

**IL COMMISSARIO AD ACTA PUÒ ESERCITARE IL POTERE SOSTITUTIVO IN VIA
NORMATIVA?**

(NOTA A CORTE COST., 14 GENNAIO 2010, N. 2)

di

Renzo Dickmann

(Consigliere parlamentare della Camera dei deputati)

10 febbraio 2010

SOMMARIO. – 1. Premessa. 2. Il quadro normativo. 3. Il ricorso e gli argomenti della Corte. 4. Analisi critica delle indicazioni della Corte. 5. La Corte ha inteso introdurre in Italia il *preemption power*? 6. In prospettiva.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 2 del 2010 la Corte, da una parte, delinea nuovi aspetti del potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., dall'altra diluisce sotto alcuni profili la differenza che aveva contribuito ad evidenziare tra tale istituto e l'appropriazione in sussidiarietà di competenze amministrative regionali mediante legge¹.

In particolare, dopo tale pronuncia occorre verificare se la linea di confine tra poteri sostitutivi e appropriazione in sussidiarietà sia stata in qualche modo sfumata, oppure se la

¹ Per una ricostruzione delle indicazioni della Corte e delle posizioni della dottrina in materia di poteri sostitutivi e sulle differenti basi costituzionali rispetto ad istituti affini quali l'appropriazione in sussidiarietà e i poteri governativi d'ordinanza, per brevità sia consentito rinviare, in ultimo, a *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del Governo*, in *Foro amm. – CdS*, 2008, 2549 ss., ed ulteriori rif. bibl. ivi cit.

Corte abbia evidenziato qualcosa di nuovo, un potere privilegiato d'intervento statale che, ancorché ascrivito nella categoria dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., in ordine al quale si ricordano le chiare indicazioni rese dalla Corte a partire dalla sent. n. 240 del 2004², serva ad assicurare la competenza legislativa statale nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sul territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., in combinato disposto con il secondo comma dell'art. 120 Cost.)³, a fronte della responsabilità delle regioni di assicurare il rientro dei disavanzi sanitari dopo aver beneficiato della compartecipazione statale alle relative risorse.

In particolare la Corte sembra riconoscere nella materia in esame come base costituzionale di riferimento per la determinazione dei poteri del commissario *ad acta* non solo l'art. 120, secondo comma, Cost., ma anche l'art. 118, primo comma, Cost., sul quale si fonda l'istituto dell'appropriazione in sussidiarietà di competenze amministrative regionali, delineato dalla Corte a partire dalla sent. n. 303 del 2003⁴. L'appropriazione può essere disposta solo con legge rispetto a competenze amministrative in ambiti di competenza regionale esclusiva o concorrente, previa intesa "forte" con le regioni interessate.

Inoltre il potere sostitutivo ex art. 120, secondo comma, Cost. che costituisce una categoria che accoglie interventi di tipo amministrativo, si differenzia dal potere sostitutivo *normativo*, suppletivo e cedevole, di cui all'art. 117, quinto comma, Cost.

La Corte nella sentenza in esame sembra mostrare un certo *favor* per il "potere sostitutivo" del Governo nei confronti delle regioni interessate da disavanzi sanitari non

² Corte cost., 19 luglio 2004, n. 240, punto 4 in diritto: "Perché possa ritenersi legittima la previsione del potere di sostituzione dello Stato alle Regioni è infatti necessario che l'esercizio dei poteri sostitutivi sia previsto e disciplinato dalla legge, la quale deve altresì definirne i presupposti sostanziali e procedurali; che la sostituzione riguardi il compimento di atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*; che il potere sostitutivo sia esercitato da un organo di Governo o sulla base di una decisione di questo; che la legge predisponga congrue garanzie procedurali, in conformità al principio di leale collaborazione".

³ Sul punto si veda Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, punto 3 in diritto: "Quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle".

⁴ La giurisprudenza della Corte in cui si qualifica il potere sostitutivo in termini differenti dall'appropriazione in sussidiarietà di competenze amministrative muove dalla nota sent. 1° ottobre 2003, n. 303, ampiamente commentata in dottrina. L'istituto è così descritto dalla Corte (in ultimo, nella sent. 20 marzo 2009, n. 76, punto 2 in diritto): "secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'esigenza di un esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, abilita lo Stato a disciplinare siffatto esercizio per legge. E ciò anche se quelle funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale. In tal caso, i principi di sussidiarietà e di adeguatezza (in forza dei quali si verifica l'ascesa della funzione normativa dal livello regionale a quello statale) possono giustificare una deroga al normale riparto di competenze contenuto nel Titolo V della Parte II della Costituzione. A condizione, naturalmente, che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, assistita da ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e rispettosa del principio di leale collaborazione con le Regioni".

rientrati, assumendo la legittimità della complessa legislazione statale che lo contempla, senza ponderare adeguatamente se siano rispettati i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, che pure il secondo comma dell'art. 120 Cost. contempla espressamente come vincoli a tale potere. Il che determina alcune questioni problematiche che occorre approfondire.

2. Il quadro normativo.

La materia risulta disciplinata a partire dall'art. 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), poi modificato dall'art. 4 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80⁵.

L'art. 1, comma 796, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), dopo interventi in materia di precedenti leggi finanziarie, ha istituito un fondo transitorio, da ripartirsi tra le regioni interessate, subordinando l'accesso a tali risorse alla sottoscrizione di un apposito accordo, nuovamente comprensivo di un piano di rientro dai disavanzi, il cui azzeramento è previsto entro l'anno 2010.

Le risorse destinate a ripianare i debiti delle cinque regioni interessate dai disavanzi sanitari sono state anticipate dallo Stato sulla base dell'art. 2, commi 46-48, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008). In particolare al comma 46 si prevede che, in attuazione degli accordi sottoscritti tra lo Stato e le Regioni Lazio, Campania, Molise e Sicilia ai sensi dell'art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 2004, con i quali le Regioni interessate si obbligano al risanamento strutturale dei relativi servizi sanitari regionali, anche attraverso la ristrutturazione dei debiti contratti, “lo Stato è autorizzato ad anticipare alle predette regioni, nei limiti di un ammontare complessivamente non superiore a 9.100 milioni di euro, la liquidità necessaria per l'estinzione dei debiti contratti sui mercati finanziari e dei debiti commerciali cumulati fino al 31 dicembre 2005, determinata in base ai procedimenti indicati nei singoli piani e comunque al netto delle somme già erogate a titolo di ripiano dei disavanzi”. Il comma 47 dispone che le regioni interessate, in funzione delle risorse trasferite dallo Stato di cui al comma 46, “sono tenute a restituire, in un periodo non superiore a trenta anni, le risorse ricevute”. Al comma 48 si prevede che “all'erogazione delle somme di cui ai

⁵ Si veda la ricostruzione del quadro normativo contenuta in Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, *Relazione sulla gestione delle risorse statali destinate alla riduzione strutturale del disavanzo del servizio sanitario nazionale*, approvata con delibera n. 22/2009/G, depositata il 28 dicembre 2009 (spec. 7 ss.), in www.federalismi.it, 2/2010, con commento di E. JORIO, *La Corte dei conti boccia i piani di rientro regionali del debito pregresso della sanità*, *ibidem*.

commi 46 e 47, da accreditare su appositi conti correnti intestati alle regioni interessate, lo Stato procede, anche in *tranche* successive, a seguito del riaccertamento definitivo e completo del debito da parte delle regioni interessate, con il supporto dell'*advisor* contabile⁶, come previsto nei singoli piani di rientro, e della sottoscrizione di appositi contratti, che individuano le condizioni per la restituzione, da stipulare fra il Ministero dell'economia e delle finanze e ciascuna regione. All'atto dell'erogazione le regioni interessate provvedono all'immediata estinzione dei debiti pregressi per l'importo corrispondente e trasmettono tempestivamente la relativa documentazione ai Ministeri dell'economia e delle finanze e della salute”.

Nel quadro di tale disciplina alcune delle regioni interessate hanno sottoscritto con lo Stato specifici accordi sulla base di piani di rientro dai disavanzi sanitari, impegnandosi ad assumere iniziative anche organizzative e di riqualificazione del servizio sanitario regionale per perseguire l'equilibrio economico, assicurando al contempo i livelli essenziali di assistenza sanitaria.

Tali iniziative includono adeguamenti delle pertinenti normative regionali.

Il caso in esame si riferisce alla Regione Lazio. Poiché tale Regione non avrebbe rispettato gli adempimenti previsti dallo specifico accordo sottoscritto il 28 febbraio 2007, il Governo, previa diffida, ha attivato la “procedura sostitutiva” di cui all’art. 4, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, nominando con deliberazione del Consiglio dei ministri del 11 luglio 2008 il presidente della Regione Lazio quale commissario *ad acta*.

Poiché la Regione Lazio, con legge 11 agosto 2008, n. 14, ha adottato una serie di misure ritenute limitative dell’ambito di operatività di tale commissario *ad acta*, il Governo ha impugnato tale legge, poi modificata in talune parti con legge regionale 20 maggio 2009, n. 17, eccependone l’illegittimità per i profili che si andranno ad esaminare.

Infine la legge 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010) ai commi 76-91 e 92-98 dell’art. 2 reca norme che si sovrappongono o modificano la disciplina preesistente in materia, come chiaramente risulta dall’ultimo periodo del comma 85 del citato articolo, da interpretare per le regioni commissariate alla luce di quanto previsto dal successivo comma 88.

3. Il ricorso e gli argomenti della Corte.

⁶ Sulla figura dell'*advisor contabile* si veda Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 56 ss. e 92; sulla struttura e funzione dei piani di rientro si veda, *ibidem*, spec. 17 ss.

3.1. La sentenza in esame consegue al ricorso in via principale del Governo per contestare la legittimità costituzionale dei commi 65, 69, 73, 79, 80, 81, 82 e 85 dell'art. 1, della legge della Regione Lazio 11 agosto 2008, n. 14, e successive modifiche, asseriti limitativi o preclusivi delle competenze del commissario *ad acta* nominato per il rientro del disavanzo della Regione, ed in contrasto, nel complesso, con gli artt. 3, 5, 81, quarto comma, 97, 117, terzo comma, 118, primo comma, e 120, secondo comma, Cost.

In particolare, secondo il Governo:

- poiché i commi 85 e 65 individuano negli organi ordinari della Regione i soli legittimati ad apportare modifiche alle “disposizioni finanziarie, di bilancio e contabili della Regione”, il commissario *ad acta* sarebbe impossibilitato a svolgere le proprie funzioni di “organo straordinario dello Stato ai sensi dell'art. 120 Cost.”, nonché “ad intervenire secondo quel *modus operandi* delineato dalla giurisprudenza di questa Corte a partire dalla sentenza n. 303 del 2003”;

- le disposizioni a favore del personale (commi 69, lett. *b*) e *c*), e 73), oltre ad essere prive di coerenza con gli obiettivi fissati nella delibera di commissariamento (ed in particolare con la previsione del blocco del *turn over*), comporterebbero – tra l'altro – nuove e maggiori spese, senza neppure l'indicazione delle relative fonti di copertura;

- infine, le scelte legislative di cui ai commi 79, 80, 81 e 82 relative alle figure dei direttori generali, nonché dei direttori amministrativi e sanitari, di aziende sanitarie locali e ospedaliere, sono considerate non in linea con quanto previsto dal provvedimento di commissariamento.

Si illustrano in sintesi gli argomenti della Corte.

3.2. I commi 65 e 85 dell'art. 1 della legge regionale impugnata prevedono, rispettivamente, che al “fine di dare attuazione agli interventi prioritari posti a base della procedura di commissariamento *ad acta* per il piano di rientro dal disavanzo sanitario, sono posti in essere gli interventi di cui ai commi 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72” (comma 65), e che, al “fine di salvaguardare, in via di autotutela, l'autonomia legislativa, regolamentare, amministrativa, finanziaria e di bilancio della Regione, di cui agli articoli 114, 117, 118 e 119 della Costituzione e agli articoli 14, 15, 16, 17, 57, 58 e 59 dello statuto regionale, non possono essere apportate modifiche a disposizioni finanziarie, di bilancio e contabili della Regione da parte di soggetti diversi dal Consiglio regionale, dal Presidente della Regione e dalla Giunta regionale” (comma 85).

IL Governo li ritiene in violazione degli artt. 5, 118, primo comma, e 120, secondo comma, Cost.

La Corte, nel vagliare il punto, non condivide la tesi difensiva della Regione, secondo la quale in pendenza del potere sostitutivo non sarebbe precluso l'esercizio delle competenze legislative regionali: quindi se la regione adempisse, seppur tardivamente, ai propri obblighi, precluderebbe l'esercizio del potere sostitutivo.

Per disattendere la tesi della Regione, la Corte richiama la propria sent. n. 193 del 2007, dove aveva riconosciuto legittimo l'art. 1, comma 277, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), che non prevede alcuna possibilità di intervento tardivo del Presidente della Giunta regionale proprio in relazione alle misure da adottare per il ripiano dei disavanzi in materia sanitaria.

A parere personale questo argomento, da solo, non appare risolutivo, in quanto il principio evocato dalla Corte dalla pronuncia del 2007 si riferisce alla preclusione di misure tardive regionali in materia tributaria: la Corte precisava infatti che il meccanismo previsto dalla norma impugnata non concerne la materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza concorrente ai sensi del comma terzo dell'art. 117 Cost., bensì la competenza esclusiva statale in materia di sistema tributario, di cui al secondo comma, lett. e), del medesimo art. 117⁷.

Secondo il principio di sussidiarietà e di leale collaborazione il tardivo adempimento degli impegni assunti con l'accordo concluso il 28 febbraio 2007, che la Regione Lazio assume di aver operato con la legge n. 14 del 2008, modificata dalla successiva legge regionale n. 17 del 2009, se corrispondente ai fini della sostituzione, dovrebbe precludere l'ulteriore esercizio del potere sostitutivo, quanto meno nelle materie relative alla tutela della salute, di competenza concorrente della Regione.

La Corte peraltro aggiunge un altro argomento: poiché non si può attribuire esclusivamente allo Stato la causa del *deficit* del servizio sanitario, giacché, in larga misura, sia le prestazioni che le Regioni sono tenute a garantire in modo uniforme sul territorio nazionale al fine di preservare i livelli essenziali concernenti i diritti sociali in materia sanitaria sia il corrispondente livello di finanziamento sono oggetto di concertazione tra lo Stato e le Regioni stesse⁸, ne consegue l'implicita accettazione di un modulo sostitutivo

⁷ Corte cost., 5 giugno 2007, n. 193, punto 5 in diritto.

⁸ Corte cost., 21 marzo 2007, n. 98, punto 5 in diritto. Si veda a commento della sent. A.S. DI GIROLAMO, *Livelli essenziali e finanziamento dei servizi sanitari alla luce del principio di leale collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, dove è fornita una rassegna della dottrina e della giurisprudenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria.

“forte”, attraverso il quale il Governo garantisce il rientro dai disavanzi quando non sia assicurato dalle regioni.

La Corte in conclusione ritiene fondata la questione avente ad oggetto il comma 85, nella parte in cui non esclude dall’ambito della sua operatività le funzioni e le attività del commissario *ad acta* nominato dal Governo per l’attuazione del piano di rientro, sostenendo che la scelta legislativa regionale di riservare esclusivamente agli organi ordinari della Regione la modifica delle “disposizioni finanziarie, di bilancio e contabili” anche quando esse presentino profili di interferenza con l’attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario, “si risolve in un obiettivo svuotamento dei poteri commissariali e dunque in una violazione dell’art. 120, secondo comma, Cost.”⁹.

La Corte invece non considera fondata la questione di legittimità del comma 65, che ritiene privo di portata precettiva¹⁰.

3.3. I commi 69 e 73 prevedono, rispettivamente, “la individuazione di forme di incentivazione economica per la mobilità volontaria e l’autorizzazione all’attivazione di meccanismi di incentivazione all’esodo per le categorie in esubero” (lett. *b*) e *c*) del comma 69), e stabiliscono la necessità di un esplicito parere positivo del Presidente della Regione per la pubblicazione di bandi di concorso o di avvisi per l’assunzione di personale a tempo determinato e la instaurazione di rapporti di collaborazione, consulenze ed altre tipologie contrattuali (comma 73).

La Corte dà ragione al Governo per quanto concerne il comma 69 (lett. *b*) e *c*)), in quanto trattasi di previsione non coerente rispetto all’obiettivo di assicurare il rientro nell’equilibrio finanziario previsto dall’accordo stipulato ai sensi dell’art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 2004, mentre dichiara cessata la materia del contendere per quanto concerne il comma 73, a seguito delle modifiche ad esso apportate dalla legge regionale n. 17 del 2009, che eliminerebbe l’asserita interferenza con le competenze commissariali¹¹.

3.4. I commi 79, 80, 81 ed 82 prevedono una generalizzata proroga, sino al 30 giugno 2010, dei contratti dei direttori generali, dei direttori sanitari ed ai direttori amministrativi delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere attualmente in carica.

⁹ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 6.1 in diritto.

¹⁰ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 7.1 in diritto.

¹¹ Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punti 8.1 e 9 in diritto.

La Corte ritiene tali disposizioni illegittime, accogliendo la richiesta del Governo, in quanto la misura ivi indicata, essendo in contrasto con l'art. 4, comma 2, del citato decreto-legge n. 159 del 2007, secondo cui rientra tra le facoltà del commissario *ad acta* anche quella “di proporre alla Regione la sostituzione dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere”, viola l'art. 120, secondo comma, Cost.¹².

4. Analisi critica delle indicazioni della Corte.

4.1. Gli argomenti della Corte soprattutto in ordine alle questioni illustrate nel precedente § 3.2 inducono a svolgere alcune riflessioni, in parte anticipate in apertura, circa la natura ed i limiti del potere sostitutivo qualificato dalla legislazione in esame, verificando alcune riflessioni fatte in passato¹³.

Sotto il profilo della natura giuridica, almeno sulla scorta della giurisprudenza costituzionale antecedente alla pronuncia in esame, sembra maggioritaria la dottrina propensa a configurare il potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost., quale categoria nella quale rientra il titolo del Governo all'adozione, direttamente o per il tramite di un commissario, di atti *amministrativi*, imputabili direttamente all'ente sostituito, di cui il commissario *ad acta* dovrebbe essere pertanto considerato organo straordinario¹⁴.

Conseguentemente dovrebbe ritenersi escluso che il Governo possa incidere direttamente in via normativa, legislativa o regolamentare, su singoli atti degli organi sostituiti, alterandone la natura giuridica originaria¹⁵.

Nella materia in esame invece risalta un complesso e diretto intervento legislativo statale, che presenta i tratti propri sia della sostituzione sia dell'appropriazione in via legislativa delle competenze amministrative regionali in materia sanitaria. Su tale base i poteri del commissario *ad acta* sono funzionali a garantire l'obiettivo del rientro dai disavanzi regionali senza specificazione degli atti da compiere, se non in relazione alla relativa natura (normativi, amministrativi, organizzativi, gestionali). Quindi, più che ad un commissario *ad acta*, che la Costituzione legittima a sostituirsi ad *organi* di enti locali, ci si trova di fronte ad

¹² Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 10.1 in diritto.

¹³ Sull'esercizio del “potere legislativo” a titolo sostitutivo da parte dei commissari *ad acta*, in www.federalismi.it, 14/2008; si veda anche, *ibidem*, E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*.

¹⁴ Per un autorevole riferimento alla classica dottrina amministrativa in materia di relazioni organiche tra commissario *ad acta* ed ente si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984, 231.

¹⁵ Per una ricostruzione delle indicazioni della Corte costituzionale e della dottrina in materia di poteri sostitutivi si rinvia, in ultimo, a *Competenza e regime giuridico*, cit. in nota 1.

un “commissario *ad functionem*”, i cui poteri sono individuati in rapporto all’*obiettivo* di sanare il disavanzo sanitario della regione interessata all’asserito scopo di garantire i livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria.

4.2. Si pone il problema della legittimità degli atti compiuti dalla gestione commissariale.

In particolare, sul piano amministrativo, organizzativo e gestionale la relativa legittimità si deve parametrare al solo quadro normativo statale o anche a quello regionale? Sul piano costituzionale poi gli atti del commissario incontrano limiti nell’organizzazione delle attribuzioni degli organi regionali?

Ne deriva la necessità di ponderare la legittimità costituzionale di tale figura commissariale.

Al di là del *nomen iuris* usato dal legislatore, il commissario *ad acta* in esame sembra un delegato alla gestione di un ente locale il cui consiglio sia stato sciolto perché incapace di amministrare e commissariato.

Al riguardo è appena il caso di ricordare che per le regioni l’art. 126 Cost. prescrive che occorre un decreto motivato del Presidente della Repubblica per disporre lo scioglimento del consiglio regionale, facendolo cessare dalle funzioni, e la rimozione del presidente della giunta in caso di atti contrari alla Costituzione o alla legge ovvero per ragioni di sicurezza nazionale, previo parere della Commissione parlamentare per le questioni regionali.

E’ evidente che se con la legislazione in esame si mantiene “in sella” il presidente della giunta regionale, che potrebbe essere anche responsabile della creazione (o del mancato rientro) del disavanzo sanitario¹⁶, si preservano anche le attribuzioni del consiglio e della giunta della regione interessata.

Inoltre la legislazione in esame non consente al Governo di scegliere quale commissario *ad acta*, ai sensi dell’art. 120, secondo comma, Cost., una figura diversa, in ciò violando le attribuzioni del Governo ivi previste.

Si tratta di profili problematici evidenti, suscettibili di implicazioni sul piano della legittimità costituzionale della legislazione in materia, che la Corte costituzionale non ha valutato.

¹⁶ Così Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 98, punto gg).

La questione si complica ove si consideri che i presidenti di regione nominati commissari *ad acta*, almeno in una prima versione della legislazione statale emergenziale¹⁷, erano competenti ad adottare direttamente provvedimenti anche impositivi di carattere tributario come l'aumento dell'addizionale Irpef e l'innalzamento dell'aliquota Irap (art. 1, comma 174, della legge n. 311 del 2004), ovvero a provvedere direttamente nel caso in cui la regione, diffidata ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 159 del 2007, non abbia adottato gli atti, *anche normativi*, idonei a conseguire il risanamento. In proposito ci si è soffermati sul decreto con il quale il presidente della Giunta della Regione Calabria¹⁸ ha disposto la *sospensione*, limitatamente all'esercizio 2008, *dell'efficacia* dell'art. 25 della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, al fine di reperire le risorse necessarie al ripianamento del disavanzo sanitario della propria regione.

4.3. I commissari *ad acta* nominati nei casi in questione sarebbero dunque legittimati ad adottare provvedimenti normativi?

A parere personale la speciale legislazione in materia non pare giustificare, ancorché sotto il titolo sostitutivo, il riconoscimento di un originale potere, non contemplato né dalla Costituzione né dagli statuti regionali, in base al quale i presidenti di regione possano intervenire *in via normativa* ai fini del ripianamento dei disavanzi sanitari regionali.

In primo luogo gli atti legislativi statali e regionali secondo la Costituzione sono un numero chiuso. Né la Corte sembra ritenere che le disposizioni legislative statali a supporto di tale potere implicino la creazione di una nuova tipologia di atti normativi del presidente della giunta *in quanto* commissario *ad acta*.

Inoltre, se con provvedimenti (pertanto) amministrativi un presidente-commissario può sospendere l'efficacia di una legge regionale, finisce con il disporre *in luogo* del consiglio regionale, titolare esclusivo della competenza legislativa regionale ai sensi dell'art. 121 Cost., che si è visto essere preservata.

Pertanto l'intervento commissariale è legittimo se non contraddice alcuna legge o alcun regolamento regionale.

¹⁷ Il sistema cambia con la legge finanziaria 2006, che introduce automatismi preservati nelle successive manovre finanziarie; si veda in proposito E. JORIO, *L'extra deficit sanitario: tra un sistema di controllo conflittuale e piani di rientro non propriamente adeguati*, in www.federalismi.it, n. 19/2008.

¹⁸ *Sull'esercizio del "potere legislativo" a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, cit. in nota 12; si tratta del decreto del presidente della regione Calabria n. 2 del 26 maggio 2008.

L'unico modo per sostenere l'effettività dei poteri commissariali è sostenere che eventuali norme regionali in materia dovrebbero ritenersi sospese per effetto della disciplina legislativa statale che qualifica tale potere sostitutivo.

Al riguardo si è avuta occasione di vagliare la sostituzione mediante sospensione di leggi regionali, ritenendola conforme al modulo ed alle esigenze di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.¹⁹. Anche nei casi in esame, dopo aver escluso la natura normativa, in particolare legislativa, degli atti adottabili dai presidenti-commissari, si dovrebbe ritenere che la relativa competenza ad intervenire in ambiti già regolati da atti normativi regionali non implichi esercizio di originali poteri normativi del commissario in quanto gli atti normativi regionali dovrebbero ritenersi sospesi dalla legge statale, sulla scorta delle intese forti rappresentate dagli accordi stipulati sulla base dei piani di rientro.

Questa conclusione, in assenza di qualsiasi indicazione concertata con la regione interessata ed evidenziata nella legislazione statale, è sufficiente? Oppure occorre che la sospensione di leggi e regolamenti regionali risulti esplicitamente dalla legislazione statale? Anche da questo profilo la questione non è stata esaminata dalla Corte, che nella pronuncia in esame ha escluso che la regione possa intervenire normativamente in materia di spettanza commissariale.

Si deve aggiungere che, se l'art. 121, secondo comma, Cost. affida solo al consiglio regionale le competenze legislative (e quelle regolamentari, salve le diverse previsioni statutarie), il presidente della giunta non ha competenze normative proprie: può solo promulgare le leggi ed emanare i regolamenti regionali. Sul punto lo statuto della regione Lazio²⁰ precisa che (art. 37, comma 1) il presidente della giunta non ha l'iniziativa legislativa, di titolarità, tra gli altri, della giunta²¹.

Può una legge statale derogare a queste chiare previsioni sotto il titolo della sostituzione *ex art. 120*, secondo comma, Cost.?

Oltretutto le attribuzioni del presidente della giunta regionale sono dettagliate dal quarto comma del citato art. 121 Cost., dove si precisa che egli “ rappresenta la Regione; dirige la politica della Giunta e ne è responsabile; promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali; dirige le funzioni *amministrative* delegate dallo Stato alle Regioni, *conformandosi* alle istruzioni del Governo della Repubblica”.

¹⁹ *Legge di sospensione e potere sostitutivo*, in *Rass. parlam.*, 2007, 425 ss.

²⁰ Legge regionale statutaria 11 novembre 2004, n. 1.

²¹ La definizione della titolarità dell'iniziativa legislativa regionale è competenza esclusiva dello statuto, ai sensi dell'art. 123, primo comma, Cost.

Dato il quadro costituzionale, statutario e legislativo sopra tratteggiato, dovrebbe ritenersi che il presidente della regione, anche in quanto commissario *ad acta*, rimane un organo della regione sostituita, e quindi non diventa un “organo straordinario dello Stato”, come ritengono il Governo e la Corte²², perché ne deriverebbe un’alterazione dell’ordinamento costituzionale delle regioni non legittimata dalla Carta costituzionale.

Quindi, anche se direttamente responsabilizzato nel perseguimento degli obiettivi affidatigli dal Governo a titolo sostitutivo, la legislazione statale dovrebbe essere interpretata nel senso che il presidente-commissario non sia legittimato ad eccedere dalle attribuzioni costituzionalmente assegnategli come presidente della giunta regionale, e quindi non possa esercitare poteri normativi.

4.4. La Corte non ha affrontato questi importanti profili connessi all’esercizio del potere sostitutivo, indebolendo oltremodo il complesso degli argomenti spesi nella sentenza in esame.

Desumendo l’illegittimità della disciplina statale nella parte in cui contempla competenze commissariali anche normative, si dovrebbe ritenere che l’azione dei presidenti-commissari dovrebbe snodarsi solo sul piano amministrativo, organizzativo e regionale, mentre sul piano “normativo”, evocato dalla legislazione in questione, dovrebbe restare salva la competenza degli organi regionali: rispetto ad essi si giustifica un impulso del commissario rispetto a preesistenti eventuali leggi e regolamenti regionali, che dovrebbero ritenersi sospesi nell’efficacia a seguito della nomina del commissario (meglio sarebbe se fossero specificamente individuati con la legge statale), non anche rimossi dall’ordinamento giuridico o modificabili *in parte qua* dal commissario.

La tesi prospettata non sembra supportata dalla Corte, che con la sentenza in esame ha creato piuttosto nuovi dubbi circa i limiti costituzionali dei poteri sostitutivi.

La Consulta sembra aver configurato, forse più per la forza d’inerzia delle relative argomentazioni che di riflessioni strutturate, un “potere sostitutivo atipico e rinforzato” risultante dal concorso dei profili causali del potere sostitutivo *ex art.* 120, secondo comma, Cost. e dell’appropriazione legislativa delle competenze regionali in materia sanitaria: ai fini dell’esercizio di tale potere le valutazioni di sussidiarietà e di adeguatezza sono state compiute dal legislatore e la leale collaborazione è stata assicurata nella definizione degli accordi stipulati sulla base dei piani di rientro.

²² Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 2, punto 5 in diritto.

Il legislatore statale, nel suo intervento più recente, la legge n. 191 del 2009 (legge finanziaria 2010), sembra confermare tale modello, disponendo (art. 2, comma 83) che il commissario *ad acta* “adotta tutte le misure indicate nel piano, nonché gli ulteriori atti e provvedimenti *normativi*, amministrativi, organizzativi e gestionali da esso implicati in quanto presupposti o comunque correlati e necessari alla completa attuazione del piano” e “verifica la piena ed esatta attuazione del piano a tutti i livelli di governo del sistema sanitario regionale”.

La Corte ha inoltre escluso un carattere specifico del potere sostitutivo propriamente normativo di cui all’art. 117, quinto comma, Cost.: la natura suppletiva e cedevole degli atti normativi statali sostitutivi. Infatti sostiene che, una volta attivato il potere sostitutivo con la nomina del commissario *ad acta*, la regione non può esercitare tardivamente le proprie competenze tramite i propri organi, anche se in modo virtuoso. Non si cura cioè del fatto che una simile deduzione contrasta con il vincolo al rispetto dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà di cui all’art. 120, secondo comma, Cost.

La Consulta dovrebbe dunque chiarire in che termini questo “potere sostitutivo atipico e rinforzato” sia costituzionalmente legittimo. Altrimenti, deve ritenersi che il presidente di regione nominato commissario *ad acta* sia dotato di poteri che lo legittimano (per legge) anche a derogare al riparto costituzionale delle attribuzioni degli organi regionali!

Forse la Corte attende di precisare le proprie indicazioni sul punto sulla scorta di conflitti di attribuzione del consiglio regionale contro eventuali specifici “atti commissariali ad effetto normativo”.

Si è sostenuta in proposito l’eccezionalità della disciplina costituzionale della sostituzione dello Stato alle regioni e ad altri enti locali, argomentando sulla base del carattere derogatorio di tale disciplina rispetto al riparto costituzionale delle competenze tra Stato ed enti territoriali e del fatto che la disciplina di cui all’art. 120, secondo comma, Cost. deve intendersi di conseguenza di stretta interpretazione²³, da attuare accertando il rispetto del modulo dell’intesa tra Stato e regioni. Non si è invece contemplata la possibilità che l’art. 120, secondo comma, Cost. sia inteso come un titolo appellabile per derogare all’ordine delle attribuzioni degli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale.

Inoltre la tesi per la quale l’impianto della peculiare sostituzione in esame previa appropriazione legislativa della competenza sulla materia sia validamente supportato dal solo accordo regionale stipulato sulla base del piano di rientro del disavanzo, che dovrebbe valere

²³ *Processo legislativo e limiti della legge*, Napoli, 2006, 117.

come “intesa forte”, non consente di ritenere rispettate le indicazioni della Corte nella sent. n. 303 del 2003, che richiede il ricorso al modulo della concertazione *ogni qual volta* vengano in questione tanto l’esercizio della funzione legislativa statale mediante appropriazione quanto l’esercizio del potere sostitutivo²⁴.

Si aggiunga che la Corte dei conti ha di recente contestato la stessa qualità e veridicità dei piani di rientro sulla base dei quali si snoderebbe il citato potere sostitutivo²⁵.

Allo stato della giurisprudenza della Corte può ritenersi che l’art. 120, secondo comma, Cost., consenta al Governo di intervenire a titolo sostitutivo, con propri atti normativi, solo per *sospendere l’efficacia* di singoli atti, anche normativi, regionali e di derogare temporaneamente all’ordine delle competenze di cui agli artt. 117 e 118 Cost., ma non anche di legittimare che con legge dello Stato si possa derogare all’ordine delle attribuzioni di cui al citato art. 121 Cost., conferendo la titolarità della funzione legislativa o regolamentare regionale all’organo commissariale, non contemplato dalla Costituzione.

E’ quindi evidente che occorre attendere di verificare se la Corte con la sentenza in esame abbia inteso definitivamente legittimare il superamento di questa soglia, riconoscendo al commissario *ad acta*, solo in ambito sanitario regionale o anche in generale, un complesso di attribuzioni “quasi costituzionali”, che ne fanno una sorta di *dictator* per l’emergenza sanitaria.

5. La Corte ha inteso introdurre in Italia il preemption power?

Se le indicazioni della Corte fossero confermate nel senso del riconoscimento della legittimità di una “sostituzione forte”, occorre riflettere circa le prospettive dei rapporti tra Stato e regioni nel quadro del regionalismo all’italiana che ne deriverebbero.

Le indicazioni della Corte sembrano infatti legittimare una interpretazione del potere sostitutivo ex art 120, secondo comma, Cost. simile al *preemption power* federale americano²⁶, quanto meno in materia di garanzia sul territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.

²⁴ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, punto 2.2 in diritto. La Corte, nella sent. n. 240 del 2004, cit. in nota 2, chiarisce, tra le altre, la necessità che la legge statale “predisponga congrue garanzie procedurali, in conformità al principio di leale collaborazione”.

²⁵ Si veda Corte dei conti, *Relazione*, cit. in nota 5, spec. 18-20.

²⁶ Similitudini si possono rintracciare anche rispetto ad altri modelli: si pensi alla supremazia del diritto federale rispetto al diritto dei *Länder* ex art. 31 della Legge fondamentale tedesca.

Tale istituto si fonda sulla *supremacy clause* di cui all'art. VI della Costituzione federale degli Stati Uniti, che prevede, al secondo comma: "The Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the *supreme Law of the Land*; and the Judges shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding".

Secondo la giurisprudenza e la dottrina²⁷ in virtù della *supremacy clause*, se si pone un conflitto tra una legge federale ed una legge statale, la legge federale prevale e la legge statale *is preempted* in quanto la legge federale è espressione di *supreme law*.

In assenza di una specifica regola la questione che si pone è quando un particolare atto statale o locale debba intendersi sostituito (*displaced, preempted*) a seguito di una specifica legge (*statute*) o di uno specifico regolamento (*regulation*) federale.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha precisato che non c'è alcun infallibile *test* o parametro costituzionale di riferimento, lasciando intendere come un ruolo preminente spetti al giudice (*Court*). In ogni caso, sulla scorta della relativa giurisprudenza, è possibile individuare due situazioni principali in cui si verifica l'effetto di *preemption*: quando una legge federale espressamente invalida (*preempts*) un atto statale o locale (*express preemption*); quando è rilevabile un chiaro intento del Congresso federale di invalidare un atto statale o locale (*implied preemption*).

L'effetto di *implied preemption* può a sua volta ulteriormente differenziarsi in: *field preemption*, quando la struttura della legge o del regolamento federale è così pervasiva da rendere ragionevole che l'azione del Congresso non lasci spazio ad alcun intervento supplementare degli stati (è esemplare la materia della politica estera e dell'immigrazione); *conflict preemption*, quando, anche se la legge o il regolamento federale non invalidano espressamente l'atto statale o locale, la *preemption* è rilevabile se sia fisicamente impossibile la contemporanea applicazione di entrambe le discipline; quando una legge statale impedisca il raggiungimento di un obiettivo di rilievo federale: in tal caso la *preemption* è rilevabile quando la legge statale si riveli di ostacolo alla piena realizzazione degli obiettivi definiti dal Congresso.

²⁷ Per una rassegna della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e della dottrina in materia si veda E. CHEMERINSKY, *Constitutional law. Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 1997, 282-306; *Public Health Law and Ethics: a Reader*, a cura di L.O. Gostin, University of California Press, 2002, spec. 176 ss.; C.R. DRAHOZAL, *The Supremacy Clause. A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport, Connecticut, Greenwood Pr., 2004, spec. 89-126; D.E. LIVELY, R. WEAVER, *Contemporary Supreme Court Cases: landmark decisions since Roe V. Wade*, Westport, Connecticut, Greenwood Pr., 2006, spec. 28-30.

La *field preemption* si può rilevare accertando i seguenti profili: se nella materia disciplinata l'azione federale di governo abbia tradizionalmente giocato un ruolo esclusivo; se il Congresso abbia espresso nel testo della legge o nel corso dei lavori parlamentari l'intenzione che la legislazione federale in quella materia sia esclusiva; se la normazione statale o locale in quella materia comporti il rischio di interferire con la piena realizzazione degli sforzi dell'azione federale di regolazione; se esiste un importante tradizionale interesse statale o locale da tutelare rispetto alla regolazione federale. Tali criteri possono anche concorrere tra loro.

Nel caso invece di *conflict preemption* il problema da risolvere è la rilevazione di una situazione di conflitto tra i due livelli di regolazione: la legislazione federale potrebbe infatti essere intesa come uno *standard* minimo di riferimento, al quale si aggiunge ogni singola disciplina statale, anche se raramente l'intenzione del Congresso legislatore è chiara sul punto. Anche in questa seconda ipotesi la rilevazione di un effetto di *preemption* è in concreto rimessa alle valutazioni delle Corti.

Nel caso infine dell'effetto di *preemption* connesso alla presenza di leggi statali che impediscono il raggiungimento di obiettivi di rilievo federale, l'accertamento di questo profilo è nella quasi esclusiva disponibilità della Corte procedente, di modo che, se una Corte vuole evitare che si verifichi tale effetto è sufficiente che delinea l'obiettivo della regolazione federale in modo da differenziarlo anche sottilmente dall'obiettivo della disciplina statale.

Queste categorie, per quanto utilizzate, non sono nettamente distinte tra esse. Per esempio, anche quando un atto del Congresso rechi una disposizione di *express preemption* verso la regolazione resa con atto statale, il Congresso raramente è chiaro circa la definizione dell'ambito nel quale si produce l'effetto di *preemption*. Spetta quindi alle Corti il compito di decidere tale ambito, ed in tal modo esse sono chiamate ad indagare l'esatta intenzione del Congresso legislatore. D'altra parte anche le ipotesi di *implied preemption* spesso sono una combinazione di intenti non espressi del legislatore e di disposizioni espresse contenute nell'atto federale, che - si badi bene - può essere tanto una legge in senso stretto (*statute*) quanto un regolamento (*regulation*).

Un'ultima ipotesi di *preemption*, peraltro scollegata dall'accertamento dell'intenzione del Congresso legislatore, si registra per leggi statali che sottopongano ad imposizione o disciplinino attività e funzioni federali in mancanza di una espressa autorizzazione del Congresso.

La Corte Suprema ha chiarito che nell'accertamento tanto dell'*implied preemption* quanto dell'*express preemption* l'obiettivo finale del giudice procedente deve essere quello di

individuare il fine del Congresso legislatore, anche se questo non è quasi mai chiaro e va ricostruito sulla base delle espressioni testuali del dispositivo di legge, del grado di dettaglio delle disposizioni della legge federale, nonché - non ultimi - in passaggi significativi dei lavori parlamentari (*legislative history*). Per tale ragione le azioni volte a rivelare tale effetto si sono moltiplicate in quasi tutte le aree coperte dalla disciplina legislativa e regolamentare federale, assegnando alle Corti un importante ruolo di interprete autentico della volontà del legislatore.

La Corte Suprema ha peraltro escluso ogni presunzione generale di prevalenza della disciplina federale, ritenendo importante che le ipotesi di *preemption* siano accertate caso per caso sulla base dell'esigenza di conservazione della normazione statale e locale.

Inoltre la Corte Suprema ha ritenuto opportuno una maggiore prudenza da parte dei giudici nella rilevazione di effetti di *field preemption* rispetto a leggi statali basate su regolamenti (*regulations*) federali, in quanto questi ultimi, posti in essere da agenzie federali specializzate, hanno un carattere molto dettagliato per effetto delle specifiche competenze dell'agenzia e non possono per ciò solo essere prevalenti rispetto agli atti legislativi statali: in tal modo infatti si determinerebbe una presunzione di esclusività della competenza delle agenzie inconciliabile con il principio di bilanciamento delle competenze statali e federali applicato dalla Corte Suprema nella propria giurisprudenza sulla *supreme clause*.

6. In prospettiva.

Al di là delle questioni prospettate e delle suggestioni della comparazione giuridica, la sent. n. 2 del 2010 della Corte introduce indiscutibili profili di novità nella declinazione del potere sostitutivo, che inducono a sollecitarne una rinnovata attenzione verso l'istituto, soprattutto nella rilevata prospettiva che la sostituzione *ad acta* nell'ambito di una forma di stato regionale si possa evolvere, senza revisione costituzionale, in sostituzione *per functionem* secondo moduli federali.

Si tratta di una prospettiva auspicabile? Il testo costituzionale è già predisposto perché una simile evoluzione si possa considerare implicitamente consentita, ad esempio in conseguenza di emergenze connesse a crisi finanziarie localizzate? O piuttosto si tratta di un'importante novità da approfondire nel contesto di una revisione del titolo V della parte II della Costituzione, in occasione della quale codificare e sistematizzare le cruciali novità elaborate in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale a partire dal 2001?

La questione merita un attento monitoraggio, ai fini del quale il presente contributo costituisce un invito ad ulteriori approfondimenti in attesa di nuove indicazioni della Consulta.