

Se la legge statale è il *fondamento positivo* dei provvedimenti regionali... e un atto di *Soft law* ne preorienta i contenuti

di Stefania Parisi

(in corso di pubblicazione in “le Regioni”)

SOMMARIO: 1. Uno sguardo ai problemi. 2. La vicenda. 3. L’eccezione obliterata: intorno alla (mancata?) interpretazione conforme da parte del giudice che avrebbe ripristinato l’ordine tra “microsistemi”. 4. Basta che sia “raffrontabile”? Legalità sostanziale e *sostanzialistica*

1. *Uno sguardo ai problemi*

A breve distanza di tempo, con la decisione che qui si commenta, la Corte torna ad occuparsi del tema della legalità sostanziale e del contenuto minimo che una legge può - *rectius*: deve - avere per soddisfare il *quantum* del principio medesimo¹. La sentenza n. 248/2011 è apparentemente priva di grandi slanci teorici ma rimette in gioco molti dei dubbi già altrove prospettati², offrendone altri ancora all’attenzione dell’interprete. È agevole condensare questi dubbi in due domande: può una legge statale costituire il “fondamento positivo” e il “limite negativo” di un provvedimento autorizzatorio regionale? Una legge che si limita astrattamente a prevedere il potere autorizzatorio ma, di fatto, rinvia a un atto di *soft law*³ per delimitare l’ambito e i presupposti di operatività del

¹L’ultima decisione che si è occupata della legalità sostanziale è la pluricommentata sent. n. 115/2011.

²Ho provato a dare conto dei problemi suscitati dalla sentenza n. 115/2011, specialmente a proposito del rapporto tra legalità sostanziale e riserva relativa, in *Dimenticare l’obiezione di Zagrebelsky? – Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011* – in www.forumcostituzionale.it e altresì in *Annali dell’Università del Molise* 12/2010, Campobasso 2011.

³Numerose sono le definizioni di *soft law*, nozione nata nell’ambiente della dottrina internazionalistica e successivamente diffusasi nel contesto dell’ordinamento comunitario: a tal proposito, si veda la ricostruzione di A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in AA. VV., *L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova 2007, 372 s. . Si può prendere, ad esempio, la definizione resa da B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 117 ss. secondo cui «l’espressione è generalmente usata (...) per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente

provvedimento medesimo è conforme allo statuto teorico del principio di legalità sostanziale o non ne frustra, piuttosto, la *ratio essendi*?

Se non fosse per i quesiti suscitati - che, peraltro, si mimetizzano tra le pieghe di un più ampio discorso sul diritto alla salute - la sentenza n. 248/2011 sembrerebbe una decisione abbastanza incolore, neanche particolarmente rilevante ai fini del riparto competenziale tra Stato e Regioni. E però vale la pena tirare le fila del discorso sulla legalità, anche se sul tema si consuma il paradosso per cui il mosaico pare sempre più incompiuto man mano che se ne aggiungono le tessere.

2. La vicenda

La decisione trae origine da un giudizio in via incidentale sollevato dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia con tre distinte ordinanze in cui si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 8 - *quinquies*, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), introdotto dall'articolo 79, comma 1 - *quinquies*, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Il giudizio principale sorgeva a seguito dell'impugnazione di un decreto dell'Assessore per la sanità della Regione siciliana con cui si disponeva che l'ammissione a trattamento sostitutivo della funzione renale presso centri di dialisi privati accreditati, «deve essere previamente autorizzata dall'azienda sanitaria provinciale di appartenenza, sulla base di una certificazione rilasciata da un medico specialista nefrologo da essa dipendente o convenzionato, che accerti l'insufficienza renale cronica terminale e la necessità del trattamento sostitutivo». Il decreto assessorile

rilevanti». Nello stesso volume collettaneo, specificamente in relazione al profilo di teoria delle fonti, si vedano altresì i contributi di M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, 71 ss., che afferma «nella mancanza del carattere di "validità", così come era stato individuato da Kelsen, si può registrare il più significativo distacco dalle forme più consolidate di diritto. Dunque la soft law non è solo una presenza irrituale, ma è anche una tipologia giuridica che rinuncia proprio al tratto che più caratterizzava una certa espressione linguistica come una forma di "diritto"»; e di R. BIN, *Soft law, no law*, 31 ss., che parte da un'analisi linguistica del termine *soft law* e lo iscrive nell'universo teorico della *governance*, per cui «soft law rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvia piuttosto a modi "nuovi", comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la governance per l'appunto».

trova fondamento proprio nella disposizione impugnata, in forza della quale le Regioni «possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati».

Secondo il giudice remittente è innanzitutto impossibile accedere a un'interpretazione della disposizione che consenta di ricondurre ad un'attività consensuale⁴ l'individuazione dei gruppi di prestazioni da sottoporre ad autorizzazione. Dunque, dall'interpretazione *sistematica* della disposizione impugnata non emergerebbe la necessità di un accordo che preceda l'autorizzazione individuandone previamente i contenuti – accordo che avrebbe salvato la disposizione dal dubbio di legittimità.

Di conseguenza, la disposizione violerebbe il principio di legalità sostanziale, il cui fondamento sarebbe da rintracciare negli artt. 24, 97 e 113 Cost. A parte l'inconferente richiamo parametrico (non si capisce, invero, perché l'art. 24 dovrebbe fondare la legalità sostanziale e, a memoria, non è stato mai sostenuto in dottrina), sembra chiaro che il giudice remittente non si attarda sulle sottili distinzioni dottrinarie tra riserva relativa di legge e principio di legalità sostanziale (del resto, non lo fa neanche la Corte!), ritenendo, pertanto, che quest'ultimo sia stato violato nel caso specifico. Difatti, il provvedimento autorizzatorio della Regione sarebbe totalmente disancorato da qualsivoglia criterio alla stregua del quale valutarne la discrezionalità; né sarebbe possibile salvare in altro modo la legittimità della disposizione poiché la Regione potrebbe esercitare il proprio potere solo in presenza di accordi con gli erogatori privati del servizio o con le organizzazioni rappresentative: tuttavia, il giudice ritiene che non vi sia traccia, all'interno della disposizione, di una previa attività consensuale.

Ulteriori profili di illegittimità costituzionale sarebbero rintracciabili, secondo il TAR, nella violazione degli artt. 3 e 117, comma

⁴E infatti, nell'ordinanza di rimessione n. 352/2010, il TAR afferma che «la disposizione in esame è assolutamente chiara nell'impedire una interpretazione che consenta di ricondurre l'individuazione dei gruppi di prestazioni da sottoporre ad autorizzazione ad un'attività consensuale (nel qual caso il decreto impugnato sarebbe senz'altro illegittimo, per il sol fatto di aver provveduto in via unilaterale): sotto questo profilo il soggetto ed il verbo utilizzati dal legislatore («Le regioni possono individuare...») si differenziano nettamente, al punto da proporsi in chiave necessariamente derogatoria, rispetto all'analoga previsione di portata generale contenuta nella prima parte del secondo comma («La regione e le unità sanitarie locali (.....) definiscono accordi (.....) e stipulano contratti (...)»).

2, lett. m) Cost. nella misura in cui la norma censurata permetterebbe alle singole Regioni di individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione da parte dell'ASL competente alla fruizione presso le strutture e i professionisti accreditati anche quando la prestazione *de qua* sia inclusa tra le prestazioni essenziali, che devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri interviene in giudizio chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili e, in subordine, infondate poiché la norma censurata si inserisce nel contesto degli accordi contrattuali finalizzati all'esercizio di attività sanitaria a carico del servizio sanitario nazionale: le Regioni, pertanto, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate stipulando contratti con quelle private e con i professionisti accreditati. Sulla base degli accordi, pertanto, si realizza l'individuazione delle prestazioni e dei gruppi di prestazioni «per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati», come recita il testo della disposizione impugnata.

Le due interpretazioni, quella del giudice remittente e quella dell'Avvocatura dello Stato, sono agli antipodi: il primo sostiene che non vi sia alcun modo per (interpretare sistematicamente e) sostenere la conformità a Costituzione della disposizione; la difesa statale, all'opposto, afferma che la norma censurata sarebbe pienamente conforme al principio di legalità sostanziale poiché i *limiti* e la *finalità* del provvedimento autorizzatorio sarebbero predeterminati grazie agli accordi.

La situazione è questa: la legge statale prevede la possibilità che la Regione autorizzi la fruizione di alcune prestazioni sanitarie. Ma il *contenuto* e i *limiti* del provvedimento autorizzatorio discenderebbero (non già dalla legge statale ma) dagli accordi contrattuali stipulandi tra la Regione e le strutture sanitarie. Ed ecco che i quesiti avanzati in apertura di queste note si materializzano: quando è possibile che i microsistemi delle fonti si intersechino al punto che una legge statale autorizzi l'intervento di un potere amministrativo regionale? In nome di quale accezione della legalità, poi, la legge statale (che si limita a prevedere solo la *possibilità* di un'autorizzazione) può abdicare ai contenuti del provvedimento autorizzatorio in favore di un atto di *soft law* che, di fatto, determina contenuto e limiti del provvedimento medesimo? È proprio un'accezione *sostanziale* della legalità o non è, piuttosto, *sostanzialistica*?

La Corte risponde solo alla seconda delle due domande prospettate. Ma qualche riflessione sulla prima è ammessa alla luce dell'eccezione sollevata da una parte privata costituitasi nel giudizio dinanzi alla Corte: per cui, sia consentita una breve divagazione sul punto.

3. *L'eccezione obliterata: intorno alla (mancata?) interpretazione conforme da parte del giudice che avrebbe ripristinato l'ordine tra "microsistemi"*

Il discorso sulla legalità si complica oltremodo grazie all'intervento nel giudizio di legittimità dispiegato da una parte privata. Sorvolando sull'eccentricità della formula dell'intervento (le parti private – ricorrenti nel giudizio principale – chiedono che le questioni siano dichiarate *inammissibili*, per erroneità del presupposto interpretativo, ovvero, in subordine, *fondate*), merita comprendere le ragioni addotte per sostenere l'inammissibilità della questione. Secondo i ricorrenti del giudizio *a quo*, il giudice non avrebbe sperimentato la praticabilità, nel caso di specie, di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità, omettendo la (ormai doverosa⁵) interpretazione *verfassungskonforme*.

In cosa doveva sostanziarsi questo tipo di interpretazione è presto detto: il giudice avrebbe dovuto interpretare la disposizione impugnata nel senso che essa presupporrebbe l'adozione, da parte delle Regioni, di un atto di natura *legislativa* nel quale si individuino le prestazioni o i gruppi di prestazioni per cui stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione delle stesse presso le strutture o i professionisti accreditati.

⁵Il dovere di interpretazione conforme è ormai entrato a far parte dei requisiti per sollevare la q.l.c.: la Corte lo prevede in svariate decisioni (si vedano, *ex plurimis*, ord. n. 491 del 1987, ove la Corte ha affermato che «in applicazione del principio generalmente riconosciuto, secondo cui il giudice di merito, fra più interpretazioni possibili debba scegliere quella conforme al dettato costituzionale, la questione proposta si concreta in una questione di interpretazione, la cui risoluzione è rimessa ai giudici di merito e come tale non è proponibile in questa sede»; cfr. poi ordd. nn. 517 del 1987, 63 del 1989, 459 del 1991, 158 e 212 del 2002, 128 e 299 del 2003, 50 del 2004, 1 del 2005, 8, 115, 130, 245, 283, 306, 361, 381, 427 del 2005, 34, 47, 148, 187, 209 e 244 del 2006, 379 e 403 del 2007, 149, 154, 155, 308 e 341 del 2008, 155 e 178 del 2009). La letteratura sul tema è vastissima; taluno rileva, con accenti fortemente critici, che questo canone interpretativo vanificherebbe il requisito della non manifesta infondatezza: in tal senso, A. PUGIOTTO, *La metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. Giur.*, n. 8, 2004, 988., ma anche G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, spec. 140 ss. Contro questa visione (e, anzi, per una lettura volta a conciliare l'esistenza dei due requisiti – non manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice), cfr. O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in M. D'AMICO- B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative* – Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Torino 2009, 266 ss.

In tal modo, la presenza di una legge regionale costituirebbe il *medium* indispensabile per salvaguardare la legittimità della disposizione, nella misura in cui essa viene interpretata conformemente a Costituzione. Sul punto va esplicitato un corollario decisivo ma rimasto quasi sottinteso: assecondando la soluzione prospettata da parte privata sarebbe (stato) possibile preservare i rapporti tra fonti appartenenti a microsistemi differenti, dal momento che la legge regionale conterrebbe, se non il “fondamento positivo”, almeno il “limite negativo” del provvedimento autorizzatorio.

Ora: “interpretazione conforme” è sintagma che assume un significato diverso negli intenti del giudice *a quo* e in quelli della parte privata.

Dopo aver esperito un tentativo di interpretazione *sistematica* al fine di enucleare dalla disposizione una norma *conforme* a Costituzione, infatti, il giudice *a quo* afferma che essa è impossibile proprio perché non ci sarebbe traccia nella disposizione degli accordi, che soli potrebbero preservarne la legittimità, atteso che conterrebbero i criteri e i limiti per determinare i provvedimenti autorizzatori.

La parte privata, invece, accede implicitamente all’idea per cui l’“interpretazione conforme” non si sostanzia, nella specie, in “interpretazione sistematica”: essa, infatti, consisterebbe nel ritenere che, in questo caso, debba sussistere l’interposizione della legge regionale a cui ricondurre i confini del provvedimento autorizzatorio, dal momento che la scelta di individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per cui stabilire la preventiva autorizzazione implica « una deroga al principio della libertà di scelta » e quindi richiede “una norma di pari forza” rispetto a quella che lo enuncia» (par. 3.2 ritenuto in fatto)

La Corte reinterpretava la disposizione in maniera sistematica (ma con risultati esattamente speculari rispetto a quelli cui addiuvava il giudice *a quo*, che pure compie un’operazione simile) e così facendo dimostra di non accogliere nessuna delle due prospettazioni appena enucleate, appropriandosi, piuttosto, degli argomenti avanzati dall’Avvocatura dello Stato. Essa infatti ricostruisce non solo il contenuto della disposizione impugnata ma anche quello della parte sottratta al dubbio di legittimità, ossia il restante contenuto dell’art. 8 – *quinquies*, che esplicitamente parla di « accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende sanitarie e ospedaliere-universitarie ». Per questa via rileva « come sia possibile, nella specie, pervenire a un’interpretazione *sistematica* della disposizione censurata, collocando l’attività da essa prevista - (...) - comunque all’interno degli “accordi con strutture pubbliche ed

equiparate”⁶ di cui parlano gli altri commi della disposizione. E aggiunge: «diversamente, infatti, da quanto ipotizza il giudice a quo, nulla osta a tale interpretazione: non la formulazione letterale della disposizione censurata (giacché proprio l’uso della locuzione “possono individuare” allude ad una possibilità dipendente, per l’appunto, dall’avvenuta conclusione degli accordi e dei contratti suddetti), né la sua collocazione sistematica (ponendosi la stessa all’interno di un articolo la cui rubrica è pur sempre intitolata «Accordi contrattuali»)» (par. 3.2 considerato in diritto). Non una parola sull’eccezione della parte privata, imperniata sulla necessaria mediazione *legislativa* regionale.

Quali conseguenze si potrebbero trarre da questo contegno interpretativo? Proviamo a formulare qualche ipotesi non manifestamente implausibile.

a) La Corte censura la “cattiva” interpretazione sistematica del giudice *a quo*. Questo punto non sembra controvertibile: infatti, nell’ordinanza di rimessione, il giudice è molto esplicito nel negare la possibilità, nella specie, di un’interpretazione sistematica tale da individuare negli accordi la fonte in grado di preorientare i contenuti del potere autorizzatorio regionale, mentre la Corte smentisce puntualmente una simile ricostruzione. Sotto questo versante, la pronuncia è un’interpretativa di rigetto che si muove contro il *trend* consolidato di questi anni, in prevalenza guidato da un *self restraint* della Corte⁷. Proprio perché si tratta di una “cattiva” e non un’ “omessa” interpretazione conforme a Costituzione (*sub specie* di interpretazione sistematica), la Corte rispolvera la tecnica decisoria dell’interpretativa di rigetto, scegliendo di non tenere una condotta interpretativa “minimale”.

b) Più complessa è la questione riguardante la necessità dell’intermediazione da parte della legge regionale che dovrebbe collocarsi tra la legge statale e il provvedimento autorizzatorio. Al riguardo sono prospettabili due alternative ulteriori:

b) 1 la Corte ritiene che la teoria dei microsistemi non sia valida e che, piuttosto, prevalga l’idea che vi sia unità dell’ordinamento;

⁶Così nel par. 3.2 del considerato in diritto (enfasi aggiunta).

⁷Si potrebbe individuare una vera e propria tendenza al *self restraint* della Corte, in virtù della quale Essa si pronuncia con le ordinanze di restituzione al giudice *a quo* piuttosto che con decisioni interpretative di rigetto. Solo nel 2010, le ordinanze in tal senso sono 11 (5, 6, 49, 55, 85, 98, 110, 154, 192, 322, 339); nel 2011 sono 9 (15, 101, 111, 137, 203, 212, 222, 301, 326), ma è ormai in via di consolidamento da diverso tempo.

b) 2 pur ritenendo valida al teoria dei microsistemi, la Corte non risponde all'eccezione sollevata dalla parte privata poiché considera che essa sia soddisfatta, nella specie, dagli accordi tra la regione e gli enti.

Quanto al punto *sub* b) 1, c'è da dire che è alquanto risalente la teoria secondo cui il sistema della fonti sia il frutto della complessa sinergia tra criterio gerarchico e criterio della competenza che, a sua volta, dà origine a microsistemi tra di loro interagenti⁸. In base ad essa, «le fonti primarie danno vita a tanti microsistemi per quante volte la Costituzione opera tipicizzazioni competenziali»; per giunta queste fonti primarie «proprio per la posizione di vertice occupata all'interno del microsistema, sono idonee a *trasmettere* alle fonti da esse rispettivamente prodotte la *qualità della tipicizzazione materiale*, vale a dire l' *impronta competenziale* immediatamente derivata dalla Costituzione» di guisa che «il regolamento regionale non può essere abrogato, derogato o, comunque, modificato né dalla legge statale né dal regolamento statale ma solo dalla legge, regionale, in cui rinviene il fondamento logico-positivo di esistenza, in cui cioè riconosce la *fons superior* del microsistema cui appartiene»⁹. Questa teoria, se ha il pregio di considerare i rapporti tra fonti appartenenti a diversi livelli di governo accedendo a una lettura sincretica dei criteri di gerarchia e competenza, tuttavia non consente alcuna osmosi tra i microsistemi, quasi fossero monadi incomunicabili.

All'opposto si colloca quel filone di pensiero, decisamente più pragmatico, che sostiene che «il principio di unità dell'ordinamento giuridico fa sì che la legge statale e, ormai, la stessa normativa comunitaria possano costituire la base legale sufficiente all'azione amministrativa e regolamentare della Regione, senza la necessità dell'interposizione della legge regionale»¹⁰.

E, tuttavia, lo stesso A. che propone questa visione dei rapporti tra fonti prospetta uno scenario molto suggestivo quando si trova a riflettere

⁸Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977. La logica dei microsistemi (o sottosistemi, volendo mutuare un lessico di chiara ascendenza luhmanniana) è stata rielaborata di recente da P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino 2007, spec. 116 ss.: qui, l'A. discorre di criteri ordinatori *intersistemici* e *infrastemici* per indicare le relazioni intercorrenti tra fonti appartenenti a livelli di governo differenti.

⁹Così A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità*, cit., spec. 99-100, corsivi testuali.

¹⁰Letteralmente, R. BIN, *Riforma degli statuti e riforma delle fonti regionali*, in *Le Regioni*, 2000, 519 ss., spec. 521.

sulla portata e il ruolo dell'art. 117, comma 6, Cost. all'indomani della riforma del 2001. Altrove¹¹, infatti, Egli medita sul senso della disposizione secondo cui «la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni» e, nell'interrogarsi sulla natura della "delega", ritiene insensata l'ipotesi secondo cui la delega debba riguardare il potere regolamentare, sostenendo, di contro che «molto più produttivo mi sembrerebbe ritenere che quel "salva delega" sia riferito alle vecchie "deleghe" di funzioni amministrative di cui al "vecchio" art. 118.2. Così le cose ritornerebbero un po' più in ordine: lo Stato può delegare alle Regioni determinate "sue" funzioni amministrative, ed allora viene meno il suo monopolio normativo sulla materia "esclusiva", ben potendo (e spesso dovendo, per rispetto del principio di legalità) la Regione dettare una propria disciplina per l'esercizio di quelle funzioni». Il problema sorge proprio a questo punto perché ci si domanda se, una volta che lo Stato ha delegato l'esercizio di una funzione amministrativa alla Regione, quest'ultima debba disciplinare necessariamente con regolamento la funzione delegata o non debba, piuttosto, farlo con propria legge. Come afferma lo stesso A., questo «non è un profilo trascurabile, perché sia il principio di legalità, sia lo stesso Statuto regionale, possono opporsi ad una disciplina regolamentare della funzione delegata, e richiedere invece una disciplina di rango legislativo»¹². La conclusione cui perviene l'A. è la seguente: «la disposizione dell'art. 117.6 andrebbe letta allora in questi termini: lo Stato può emanare regolamenti soltanto laddove abbia potestà legislativa esclusiva e soltanto se non decida di delegare le funzioni amministrative alle Regioni; in quest'ultima ipotesi, perde il potere regolamentare e si espande conseguentemente il potere normativo (se in forma di legge o di regolamento sarà lo Statuto regionale, oltre alle circostanze, a determinarlo)»¹³. La logica del discorso è molto prossima a quella che anima la teoria dei microsistemi perché la legge statale si limiterebbe a prevedere la delega della funzione amministrativa ma questo non soddisferebbe il principio di legalità: sarebbe necessario che si interponga la legge regionale o (quella peculiare legge regionale che è) lo Statuto

¹¹Ossia in R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 365 ss.

¹²Cfr. R. BIN, *La funzione amministrativa...*, cit., spec. 368.

¹³*Ibidem*, 369.

regionale. Dunque, le due posizioni, apparentemente animate da logiche antagoniste, sembrano conciliarsi su questo specifico punto.

Ovviamente, il discorso della delega di funzioni amministrative vale nella misura in cui lo Stato si trovi ad operare in materie di propria competenza esclusiva. E allora sarà decisivo il procedimento di sussunzione della disciplina normativa. Ad esempio, nel caso specifico, si tratterebbe probabilmente di una delega di funzioni amministrative se si ritenesse che la disciplina in questione fosse sussumibile nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m); ma si potrebbe dire lo stesso, ritenendo che si verta in materia di competenza concorrente (tutela della salute)? Dato il ruolo decisivo della Corte nel costruire il procedimento di sussunzione, è difficile azzardare una risposta.

In definitiva, il silenzio della Corte non autorizza a optare recisamente per una delle due alternative del corno (accoglimento della logica dei microsistemi *vs.* logica del principio di unità dell'ordinamento), anche perché esse – come si è visto – finiscono anche per trovare punti di contatto, in alcuni casi. Nondimeno, la mancata risposta alle eccezioni sollevate dalla parte privata nel giudizio costituzionale sembra quasi convalidare l'idea per cui alla Corte non importi *quale* legge costituisca il fondamento del potere discrezionale dell'amministrazione regionale, ovvero sia a *quale* *microsistema* appartenga: basta, insomma, che ci sia una legge e questo è sufficiente a integrare la sussistenza delle precondizioni minime che soddisfano il principio di legalità¹⁴.

Ora, però, l'esistenza di una legge che si limita a prevedere la *possibilità* astratta che venga esercitato un potere autorizzatorio è certamente in linea con la nozione comunemente accolta di "legalità

¹⁴Si potrebbe anche ritenere valida la ricostruzione avanzata *sub* b) 2, secondo cui la Corte ritiene, sì, sussistente un'idea di microsistemi ma, magari, reputa che gli accordi tra la regione e gli enti soddisfino la "quota" regionale. Se la ricostruzione fosse valida, ci sarebbe il problema ulteriore per cui l'accordo svolge le stesse funzioni di una legge, fonte primaria del microsistema regionale: e allora il sistema delle fonti andrebbe ripensato a partire dai concetti. È preferibile, sul punto, concedersi il dubbio che non sia così e optare per l'alternativa *sub* b)1 che, se non altro, ha il pregio di non attagliarsi a conseguenze così radicali.

formale”¹⁵. Perché entra in gioco anche la legalità sostanziale, tanto negli argomenti del giudice *a quo* quanto in quelli della Corte?

4. Basta che sia “raffrontabile”? Legalità sostanziale e sostanzialistica

Basta che ci sia una legge, dunque, a soddisfare la legalità formale. E a soddisfare la legalità sostanziale? La Corte sembra rispondere “basta che (l’atto amministrativo) sia raffrontabile”. In che senso?

Dopo aver affermato che è possibile, nel caso di specie, accedere a un’interpretazione sistematica della disposizione censurata collocando l’individuazione delle prestazioni da sottoporre ad autorizzazione nel contesto degli accordi e dei contratti (conclusi, rispettivamente, con le strutture pubbliche e con le aziende private), la Corte dichiara l’infondatezza della censura di violazione degli artt. 3, 97, 113 Cost. per asserito contrasto con il principio di legalità sostanziale¹⁶. E prosegue: «proprio il collegamento che unisce – nel testo della norma censurata – l’autorizzazione regionale e gli accordi con i soggetti interessati, nel rendere palese la finalizzazione di tali accordi al raggiungimento di determinati scopi (...) definisce anche l’ambito entro il quale deve essere esercitato il potere autorizzatorio della Regione»¹⁷, concludendo che «deve, pertanto, escludersi – nel caso in esame – la violazione del principio di legalità sostanziale, giacché esso può ritenersi soddisfatto ogni qual volta si

15Almeno nella definizione comunemente accolta di questa particolare accezione del principio. Si prenda in prestito la nozione di legalità formale suggerita da R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 84 ss. spec. 86, che, nel sondare le coloriture possibili del concetto di “conformità alla legge” (peraltro ripercorrendo il filo classificatorio di C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et documents du Conseil d’Etat*, Paris 1957, e, in Italia, da L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966, spec. 114 e ss.) identifica la legalità formale con una conformità in senso debole, in base al quale «può dirsi conforme alla legge ogni atto che sia, dalla legge, espressamente autorizzato»; in questa accezione, «“conforme” significa autorizzato: positivamente fondato sulla legge». Se ne trae la conseguenza che «è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia espressamente autorizzato dalla legge», spec. 87.

16Implicitamente, quindi, la Corte accoglie l’idea per cui «l’art. 113 ha quindi questo significato più penetrante del tutto in armonia con i principi dello Stato di diritto, e in stretta connessione con la necessità di soddisfare all’esigenza della *Messbarkeit* dell’atto amministrativo, ossia della sua *misurabilità* o *raffrontabilità*»: così, testualmente, L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966, spec. 159.

17Par. 4.1 del considerato in diritto, enfasi aggiunta.

rinvenga l'esistenza di criteri, nel testo normativo, in grado di orientare l'azione dell'autorità amministrativa».

Il momento critico di questa ricostruzione sta nella effettiva riconducibilità dei "criteri in grado di orientare l'azione dell'autorità amministrativa" alla legge: difatti, la disposizione si limita a prevedere la possibilità dell'autorizzazione e, interpretata sistematicamente (alla maniera della Corte), consente di trovare un modo per individuare i "criteri" di cui trattasi grazie al sistema di accordi e contratti tra l'amministrazione regionale e gli enti pubblici e privati. Non è possibile, però, ricondurre questi criteri già alla lettera della legge.

E, allora, se la legalità sostanziale ha da intendersi nel senso che la legge preorienta i contenuti di un atto di guisa che «non vi è che un solo atto conforme alla legge»¹⁸, come può questa accezione essere richiamata utilmente nella fattispecie in esame senza dar luogo a un corto circuito logico?

La legge statale, come si è detto, non contiene i "criteri" ma rinvia ad atti di *soft law*¹⁹ (gli accordi) per la loro determinazione: questo sembra disancorarsi anche dall'originaria *ratio* della legalità sostanziale. Siccome tale *ratio* consisterebbe nell'intento di «circoscrivere la discrezionalità amministrativa in tutte le sue manifestazioni»²⁰ dal momento che «la legge (...) è costituzionalmente vincolata ad avere un dato contenuto, ossia a disciplinare anche nella sostanza la materia in relazione alla quale attribuisce poteri agli organi dell'esecutivo, con la conseguenza che sarebbe ora *illegittima* l'emanazione di una legge che si limitasse al mero conferimento di un potere senza porre le norme relative alla disciplina del medesimo»²¹, c'è da chiedersi se essa, nel caso di specie, sia o meno

¹⁸Così R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., spec. 87.

¹⁹Sarebbe complicato dire a quale delle tre funzioni che assolverebbe il soft law. Esse sono state classificate da L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Oxford and Portland Oregon 2004, 107 ss., in *pre-law* (ossia, atti informali genericamente preparatori rispetto ad atti vincolanti), *post-law* (atti che forniscono le *guide lines* per interpretare/implementare atti vincolanti), *para-law* (cioè strumenti alternativi ad atti vincolanti). Probabilmente, nella fattispecie, ci troveremmo di fronte ad accordi preparatori rispetto ai provvedimenti amministrativi che assolvono anche alla funzione della legge: un misto tra *pre* e *para law*.

²⁰Cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., spec. 167.

²¹Sempre L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., spec. 159.

soddisfatta. Che senso avrebbe, infatti, imporre un vincolo contenutistico alla legge e sostenere che un accordo – cui essa rinvia – soddisfa *comunque* i requisiti di raffrontabilità dell'atto amministrativo?

Se quanto precede è vero²², ne emerge una concezione della legalità decisamente rinnovata. Ma non si tratta di una legalità che possa dirsi “sostanziale”, secondo la definizione stipulativa circolante, bensì “*sostanzialistica*”, nel senso che, seppure i contenuti che preorientano l'azione amministrativa si trovano in un atto di *soft law* cui la legge rinvia, questo *comunque* si ritiene rispetti il principio in esame. Non solo: questa nuova concezione della legalità sarebbe a tal punto recepita nella Costituzione da rendere ad essa conforme una disposizione apparentemente priva dei requisiti necessari per soddisfarla, almeno secondo i canoni elaborati dalla dottrina.

La fungibilità tra accordo e legge costringe a ripensare la stessa idea di fonte e l'uso che il giurista può/deve fare di un atto di *soft law*. Mi sembra ragionevole la posizione di chi²³, chiedendosi se l'interprete debba o meno ignorare il diritto “informale”, risponde «a me sembra che il giurista debba avere ben netta la distinzione tra ciò che è “fonte del

22La forma ipotetica e dubitativa mi sembra necessaria; proviamo, infatti, a costruire una provocazione teorica. È vero: la legge non fornisce direttamente i criteri in grado di preorientare l'azione dell'autorità amministrativa ma – almeno stando all'interpretazione *sistematica e adeguatrice* proposta dalla Corte – rinvia per la loro determinazione al sistema degli accordi e contratti tra l'amministrazione regionale e gli enti pubblici e privati. Dunque, non li individua ma indica le modalità per rintracciare i criteri per individuarli (gli accordi): insomma, la legge contiene dei “metacriteri”. C'è da chiedersi se questo soddisfa la legalità sostanziale. Vale a dire: la determinazione della disciplina concretamente raffrontabile col provvedimento amministrativo può avvenire *per relationem*? Stando all'idea di legalità sostanziale diffusa in dottrina, probabilmente no. Tuttavia, bisogna riconoscere che una legge che autorizza un'attività amministrativa, subordinandola a criteri scaturenti da accordi tra regione e altri soggetti, è altra cosa da una legge che invece si limitasse a conferire un potere senza nulla disporre in ordine ai criteri del suo esercizio. Indubbiamente, in questo caso, abbiamo *qualcosa di più* di una legge che soddisfa la legalità formale e *qualcosa di meno* di una legge che soddisfa la legalità sostanziale, almeno nel suo significato più diffuso. Però, la domanda è immediata: perché la disciplina aggiuntiva a quella meramente attributiva di competenza (e diretta a orientare le modalità di esercizio di tale competenza) non potrebbe essere di tipo procedimentale? Cosa osta a questa ricostruzione? Se si attribuisce un potere dicendo che lo si deve esercitare secondo i criteri previamente concordati in base a un dato procedimento, quale disposizione costituzionale sarebbe violata? Forse, la risposta a queste domande risiede proprio in quelle “nuove convenzioni lessicali” di cui, nel testo, propongo l'urgenza, a conclusione di queste brevi note.

23Il riferimento è ancora a R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 31 ss., spec. 36-37.

diritto” e ciò che non lo è: e fonte del diritto può essere esclusivamente l’atto (e, in certi anfratti, il fatto) previsto come tale da una norma di riconoscimento. (...)Il soft law, per definizione, non c’entra con le “fonti del diritto”, ossia con l’hard law». I documenti di *soft law* potrebbero rilevare nell’interpretazione della legge, sia nel senso di ricostruire l’*intentio legislatoris*, sia al fine di comprendere il *milieu* in cui opera una disposizione; ma «non possono deviare l’attenzione del giudice dal controllo sulla legalità dei comportamenti, *legalità che resta definita in termini di hard law*. E ciò non per rispetto a una concezione formalista del diritto, ma di una concezione liberale e costituzionale dei rapporti sociali e della funzione del diritto come difesa dell’individuo (...)»²⁴.

La posizione appena riportata, probabilmente, intercetta un sentire diffuso in dottrina²⁵. Se è così, le conclusioni non sono granché rassicuranti. E allora dal momento che, nella visione della giurisprudenza costituzionale, al “nome” non corrisponde più la “cosa”, è necessaria qualche correzione del tiro: bisognerebbe, forse, dar vita a nuove convenzioni lessicali e, per questa via, provare a restituire ordine a un sistema ormai profondamente entropico.

²⁴Cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, cit., 37, enfasi aggiunta.

²⁵Salvo ritenere che la legge, in questo caso, rinviando agli accordi non abbia inteso proporsi quale “regola costitutiva” di una nuova fonte (sulla “legge ordinaria come regola sulla produzione normativa”, cfr. per tutti F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, spec. 15 ss. in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli 2007). Il problema di questa ricostruzione sta, però, nell’individuare regole di riconoscimento *condivise* e immediatamente rintracciabili da parte della comunità degli interpreti. Dalla decisione annotata emerge, infatti, una profonda divisione interpretativa sui contenuti della legge statale: il giudice *a quo* ritiene, infatti, che essa *non consenta di essere interpretata nel senso di rinviare* ad accordi, laddove la Corte dice esattamente il contrario. Forse, se la legge statale fosse stata sufficientemente chiara nell’individuare gli accordi come fonte in grado di preorientare il contenuto dell’atto amministrativo regionale, la questione sarebbe passata inosservata (e magari avrebbe destato interesse la pronuncia del TAR con cui si costruisce un simile impianto teorico).