

**Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza ed organizzazione sanitaria".
Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole**

di Michele Belletti *
(7 settembre 2006)

(in corso di pubblicazione in *le Regioni*, 5/2006)

1 - In occasione della sentenza n. 181 del 2006 vengono sottoposte all'attenzione della Consulta una pluralità di questioni di legittimità costituzionale che possono tuttavia essere trattate in tre distinti gruppi omogenei.

Vi è un primo ordine di questioni relative ad impugnative di leggi regionali e di legge statale incidenti sul "conferimento degli incarichi di direzione delle strutture sanitarie", con riguardo alle quali, come rilevato dalla Corte, "la specularità degli argomenti sviluppati dalle parti consente la loro illustrazione unitaria"**[1]**.

Un secondo ordine di questioni concernente l'impugnativa da parte statale di leggi regionali con riguardo a parametri diversi rispetto al riparto di competenze tra Stato e regioni.

Vi è infine un ultimo ordine di questioni che, pur non essendo direttamente riconducibile alla tematica dell'esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari, investe in senso lato problematiche attinenti all'organizzazione sanitaria, in particolare la costituzione di Aziende Ospedaliere e la definizione delle modalità di scelta dei dirigenti sanitari da parte delle Regioni.

2 - Fatta eccezione per il secondo gruppo di questioni, ove la Consulta non fa altro che riaffermare la propria giurisprudenza in materia di ragionevolezza - irragionevolezza, disparità di trattamento e principi di legalità, buon andamento e imparzialità dell'organizzazione amministrativa**[2]**, lo snodo fondamentale della pronuncia in commento concerne il riparto di competenze Stato - regioni in materia *lato sensu* riconducibile all'organizzazione sanitaria.

A questo punto dello stato di attuazione del Titolo V della Parte II della Costituzione ci si attenderebbe dunque che le regioni possano finalmente riscuotere il credito maturato in occasione della pronuncia n. 510 del 2002, quando, proprio in materia di "autonomia organizzativa dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera" venne dichiarata la "sopravvenuta" carenza d'interesse dei ricorsi regionali, in ragione della sostanziale inattuazione della normativa contestata e dell'intervenuta modifica del riparto di competenze.

Più nello specifico, in quella circostanza venivano dai ricorrenti evidenziate "le varie carenze della disciplina contenuta negli atti impugnati", sottolineando inoltre "la sostanziale inattuabilità del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229", che infatti, a tre anni dalla sua entrata in vigore, era rimasto sostanzialmente inattuato. A ciò aggiungasi, da un lato, la legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V, "in base alla quale, secondo le Regioni ricorrenti, la materia assistenza sanitaria ed ospedaliera ed i relativi ordinamento ed organizzazione amministrativa dovrebbero essere ricondotti, anche in base a certi orientamenti della giurisprudenza amministrativa, oltre che ad espliciti riconoscimenti del Ministero per la salute (...), alla competenza esclusiva delle Regioni" **[3]**. Dall'altro lato, l'Accordo 8 agosto 2001, stipulato ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 281 del 1997, tra Governo, regioni e province autonome, la cui *ratio* complessiva era secondo le ricorrenti "quella di attribuire alle Regioni la più ampia autonomia nell'organizzazione dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera"**[4]**.

Evidenziava dunque la Consulta che "le dichiarazioni delle parti del giudizio (...) hanno dunque posto in luce una situazione di sostanziale inattuazione del d.lgs. n. 229 del 1999, almeno fino alla data di entrata in vigore della legge di riforma del Titolo V della Costituzione, cosicché per quel periodo non risulta provato che le norme censurate abbiano in pratica prodotto effetti lesivi tali da determinare una invasione della sfera di attribuzioni delle Regioni (...) ricorrenti"**[5]**. Il che sarebbe a ben vedere già sufficiente onde dichiarare l'inammissibilità della questione per "carenza d'interesse"; tuttavia, come si è già avuto occasione di evidenziare**[6]**, la Corte parla di "sopravvenuta" carenza d'interesse e non già di "persistente" carenza d'interesse - persistente evidentemente dall'entrata in vigore della normativa impugnata ai ricorsi regionali. Cosicché, non si può negare che, "anche se non viene fatta materiale applicazione del nuovo parametro, la riforma costituzionale sia tutt'altro che assente ed aleggi costantemente nel rapido ma eloquente

argomentare della Corte costituzionale"[7].

Tant'è che conclusivamente la Consulta rileva che "con la riforma del Titolo V il quadro delle competenze è stato profondamente rinnovato e in tale quadro le regioni possono esercitare le attribuzioni, di cui ritengono di essere titolari, approvando (...) una propria disciplina legislativa anche sostitutiva di quella statale". Ancora, "in definitiva, nella vicenda in esame, risulta evidente la sopravvenuta carenza di interesse dei ricorrenti, poiché, da un lato, fino alla data di entrata in vigore della legge di modifica del Titolo V della Costituzione, le norme statali impugnate non hanno prodotto alcun effetto invasivo della sfera di attribuzioni regionali, mentre, dall'altro lato, proprio a partire da tale data le medesime norme possono essere sostituite, nei limiti ovviamente delle rispettive competenze, da un'apposita legislazione regionale"[8].

Ciò che sembra aprire significativi margini di intervento alle regioni nella materia di cui qui si tratta.

3 - E' evidente infatti che in quella circostanza la Consulta, pur non facendone mai espressamente menzione, risolve la questione sulla base del *principio di continuità*, ancor prima che in ragione della mancata attuazione della normativa contestata, posto che si rinviene la solita constatazione, frequente nella giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze 376 e 422 del 2002 e dall'ordinanza 383 del 2002, secondo la quale le Regioni ben possono legiferare e sostituire proprie leggi alla previgente legislazione statale.

Si desumeva infine dalla citata pronuncia che l'"assistenza e organizzazione sanitaria" erano già nella piena disponibilità (residuale) delle Regioni e ciò, vale la pena evidenziare, indipendentemente dall'esito del *referendum* costituzionale sulla modifica della II Parte della Costituzione ed in particolare sulla c.d. *devolution*, che come è noto in quella proposta di riforma venivano espressamente richiamate tra gli ambiti di competenza esclusiva regionale "nominati", ex art. 117, 4° comma, lett. a) Cost.

Cosicché, le ricorrenti, in occasione della sentenza n. 181 del 2006, riconducevano la materia contesa entro l'"organizzazione degli enti non statali e non nazionali", oppure, ma solo in subordine, entro la materia "tutela della salute", precisando che "ai sensi degli artt. 2, e 3, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992 - spetta alle Regioni la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute, nonché la disciplina delle modalità organizzative e di funzionamento delle unità sanitarie locali"[9].

4 - La Corte si è invero ben presto resa conto che la realtà è assai più complicata, laddove per realtà si intende far riferimento al riparto di competenze Stato - regioni per materie. Al punto che più di recente si è dotata di un criterio interpretativo che se può avere una valenza generale, rischia invece di destare qualche perplessità quando si tratta di definire gli ambiti di competenza, di fissare dunque precisi confini e delimitazioni. Ha rilevato che "si deve, infatti, più in generale ribadire, anche al di fuori del controllo incidentale di costituzionalità, la validità del principio secondo il quale una disposizione di legge non può essere ritenuta costituzionalmente illegittima soltanto perché tra le varie opzioni interpretative e applicative se ne possa ipotizzare qualcuna lesiva di norme costituzionali"[10].

Ciò che sembra un criterio che per la Consulta assume valenza generale, ma che, come detto, desta non poche perplessità quando l'obiettivo primo dovrebbe essere non già quello di salvare la norma, evitando un vuoto normativo, bensì quello di definire i confini della competenza. Il timore dell'*error vacui* si risolve caso mai per altre vie, in ipotesi con il principio di continuità o con il riconoscimento di natura cedevole alla normativa momentaneamente invasiva dell'altrui competenza.

Ne deriva dunque che dopo il primo affermarsi del novellato Titolo V, la Consulta abbandona il criterio formale della continuità ed entra nel corpo delle singole materie per allocarle a seconda dei casi in capo allo Stato od alle regioni.

Senza volere in questa sede riproporre problematiche già affrontate in studi più approfonditi[11], è da rilevare che in quest'opera di definizione delle competenze la Consulta si emancipa dal criterio testuale delle "materie" enucleate nel nuovo articolo 117 della Costituzione, ricorrendo di volta in volta a diversi criteri da essa stessa forgiati. Così, come detto, in un primo momento risolve buona parte delle questioni portate alla sua attenzione utilizzando il criterio della *continuità normativa*, in forza del quale le regioni non potevano lamentare invasioni della loro sfera di competenza costituzionalmente definita ad opera di legislazione statale previgente se prima non occupavano normativamente la materia (sentt. 376 e 422/2002).

Ben presto quel criterio, che si limitava a consentire la permanente vigenza della precedente legislazione statale, si è

mostrato insufficiente, così da spingere la Consulta ad individuarne un altro che, sempre in costanza di inerzia regionale, consentisse allo Stato di normare *ex novo* in taluni settori, invadendo la competenza regionale. Di qui il criterio della *continuità istituzionale*, che in costanza di diritti fondamentali e di valori costituzionali incompressibili consente la permanente operatività di quelle strutture preposte alla garanzia di quei medesimi diritti fondamentali (sentt. 13, 255 e 256/2004).

Per quanto qui specificamente interessa, vi sono inoltre situazioni nelle quali è dato riscontrare ad opera del giudice di legittimità costituzionale una concorrenza tra diverse competenze, sia statali che regionali. Concorrenza che va solitamente risolta mediante il ricorso alla *leale collaborazione*, che per la sua elasticità consente di avere riguardo alle diverse situazioni. Tuttavia, quando appare evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altra, si dovrà ricorrere al criterio della *prevalenza* della prima (sentt. 370/2003 e 50/2005).

Fermo restando che lo stesso criterio della *prevalenza* può assumere a seconda dei casi le più diversificate articolazioni, è di tutta evidenza come, allo stato attuale, la concorrenza tra la competenza residuale regionale in materia di "assistenza ed organizzazione sanitaria" e la competenza concorrente in materia di "tutela della salute" non possa essere risolta mediante il lineare ricorso al precedente - seppur implicito - costituito dalla sentenza n. 510 del 2002.

5 - L'elemento ritenuto dalla Corte unificante con riferimento a tutte le questioni trattate nella pronuncia n. 181 del 2006 - il "fulcro" - "è costituito dall'individuazione della materia nella quale trovano collocazione le predette disposizioni, e che costituirebbe titolo idoneo - secondo le contrapposte prospettazioni delle parti - a legittimare l'intervento legislativo statale o regionale"**[12]**. Ancora, "la risoluzione delle questioni come sopra individuate presuppone che, in via preliminare, si identifichi la materia nella quale le impugnate disposizioni si collocano"**[13]**; materia che, secondo la Consulta, deve essere individuata nella "tutela della salute".

Si potrebbe immediatamente obiettare che un "fulcro" del genere è rinvenibile in tutte le pronunce ove si ponga una preliminare esigenza di definizione della materia, sicuramente in tutte le pronunce ove si tratti di "tutela della salute". Ribadisce infatti la Corte che il nuovo quadro costituzionale è "caratterizzato dall'inserimento nell'ambito della legislazione concorrente (...) anzitutto della materia tutela della salute, assai più ampia rispetto alla precedente materia assistenza sanitaria ospedaliera"**[14]**, di pertinenza concorrente sotto la vigenza del vecchio Titolo V.

Ecco che a questo punto fa la comparsa il "solito" *criterio della prevalenza*, oramai una sorta di "convitato di pietra" nelle pronunce ove è controversa la allocazione della competenza, sulla base di affermazioni che determinano dubbi ancora maggiori di quelli che sorgono normalmente. La Corte rileva che "alla luce, dunque, di tale ampia nozione deve ritenersi che le disposizioni in esame, sebbene si prestino ad incidere contestualmente su una pluralità di materie (e segnatamente, tra le altre, su quella della organizzazione di enti non statali e non nazionali), vadano comunque ascritte, con prevalenza a quella della tutela della salute"**[15]**.

Vale la pena fermare un momento l'attenzione su questo passaggio della pronuncia. La Consulta dunque ritiene che "tra le altre" la normativa controversa rientri nella materia "organizzazione di enti non statali e non nazionali"; proprio quella materia di cui le regioni ricorrenti lamentano l'invasione, in quanto di titolarità residuale, *ex art. 117, 4° comma Cost.* Il che non comporta tuttavia una allocazione della competenza in capo alle regioni perché si rinviene in competenza concorrente una materia di portata più ampia che assume valenza prevalente.

Ciò che sotto la vigenza del vecchio Titolo V era in concorrente è transitato ora in residuale regionale ("assistenza sanitaria ospedaliera"), ma non ha mutato affatto il regime delle competenze per il semplice fatto che, da un lato, il legislatore ha individuato una materia di portata più ampia ("tutela della salute") collocata tra le materie di pertinenza concorrente, dall'altro lato, la Corte costituzionale, proprio in ragione della detta portata più ampia, ne assume costantemente la *prevalenza* quando contrapposta alla "assistenza ed organizzazione sanitaria". In poche parole, nulla è cambiato; la competenza in quel settore era concorrente e rimane tale.

6 - Quanto con ogni probabilità desta maggiori perplessità è la lata discrezionalità di cui gode la Corte costituzionale, che pare contraddire l'esigenza di stretta osservanza dei precedenti o delle tendenze che ha sempre caratterizzato la giurisprudenza costituzionale. Per inteso, non che la Corte si discosti dai precedenti, posto che il riproporre il ricorso alla *prevalenza* funge già da precedente; ma ciò vale unicamente nella forma, non anche nella sostanza della decisione, che diviene più imprevedibile, poiché resta sostanzialmente nella disponibilità della Corte quando ricorrere e quando

non ricorrere alla *prevalenza*.

V'è da dire inoltre che la *prevalenza*, per definizione, opera sempre a favore della competenza più ampia, in quanto ricopre appunto un ambito "prevalente" della materia, dunque sempre a favore dello Stato. Il che determina l'insorgenza di altro interrogativo.

Che fine fa il criterio della *specialità*, che solitamente nel rapporto tra fonti assume portata generale, mentre qui, con una radicale inversione dei termini, viene soppiantato dalla *prevalenza*? In teoria non sarebbe assurdo sostenere che la competenza più ristretta prevale, in quanto speciale rispetto a quella più ampia, di portata generale.

Evidenzia infatti la Corte nel caso di specie che "rileva in tale prospettiva la stretta inerenza che tutte le norme *de quibus* presentano con l'organizzazione del servizio sanitario regionale e, in definitiva, con le condizioni per la fruizione delle prestazioni rese all'utenza, essendo queste ultime condizionate, sotto molteplici aspetti, dalla capacità, dalla professionalità e dall'impegno di tutti i sanitari addetti ai servizi, e segnatamente di coloro che rivestono una posizione apicale"**[16]**.

Vi è dunque una "stretta inerenza" di "tutte le norme" "con l'organizzazione del servizio sanitario regionale" e "con le condizioni per la fruizione delle prestazioni rese all'utenza", che evidentemente hanno rilevanza prodromica rispetto alla stessa "tutela della salute" ed in quanto "condizioni" attengono (anche o forse soprattutto) all'organizzazione del servizio sanitario. Vale a dire che prima assume rilevanza l'organizzazione sanitaria, che diviene poi condizione ai fini di un'ottimale "tutela della salute" e non viceversa.

Ciononostante, la Corte non assume la prevalenza della competenza speciale, bensì di quella generale, perché di portata più ampia, concludendo che "alla stregua di tali considerazioni e facendo applicazione del criterio - già utilizzato da questa Corte con riferimento ad altre ipotesi nelle quali si è ravvisata una concorrenza di competenze - che tende a valorizzare l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre (sentenza n. 50 del 2005), deve ritenersi che l'ambito materiale interessato dalle disposizioni in esame sia, appunto, quello della tutela della salute"**[17]**.

Verrebbe da dire che quando sono contrapposte una competenza più ristretta ed una più ampia, giocoforza il "nucleo essenziale" del complesso normativo è riconducibile alla materia più ampia, perché la prima è ricompresa nella seconda. A meno che non si intenda - forse più correttamente - la prevalenza come oggetto della disciplina prevalente; in tal caso troverebbe applicazione la competenza speciale, proprio perché, come dalla Consulta evidenziato, vi è una stretta inerenza di tutte le norme contestate con l'organizzazione del servizio sanitario e con le condizioni per la fruizione da parte dell'utenza dei servizi.

7 - Nonostante le sollecitazioni di parte statale, la Corte non conduce alle estreme conseguenze l'applicazione del *criterio della prevalenza*, escludendo la riconducibilità della disciplina a due ambiti di competenza esclusiva statale, evidentemente più ampi e dunque in grado di ricomprendere anche la materia concorrente.

Esclude che "il titolo prevalente - idoneo a fondare una competenza a legiferare appartenente in via esclusiva allo Stato - (vada) ravvisato nella materia *ordinamento civile*, ex art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione", posto che, come già rilevato in occasione della sentenza n. 282 del 2002, "deve escludersi che ogni disciplina, la quale tenda a regolare e vincolare l'opera dei sanitari, (...), rientri per ciò stesso nell'area dell'ordinamento civile, riservata al legislatore statale"**[18]**.

Allo stesso tempo giudica improprio il richiamo alla lettera m), secondo comma, art. 117 Cost., "dovendosi confermare che tale titolo di legittimazione legislativa non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, risultando, viceversa, del tutto improprio e inconferente il riferimento ad esso allorché si intenda individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali (...)"**[19]**.

Il paradosso che pare delinearsi in questa occasione è dato dal fatto che, nell'escludere l'operatività di materie di pertinenza esclusiva statale, la Corte compie un seppur limitato sforzo definitorio, con riferimento a due ambiti tradizionalmente giudicati trasversali, dunque di difficile definizione. Mentre, ricorrendo alla prevalenza della "tutela della salute" sull'"organizzazione sanitaria", prescinde da qualunque tentativo definitorio della prima, trattandola alla stessa

stregua di una materia trasversale, con la sola differenza che si tratta di competenza concorrente e non già esclusiva.

Vero è che se la Corte avesse fatto valere il criterio della prevalenza a vantaggio di una competenza esclusiva trasversale avrebbe impedito finanche quella limitata permeabilità tipica di queste materie a vantaggio delle competenze residuali regionali; vero è inoltre che in un contesto ove si ritiene applicabile una materia concorrente resta naturalmente alle regioni un margine di intervento maggiore rispetto agli ambiti ove operi una materia trasversale esclusiva statale; ma vero è infine che la prevalenza determina l'operatività di una data competenza per il solo fatto di avere una portata più ampia, indipendentemente ed a prescindere da un qualunque sforzo definitorio.

8 - Entrando nel merito della questione ritenuta dalla Corte "speculare", sia per quanto concerne l'impugnativa statale, che per quanto concerne le impugnative regionali, potrebbe *prima facie* argomentarsi che si è spinti a far confluire la materia in concorrente per esigenze unitarie, per garantirne una disciplina uniforme sul territorio nazionale.

Si trattava infatti di derogare all'esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario, posto che la contestata normativa statale prevedeva "la possibilità di scegliere entro il 30 novembre di ogni anno se optare per il rapporto di lavoro esclusivo o meno con il Servizio sanitario, con effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo", modificando la precedente disciplina che statuiva l'irreversibilità della scelta tra rapporto esclusivo e rapporto non esclusivo per i dirigenti sanitari pubblici[20]. Nel caso in cui la scelta fosse caduta sul regime della non esclusività, ciò non precludeva la direzione di strutture semplici e complesse.

Il che determinava un'apparente antinomia con altra normativa, secondo la quale "gli incarichi di direzione di struttura, semplice o complessa, implicano il rapporto di lavoro esclusivo"[21].

La Corte esclude tuttavia che la norma da ultimo citata sia stata tacitamente abrogata, anche in considerazione di un'esplicita volontà in senso contrario del legislatore. Propone dunque un'articolata interpretazione adeguatrice, secondo la quale "il sistema complessivo si fonda, da un lato, sulla reversibilità della scelta in favore del rapporto esclusivo", ancorché, l'opzione per l'esclusività sia comunque necessaria per il conferimento (iniziale) dell'incarico e debba permanere per un anno, salvo che le regioni prevedano un termine più breve. Una volta ottenuto l'incarico, il passaggio al rapporto non esclusivo non preclude il mantenimento della direzione di strutture semplici o complesse; mentre la stessa decisione in ordine alla non esclusività non presenta carattere di irreversibilità.

Così ricostruito l'impianto normativo ad opera della Consulta, dopo aver argomentato nel senso della prevalenza della competenza concorrente in materia di "tutela della salute" e dopo aver proposto un'articolata interpretazione adeguatrice della disciplina contestata, onde salvarla, da un lato, da rischi di incostituzionalità ed onde evitarne, dall'altro lato, la tacita abrogazione, ci si attenderebbe, come coerente conclusione, che si affermi la natura di "principio fondamentale" della normativa così faticosamente salvata.

La *ratio* di un principio fondamentale del genere potrebbe, come detto, ravvisarsi in esigenze di uniformità di disciplina sul territorio nazionale. E' evidente infatti che per un dirigente sanitario può essere sensibilmente differente risultare legato all'amministrazione da un rapporto di esclusività in maniera irreversibile, oppure da un rapporto sia esclusivo che non esclusivo, ma comunque reversibile, così da spingerlo eventualmente alla ricerca dell'incarico nella regione con la disciplina più conveniente.

Comprensibile parrebbe infatti la volontà del legislatore nazionale di ricercare in argomento una disciplina uniforme mediante la posizione di un principio fondamentale, nel senso della reversibilità della scelta tra rapporto esclusivo o non esclusivo, senza che ciò comprometta il mantenimento della direzione di strutture semplici o complesse, uguale per tutto il territorio nazionale.

Sorprendentemente invece la Consulta precisa che "il risultato, (...), delle modifiche apportate al testo del d.lgs. n. 502 del 1992 dalla legge n. 138 del 2004 non consiste nell'enunciazione di un nuovo principio generale, ma piuttosto nell'escludere valore di principio generale a quanto disposto dall'art. 15-*quinques*, comma 5"[22].

9 - Può sembrare questa un'acrobazia argomentativa, posto che, riprendendo la nota massima crisafulliana riferita al *referendum* abrogativo, secondo la quale *abrogare non significa non disporre, ma disporre diversamente*, può ragionevolmente sostenersi che negare normativamente che una disciplina abbia valore di principio fondamentale non significa non porre alcun principio, ma significa casomai porre un principio inverso rispetto a quello di cui si esclude la citata natura. Se il principio generale era in precedenza quello della necessità di un rapporto esclusivo per incarichi di

direzione di strutture semplici o complesse e dell'irreversibilità della relativa scelta, negare ora natura di principio a quella disposizione significa porne contestualmente uno di altro contenuto, consistente nella reversibilità della scelta e nella non necessità di un rapporto di lavoro esclusivo per il mantenimento di incarichi di direzione.

Questa sarebbe la coerente conclusione alla quale si perviene prendendo le mosse dalla competenza concorrente in materia. Lo Stato ha posto il citato principio fondamentale ed alle regioni rimane la normativa di dettaglio.

La citata acrobazia argomentativa e la apparente mera scomparsa di principio fondamentale trova giustificazione in ragione della natura dispositiva del nuovo principio, che porta la Corte addirittura a ritenere che, proprio in ragione della natura dispositiva della norma, si ha il superamento del vecchio principio e la posizione di una norma che non ha comunque "eguale natura".

Testualmente rileva infatti la Consulta che "l'adozione di tale soluzione, in conseguenza del superamento del principio fondamentale anteriormente vigente in materia, non costituendo a propria volta l'espressione di un principio di eguale natura, atteso il suo carattere semplicemente dispositivo, non esclude, pertanto, che alle Regioni residui uno spazio di intervento *in subiecta materia*, venendo in rilievo sotto questo profilo le prerogative ad esse spettanti in merito alla determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute"[23].

La regione, stando a queste affermazioni, può dunque interamente impadronirsi della materia, grazie alle prerogative che le sono proprie in ordine alla organizzazione dei servizi ed all'attività destinata alla tutela della salute. Si versa così in un ambito di pertinenza residuale regionale?

La risposta da darsi è negativa perché resta ferma l'operatività della disciplina statale, di cui al novellato art. 15-*quater*, comma 4, nelle regioni che non hanno specificamente stabilito nulla al riguardo. In generale, invece, le regioni "sono libere di disciplinare le modalità relative al conferimento degli incarichi di direzione delle strutture sanitarie, ora privilegiando in senso assoluto il regime del rapporto esclusivo (...), ora facendo della scelta in suo favore un criterio preferenziale per il conferimento degli incarichi di direzione"[24].

Mentre l'esperienza del previgente Titolo V aveva conosciuto in materia concorrente la normativa statale di dettaglio *cedevole*, ora pare delinearsi, sempre in materia concorrente, finanche una normativa di principio statale anch'essa *cedevole*.

Disciplina questa ancora più anomala e di impossibile catalogazione se solo si pensa che il principio può finanche riemergere, perché, "è chiaro, infine, che quando la scelta cada sul rapporto esclusivo, la disciplina delle caratteristiche proprie di tale rapporto continua ad essere quella risultante dal predetto art. 15-*quinqes* del d.lgs. n. 502 del 1992, norma da ritenersi (...) vigente"[25].

Siamo di fronte ad una competenza concorrente a dir poco "anomala". Il principio c'è, ma non c'è; o meglio, c'era ed è stato eliminato da altro principio statale; quello stesso principio può essere derogato dalle regioni che intendono disciplinare interamente la materia; qualora però nel disciplinare la materia si conformino al primo principio statale, questo ritroverà applicazione nella sua interezza.

10 - Sicuramente qui la Consulta ha fatto applicazione di quella sorta di regola di condotta più sopra citata secondo la quale "anche al di fuori del controllo incidentale di costituzionalità", è da affermare "la validità del principio secondo il quale una disposizione di legge non può essere ritenuta costituzionalmente illegittima soltanto perché tra le varie opzioni interpretative e applicative se ne possa ipotizzare qualcuna lesiva di norme costituzionali"[26].

Con tutta evidenza, la Corte ha fatto il possibile per salvare sia la normativa statale che la "speculare" disciplina regionale. Il che dal punto di vista pratico può essere sicuramente condivisibile, ancorché sul piano teorico non può che andare a scapito della chiarezza dei confini tra le competenze statali e quelle regionali, in un contesto ove i principi di definizione di quei confini rimangono nella sola disponibilità della Corte costituzionale.

Il fine dunque dovrebbe giustificare i mezzi, ma certamente non oltre il limite di una ragionevole prevedibilità.

La Consulta ha dovuto infatti ricorrere al criterio della *prevalenza*, ma vi ha apportato contestualmente talune significative, seppur implicite, deroghe.

In occasione della prima comparsa di quel criterio nella giurisprudenza costituzionale, la *prevalenza* di date materie - sovente di competenza concorrente - veniva affermata, ancorché fossero "fatti salvi, naturalmente, gli interventi del legislatore statale che (trovassero) legittimazione nei titoli trasversali di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione"[27].

La regola è dunque che la materia ritenuta prevalente può *cedere* - anzi "naturalmente" cede - di fronte ad una materia di pertinenza esclusiva statale di natura trasversale, che, proprio in ragione di quella particolare conformazione, ricopre un ambito più vasto della competenza giudicata prevalente. Posto che la prevalenza opera a vantaggio delle materie più ampie, la stessa competenza giudicata prevalente non dovrebbe di regola *cedere* di fronte ad una competenza residuale regionale, dovendo invece sulla stessa prevalere e tagliarla radicalmente fuori. Il che invece non si verifica nel caso di specie.

11 - Ciò che si desume chiaramente da un esame anche superficiale della giurisprudenza costituzionale ove viene fatto ricorso al criterio della *prevalenza* è la pluralità di articolazioni che questa è in grado di assumere, preordinate con tutta evidenza, a seconda dei casi, alla realizzazione di diverse finalità.

Così, a mero titolo esemplificativo, può aversi una *prevalenza* che operi a vantaggio di una competenza esclusiva trasversale statale, che determina il radicale venir meno di ogni margine di intervento regionale, sia concorrente che residuale, impedisce quel limitato intervento regionale consentito dalle maglie larghe della trasversalità e limita finanche le competenze delle regioni speciali, poiché impedisce la comparabilità di cui all'art. 10, legge costituzionale, n. 3 del 2001. È il caso della sentenza n. 234 del 2005, ove "la riconduzione, secondo il criterio della prevalenza, della norma censurata alla materia dell'*ordinamento civile* assorbe ogni altro profilo attinente a diverse materie ed in particolare alla *tutela dell'ambiente*, di competenza esclusiva statale, e alla *tutela e sicurezza del lavoro*, riservata dal terzo comma dell'art. 117 Cost. alla potestà legislativa concorrente"[28], precludendo dunque sia spazi di pertinenza esclusiva statale, che spazi di competenza concorrente Stato - regioni.

Non è nemmeno ravvisabile in tal caso una competenza residuale a favore delle regioni a statuto speciale, invocata da queste in ragione della "clausola di maggior favore" di cui all'art. 10 legge cost. 3/2001, poiché "il criterio della prevalenza che ha portato ad accertare l'esclusiva competenza legislativa dello Stato in materia di *ordinamento civile* non consente né di far rientrare le norme denunciate nella competenza residuale né, comunque, di effettuare la comparazione tra le forme di autonomia garantite dalla Costituzione e quelle statutarie richieste dal citato art. 10"[29]. Come evidenziato, infatti, la "clausola di maggior favore" opera quando per le regioni ordinarie la competenza è transitata in residuale, così da far venir meno per le regioni speciali i limiti statuari alla legislazione primaria. Il che risulta impedito nel caso di specie dalla *prevalenza* di competenza statale trasversale.

L'ipotesi più ricorrente di *prevalenza* è quella che opera a favore di competenza concorrente. In evenienze del genere può essere inoltre affiancata da ulteriori meccanismi utili a produrre incursioni nella disciplina di dettaglio. È il caso che si è verificato in occasione della prima comparsa del criterio, con la sentenza n. 370 del 2003 in materia di "asili nido", ove, da un lato, "utilizzando un criterio di prevalenza, la relativa disciplina non (può) che ricadere nell'ambito della materia dell'istruzione (sia pure in relazione alla fase pre-scolare del bambino), nonché per alcuni profili nella materia della tutela del lavoro, che l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, affida alla potestà legislativa concorrente"[30]. Dall'altro lato, in forza della *continuità istituzionale* si produce la citata incursione nella disciplina di dettaglio, visto che "la particolare rilevanza sociale del servizio degli asili-nido, relativo a prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, comporta peraltro che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti"[31].

Assai più articolata l'argomentazione della Corte in occasione della sentenza n. 270 del 2005, ove all'assunta *prevalenza* della materia "ricerca scientifica", di pertinenza concorrente, si accompagna un'incursione nella normativa di dettaglio di spettanza regionale, mediante due distinte giustificazioni. Una prima incursione trova giustificazione nella stessa natura della competenza assunta prevalente, considerato che, con specifico riguardo alla "ricerca scientifica", la Corte costituzionale ha più volte precisato che "l'inclusione di tale materia tra quelle appartenenti alla competenza concorrente non esclude che lo Stato conservi una propria competenza in relazione ad attività di ricerca scientifica strumentale e intimamente connessa a funzioni statali, allo scopo di assicurarne un miglior espletamento"[32].

Una seconda incursione trova una più generale giustificazione, secondo uno schema valevole dunque per una pluralità di fattispecie, in ragione del meccanismo dell'assunzione della competenza amministrativa in sussidiarietà con contestuale parallelismo invertito riferito alla competenza legislativa, alla luce del noto schema della sentenza n. 303 del

2003. Si legge infatti nella pronuncia che la Consulta non esclude neppure che "lo Stato possa - come nelle altre materie di competenza legislativa regionale - attribuire con legge funzioni amministrative a livello centrale, per esigenze di carattere unitario, e regolarne al tempo stesso l'esercizio"; il che "rende possibile allo Stato, nelle materie di legislazione concorrente, andare al di là di quanto possono disciplinare ordinariamente le leggi cornice, per tutelare al tempo stesso in modo diretto anche esigenze di carattere unitario ai sensi dell'art. 118, primo comma, Cost., seppur evidentemente nei limiti e con le necessarie forme collaborative cui fa riferimento la giurisprudenza costituzionale in materia"[33].

Si desume inoltre dai riportati passaggi giurisprudenziali che nel disegno del legislatore di riforma costituzionale, la partizione tra normativa di principio e normativa di dettaglio entro gli schemi della competenza concorrente è una partizione divenuta rigida, che non consente il riproporsi della prassi della disciplina statale di dettaglio cedevole; altrimenti non troverebbero giustificazione alcuna i sofisticati accorgimenti elaborati dalla giurisprudenza costituzionale onde pervenire ad una incursione da parte statale nel dettaglio.

Ciò premesso, non possono dunque che destare a prima lettura una certa sorpresa le conclusioni alle quali la Corte perviene con la sentenza n. 181 del 2006, ove alla prevalenza di una competenza concorrente su una residuale regionale si accompagna la possibilità per i legislatori regionali di apportare addirittura deroghe alla normativa di principio, che era, a ben vedere, inderogabile finanche sotto il previgente sistema.

Lo schema assomiglia molto, per la verità, a quello della sentenza n. 196 del 2004 in materia di "condono edilizio straordinario", ove tuttavia, a fronte di un'organica disciplina statale in un ambito di pertinenza concorrente, era consentito alle regioni di sovrapporsi entro un termine definito, pena la immodificabilità della normativa statale, alla disciplina statale di dettaglio, che assumeva valenza cedevole, ma non certo e non anche alla disciplina di principio.

Il che non può certo fugare il dubbio che nel caso all'esame della Corte con la sentenza n. 181 del 2006 la competenza spetti istituzionalmente in via residuale alle regioni e la Consulta abbia escogitato, per ovviare all'inerzia regionale, una *prevalenza* "temporanea" della disciplina statale, destinata a *cedere* di fronte al successivo intervento normativo regionale[34].

* Ricercatore di Diritto Costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna; Incaricato di Diritto Regionale presso la sede di Ravenna.

[1] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 3. del *Considerato in diritto*.

[2] In particolare, l'art. 59 della legge n. 40 del 2005 della Regione Toscana e l'art. 1 della legge n. 15 del 2005 della Regione Umbria venivano contestate "sotto il profilo della irragionevolezza" e "sotto quello della disparità di trattamento", posto che, ad avviso del ricorrente, "non sarebbe, per un verso, ragionevole differenziare i dirigenti sanitari in regime di esclusività da quelli che non hanno optato per tale rapporto (...), evidenziando inoltre, che le norme suddette darebbero vita ad una irragionevole disparità di trattamento nell'ambito del personale universitario fondata su di un fatto meramente accidentale quale il rapporto esistente o non esistente con la Regione" (Punti nn. 7.2. e 7.2.1. del *Considerato in diritto*). La Corte per parte sua risponde che il sindacato in ordine alla ragionevolezza delle scelte legislative volte a porre "limiti allo svolgimento delle attività libero-professionali dei sanitari appartenenti al Servizio sanitario nazionale" vada "effettuato verificando se eventuali condizioni e limiti alla stessa imposti possano ritenersi preordinati alla tutela di altri interessi e di altre esigenze" parimenti oggetto di protezione costituzionale. E' da rilevare infatti che nel contesto di una evoluzione legislativa volta a garantire maggiore efficienza e concorrenzialità all'organizzazione della sanità pubblica non è "irragionevole la previsione di limiti all'esercizio dell'attività libero-professionale da parte dei medici del Servizio sanitario nazionale", tanto più che la detta limitazione è peraltro il "frutto di una precisa scelta del medico". Sotto altro profilo, la Consulta dichiara l'incostituzionalità dell'art. 139 della legge n. 40 del 2005 della Regione Toscana, stando al quale gli organi dell'Agenzia regionale di sanità, "in carica al momento dell'entrata in vigore della presente legge, restano in carica fino all'entrata in vigore della legge di revisione dell'ARS", per violazione dei principi in tema di *prorogatio* degli organi amministrativi, e dunque per violazione dei principi di

legalità, buon andamento e imparzialità dell'organizzazione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.

[3] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 510 del 2002, Punto n. 3. del *Considerato in diritto*.

[4] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 510 del 2002, Punto n. 4. del *Considerato in diritto*.

[5] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 510 del 2002, *cit*.

[6] Cfr. M. Belletti, *La mancata attuazione della norma impugnata determina sempre inammissibilità per "carezza d'interesse"?* Rectius, *la riforma del Titolo V si legge in trasparenza*, in questa Rivista, n. 4 del 2003, pp. 643 ss.

[7] Così, M. Belletti, *cit.*, pp. 647 e 652.

[8] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 510 del 2002, Punto n. 4. del *Considerato in diritto*.

[9] Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 3.1. del *Considerato in diritto*.

[10] Così, Corte costituzionale, sentenze nn. 238 e 239 del 2006, Punto n. 3. del *Considerato in diritto*.

[11] Si segnala da ultimo, R. Bin, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale"*. *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Vol. I, Napoli, 2004, pp. 295 ss.; Id., *I criteri di individuazione delle materie*, Relazione al Convegno *Le prospettive della legislazione regionale*, Milano, 26-27 gennaio 2006, in *I Paper del Forum dei Quaderni Costituzionali*; A. Ruggeri - C. Salazar, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Vol. IV, Napoli, 2004, pp. 1943 ss.; A. Ruggeri, *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del titolo V ("modello" ed esperienza a confronto)*, Relazione al convegno su *Il controllo di costituzionalità sulle leggi regionali: Italia e Spagna a confronto*, Udine 5 maggio 2006, in *I Paper del Forum dei Quaderni Costituzionali*; M. Belletti, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in questa Rivista.

[12] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 3. del *Considerato in diritto*.

[13] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 4. del *Considerato in diritto*.

[14] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 4.1. del *Considerato in diritto*; in questo senso, ancor prima, Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2005.

[15] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[16] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[17] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[18] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 4.2. del *Considerato in diritto*.

[19] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[20] Nel senso della deroga all'esclusività del rapporto di lavoro dispone ora il "novellato" art. 15-*quater*, al comma 4°, del d.lgs. n. 502 del 1992, introdotto dall'art. 13 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, recante *"Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419"*.

[21] Così, art. 15-*quinqes*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992.

[22] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 6.2. del *Considerato in diritto*; posto che il novellato art. 15-*quater*, comma 4, "prevede che la scelta, per l'uno o per l'altro dei due regimi, sia sostanzialmente indifferente quanto alla titolarità dell'incarico dirigenziale, visto che quest'ultima non è più subordinata ad alcuna peculiare

configurazione del rapporto di lavoro".

[23] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, Punto n. 6.2. del *Considerato in diritto*.

[24] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[25] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, *cit*.

[26] Cfr., Corte costituzionale, sentenze nn. 238 e 239 del 2006, *cit*.

[27] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 370 del 2003, Punto n. 4. del *Considerato in diritto*.

[28] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 234 del 2005, Punto n. 4.3. del *Considerato in diritto*.

[29] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 234 del 2005, Punto n. 6. del *Considerato in diritto*.

[30] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 370 del 2003, Punto n. 4. del *Considerato in diritto*.

[31] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 370 del 2003, *cit*.

[32] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2005, Punto n. 10. del *Considerato in diritto*.

[33] Cfr., Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2005, *cit*.

[34] Come già evidenziato, le altre questioni di legittimità costituzionale non destano particolari perplessità. In particolare, per quanto concerne la costituzione di Aziende Ospedaliere disposte dalla regione, la Consulta ha rilevato che "la Regione Emilia-Romagna non solo ha operato nell'ambito di competenze regionali relative sia alla determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute, che alle modalità organizzative e di funzionamento delle unità sanitarie locali", ma anche in conformità al disposto del d.lgs. n. 502 del 1992; Punto n. 9.1. del *Considerato in diritto*. Per quanto concerne la individuazione da parte della regione delle modalità di attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa, la Corte rileva che, limitandosi la regione "a stabilire che la rosa, in base alla quale il direttore generale della azienda sanitaria locale effettua l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa, ricomprenda tre candidati, detta una tipica norma di dettaglio". Di grande interesse la successiva precisazione, secondo la quale, "se, invero, il rapporto tra norma di principio e norma di dettaglio deve essere inteso nel senso che l'una può prescrivere criteri ed obiettivi, all'altra invece spettando l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi (...), non è dubitabile che una relazione siffatta sussista" nel caso di specie; Punto n. 9.2. del *Considerato in diritto*.