁶.

Di primo impatto viene da chiedersi a quale titolo lo Stato dovrebbe adottare una legge-quadro in tale materia, posto che non è fra quelle di legislazione concorrente⁸⁷; a seguire, se, attraverso tale via, è davvero recuperata, secondo le dichiarate intenzioni, la centralità del Parlamento o se, invece, in linea con le prassi sopra ricordate, centrale è, nuovamente, solo il ruolo del Governo.

Nel disegno di legge, i pilastri delle intese tra lo Stato e le Regioni sono individuati nella previa “*determinazione, nelle materie oggetto di attribuzione, dei livelli essenziali*

⁸³ Nel silenzio dell'art. 116, terzo comma, Cost. si è osservato che “*l'aspetto principale della clausola di 'specializzabilità' è rappresentato dall'accordo che scaturisce dall'incontro tra l'iniziativa regionale e l'accettazione statale, trasfuso nella legge che attribuisce le 'ulteriori forme e condizioni di autonomia'. La 'contrattazione' tra la Regione richiedente e lo Stato permette, infatti, di graduare l'ampliamento delle competenze regionali in relazione alle avvertite esigenze locali, secondo le note logiche della sussidiarietà e dell'adeguatezza e 'nel rispetto dei principi di cui all'art. 119'*”: così A. CARIOLA – F. LEOTTA, *Art. 116*, in R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2194. Sulla matrice negoziale del procedimento *de quo* (nel contesto del quale non è dato di eludere la volontà espressa da ciascuna delle parti e poi maturata in un testo condiviso) cfr. anche R. BIN, “*Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*”, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 9. Secondo N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato*, cit., 57 la legge “*non dovrebbe poter modificare il contenuto dell'intesa, ma dovrebbe solo approvarla e costituire l'involucro formale che la contiene e la tramuta da accordo Stato-Regione in fonte normativa dell'intero ordinamento*”. Nel dossier n. 565 intitolato “*Il regionalismo differenziato con particolare riferimento alle iniziative di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto*” a cura del Servizio Studi del Senato (in www.senato.it), a proposito del procedimento della legge parlamentare, si prevede che essa “*deve recepire i contenuti dell'intesa*”.

⁸⁴ V. ANSA 3 dicembre 2019.

⁸⁵ Precisamente, si allude alla bozza fatta poi pervenire all'ANSA.

⁸⁶ L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla 'bozza di legge-quadro' in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in www.federalismi.it, il quale dubita della legittimità costituzionale del d.d.l. in esame.

⁸⁷ L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista ...*, cit., 10.

delle prestazioni (LEP) o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni standard, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione” e nel “finanziamento delle funzioni attribuite sulla base dei fabbisogni standard, dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio [così] determinati”.

Ma tali pilastri (in uno con la volontà di rispettare il ruolo del Parlamento) si dimostrano subito assai fragili, ove si consideri che si prevede anche che:

a) *“qualora entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni standard, e fino alla loro determinazione, le funzioni sono attribuite con decorrenza dal 1° gennaio dell'esercizio immediatamente successivo e le relative risorse sono assegnate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base del riparto delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente”* (v. art. 1, comma 1, lett. e): come dire, i LEP sono essenziali, ma se ne può fare a meno e, in tale caso, decide l'esecutivo;

b) *“i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni standard di cui all'articolo 1, nonché le relative metodologie di determinazione, sono individuati con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri di volta in volta competenti, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa”* (art. 2, comma 1): dunque, i LEP, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni *standard* non sono contenuti in una legge parlamentare, contrariamente a quanto avrebbe fatto intendere il richiamo all'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. da parte dell'art. 1, comma 1, lett. a) della bozza, e se non sono contenuti in una fonte primaria non è dato di capire quale natura abbiano i succitati decreti presidenziali proposti/decisi dall'esecutivo;

c) *“gli schemi di decreto di cui al comma 1 ... sono adottati previa intesa in Conferenza Stato Regioni, di cui all'articolo 8 della legge 28 agosto 1997, n. 281. Gli schemi di decreto sono trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione del parere da*

parte della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale e da parte delle Commissioni parlamentari competenti. Decorsi trenta giorni dalla trasmissione alle Camere da parte del Governo, il decreto può essere comunque adottato, previa deliberazione definitiva da parte del Consiglio dei ministri. Il Governo se non intende conformarsi ai pareri parlamentari trasmette alle Camere una relazione nella quale indica le ragioni per le quali non si è conformato” (sic!): le Camere bisogna sentirle, ma prevale il punto di vista del Governo.

Nihil sub sole novi: contraddetto il sistema delle fonti e spostato dal Parlamento al Governo il luogo della decisione politica fondamentale.

11. Conclusioni

Al di là del merito delle richieste regionali, sul quale, ovviamente va condotta ogni necessario approfondimento scevro da sterili turbamenti, l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. rappresenta, *rebus sic stantibus*, l'ennesima occasione comprovante la trasformazione della funzione legislativa⁸⁸ e la mutazione della forma di governo parlamentare.

Non, tuttavia, da parte delle iniziative regionali, condotte nel pieno rispetto delle facoltà riconosciute dalla Costituzione e, in alcuni casi, ampiamente avallate anche in via referendaria⁸⁹, bensì da parte delle forme e dei tempi imposti dall'esecutivo, a conferma dell'emarginazione del Parlamento e, nel contempo, della *“radicata e ricorrente incapacità a ‘pensare l'unità dell'ordinamento costituzionale in termini diversi dalla prevalenza e supremazia dello Stato persona”*⁹⁰.

⁸⁸ Mutuo dal titolo del volume a cura di F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa* ..., cit., *passim*.

⁸⁹ Nel silenzio della Costituzione, la Corte costituzionale ha ammesso che ciascuna regione possa autonomamente stabilire di far precedere l'avvio del procedimento di cui all'articolo 116, terzo comma, dallo svolgimento di un *referendum* consultivo, per acquisire l'orientamento dei cittadini. Nella sentenza n. 118/2015 (sulle leggi della Regione Veneto n. 15 e 16 del 2014), ha osservato che la consultazione popolare regionale lascia inalterato il procedimento di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, nel caso in cui venga effettivamente attivato: infatti, il referendum consultivo previsto dalle disposizioni regionali impugnate si colloca in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito all'art. 116 Cost. Si è, quindi, concluso che *“lo stesso atto regionale di iniziativa di cui al citato art. 116, comma terzo, Cost., come la procedura per la sua adozione da parte degli organi regionali competenti, rimane giuridicamente autonomo e distinto dal referendum, pur potendo essere politicamente condizionato dal suo esito. Né d'altra parte la consultazione popolare, qualora avvenisse, consentirebbe di derogare ad alcuno degli adempimenti costituzionalmente necessari, ivi compresa la consultazione degli enti locali”*.

⁹⁰ Come dimostrato da M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, 2019, 35.