

Analisi della legge 405/2001

Il decreto legge n. 347, emanato dal Presidente della Repubblica il 18 settembre 2001, è stato dettato dalla straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure finalizzate alla stabilizzazione della spesa sanitaria, sulla base di quanto stabilito nell'accordo Stato Regioni dell'8 agosto 2001.

Si può forse discutere che le circostanze indicate nel preambolo del decreto legge costituissero effettivamente quella necessità straordinaria e quell'urgenza che la Costituzione richiede per l'adozione da parte del Governo di atti aventi forza di legge. Si può anche discutere sull'opportunità di usare lo strumento del decreto legge per introdurre «norme fondamentali di riforma economico sociale della Repubblica», come recita la norma finale dell'art. 12; ma non si può fare a meno di notare che la forte maggioranza di cui gode il governo e la conseguente certezza della conversione in legge hanno reso di nuovo consueto il ricorso alla decretazione d'urgenza, un tempo assai frequentata, ma poi tralasciata, dopo che la Corte costituzionale aveva censurato di illegittimità l'abuso della reiterazione dei decreti non convertiti. Di fatto, il decreto legge n. 347/2001 è stato convertito con la legge n. 405, approvata nei rituali sessanta giorni e promulgata dal Presidente della Repubblica il 16 novembre 2001. Nel periodo intercorso tra la sua emanazione e la promulgazione della legge di conversione, tuttavia, le norme di quel testo normativo sono irrimediabilmente invecchiate ed in gran parte sono divenute incostituzionali, al punto che non avrebbe stupito un rifiuto di promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, quale supremo custode della Costituzione.

Infatti, proprio nel mezzo del periodo di conversione in legge del decreto, il 18 ottobre 2001, è stata promulgata la legge costituzionale, n. 3 del 2001, pubblicata il 24 ottobre 2001 ed entrata in vigore l'8 novembre successivo, otto giorni prima della promulgazione della legge di conversione del decreto n. 347/2001.

La legge costituzionale, approvata da tempo dal Parlamento, ma promulgata solo a seguito del risultato favorevole del referendum indetto il 3 agosto 2001, modifica il titolo V della parte seconda della Costituzione, dedicato all'ordinamento di Regioni, Province e Comuni.

È stato detto da alcuni che questa legge costituzionale, per la sua impronta definita «federalista», rafforza l'ampiezza dei poteri conferiti alle Regioni dal decreto legge n. 347/2001.

Non è così, a sommosso parere di chi vi parla ed è anzi il contrario.

L'impianto costituzionale precedente alla legge costituzionale n. 3/2001, nel quale il decreto legge n. 347/2001 si inserisce, era infatti fondato sull'attribuzione alle Regioni di potestà legislativa concorrente con quella dello Stato in alcune materie (tra le quali l'assistenza sanitaria ed ospedaliera), potestà che le Regioni dovevano esercitare nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e comunque mai in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni; la Costituzione indicava poi la spettanza alle Regioni delle funzioni amministrative nelle materie di potestà legislativa concorrente, la possibilità di delega alle Regioni per l'emanazione di norme di attuazione di leggi della Repubblica e la possibilità di delega con legge di funzioni amministrative altrimenti spettanti allo Stato.

Specialmente a seguito della cosiddetta Legge Bassannini, (15 marzo 1997, n. 59) e dei decreti legislativi delegati che ne sono seguiti, alle Regioni è stata attribuita una amplissima delega di funzioni, nelle più disparate materie.

Il decreto legge n. 347/2001 appartiene interamente a questo sistema, che però è ormai completamente superato ed anzi dissonante ove non apertamente contrastante con il nuovo impianto costituzionale.

Lo stesso accordo Stato Regioni dell'8 agosto 2001, dal quale il decreto legge n. 347/2001 prende le mosse, è uno strumento che ha la sua base legale nel decreto legislativo n. 281/1997, anch'esso emanato in forza della Legge Bassannini, con lo scopo di garantire la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome a tutti i processi decisionali di interesse regionale, interregionale ed infraregionale, risolvendo anche eventuali conflitti, come, nel caso specifico, quello relativo alla

sottostima delle risorse destinate al finanziamento del Servizio sanitario nazionale; il conflitto è stato risolto con l'attribuzione alle Regioni di una maggiore responsabilità finanziaria, compensata dalla delega di più ampi poteri.

Ora, a seguito della legge costituzionale n. 3/2001, le Regioni hanno potestà legislativa e regolamentare in tutte le materie, senza vincoli che non siano gli stessi che incontra la legislazione statale (vale a dire, principalmente, la costituzione e l'ordinamento comunitario ed internazionale) fatta espressa eccezione (che come tutte le eccezioni deve intendersi in maniera rigorosamente restrittiva) per alcune materie sulle quali vi è potestà legislativa statale esclusiva ed altre sulle quali vi è potestà legislativa concorrente, con esclusione della determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Nelle materie attribuite in via primaria alla potestà legislativa delle Regioni la legge costituzionale non esclude la potestà legislativa dello Stato, ma, come i commentatori osservano, essa è recessiva, nel senso che può essere esercitata finché e nella misura in cui le Regioni non facciano esercizio della propria.

Per ciò che più da vicino ci riguarda, appartiene alla potestà esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», mentre è inclusa nelle materie di potestà legislativa concorrente «la tutela della salute».

Non può sfuggire come l'espressione «tutela della salute» sia ben più comprensiva di «assistenza sanitaria», ed anzi vi sia una sorta di scambio di ruoli: allo Stato spetta di legiferare allo scopo di definire le prestazioni essenziali corrispondenti alla salvaguardia minima dei diritti civili e sociali (incluso il diritto alla salute); ma, in ogni altra materia, le Regioni non incontrano limite, che non sia quello del rispetto dei principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato.

Ciò finirà per porre nuovamente, tra le tante altre, anche la questione della permanenza di un'amministrazione centrale di tipo ministeriale in materia di salute (si noti che l'approvazione da parte del Parlamento della legge costituzionale risale al marzo 2001, ad un'epoca in cui la sorte del Ministero della sanità era già stata segnata; la resurrezione del Ministero della salute sarebbe venuta poi).

La potestà regolamentare, quella cioè di emanare norme generali gerarchicamente subordinate alle norme di legge, appartiene allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva la delega alle Regioni, ed alle Regioni in ogni altra materia (quindi anche nelle materie di legislazione concorrente). Le funzioni amministrative sono ordinariamente attribuite ai Comuni.

Solo apparentemente questo nuovo assetto costituzionale corrobora il decreto legge n. 347/2001.

Le «materie» trattate dal decreto sono fondamentalmente tre: (a) la determinazione di livelli essenziali di assistenza; (b) la tutela della salute; (c) l'assetto della finanza pubblica con riguardo alla spesa sanitaria.

Sul primo, secondo il nuovo assetto costituzionale, si esercita la potestà legislativa dello Stato; la seconda è materia di legislazione concorrente, nella quale lo Stato ha competenza esclusiva solo per la definizione dei principi fondamentali; la terza attiene a quell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa che l'art. 119 della Costituzione, così come riformulato dalla legge costituzionale n. 3/2001, attribuisce alle Regioni in modo pieno e non vuole più, come nel testo precedente, limitato «nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni».

Ne consegue che tutto il sistema del decreto legge, espressamente basato sui principi della concertazione economico finanziaria di cui è espressione l'accordo dell'8 agosto 2001 sancito nella Conferenza permanente Stato-Regioni e province autonome e della delega di funzioni, diverge sensibilmente dal nuovo assetto costituzionale.

E la divergenza si fa contrasto stridente là dove il decreto legge si autoproclama norma fondamentale di riforma economico sociale della Repubblica, proclamazione ovviamente riprodotta nel testo risultante dalla legge di conversione, ciò che non può non apparire bizzarro, visto che, appena qualche giorno prima, la Repubblica era stata riformata addirittura nel suo impianto costituzionale.

Lo Stato è competente per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza, e già il meccanismo della lista negativa con delega alla Regione per l'esclusione in concreto, disegnato dall'art. 6, appare opposta ad una norma costituzionale che, invece, è orientata verso la definizione positiva dei livelli che «devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

È poi difficile desumere dal decreto, costellato da disposizioni contingenti, quei principi fondamentali che dovrebbero costituire il limite di esercizio, in materia di tutela della salute, della potestà regionale. D'altro canto, nella situazione attuale, quello dell'individuazione dei «principi desumibili» indicati nell'art. 12 del decreto legge è un esercizio al quale l'interprete dovrà dedicarsi con molta attenzione, perché quei principi serviranno di limite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni. Ma è anche discutibile che lo Stato nella propria legislazione possa ancora validamente autoproclamare dei principi fondamentali, o non sia questo, comunque un lavoro dell'interprete. Dubito insomma che nel decreto, sostanzialmente mirato ad attribuire poteri e responsabilità alle Regioni, possano rinvenirsi dei «principi fondamentali». Non mi sembra possano assumere tale carattere, ad esempio, la determinazione di tetti di spesa o la sostituibilità della prescrizione medica nei confronti dell'utente del servizio sanitario.

Infine, tutte le norme del decreto che attribuiscono deleghe di poteri alle Regioni contrastano con la Costituzione proprio là dove, delegando e necessariamente limitando, entrano in materie su cui ormai la potestà regionale ha il suo fondamento immediato nella Costituzione.

Il decreto legge è stato emanato prima della riforma costituzionale e la legge di conversione è stata promulgata dopo.

Questa particolare circostanza complica ulteriormente il problema dei rapporti tra norma ordinaria e norma costituzionale sopravvenuta, affrontati dalla Corte costituzionale fin dalla sua prima sentenza, la n. 1 del 1956 e presenti nel dibattito giurisprudenziale fino ai nostri giorni (con riferimento particolare, ad esempio, alla riforma dell'art. 111 della Costituzione in materia di «giusto processo»).

La discussione riguarda, in estrema sintesi, se ed in quale misura e a partire da quale data la norma costituzionale sopravvenuta abroghi la norma ordinaria antecedente con essa incompatibile –e quindi sia il giudice competente a rilevare in sede interpretativa l'inefficacia della norma anteriore- o se, invece, sia sempre necessario un giudizio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale che dichiari l'invalidità costituzionale sopravvenuta.

L'orientamento che sembra essersi fatto strada è che inefficacia per abrogazione e invalidità costituzionale coesistono, e la scelta dipende dalla specificità e inequivocità della norma costituzionale sopravvenuta nel dettare regole precettive e non semplicemente programmatiche.

Nel nostro caso, tra l'altro, si tratta essenzialmente di norme sul processo di produzione normativa, sicché non può esservi dubbio sul fatto che le competenze regionali si esplicano, nelle materie in cui le Regioni esercitano la potestà loro attribuita dalla Costituzione, per effetto della Costituzione stessa e non già per delega della legge ordinaria.

Ma v'è allora un altro aspetto da considerare. Attribuendo potestà legislativa e regolamentare in determinate materie alle Regioni, il nuovo testo costituzionale implicitamente stabilisce anche una riserva di legge e di regolamento. Intendo dire che quelle materie appartengono sì alla competenza della Regione, ma questa competenza dovrà necessariamente essere esercitata primariamente attraverso leggi e regolamenti e non –in assenza di tali strumenti normativi- attraverso atti amministrativi di diversa natura. È dunque ravvisabile un possibile doppio livello di incostituzionalità della legge n. 405/2001: uno, quello già rilevato, che ne tocca tutto l'impianto sistematico; l'altro, che riguarda la varietà atipica di forme secondo le quali, in attuazione delle norme del decreto, dovrebbe esercitarsi la delega conferita alle Regioni: si vedano l'art. 4, 3° comma lettera a) (“norme regionali”); l'art. 5 (“provvedimenti necessari”), l'art. 6 comma 2 (“provvedimento amministrativo”); l'art. 7 comma 1 (“direttive”); l'art. 8 comma 1 (“provvedimenti amministrativi”).

Tale aspetto deve anche essere posto in relazione con l'incompletezza di assetto statutario delle Regioni, dopo la riforma costituzionale intervenuta con la Legge costituzionale n. 1/1999, che detta disposizioni in materia di elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e di autonomia statutaria delle Regioni.

In questo periodo le Regioni (e con esse le amministrazioni delle ASL) hanno emanato i provvedimenti più vari di attuazione (talora ben più oltre l'attuazione) del decreto legge n. 347/2001.

Alcuni di tali provvedimenti sono stati impugnati dinanzi ai tribunali amministrativi.

In effetti molti provvedimenti (si pensi ad alcune libere interpretazioni del criterio di sostituibilità dei medicinali, o alle disposizioni che prevedono la cedibilità dei contratti di pubblica fornitura a imprese distributrici private) sono censurabili per motivi che esulano dai profili di costituzionalità che abbiamo cercato di commentare.

Mi sembrerebbe tuttavia interessante valutare, con maggiore attenzione di quanta non vi sia stata finora riservata, anche nel quadro di impugnative di singoli provvedimenti, l'illegittimità derivata, per contrasto con il nuovo assetto costituzionale, del decreto n. 347/2001, al fine di provocare un giudizio di costituzionalità ed evitare che si formi un giurisprudenza amministrativa "a pelle di leopardo" nelle singole sedi regionali.

Se non si affronta –forse in sede politica ancor prima che in sede giudiziaria- questo nodo del problema, e se non lo si affronta il più celermente possibile, dettando da un lato, a livello statale, un quadro chiaro di principi fondamentali e, a livello regionale, un solido contorno statutario e legislativo, temo che non potremo sottrarci al pericolo di un «federalismo» sanitario (ma non solo sanitario) conflittuale e confuso, fondato su pseudo-norme fondamentali di riforma economico sociale della Repubblica obsolete nel momento stesso in cui sono state promulgate e con un irrimediabile vizio costituzionale d'origine.

Un federalismo né americano né svizzero, ma somigliante più all'Italia delle signorie e dei principati, ma senza, purtroppo, gli splendori del Rinascimento.