

**Qualche osservazione a Corte cost. n. 371/2008
(tra poteri sostitutivi statali ordinari e straordinari, interpretazione
conforme e assetto dei rapporti Stato – Regioni)**

di Cesare Mainardis

1. Nell'ambito di una articolata pronuncia avente ad oggetto la disciplina dell'attività libero-professionale cd. intramuraria la Corte costituzionale dichiara, per la prima volta, l'illegittimità di una disposizione legislativa statale che introduce un potere sostitutivo fondato sul secondo comma dell'art. 120 Cost.

Giova partire da un sommario inquadramento del contesto normativo di riferimento (rinviando peraltro, nelle pagine che precedono, alla *scheda* della sentenza per una completa ricostruzione del dispositivo e della motivazione della decisione). Ebbene, la norma annullata si inserisce in un comma di legge (il settimo dell'art. 1 della L. n. 120/2007) che attribuisce innanzitutto a Regioni e Province autonome: a) un potere sostitutivo, da intendersi rivolto nei confronti delle strutture pubbliche di riferimento¹ al fine di assicurare gli obiettivi imposti dal legislatore per un'efficace organizzazione dell'attività libero-professionale *intramoenia*²; nonché: b) un potere di destituzione, nell'ipotesi di gravi inadempienze, dei direttori generali delle strutture pubbliche coinvolte nell'implementazione dei principi fissati *ex lege*. In aggiunta (terzo alinea del comma 7 cit.), la disposizione prevede una sorta di "ritorsione" finanziaria (misura peraltro annullata dalla Corte) nell'ipotesi di inadempienza regionale nell'esercizio dei predetti poteri sostitutivi e sanzionatori.

Infine (ultimo alinea del comma 7 cit., e siamo al punto che ci interessa direttamente) il legislatore chiama il Governo all'esercizio dei "*poteri sostitutivi in caso di inadempimento da parte delle regioni o delle province autonome, ai sensi e secondo la procedura di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131*": la norma, così formulata, pareva doversi estendere non solo alle inadempienze regionali relative agli interventi sostitutivi e di destituzione ora richiamati (e operanti nei confronti di ASL, policlinici universitari ecc.), ma a tutte le inadempienze relative ai compiti assegnati direttamente a Regioni e Province autonome nei commi precedenti dell'articolo impugnato (e così, ad esempio, garantire che l'esercizio della attività libero-professionale intramuraria nelle strutture pubbliche avvenga secondo le condizioni di cui al comma 4 dell'art. 1 cit.; ristrutturare o reperire, se necessario, spazi adeguati ecc.). Insomma, un intervento statale dal doppio, possibile obiettivo per fronteggiare inadempimenti diretti di Regioni e Province autonome nonché per ovviare (con una sorta di sostituzione "di secondo grado") ai mancati interventi sostitutivi da parte degli stessi enti territoriali nei confronti delle strutture pubbliche coinvolte.

2. Ciò premesso, la Corte annulla, in quanto lesiva dell'art. 120 Cost., la disposizione impugnata "*giacché destinata ad operare al di fuori dei casi espressamente contemplati dalla norma costituzionale*": motivazione di una riga

¹ Ovvero aziende sanitarie locali, ospedaliere e universitarie nonché policlinici universitari a gestione diretta e IRCCS di diritto pubblico, ex art. 1 comma 1 e ss. L. n. 120/2007.

² Ovvero attività di ristrutturazione edilizia o reperimento di spazi esterni confacenti alle necessità; gestione dell'attività – prenotazione, riscossione onorari, monitoraggio – orientata al fine di non prevaricare l'erogazione delle prestazioni fornite nell'ambito dell'attività istituzionale; predisposizione di un piano aziendale avente ad oggetto le due tipologie di attività richiamate: cfr. l'art. 1 commi 1, 2, 4, 5 e 6 (come modificati però dalla pronuncia in commento, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'intero comma 6 e l'illegittimità *in parte qua* del comma 4).

o poco più, ma che riassume perfettamente il sillogismo compiuto dal giudice. D'altra parte, nel caso in esame poteva escludersi intuitivamente il ricorrere di buona parte dei presupposti di cui all'art. 120 Cost. (obblighi internazionali o comunitari, pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, tutela dell'unità giuridica ed economica), eccentrici rispetto alla fattispecie all'esame della Corte; a rimanere in gioco, piuttosto, restava la "*tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*", che però lo stesso giudice costituzionale aveva escluso ricorrere nella disciplina legislativa in esame: risultando prevalente, piuttosto, la materia della "*tutela della salute*"³.

Certo, sul punto si potrebbe osservare che una cosa è il criterio della prevalenza dell'ambito materiale al fine di stabilire il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni; mentre altra cosa è la verifica del ricorrere dei presupposti per l'attivazione del potere sostitutivo di cui all'art. 120 comma 2 Cost.: ed infatti, non può escludersi che, pur in presenza di una materia di competenza concorrente – come nel caso di specie - o perfino residuale possano sussistere, comunque, occasioni di intervento governativo a tutela di uno dei valori indicati dalla norma costituzionale. Il discorso, tuttavia, cambia proprio con riferimento ai "*livelli essenziali delle prestazioni*" (oggetto tanto di una competenza legislativa esclusiva dello Stato, quanto fondamento per l'attivazione del potere governativo di cui all'art. 120 comma 2 Cost.): se a monte, in ambito legislativo, si esclude che la disciplina sia rivolta alla loro "*determinazione*" (ex art. 117 comma 2 lett. m)⁴ diventa poi contraddittorio ipotizzare, a valle, un potere sostitutivo a "*tutela*" dei medesimi (ex art. 120 comma 2 Cost.).

Più in generale, la pronuncia della Corte appare del tutto coerente con i precedenti nei quali si era delineato, in astratto, lo statuto del potere sostitutivo ex art. 120 comma 2 Cost.: se si tratta infatti di uno strumento a cui ricorrere non solo al fine di tutelare valori essenziali per l'ordinamento, *ma anche* a fronte di vere e proprie "*emergenze istituzionali*"⁵ era allora davvero difficile ipotizzare, nella fattispecie di causa, un'occasione di potenziale, drammatico pregiudizio per gli interessi menzionati dalla norma costituzionale (e ciò anche ammesso il ricorrere di uno dei presupposti d'intervento statale). E' vero che la tutela del *diritto alla salute* dei consociati passa attraverso l'organizzazione del servizio sanitario e, in particolare, delle modalità di erogazione delle prestazioni: ma, in primo luogo va osservato che i profili richiamati, alla luce dell'attuale giurisprudenza costituzionale, non rientrano nei livelli essenziali delle prestazioni da assicurare sull'intero territorio nazionale⁶; inoltre, la qualificazione della disciplina dell'attività libero-professionale *intramoenia* come assolutamente decisiva ai fini della tutela di un diritto fondamentale (come invocato dalla difesa erariale) apparirebbe senz'altro una forzatura eccessiva, capace di condurre ad un irrigidimento di tutta la – o di buona parte della – disciplina dell'assetto organizzativo dell'attività sanitaria. Al contrario, pare

³ Nonostante gli sforzi della difesa erariale di ricondurre la disciplina impugnata proprio alla materia di cui all'art. 117 comma 2 lett. m) Cost.: cfr. il punto n. 5 del Cons. in dir. della pronuncia in commento.

⁴ Come appunto nel caso di specie: cfr. ancora il punto n. 5 del Cons. in dir. della pronuncia in commento.

⁵ Cfr. sent. n. 236/2004; ma anche sent. n. 43/2004 e successive pronunce della Corte, ora richiamate in M. BELLETTI, *Art. 120*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

⁶ Cfr. infatti la pronuncia in commento, punto n. 5 del Cons. in dir. e precedenti richiamati (C. cost. nn. 285 e 383/2005; 237/2007).

senz'altro maggiormente rispettoso del disegno costituzionale uno schema che preveda a livello statale la “*determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni*”⁷ che debbono risultare garantite per tutti i consociati, lasciando però autonomia legislativa (concorrente) e amministrativa agli enti territoriali nell'organizzare (tutte) le modalità con cui assicurare quegli standard.

3. Ciò detto, qualche perplessità potrebbe sorgere con riguardo ad un diverso profilo della decisione commentata. Come noto, la ricostruzione prospettata dalla Corte costituzionale dei poteri sostitutivi statali dopo la riforma del Titolo V ha portato la dottrina ad ipotizzare due differenti fattispecie: una sostituzione *ordinaria*, che si accompagna al riparto di competenze amministrative in forza del combinato disposto degli artt. 117 e 118, ed evita l'allocazione della funzione ad un livello territoriale più elevato; ed una sostituzione *straordinaria ex art. 120 Cost.*, rimedio emergenziale aggiuntivo a presidio dei valori enunciati dalla norma costituzionale⁸.

Ebbene, la fattispecie all'esame della Corte avrebbe potuto integrare perfettamente, in astratto, un'ipotesi di sostituzione ordinaria a tutela di interessi unitari aventi fondamento in Costituzione. Lo schema, infatti, è il seguente: ci troviamo nell'ambito di una materia concorrente come la tutela della salute, laddove dunque convivono *in re ipsa* interessi unitari e regionali; il legislatore introduce determinati principi la cui implementazione viene lasciata alle Regioni e alle Province autonome, chiamate ad una attività legislativa e amministrativa che assicuri una realizzazione dell'attività libero-professionale intramuraria capace di contemperarsi con l'attività istituzionale⁹; la presenza di un potere sostitutivo statale potrebbe chiudere il cerchio, assicurando un rimedio adeguato a tutela degli interessi unitari compromessi nell'ipotesi di inadempimenti amministrativi degli enti regionali, e relativi agli svariati compiti che la legge assegna loro¹⁰.

Se così è, ci si potrebbe chiedere allora se la previsione legislativa annullata dalla Corte non avrebbe potuto ricostruirsi come un'ipotesi di sostituzione (non straordinaria bensì) ordinaria, e superare indenne il vaglio di costituzionalità. A fondamento di un simile approccio vi sarebbe peraltro l'assunto, più volte ripetuto dal giudice costituzionale, per cui “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”¹¹: ciò premesso, la norma in esame avrebbe potuto intendersi, forse, come base

⁷ Cfr. ancora C.cost. nn. 285 e 383/2005 e ora n. 371/2008.

⁸ Cfr. sul punto, ad es. M. BELLETTI, *op. cit.* e, in un lavoro di ampia prospettiva, L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica della autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, 2007, p. 288 ss.

⁹ Al fine di consentire anche nelle strutture pubbliche l'esercizio dell'attività di libera professione da parte dei medici ma di assicurare, al contempo, che il ricorso alla libera professione risulti davvero frutto della libera scelta del cittadino, e non l'unico mezzo per ottenere servizi efficienti.

¹⁰ Ad esempio, ex art. 1 commi 1, 2, 4 dell'art. 1 cit., operare le ristrutturazioni edilizie o reperire spazi adeguati per l'attività professionale intramuraria, fornire la garanzia della gestione dell'attività sotto svariati profili: prenotazione delle visite, riscossione dei compensi, monitoraggio, prevenzione di eventuali conflitti di interesse, allineamento delle prestazioni erogate nell'ambito dell'attività istituzionale a quelle rese in regime di libera professione intramuraria; predisposizione di un piano aziendale relativo alle due attività.

¹¹ C.cost. n. 356/1996. Sull'interpretazione conforme, nella ricca bibliografia in argomento, cfr., a mero titolo d'esempio, G. SORRENTI, *Le dinamiche dell'“interpretazione conforme” tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*, *Studium Juris*, 2008, p. 284 ss., con ampie citazioni dottrinali e giurisprudenziali.

legale di un potere sostitutivo ordinario, a tutela degli interessi unitari garantiti innanzitutto, a monte, dai principi fondamentali contenuti nella legislazione statale. La disposizione annullata, d'altra parte, non menziona mai l'art. 120 comma 2 Cost. come suo presupposto, limitandosi a richiamare la procedura di cui all'art. 8 della L. n. 131/2003: laddove tuttavia, anche sotto questo profilo, il richiamo alle modalità d'intervento previste dal legislatore per la sostituzione straordinaria non sarebbe risultata del tutto preclusiva alla ricostruzione ora ipotizzata. Ed infatti, il procedimento d'attivazione del potere sostitutivo straordinario, (per lo meno quello previsto dal comma 1 dell'art. 8 cit.) non si discosta affatto dall'*iter* imposto dalla giurisprudenza costituzionale, nel contesto del vecchio e del nuovo Titolo V, per ipotesi di sostituzione amministrativa ordinaria¹²: potendosi dunque intendere l'inciso "*ai sensi e secondo la procedura di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131*" come disciplina dell'*iter* d'attivazione del potere statale attraverso la tecnica del rinvio normativo ad altra disposizione.

4. Insomma, benché ricorrendo a passaggi interpretativi articolati, poteva forse ipotizzarsi lo spazio per una sentenza interpretativa di rigetto che prospettasse dunque una lettura della disposizione come volta ad introdurre un'ipotesi di sostituzione ordinaria¹³. E, tuttavia, va riconosciuto che a favore della pronuncia della Corte militano ragioni di obiettivo spessore, e che nascono dal combinato disposto – per così dire - della lettera della legge e della volontà del legislatore: elementi ai quali un giurista contemporaneo sa benissimo di non poter attribuire sempre e comunque portata decisiva ma che, pur nel fiorire dei diversi metodi interpretativi, rappresentano puntelli importanti per non imboccare la strada di un'ermeneutica destrutturante e, al fondo, incontrollabile¹⁴.

Ebbene, in quest'ottica, l'esercizio del potere sostitutivo assegnato al Governo non solo secondo la procedura, ma soprattutto "*ai sensi ... di cui all'articolo 8*" cit.¹⁵ rappresenta un argomento forse decisivo nella ricostruzione della volontà del legislatore: il quale, in effetti, richiamando espressamente la *ratio* della norma di legge che ha dato attuazione al nuovo secondo comma dell'art. 120 Cost., appare assai chiaro nel voler ascrivere l'ipotesi qui in commento alla categoria del potere sostitutivo straordinario. Se così è, la pronuncia del giudice costituzionale appare allora rispettosa, in primo luogo, della volontà legislativa come tradotta nelle parole della disposizione

¹² Sia consentito il rinvio, sul punto, a C. MAINARDIS, *Art. 8. Il potere sostitutivo*, in AA.VV. (a cura di G. FALCON), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003.

¹³ Oppure una sentenza di accoglimento parziale, nella parte in cui il richiamo all'art. 8 della legge La Loggia, operato dal comma 7 impugnato, dovesse intendersi esteso alle procedure espressamente previste per il solo potere sostitutivo straordinario (ovvero, e ad esempio, quelle previste per i casi d'urgenza di cui al comma 4 dell'art. 8 cit., ragionevolmente ascrivibili al potere emergenziale di cui all'art. 120 comma 2 Cost. ma non immediatamente riferibili pure a sostituzioni amministrative ordinarie).

¹⁴ Senza dimenticare, inoltre, i pericoli paventati da chi ha messo in luce i rischi di un ricorso non sorvegliato proprio alla tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione: cfr., sul punto, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, apparso per la prima volta in www.federalismi.it, agosto 2007.

¹⁵ Cfr. ancora il comma 7 dell'art. 1 cit.

impugnata¹⁶: anche se, prendendo (giustamente) sul serio la *voluntas legislatoris* ne consegue, coerentemente, l'annullamento della norma di legge.

5. Qualche considerazione di più ampio respiro, in chiusura. Il caso in esame non rappresenta certo una vicenda decisiva per le sorti del nostro ordinamento regionale, ma è comunque paradigmatica delle difficoltà che ancora emergono nel "dialogo" a distanza (talvolta ravvicinata) tra giudice costituzionale, legislatore e autonomie regionali nella definizione dei poteri d'intervento "sostitutivi" tra diversi livelli territoriali.

Si è provato a sostenere, altrove¹⁷, che poteri d'intervento puntuali in capo allo Stato (sostitutivi, surrogatori, repressivi) potrebbero costituire uno degli assi su cui costruire, *de iure condito* e *de iure condendo*, un assetto maturo di relazioni tra centro e periferia: in parte ciò è già avvenuto, grazie soprattutto al ruolo "dottrinale" esercitato dalla Corte costituzionale nella definizione, anche nel nuovo Titolo V, dello statuto dei poteri "sostitutivi" tra diversi livelli di governo (statale, regionale, locale). Ma il disegno potrebbe progredire ulteriormente, sull'assunto che poteri statali di intervento incisivi e penetranti, accompagnati da uno statuto d'esercizio non prevaricante, potrebbero rappresentare l'adeguata contropartita all'attribuzione di maggiori funzioni agli enti territoriali, garantendo così la tutela degli interessi unitari coinvolti.

Ma non solo. Ipotesi di intervento statale ad ampio spettro, in grado di fronteggiare inerzie e inadempimenti con una varietà di contenuti tali da poter "costringere" perfino l'ente regionale ad attivarsi direttamente, potrebbero rappresentare non solo la chiave di volta per il riconoscimento di maggiori competenze, ma anche lo strumento per *una realizzazione più compiuta della stessa autonomia spettante all'ente territoriale*. L'affermazione può sembrare paradossale, ma non lo è affatto se si pone mente alla circostanza per cui inerzie e inadempimenti locali, nell'esercizio di determinate competenze, possono trovare ragione anche nella convenienza politica del "non decidere" (o del "decidere poco, e male"), scaricando sullo Stato la responsabilità di scelte politiche sgradevoli per l'elettorato locale (o per una parte di esso)¹⁸: ed allora, la previsione (*de iure condendo*) di poteri di intervento statale in grado di comminare misure così rilevanti da "annullare" i benefici politici su base locale (si pensi a possibili "sanzioni" di carattere finanziario¹⁹) potrebbe comportare

¹⁶ Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, è proprio la volontà del legislatore, soprattutto se desumibile con chiarezza dal testo della legge, a rappresentare il limite alla *verfassungskonforme Auslegung*: cfr. sul punto, BVerfGE, 101, 312/329 e le altre pronunce richiamate ad es. in H. D. JARRAS – B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München, 2004, Art. 20, 34 nonché BLECKMANN, *Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG*, *JuS*, 2002, 942 ss., soprattutto 946 ss.

¹⁷ Sia consentito il rinvio al mio *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, p. 317 ss.

¹⁸ Come osservato ad es. da C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri – sanzioni – rimedi*, Milano, 1992, p. 9 e ss. ma ancor prima, della stessa Autrice, *L'inerzia dei governi locali: "potere della borsa" e interventi autoritativi nell'esperienza USA*, in questa *Rivista*, 1988, p. 1529 ss.; ma cfr. anche le considerazioni, formulate negli anni '80, sui possibili legami tra previsioni sostitutive statali e carenza di progettualità ed efficienza in capo agli enti regionali, da M. LUCIANI, *Nuovi rapporti fra Stato e Regioni: un altro passo della giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, 1987, p. 385.

¹⁹ Sul modello dell'istituto tedesco del *Bundeszwang* di cui all'art. 37 GG, sui contenuti del quale cfr., per tutti, T. MAUNZ, Art. 37, T. MAUNZ – G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1989; sull'inoperatività dell'istituto correlata anche all'evolversi in senso cooperativo delle dinamiche dell'ordinamento tedesco cfr., in lingua italiana, R. BIFULCO, *La cooperazione nello*

non solo una tutela tendenzialmente più efficace degli interessi unitari coinvolti; ma potrebbe condurre pure le autonomie territoriali ad esercitare le competenze loro assegnate, e ad assumersi le relative responsabilità politiche senza poter sperare in interventi, in seconda battuta, da parte del potere centrale²⁰.

E, tuttavia, anche rimanendo ai dati positivi vigenti nell'ordinamento, un buon tratto di strada sembra ancora da compiere, come testimonia il caso qui commentato: laddove al legislatore si può in effetti imputare di aver introdotto, un po' maldestramente, un potere sostitutivo straordinario laddove, al limite, sarebbe stata necessaria e sufficiente la previsione di una sostituzione ordinaria, munita ovviamente di adeguati crismi sostanziali e procedurali (dimenticando oltretutto, il legislatore, che un potere come quello previsto ex art. 120 comma 2 Cost. non sembra affatto necessitare di una base legale sostanziale che si aggiunga al combinato disposto della previsione costituzionale e della norma di legge attuativa che disciplina le procedure d'intervento – ovvero l'art. 8 della L. n. 131/2003 - ²¹).

LE REGIONI

Stato unitario composto, Padova, 1995, p. 100 e ss.; con riferimento al profilo finanziario, per una recente vicenda, cfr. W. PAULY – C. PAGEL, *Bundeszwang in der föderalen Finanzordnung – Zur Einsetzung eines “Sparkommissars” im Wege von Art. 37 GG*, DÖV, 2006, p. 1028 ss.

²⁰ Evitando così di perpetrare l'equivoco circa l'esistenza di un “*doppio livello di decisione*” che ha accompagnato l'evolversi, nel nostro ordinamento, dei rapporti Stato – Regioni: cfr., sul punto, S. BARTOLE, *Le prospettive della legislazione regionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 877 ss.

²¹ Ho cercato di argomentare la tesi esposta nel testo in C. MAINARDIS, *op. ult. cit.*, p. 250 ss.