

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2018

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo
Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze
Giuseppe Caia
Paolo Carnevale
Marta Cartabia
Giuseppe de Vergottini
Pietro Giuseppe Grasso
Guido Greco
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Fabio Merusi
Jorge Miranda
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli
Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 3/2018

saggi

- Maria Alessandra Sandulli, *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione* 345
- Giancarlo Monina, *I caratteri della Repubblica: aspetti della transizione* 357
- Andrea Zanotti, *Le autonomie nell'ordinamento giuridico* 369
- Simone Lucattini, *Le leggi razziali tra esecuzione amministrativa e interpretazione giudiziale* 383
- Giovanni Barozzi Reggiani, *Servizi di pubblica utilità, regolazione e ambiti territoriali ottimali: l'evoluzione di un modello* 397
- Sabrina Tranquilli, *La promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Italia e Germania: un confronto per riflettere sulla fragilità dell'European Research Area* 417

osservatorio

- Camilla Storace, *Prime riflessioni sulle disposizioni anticipate di trattamento tra tutela della riservatezza e riparto di competenze Stato-Regioni* 463

attualità

- Tatiana Guarnier, *Ancora sul caso Ilva... sotto la lente della Corte di Strasburgo* 485
- Donatella Morana, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari* 503

Maria Alessandra Sandulli

CULTURA E CARATTERE NELLA FORMAZIONE.
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE*

Nella nuova era digitale, il tema della formazione, sempre di grande rilievo, assume massima rilevanza.

Ho quindi accolto con sincero entusiasmo la proposta di Luca Antonini e l'invito della Fondazione per la Sussidiarietà e dell'Istituto Treccani a partecipare a un incontro dibattito sulle c.d. "*character skills*", come "*nuovo orizzonte della conoscenza*", diretto ad approfondire i temi contenuti nei volumi "*Far crescere la persona. La scuola di fronte al mondo che cambia*", a cura di Giorgio Vittadini¹ e "*Formazione e valutazione del capitale umano. L'importanza dei "character skills" nell'apprendimento scolastico*", di J.J. Heckman e T. Kautz².

Il percorso scolastico – affatto variegato quanto a città (Napoli, Roma e Milano) e a tipo di scuola (pubbliche e private) – seguito per ragioni contingenti da me e dai miei figli mi ha dimostrato il valore primario che hanno, per la formazione dei giovani, il metodo, la passione, la responsabilità e l'impegno, e il loro ruolo di indispensabile complemento della conoscenza.

Da anni sto quindi cercando di trasmettere questa acquisita consapevolezza anche ai miei studenti di diritto amministrativo, convinta che l'estrema rapidità e – spiace dirlo – la frequente contraddittorietà con cui si susseguono le riforme in questo settore del diritto, impongono, oggi più che mai, di approfondire lo studio dei principi fondamentali, legati ai valori primari indicati dalla Costituzione e di sviluppare una capacità di

* Lo scritto riproduce, con qualche rielaborazione, il testo dell'Intervento tenuto il 6 marzo 2019 all'Incontro svoltosi a Roma presso la Sala Igea dell'Istituto Treccani sul tema "*Character skills: nuovo orizzonte della conoscenza*".

¹ Fondazione per la Sussidiarietà, 2016.

² Bologna, Il Mulino, 2014.

analisi critica della loro attuazione da parte del legislatore, dell'amministrazione e della giurisprudenza.

Nutro una sincera e profonda passione per il diritto amministrativo: passione trasmessami da mio padre e dallo studio del Suo straordinario Manuale, che rivedeva e aggiornava personalmente e quotidianamente, con impegno e dedizione esemplari, e che cerco a mia volta di trasmettere ai più giovani. Sicché, supportata da una valida "squadra" di allievi che, nelle loro diversità, di carattere e di esperienze, umane e professionali, si integrano e, a loro volta, si supportano, coinvolgendo sempre nuove leve, cerco di stimolare gli studenti ad acquisire gli strumenti per appropiare il mondo del lavoro nel modo a mio avviso più utile ad affrontare la dura battaglia necessaria per uscire dalla gravissima crisi economica e istituzionale che stiamo purtroppo attraversando.

Ricordo sempre ai nostri studenti che saranno loro, da qui a pochi anni, i funzionari, i manager, gli imprenditori, gli avvocati, i giudici e magari i legislatori; e che sta ormai a loro impegnarsi in prima linea: non devono quindi tirarsi indietro e allontanarsi da questo Paese, per offrire agli altri le loro capacità e le loro qualità, ma rimboccarsi le maniche e attivarsi per riscattarlo. Con lo stesso impegno con il quale i loro e i nostri nonni hanno combattuto al fronte e hanno contribuito alla rinascita economica del dopoguerra.

Ho quindi particolarmente apprezzato gli studi raccolti nei volumi sui quali siamo stati invitati a confrontarci, condividendo molte delle considerazioni svolte dai loro autori e da Giorgio Vittadini che, oltre a curare il primo, ha scritto l'introduzione del secondo.

Il tema della valorizzazione delle *character skills* (che i volumi affrontano da diverse prospettive, più concreta il primo, più teorica il secondo, offrendo così al lettore molteplici spunti di riflessione) è, infatti, come anticipato, sempre più attuale in una società in cui, come riportava un recentissimo *focus* del Sole 24 Ore, "*in base al ritmo del progresso tecnologico in cinque anni il 60% delle skills che oggi sono ritenute necessarie saranno superate e dovranno essere modificate*".

Anche nel mondo economico, si acquisisce pertanto sempre maggiore consapevolezza che il vero "capitale umano" è sempre più un "capitale psicologico".

La rivoluzione tecnologica 4.0 in Italia sta determinando una serie di cambiamenti che si susseguono con una rapidità senza precedenti. La mancanza di competenze per raccogliere la trasformazione, tuttavia, come segnala lo stesso *focus*, potrebbe trasformarsi in un'arma a doppio

taglio, facendo sì che i nuovi strumenti tecnologici prendano il posto di manodopera non specializzata e comportino una perdita di posti di lavoro, aggravando i nostri, già serissimi, problemi occupazionali.

Gli studiosi del fenomeno evidenziano dunque che la nuova frontiera per risolvere il divario tra domanda e offerta che sta minacciando il futuro delle imprese passa appunto per la formazione e lo sviluppo del capitale psicologico, necessario per imparare a gestire e utilizzare innovazioni quali l'intelligenza artificiale, l'internet degli oggetti o la *blockchain* (ormai utilizzata anche in campo artistico per inserire l'opera nel portafoglio crittografico dell'artista e provarne l'autenticità e per immetterla in una galleria virtuale, una rete *peer-to-peer* che ne permette la diffusione e l'acquisto).

Nella consapevolezza di tali straordinari mutamenti, si stanno così costituendo appositi centri di formazione, per gestire il cosiddetto *change management* con l'aiuto di esperti come psicologi e neuroscienziati.

La digitalizzazione, come rappresenta molto bene Alessandro Baricco nel suo *The Game*, è una profonda rivoluzione culturale, che cambia radicalmente il modo di approcciare la realtà, di governare gli equilibri e di fare le scelte; e gli studiosi del fenomeno si pongono giustamente il problema di cominciare a formare le competenze che occorrono alle aziende già a partire dal livello scolastico.

È dunque sempre più forte la consapevolezza che, come sottolineano gli autori dei volumi sopra richiamati, più e oltre che dalla conoscenza e dalle capacità intellettive tradizionalmente intese, il valore dell'uomo nella società, il "capitale umano" di questa, è dato, oggi più che mai, dalle sue "qualità" psicologiche: la capacità di affrontare e superare un evento traumatico, un periodo di difficoltà e, più in generale, le criticità e i problemi personali e di gruppo, la capacità di autodeterminarsi passando per il controllo delle emozioni, la passione, l'impegno, il senso di responsabilità, la capacità di perseverare nel raggiungimento dei propri obiettivi adottando strategie alternative e di rapportarsi con gli altri, creando sinergie e gioco di squadra, sono qualità indispensabili per il successo individuale e organizzativo, in particolare nei contesti di cambiamento come quelli attuali.

Da ciò l'importanza di un'adeguata formazione "qualitativa", che consenta di migliorare e, per quanto possibile, valutare in modo affidabile, oltre alle competenze acquisite, anche queste dimensioni, nella consapevolezza che saranno le *character skills* dei lavoratori a fare la differenza nell'applicazione degli strumenti tecnici in continuo sviluppo. Con con-

seguinte conferma dell'inadeguatezza dei test sul quoziente intellettivo e l'esigenza di ripensare la formazione scolastica.

Gli stessi studi sull'intelligenza – penso per tutti a Howard Gardner – hanno rilevato del resto che solo le due intelligenze classiche, linguistica e logico-matematica sono riconoscibili con i test a risposta breve esatta, mentre il sistema non vale a identificare le altre tipologie di intelligenza (*formae mentis*³), di cui l'illustre psicologo aveva originariamente individuato sette tipologie (linguistica, musicale, logico-matematica, spaziale, corporeo-cinestesica, e due intelligenze personali, relative all'ambito intrapersonale e interpersonale) alle quali ha poi aggiunto quelle dell'intelligenza naturalistica e quella esistenziale⁴.

Nell'ottica sopra accennata, le pressioni economicistiche in cui il saggio di Onorato Grassi nel volume *“Far crescere la persona”* vede un condizionamento negativo dell'azione educativa tesa a valorizzare la personalità dello studente sembrano quindi destinate a loro volta a potenziare, se non le diversità delle varie personalità, quanto meno, le qualità psicologiche degli studenti, poiché nell'era della digitalizzazione, come rimarca Vittadini nella sua Introduzione allo stesso volume, *“un approccio dicotomico, oltre a non permettere di svolgere compiutamente la funzione educativa, si sta rivelando inadeguato anche al mondo del lavoro”*. Ciò in quanto, anche in vista della cosiddetta quarta rivoluzione industriale, caratterizzata dal diffondersi dell'intelligenza artificiale, le caratteristiche che si richiedono ai moderni lavoratori sono qualità come responsabilità, capacità di agire in squadra, estroversione, rendendo particolarmente attuali gli studi di Heckman e Kautz sull'importanza che assumono, per la definizione di capitale umano, le cd. *“non cognitive skills”* o *“soft skills”*, ovvero i tratti della personalità, gli aspetti del carattere e le dimensioni socio-emozionali, classificati dalla letteratura come le *“cinque grandi dimensioni”*, ovvero: apertura all'esperienza, coscienziosità, amicalità, estroversione, stabilità emotiva.

Significativamente, come sottolineato nella medesima Introduzione, il contributo di Agasisti e Sibiano rappresenta che i richiamati *big five* della personalità sono ottimi predittori delle *performances* non solo scolastiche, ma anche lavorative, oltre che delle stesse condizioni di salute e, in negativo, della probabilità di coinvolgimento dei lavoratori in attività

³ H. Gardner, *Formae mentis, Saggio sulla pluralità dell'intelligenza*, 1983

⁴ H. Gardner, *Esistono altre intelligenze? Il caso delle intelligenze naturalistica, spirituale ed esistenziale*, trad. it. a cura di P. Bellandi e R. Vianello, 1999, *Intelligenze multiple in una società multiculturale*, Bergamo, Junior.

illegali; dal che consegue l'importanza di un insegnamento diretto a fare "sperimentare" ai giovani le possibili condizioni dei futuri contesti lavorativi, così da attivare e provocare tutte le loro potenzialità e, in particolare, la creatività oltre alla mera capacità di apprendere e memorizzare, la capacità di interrelazionarsi in un lavoro di gruppo oltre alla precisione, l'estroversione e la capacità di comunicazione oltre a quella di "ripetere" passivamente quanto appreso.

Nell'ambito dell'insegnamento delle nostre materie, è quanto cerchiamo di fare sollecitando gli studenti a valutare criticamente le leggi alla luce dei principi costituzionali, e per l'effetto, delle fonti sovranazionali, e le applicazioni e interpretazioni delle leggi da parte della giurisprudenza, alla luce dei principi di legalità e di democraticità e della necessaria separazione tra potere legislativo e potere giurisdizionale (che vuole quest'ultimo soggetto alla legge e non creatore della stessa).

Da anni sono e con alcuni colleghi siamo impegnati in prima linea a difesa della "sicurezza giuridica" e dell'effettività della tutela giurisdizionale, che, come valori fondamentali della civiltà giuridica, non possono essere piegati ad esigenze economiche contingenti e spesso meramente apparenti⁵.

E il nostro obiettivo è quello di trasmettere questi valori anche ai nostri allievi, sin dai banchi dell'Università.

Il compito è per me evidentemente facilitato dal fatto che le materie che insegno sono al quarto e al quinto anno del corso di laurea in giurisprudenza e che il livello degli iscritti nella mia Università è mediamente alto.

Il risultato è tendenzialmente molto positivo sul piano dell'interesse e del coinvolgimento, anche se si riscontra, con il passare degli anni, una crescente difficoltà degli studenti a cercare di "meditare", di "riflettere", anche in termini di autocritica, sulle proprie iniziali e più immediate impressioni, per esprimere più ponderate "convinzioni". A questi fini è particolarmente importante il lavoro degli allievi più giovani, a loro volta guidati e "instradati" da quelli con qualche anno di maggiore esperienza, che più facilmente riescono a coinvolgere gli studenti perché riescono più facilmente a comprenderli e perché questi ultimi li sentono più vicini.

⁵ Si vedano, per tutti, da ultimo, il volume a cura di F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018; lo scritto M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, *Il Processo*, 3/2018, 45 ss. e le opere e i convegni ivi richiamati.

In quest'ottica di progressivo coinvolgimento delle generazioni più giovani, ho trovato peraltro molto utile organizzare alcuni incontri di presentazione tra le varie fasce di allievi, per favorire un'interlocuzione a più livelli, invitando a inizio corso diverse categorie di studiosi: matricole, studenti dei vari anni successivi, miei laureandi, dottorandi e neo dottori di ricerca, ricercatori universitari, giovani avvocati (pubblici e del libero foro), giovani magistrati e giovani funzionari pubblici e, ormai, giovani professori.

L'obiettivo, apparentemente riuscito, è quello di consentire ai più giovani di avere punti di riferimento più prossimi, avvalendosi delle loro esperienze e, in cambio, impegnarli a loro volta a condividere quelle già acquisite con quanti li seguono nel lungo e complesso percorso della vita di studio e di lavoro. Avendo, come già detto, la fortuna di avere una squadra di allievi appassionati ed entusiasti, il vantaggio di questa "catena" di interrelazioni è quello di appassionare ed entusiasmare anche i più giovani, richiamandoli al tempo stesso alle loro responsabilità.

Indubbiamente, come rimarca Baricco, le nuove generazioni hanno un'apertura mentale decisamente superiore alla nostra sotto il profilo strettamente cognitivo: hanno visto molti più film e conoscono molti più luoghi e contesti e hanno un numero molto maggiore di contatti e, attraverso queste conoscenze e questi contatti, hanno contezza di una gamma di situazioni e di esperienze sicuramente maggiore delle nostre; ma, inevitabilmente, proprio perché assorbiti dalla loro quantità, non hanno il tempo e gli strumenti per approfondirle e valutarle e per riflettere sui fattori che le hanno determinate e, soprattutto, sulle conseguenze che esse determinano o sono suscettibili di determinare.

La possibilità – invero purtroppo solo apparente – di "cancellare" e "resettare" con estrema facilità le loro azioni e le loro stesse scelte di vita (basta soltanto pensare alla rivoluzione del sistema familiare con la caduta del dogma dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale e alla straordinaria possibilità di modificare sede e/o tipologia di lavoro e addirittura genere) tende inconsciamente ad allontanarli dalla preoccupazione della possibile irreversibilità delle loro decisioni e, dunque, da un'assunzione adeguatamente ponderata delle stesse. Senza considerare che invece, purtroppo, la vita dipende davvero spesso da due o tre sì e da due o tre no detti nei cd *teen ages*.

Inoltre, proprio perché sicuri di potere in qualsiasi momento ricorrere a questi straordinari strumenti di "informazione", si finisce inevitabilmente per rinunciare ad allenare le nostre menti, nel senso che queste,

abituata ad ottenere senza sforzo ogni tipo di notizie e di dati (che, tra l'altro, non vi si sedimentano quasi mai, proprio perché sempre facilmente reperibili), stentano, poi, ad elaborarli autonomamente e si limitano ad accettare acriticamente quanto viene loro rappresentato.

* * *

Condivido quindi assolutamente l'esigenza di ripensare "l'educazione scolastica" e di garantire a tutti una scuola di qualità, che serva a costruire persone in grado di stare nella società, realizzandosi e vivendo a tutto campo, anche e soprattutto nel sociale, la loro professione. A questo riguardo, ritengo che un ruolo di primo piano debba essere riconosciuto alla personalità e all'impegno dei docenti, possibilmente anche con il coinvolgimento di genitori, perché, più delle parole, l'esempio, soprattutto negli anni dell'infanzia e dell'adolescenza, costituisce il primo e forse principale motore per sollecitare la responsabilità e l'impegno nel mondo del lavoro.

Questo profilo è ben affrontato anche nel volume di Heckman e Kautz, che dedicano, peraltro, specifica attenzione al tema dei possibili diversi effetti dell'impatto degli insegnanti sui *character skills* e sulle abilità cognitive (e della conseguente inidoneità dei test di valutazione dei docenti sulla base dei soli risultati cognitivi) e a quello degli esiti dello sviluppo delle prime sulle seconde. L'Introduzione di Vittadini richiama gli studi che valorizzano l'incontro "umano" tra docenti e studenti nell'avventura della conoscenza, dimostrando come la qualità dell'istruzione migliora quando gli insegnanti "giocano" in libertà e autonomia le loro capacità e responsabilità nel rapporto con gli studenti, perché, citando Dewey e Chiosso, "*non ci può essere educazione senza una riflessione sugli ideali proposti ai giovani e senza adulti capaci di testimoniarli*", introducendo alla conoscenza e garantendo continuità con la dimensione affettivo-relazionale.

Per una migliore educazione e formazione "a tutto tondo" degli studenti, occorre però innanzitutto rivalorizzare il ruolo dei docenti, che, a tutti i livelli, ivi compreso quello universitario, come sta accadendo per quello dei magistrati, è stato progressivamente e, spiace dirlo, spesso artatamente, svilito, non soltanto sul piano economico, ma anche su quello sociale, con conseguente delegittimazione dei loro insegnamenti e, soprattutto nelle nostre materie, delle loro critiche nei confronti del cattivo esercizio dei poteri pubblici.

Lo sviluppo dell'IA rende ancora più urgente affrontare *funditus* questi temi, perché l'utilizzo delle IA impone una speciale attenzione all'etica.

L'intelligenza artificiale potrà prendere decisioni autonome dall'uomo: non si può quindi parlare di intelligenza artificiale senza pensare alla questione etica, come del resto ha recentemente confermato il Garante europeo per la privacy, Giovanni Buttarelli. Per questo è significativamente nato, su spinta di *Atomium – European Institute for science, media and democracy* –, il progetto "AI4people", una *task force* di esperti provenienti dai vari Paesi europei, che hanno pubblicato un documento con una serie di principi e raccomandazioni per porre le basi di una intelligenza artificiale positiva, inclusiva, al servizio dell'uomo. Si tratta in particolare di cinque principi, di cui quattro tratti dalla bioetica: beneficenza (promuovere la dignità umana in modo sostenibile per il pianeta), non fare il male (nel senso di evitare la violazione della *privacy* e della sicurezza stessa dell'uomo), autonomia (nel senso di garantire alle persone il diritto di prendere decisioni per bloccare o modificare quelle prese dalle macchine), giustizia (nel senso di promuovere la giustizia e cercare di eliminare ogni tipo di discriminazione); mentre il quinto principio, quello nuovo, è proprio quello della spiegabilità (nel senso di consentire che i processi alla base delle decisioni artificiali siano noti a tutti, non solo agli esperti, per creare la fiducia che sarà alla base della relazione tra uomo e macchina). Il *paper* dà poi venti raccomandazioni a chi lavora sullo sviluppo dell'IA, che siano privati, governi o istituzioni. Alla base di tali raccomandazioni è messa, appunto, la necessità di lavorare per "assicurare la fiducia delle persone sull'intelligenza artificiale, servire l'interesse della collettività e rafforzare una condivisa responsabilità sociale": un lavoro da portare avanti nel tempo in un costante dialogo con l'etica. Gli esperti raccomandano, tra l'altro, di pensare a codici di condotta per le professioni, come quelle mediche e legali, che lavoreranno con i dati e l'intelligenza artificiale. A loro volta, i vertici delle aziende dovranno iniziare ad approfondire i risvolti etici delle loro decisioni. In altri termini, chiunque si occupi di IA dovrà approfondire i risvolti sociali, legali ed etici che il suo uso comporta e queste conoscenze dovranno far parte del suo *curriculum*.

L'educazione e la formazione dovranno quindi a maggior ragione essere ripensate nei surrichiamati termini di valorizzazione delle *character skills*, ma tra queste un ruolo di primo piano dovrà essere attribuito al valore etico.

Si tratta, del resto, di un valore assolutamente fondamentale anche per un corretto uso delle nuove forme di “autopresentazione” e di “autopubblicità”. A tutti i livelli, *in primis*, politici e professionali, essa dovrebbe – eticamente – rappresentare quanto realmente si riesce a offrire e non già – assai meno eticamente – approfittare dei nuovi strumenti di lettura dei *desiderata* degli utenti, per rielaborarli e riproporli come propri obiettivi e proprie qualità/capacità, attraendoli con l’illusione che li vedranno soddisfatti.

* * *

Le precedenti considerazioni non possono e non devono tuttavia assolutamente significare una sostituzione dei valori culturali con le menzionate capacità psicologiche e caratteriali. Le tradizioni storiche, artistiche, letterarie costituiscono l’identità del nostro Paese e la loro conoscenza, come quella della sua geografia fisica, politica ed economica, sono comunque essenziali per una sana formazione della persona ai fini del suo corretto inserimento nella vita sociale. Se è vero, cioè, che non si devono sopravvalutare l’erudizione e il nozionismo, non si può comunque rinunciare a una formazione culturale, tanto umanistica che scientifica, che, pur nei diversi livelli che ciascuno è in grado di acquisire, costituisce un sostrato necessario anche per il miglior raggiungimento delle *character skills*.

L’ampia diffusione di conoscenze di base in quasi ogni settore grazie a internet e ai *social media* porta ineluttabilmente a un’uniformazione del livello conoscitivo e a un’accettazione acritica dei dati ottenuti. Questo comporta due conseguenze: per un verso, la necessità di una sempre più alta specializzazione all’interno di un settore e, per l’altro, l’esigenza di sviluppare sempre maggiori capacità di approfondimento, ricerca e apertura mentale al cambiamento, che non possono prescindere da un adeguato livello di formazione culturale generale, così da poter mettere in discussione i dati e i risultati comodamente rinvenuti su internet e farne oggetto di autonoma valutazione e analisi critica. La necessità di fornire una specializzazione tecnica agli studenti per consentirne la preparazione alle professioni che andranno a svolgere non deve quindi andare a eccessivo discapito (a causa delle limitate risorse umane e finanziarie delle istituzioni pubbliche di istruzione) di altri insegnamenti (più “classici”, ma sempre necessari).

Le tematiche (non solo quelle giuridiche) su cui si concentrano i vari campi di formazione devono invero essere affrontate con una “visione di insieme” e il più possibile globale dei problemi (giuridici, sociali) e non

ci si può permettere di ragionare per compartimenti stagni, guardando le questioni (e, per i giuristi, l'ordinamento) da un solo angolo visuale. E ciò deve auspicabilmente avvenire con il dialogo e il confronto (che peraltro, soprattutto a partire dalle scuole superiori, è ormai altamente favorito dagli stessi strumenti tecnologici di comunicazione), perché, nella realtà di oggi, uno studioso solitario non è più in grado di raggiungere risultati veramente innovativi e compiuti.

Mi piace a questo riguardo citare un breve volume scritto da un giovanissimo F. Nietzsche (ventisettenne, nel 1872) *“Sull'avvenire delle nostre scuole”*. L'A. sottolinea proprio che *“Con lo sfruttamento ora perseguito – dello studioso al servizio della sua scienza – diventerà sempre più casuale e più inverosimile la cultura di tale studioso. In effetti, lo studio delle scienze è oggi così ampiamente esteso che chiunque voglia ancora produrre qualcosa in questo campo, e possieda buone doti, anche se non eccezionali, dovrà dedicarsi a un ramo completamente specializzato, rimanendo invece indifferente a tutti gli altri. In tal modo, anche se nel suo ramo costui sarà superiore al vulgus, in tutto il resto però, ossia in tutti i problemi essenziali, non se ne staccherà. Un siffatto studioso, esclusivamente specialista, è dunque simile all'operaio di una fabbrica, che per tutta la sua vita non fa altro se non una determinata vite e un determinato manico, per un determinato utensile o per una determinata macchina, raggiungendo senza dubbio in ciò un'incredibile maestria”*. Nietzsche chiudeva poi criticamente la riflessione osservando che *“In Germania, dove si sa coprire anche questi fatti dolorosi col glorioso mantello del pensiero, si ammira molto nei nostri studiosi questa ristretta moderazione da specialisti e la loro deviazione sempre più accentuata dalla vera cultura, considerando tutto ciò come un fenomeno etico. “La fedeltà nei dettagli”, la “fedeltà del procaccia”, diventano temi da sfoggiare, e la mancanza di cultura, al di fuori del campo di specializzazione, viene messa in mostra come un segno di nobile sobrietà”*.

Per bilanciare questa tendenza, anche lo studente (seppur giustamente e necessariamente) specializzato dovrebbe essere in grado di prender parola su questioni di “portata generale”. Credo dunque che la “visione di insieme” potrebbe inserirsi tra i fattori culturali che contribuirebbero ad arricchire il capitale umano: se le istituzioni scolastiche si impegnassero a proteggerla e ad assicurarla (e fossero messe in condizioni di farlo), si allontanerebbe forse il rischio dell'eccessiva semplificazione (spesso non possibile) del linguaggio, dei problemi e delle questioni politiche e sociali (e anche giuridiche).

Si pone a questo punto il secondo problema sollevato nel volume “*Far crescere la persona*”: un buon sistema di educazione scolastica deve anche dare garanzie di accesso, qualità, rispetto e benessere, tenendo conto della molteplicità dei bisogni formativi.

Si insiste molto sulla necessità di un sistema scolastico notevolmente differenziato, che consenta a tutti di sviluppare in modo adeguato sia le abilità cognitive che quelle legate alla personalità.

I saggi di Susanna Mantovani e di Luigi Berlinguer del 2016 sottolineano che la “scuola per tutti” deve puntare proprio sulla diversità di ciascuno e deve essere costruita su una grande eterogeneità di alunni in cui “*i tutti sono la somma e l’insieme di ciascuno*”; e che “*la scuola deve essere attenta a ciascuno, favorendo lo sviluppo delle caratteristiche umane profonde di ogni studente, perché così si favorisce “un modo intelligente e libero di conoscere il significato della realtà”*”.

Resta tuttavia il problema dei sistemi di valutazione della reale qualità di questi “diversi” metodi di educazione e del grado di effettività dell’apprendimento delle conoscenze di base e dello sviluppo delle *character skills*.

Il problema si pone in modo particolare per quest’ultimo, poiché, se la verifica delle conoscenze è indubbiamente oggettiva e dunque più agevole, al di là della maggiore o minore adeguatezza degli strumenti di valutazione (è ad esempio sempre aperto il dibattito sulla effettiva preferibilità dei test a risposta multipla sull’esame orale, che, personalmente, nonostante il rischio di una minore oggettività, ritengo continui ad essere il metodo più corretto, soprattutto in relazione alle ricordate diverse tipologie di studenti), la valutazione delle doti caratteriali è evidentemente più soggettiva e, soprattutto, lo è quella sulla qualità della scuola che le sviluppa e le valuta.

Il tema si sposta così su chi valuta il valutatore.

La questione è di carattere economico finanziario, se quando si promuove l’autonomia delle scuole e dei metodi di educazione e di formazione, si ipotizza comunque una contribuzione pubblica, ma è anche e soprattutto etica, posta la valenza indifferenziata dei titoli di studio.

Non ho i dati e le competenze per analizzare il problema nelle scuole, ma posso sicuramente rappresentare *cognita causa* quello causato da alcune sedi universitarie, anche telematiche (che peraltro in altri Paesi hanno dato ottima prova di sé), che, semplificando (per usare un eufemismo) il superamento degli esami, favoriscono profonde disuguaglianze e, quel che è peggio, consentono l’immissione e la progressione nel mondo del

lavoro e nella vita sociale di persone che non hanno un'adeguata formazione: con inevitabili conseguenze per la collettività che dovrà poi interfacciarsi con loro o fruire delle loro prestazioni.

Non posso a questo proposito non esprimere, ad esempio, la mia ferma convinzione circa l'esigenza di distinguere in modo trasparente nel diploma di laurea in giurisprudenza il tipo di percorso seguito, debitamente valorizzando l'eventuale scelta per un percorso internazionalizzato con un maggior numero di insegnamenti in lingua inglese, prevalentemente concentrati sul cd diritto globale o, all'opposto, quella per un percorso tradizionale, con maggiore approfondimento delle nostre categorie giuridiche e dei tratti portanti del nostro sistema sostanziale e processuale.

Ringraziando ancora sinceramente gli Autori e gli organizzatori per l'occasione offertami, spero che queste brevi considerazioni possano offrire utili spunti per ulteriori approfondimenti delle tematiche affrontate.

Giancarlo Monina

I CARATTERI DELLA REPUBBLICA:
ASPETTI DELLA TRANSIZIONE*

SOMMARIO: 1. I *valori* fondativi. – 2. I *caratteri* fondativi: la transizione. – 3. L'*exit* dalla guerra. – 4. Transizione e Resistenza. – 5. Conclusioni.

Per contestualizzare dal punto di vista storico la fase costituente scelgo una chiave storiografica, sia pure in termini non specialistici, con l'intento di evidenziare alcune tensioni che attraversano sia la ricerca storica sia i processi di costruzione della memoria sociale e politica del nostro Paese. Tensioni che si possono ricondurre, con inevitabile schematismo, ai contrasti emersi tra un approccio storiografico orientato ai *valori*, che si identifica con il campo semantico delle "origini della Repubblica", e uno diretto a definire i *caratteri* di quel processo, che ha trovato il suo principale terreno di elezione nella categoria storiografica della "transizione".

Naturalmente il punto di partenza è la nostra Costituzione in quanto prodotto storico, ma anche come documento del presente: un documento sottoposto a continua tensione tra legittimazione e delegittimazione, che ne fa emergere, in fondo, una "debolezza" alle cui basi si possono individuare almeno due ragioni:

1. In primo luogo la Costituzione del 1948 è stata segnata da una contraddizione. Da una parte è stata lo strumento che ha accompagnato la transizione alla Repubblica e alla democrazia e ha rappresentato nel tempo un elemento di mediazione e di attenuazione dello scontro

* Relazione svolta al convegno *La Costituzione presbite. Settant'anni della Costituzione italiana*, Università di Camerino – Scuola di Giurisprudenza – Dottorato di ricerca in Legal and Social Sciences, Camerino 14 maggio 2018. Si è inteso conservare il carattere dialogico della presentazione orale.

politico dall'altra, però, non è riuscita a creare un vero "patriottismo costituzionale" e il suo dettato non è stato pienamente accettato da tutti (si pensi in questa sede alla lunga mancata attuazione e alla cosiddetta "giurisprudenza congelata"). La mancata piena condivisione, l'assenza o la fragilità del patriottismo costituzionale sono state tanto più gravi in quanto la Costituzione italiana ha, come è noto, un valore programmatico e si proietta verso realizzazioni future.

2. Una seconda ragione di debolezza, legata per molti versi alla prima, risiede nell'immagine che è stata data di essa anche in tempi recenti: ricondotta più alla dimensione dell'ingegneria costituzionale che non a quella del "programma costituzionale". Insomma – come ha scritto Stefano Rodotà – una «costituzione senza anima»¹.

Come accennato, gli elementi di fragilità della nostra Costituzione possono a mio avviso essere almeno in parte ricondotti al contrasto emerso tra *valori* e *caratteri* nella ricostruzione storica e nella conseguente composizione del discorso pubblico nazionale.

1. *I valori fondativi*

Sulle cosiddette "origini della Repubblica" esiste una vastissima letteratura storiografica che, per lungo tempo, si è prevalentemente concentrata sulla dimensione politico-istituzionale guardando più ai *valori* fondativi che non ai *caratteri* fondativi. Consentitemi di evidenziare in modo didascalico la differenza tra i due approcci metodologici e culturali. Il valore presuppone una valutazione di merito positiva a cui conducono considerazioni etiche, politiche, religiose, estetiche. Il valore è una dote intellettuale e morale, è sinonimo di virtù, è qualcosa di prezioso che si deve preservare, gli viene generalmente riconosciuta una validità universale e si accompagna spesso alla celebrazione e alla retorica. Il carattere, invece, è un segno distintivo, un'impronta particolare che non presuppone un giudizio di merito: può essere bello o brutto, apprezzabile o deprecabile, insomma, non è necessariamente un valore. Il prevalere della storia politico-istituzionale e della dimensione dei valori ha portato a mettere in risalto in primo luogo la questione del principio di legittimità giuridica, politica e morale attraverso cui

¹ S. RODOTÀ, *Introduzione a Le idee costituzionali della Resistenza*, a cura di C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA, Roma 1997, 7-13.

la Repubblica italiana, in modo analogo a qualsiasi altro ordinamento politico, ha sostenuto la sua validità.

Dal punto di vista giuridico-costituzionale i valori fondativi e legittimanti della Repubblica italiana sono stati incorporati nell'atto giuridico della Costituzione e in particolare nei primi tre articoli, i quali riconoscono al popolo italiano i diritti di partecipazione, di libertà e di uguaglianza.

Sul piano del discorso storico, all'interno cioè di coordinate di tempo e di spazio, quei valori sono stati rintracciati e significativamente collocati in un periodo preciso, considerato appunto la fase di fondazione dell'Italia repubblicana, il cui inizio si fa coincidere con la ripresa dell'attività pubblica dei partiti politici antifascisti (dopo il 25 luglio del 1943) o, più di frequente, con l'avvio della Resistenza all'indomani dell'annuncio dell'armistizio dell'Italia con le Nazioni unite (l'8 settembre del 1943) e che si chiude con l'entrata in vigore della Costituzione, nel gennaio 1948. È all'interno di questo periodo che sono stati evidenziati i momenti e i principi riconosciuti come promotori dei valori fondativi: l'antifascismo e la Resistenza, l'emergere della democrazia nella forma moderna dei partiti politici di massa, l'atto di nascita della Repubblica e il suffragio universale, la ricostruzione economica e, naturalmente, l'Assemblea costituente e la Costituzione.

Nei simboli e nei riti celebrativi della cosiddetta "religione civile", quei momenti e quei principi hanno trovato una delle più evidenti espressioni nelle feste nazionali del 25 aprile e del 2 giugno, ma, significativamente, non in quella dell'approvazione o dell'entrata in vigore della Costituzione.

Visto che ho fatto riferimento anche a una dimensione spaziale oltre che temporale del discorso storico, ricordo, per inciso, che i valori fondativi trovarono il loro principale spazio geografico di elezione nell'Italia centro-settentrionale, che, al contrario del Meridione, visse in pieno l'esperienza resistenziale e votò a larga maggioranza a favore della Repubblica il 2 giugno 1946.

Quello appena descritto in estrema e sommaria sintesi è il quadro di riferimento che potremmo considerare "ufficiale" sulle origini ideali e materiali della Repubblica e, specialmente, ha rappresentato il principale terreno di condivisione tra gli studi storici e il loro uso pubblico, almeno nella forma più istituzionale. Intendiamoci, il panorama di studi proposto dalla storiografia politico-istituzionale è in realtà molto vasto e articolato, comprende contributi e approfondimenti di grande qualità e ha fortemente segnato il processo di avanzamento degli studi

storici nel nostro Paese. La stessa dimensione etico-politica, che ne ha in larga parte ispirato gli approcci metodologici e culturali, trova numerose motivazioni, comprese quelle interne alla tradizione storiografica di crociana memoria, ha svolto una funzione pedagogica nella costruzione del sistema democratico e repubblicano e ha sostenuto il processo di legittimazione delle principali famiglie politiche che della storia repubblicana sono state a lungo protagoniste, a partire dai cattolici e dai comunisti che provenivano da tradizioni distanti sia dalla democrazia sia dal repubblicanesimo.

Non sono però mancati difetti in quell'approccio, difetti che potremmo riassumere nella tendenza a produrre un certo grado di discordanza tra la storia e la memoria "ufficiali" e l'effettiva problematicità e varietà dei fenomeni che emersero allora in Italia. Si è andata cioè costruendo una narrazione sulle origini della democrazia repubblicana che ha sofferto una tendenziale distanza tra la dimensione teorica dei principi e dei modelli (politici, giuridici, etici) e il concreto vissuto della maggioranza degli italiani dell'epoca. Una narrazione che non si è tradotta in una solida e condivisa memoria collettiva e si è mostrata vulnerabile, ben al di là della fisiologia, alle temperie della lotta politica con gli annessi corollari delle spinte revisionistiche, da qualunque parte esse provenissero. Oltre alla Costituzione, a farne le spese è stata in primo luogo la memoria della Resistenza, scarsamente riconosciuta come evento fondante della democrazia italiana e costantemente stratonata da un "uso politico".

2. *I caratteri fondativi: la transizione*

La preferenza assegnata ai *valori* fondativi ha dunque corso il rischio di proporre una lettura incompleta, di offrire uno sguardo che non si è avveduto o non ha tenuto in debito conto della complessità e contraddittorietà di fenomeni che hanno invece lasciato un segno nella storia della nostra democrazia repubblicana e che hanno concorso, separatamente e nel loro insieme, a definirne i *caratteri* fondativi: mi riferisco, per fare alcuni esempi, alla larga diffusione nella società civile dell'epoca dei sentimenti antipolitici, alla scarsa fiducia riposta nello Stato, al debole patriottismo repubblicano, al persistente radicamento del fascismo, all'emersione delle forme politiche e culturali dell'anticomunismo, al familismo amorale, fino a quelle «tendenze anarchiche, tenacemente abbarbicate nei bassifondi dell'anima italiana» rilevate da Luigi Salvatorelli

sin dal 1920². Si tratta per lo più di movimenti e sentimenti che risultano incoerenti se non nettamente in contrasto con i valori fondativi della Repubblica. Anche per questo motivo sono rimasti a lungo sottotraccia nelle ricostruzioni storiche e non hanno trovato alcuna forma di mediazione e di elaborazione all'interno della memoria collettiva.

Le tracce di questi fenomeni sono rimaste prevalentemente confinate alla produzione letteraria e a fonti storiche (documentarie, saggistiche, pubblicistiche) ritenute scarsamente meritevoli di essere prese in considerazione. Gli italiani e le italiane che ne furono protagonisti sono stati per lo più compresi all'interno della vasta e spesso indistinta categoria del cosiddetto "attendismo civile", di coloro i quali attendevano cioè prima l'esito e poi l'uscita dalla condizione di guerra tentando di sopravvivere senza schierarsi in modo dichiarato o militante, oppure ricompresi nella cosiddetta "zona grigia", un concetto per molti versi analogo ma più orientato a evidenziare quel mondo intermedio tra vittime e carnefici che finiva per soggiacere e collaborare alla macchina del potere³. Si tratta in realtà di comportamenti e sentimenti molto diversi tra loro e difficilmente catalogabili, che ci segnalano in primo luogo la complessità degli atteggiamenti degli italiani nella transizione alla democrazia e da cui dipende, come è stato notato, la stessa qualità della legittimazione che si trasmette alla Repubblica⁴. Si tratta dunque di un universo complesso che va indagato storicamente nelle sue articolazioni e differenze, perché i contesti e le motivazioni cambiano da regione a regione, da città a campagna, da città a città, persino da quartiere a quartiere nelle grandi città.

Ormai gli studi storici hanno spostato la loro attenzione dai *valori ai caratteri*. Uno spostamento di attenzione a cui hanno contribuito i mutamenti intervenuti nell'approccio storiografico che ha esteso il proprio orizzonte di analisi accogliendo e legittimando anche nella storia politica le influenze della storia sociale, della storia della soggettività, della storia orale, della storia di genere, più in generale della "storia culturale". In questa stessa direzione, un contributo importante è giunto anche dall'assunzione, talvolta persino inconsapevole, della categoria interpretativa della *transizione* che è andata in parte sostituendo la chiave di lettura delle *origini* o della *fondazione* in sé portatrici di una vocazione a privilegiare

² L. SALVATORELLI, *Radiosommaggismo*, in *Il Resto del Carlino*, 18 ottobre 1920, poi in ID., *Nazionalfascismo*, Torino 1977, 26-27. Vedi S. LUPO, *Il mito della società civile. Retoriche antipolitiche nella crisi della democrazia italiana*, in *Meridiana*, n. 38-39, 2000, 17-43.

³ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino 1986.

⁴ G.E. RUSCONI, *Resistenza e postfascismo*, Bologna 1995.

la dimensione dei valori e a produrre un certo grado di trasfigurazione retorica.

Non posso qui entrare nel merito del dibattito storiografico sulla categoria di *transizione*, devo tuttavia evidenziare come nel corso del tempo essa sia andata perdendo quel carattere predittivo e prescrittivo, proprio della sua originaria natura idealtipica, con cui l'avevano pensata gli studi storico-economici del secondo dopoguerra sulle tappe della modernizzazione⁵. Quella linearità di percorso, univoca e inevitabile, non ha retto alle prove dei fallimenti della decolonizzazione e della crisi degli anni Settanta e da allora l'applicazione della categoria è stata molto meno lineare⁶. L'uso tradizionalmente descrittivo della *transizione* si è così proficuamente arricchito per l'emergere di una sua autonomia teorica che ha contribuito a produrre una riconcettualizzazione del discorso storico⁷. Se la sua applicazione risulta più difficile nell'ambito del diritto perché, come ha osservato Giuseppe De Vergottini, implicando «il provvisorio, l'instabile che tende a consolidarsi» entra in conflitto con la determinazione positiva del cambiamento formale di un testo costituzionale⁸, nell'ambito degli studi storici consente di allontanare il rischio di rappresentazioni teleologiche tentando di restituire la complessità dei fenomeni che caratterizzano le grandi e le piccole “età di passaggio”. Come è noto, la nozione di *transizione* viene utilizzata dagli storici per indagare lo sviluppo della modernità occidentale, ma ha trovato larga applicazione anche nell'analisi dell'*exit* dai regimi totalitari del XX secolo legandosi strettamente all'affermazione della democrazia, dell'economia di mercato e dei processi di globalizzazione.

Guardare agli anni di formazione dell'Italia repubblicana attraverso la chiave transizionale ha reso più dinamica l'interpretazione storica, ha indotto a scavare più in profondità nel passato, a sondare i cambiamenti

⁵ Si pensi alla classica definizione di Maurice Dobb sulla *transizione dal feudalesimo al capitalismo*. Cfr. M. DOBB, *Studies in the Development of Capitalism*, London 1946.

⁶ Mi limito a ricordare la ricchezza metodologica e interpretativa racchiusa nella nozione di *Sattelzeit* (“epoca-sella”) proposta da Reinhart Koselleck. Cfr. R. KOSELLECK, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna 2007 e P. POMBENI, H.G. HAUPT (a cura di), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*, Bologna 2013.

⁷ G. BERNARDINI e M. CAU (a cura di), *Ripensare la transizione come categoria storiografica: uno sguardo interdisciplinare*, in *Ricerche di Storia Politica*, n. 2, 2018, 191-203.

⁸ G. DE VERGOTTINI, *Una reflexión sobre las presentes transformaciones constitucionales*, in *Nomos*, n. 1, 2018, 1-11. Vedi anche ID., *Relazione conclusiva. La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, in *Annuario 2015*, Napoli 2017, 265-294.

di medio e lungo periodo che attraversano, e in una certa misura rompono, le periodizzazioni più tradizionali ampliando le variabili di origine e consentendo anche di leggere sotto una nuova luce i paradigmi della continuità e della discontinuità (una visione statica della “rottura” e della “continuità” ha prevalso a lungo nella interpretazione di quella fase storica). La stessa tesi della continuità dello Stato tra il fascismo e la Repubblica, condizionata in origine da un’ispirazione politica, nell’analisi della transizione può assurgere a elemento centrale come “continuità nel cambiamento” e, d’altra parte, Pietro Scoppola, storico non affine a quella tesi, ne aveva già rilevato l’effetto positivo nel produrre un ampliamento della ricerca storica in direzione della realtà profonda della società italiana⁹.

Il citato legame tra transizione e democrazia ha fatto per esempio emergere la centralità di fenomeni quali il ritorno alla legalità, la solidarietà, la cultura della cittadinanza, la partecipazione. In questo senso alcune tematizzazioni sono risultate più feconde, come il tema della violenza connessa all’*exit* della guerra con le sue profonde tracce che hanno segnato il processo di ricostruzione democratica, oppure le complesse e contraddittorie risposte degli istituti basilari del sistema costituzionale e delle istituzioni dell’economia nel passaggio alla democrazia. In questo mio contributo vorrei proporre qualche spunto sul tema della guerra e della sua fuoriuscita, ricordando come il rifiuto della guerra compaia nel testo costituzionale.

3. *L’exit dalla guerra*

L’*exit* dalla guerra rappresenta una delle chiavi privilegiate attraverso cui leggere e interpretare i sentimenti e le scelte degli italiani. La guerra, con la sua brutale funzione “antipedagogica” contrapposta alla pedagogia fascista¹⁰, è anche il principale tramite attraverso cui gran parte degli italiani consumano il loro distacco dal regime. Una guerra prevalentemente senz’armi, tuttavia non meno cruenta e dolorosa, in un’Italia lacerata, che ha vissuto e subito il disfacimento dell’apparato statale e dell’esercito, la fuga del Re, l’esperienza tragica della Repubblica sociale italiana, la tragedia dei bombardamenti delle città e quella delle stragi naziste, e

⁹ P. SCOPPOLA, *Momenti e aspetti della riflessione storiografica*, in G. MONINA (a cura di), 1945-1946. *Le origini della Repubblica*, vol. I, *Contesto internazionale e aspetti della transizione*, Soveria Mannelli 2007, 5-22.

¹⁰ A. GIOVAGNOLI, *Chiesa e società dalla guerra alla democrazia*, ivi, 153-164.

poi i militari sbandati, i reduci della prigionia. Una guerra totale che ha sconvolto la vita degli italiani fino a travolgere il più intimo mondo degli affetti familiari provocando anche quel senso di angoscia, di disorientamento e di rassegnazione che Eduardo De Filippo ha rappresentato in modo fortemente evocativo con le parole «Ha da passà 'a nuttata» (deve passare la nottata). Sono appunto le parole pronunciate da Gennaro Jovine il protagonista di *Napoli milionaria*, l'opera teatrale scritta di getto da Eduardo proprio nel 1945, che racconta la storia del ritorno a casa di un reduce che stenta a riconoscere la propria famiglia trasformata dagli anni della guerra: la moglie arricchitasi con il commercio illegale, il figlio che ruba, la figlia messa incinta da un soldato americano¹¹. Anche questa è la transizione alla democrazia.

Naturalmente la guerra non è soltanto apportatrice di angoscia, disorientamento e rassegnazione, è anche occasione di solidarietà umana, di partecipazione e di risveglio. Resta ancora un documento di eccezionale valore la lettera di Giaime Pintor al fratello Luigi, scritta nel novembre 1943 poco prima di rimanere ucciso nel tentativo di attraversare il fronte per raggiungere il Nord e unirsi alla Resistenza:

In realtà la guerra, ultima fase del fascismo trionfante, ha agito su di noi più profondamente di quanto risulti a prima vista. La guerra ha distolto materialmente gli uomini dalle loro abitudini, li ha costretti a prendere atto con le mani e con gli occhi dei pericoli che minacciano i presupposti di ogni vita individuale, li ha persuasi che non c'è possibilità di salvezza nella neutralità e nell'isolamento. [...] Soltanto la guerra ha risolto la situazione, travolgendo certi ostacoli, sgombrando il terreno da molti comodi ripari e mettendomi brutalmente a contatto con un mondo inconciliabile¹².

La chiave di lettura della guerra consente anche di far emergere, per esempio, il ruolo della Chiesa cattolica come riferimento umano e morale nel vuoto determinatosi dalla caduta del fascismo e dalla perdita di autorità della monarchia. Un ruolo, quello acquisito allora dalla Chiesa, che attribuì a essa un'influenza decisiva nella transizione alla democrazia creando una connessione che, come ha scritto Scoppola riprendendo le parole di Tocqueville, produce l'«istituzionalizzazione della democrazia nel mondo cristiano» nella Costituzione repubblicana¹³.

¹¹ Cfr. G. CRAINZ, *L'ombra della guerra. Il 1945, l'Italia*, Roma 2007.

¹² G. PINTOR, *Per mio fratello, Napoli 28 novembre 1943*, in ID., *Il sangue d'Europa*, Torino 1950, 246.

¹³ P. SCOPPOLA, *Momenti e aspetti della riflessione storiografica*, cit., 16.

Lo snodo cruciale della guerra è inoltre uno dei principali ambiti in cui si può istituire, al di là dell'evidenza, il nesso tra le vicende nazionali e quelle internazionali. Come è noto, la collocazione internazionale dell'Italia ha influenzato in modo determinante il processo della transizione concorrendo a determinare la natura e la caratteristica della sua democrazia. Dall'esperienza della guerra e delle resistenze erano scaturiti i tre cardini di sviluppo della democrazia europea all'interno della quale si colloca il momento costituente italiano. In primo luogo il ripensamento del liberalismo, nelle sue varie forme, come fondamento del costituzionalismo europeo che investì i partiti della sinistra, comunisti compresi, e quelli "cristiani" in Italia e Germania, in un difficile processo di allontanamento dai loro tradizionali riferimenti ideologici. In secondo luogo lo schema dualistico del dibattito politico basato sul confronto fra fascismo e antifascismo e sul riconoscimento dei partiti come strumenti di canalizzazione del consenso nella costruzione della nuova sfera politica. Infine, l'introduzione a livello di "sistema costituzionale" di un "diritto al benessere" come fondamento della nuova cittadinanza¹⁴. Solo le immani sofferenze della guerra consentirono di proporre un patto, appunto il diritto al benessere, che rilanciava sorprendentemente la stessa forma politica dello Stato-nazione per altri versi totalmente compromessa.

In altri termini, la guerra, in Italia come nel resto d'Europa, si trasforma in una cultura della vita contro una cultura della morte, in quella cultura del rispetto della persona che nasceva dal comune rigetto del totalitarismo. La Costituzione e la Repubblica, come ha scritto Scoppola, rappresentano «la risposta a una domanda vitale che nasceva dalla tragedia della guerra»¹⁵.

Ricordo infine come lo scenario quotidiano della condizione di guerra e insieme il ritorno alla vita vedano protagoniste in primo luogo le donne, le quali svolsero un ruolo decisivo nei momenti di gestione e di uscita dal trauma collettivo.

4. *Transizione e Resistenza*

Se la chiave *transizionale*, così interpretata e da me proposta in forma di spunti, consente di fare emergere la profondità e la realtà dei

¹⁴ Cfr. Cfr. P. POMBENI, *La transizione politica nell'Europa postbellica*, in G. MONINA (a cura di), *1945-1946. Le origini della Repubblica*, vol. I, cit., 61-87.

¹⁵ P. SCOPPOLA, *Momenti e aspetti della riflessione storiografica*, cit., 12.

processi storici, nondimeno, tendendo a neutralizzare la dimensione dei valori, può prestare il fianco a operazioni di relativizzazione politica e culturale di cui rischia di fare le spese, ancor più che la Costituzione, il ruolo della Resistenza. Si tratta, però, di operazioni strumentali che tradiscono la stessa natura della categoria storiografica e che sono talvolta frutto di una reazione all'eccesso di retorica che ha collocato il ruolo della Resistenza prevalentemente all'interno di una visione morale astratta. Come ha insegnato Claudio Pavone, con il suo *Una guerra civile*, la moralità nella Resistenza si deve storicamente rintracciare nei concreti comportamenti dei suoi protagonisti¹⁶. Scrive Pavone ricordando la genesi del suo libro: «la cultura e la moralità dei protagonisti mi apparvero un ponte indispensabile per collegare le intenzioni agli esiti, i programmi anche più grandiosi e poco precisati alle loro ricadute istituzionali»¹⁷. Attraverso questa chiave, che si traduce, in altri termini, nell'inedito protagonismo dei cittadini nella vita pubblica nazionale, risulta allora credibile riconoscere alla Resistenza il carattere di “momento costituente” nella transizione, come momento di formazione di uno spirito costituente e come emersione delle questioni più rilevanti per il futuro del paese: la restaurazione della libertà e dei diritti; la centralità del lavoro e dei lavoratori nella concezione della democrazia e nell'organizzazione dello Stato; l'idea di una diffusione paritaria dei poteri attraverso il decentramento e il sistema delle autonomie; l'importanza dei legami sociali e la prospettiva di una democrazia integrale. Dunque il legame tra il riconoscimento dei diritti e le condizioni per la loro effettività che nella carta costituzionale si incorpora in modo particolare nell'articolo 3 Capoverso che, non a caso, il suo principale ispiratore, Lelio Basso, considerava la «principale contraddizione della Costituzione»: un paradosso con cui il padre costituente segnalava come la sua completa attuazione avrebbe comportato il superamento di quello stesso sistema costituzionale evidenziando così le logiche contraddittorie della concreta evoluzione storico-sociale¹⁸. Ovvero, la concreta vita (materiale e morale) delle italiane e degli italiani che oggi è alla base

¹⁶ C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità nella Resistenza*, Torino 1991.

¹⁷ C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino 1995, VIII.

¹⁸ L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, *Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze 1969, 10-36.

della sollecitazione di nuove domande di conoscenza del passato e di un diverso approccio all'analisi degli stessi caratteri fondativi della Repubblica.

5. *Conclusioni*

Naturalmente si potrebbero proporre molti altri aspetti della transizione, a partire dalla combinazione della fragile religione civile repubblicana dello Stato con le forti religioni politiche dei partiti che ha contribuito a negare all'Italia un vero patriottismo costituzionale, così come l'assenza del weberiano «prestigio della legittimità» che ha indebolito il progetto di pedagogia democratica da parte dello Stato, la costituzione di un idioma politico condiviso e di una memoria comune a cui ancorare il nuovo sistema politico. Gli studi storici hanno imboccato una strada proficua nella direzione di una più profonda e articolata storicizzazione della transizione alla democrazia repubblicana riconducendo gli eventi entro le coordinate di senso del loro tempo e ricollocando proprio quei valori fondativi all'interno dei fermenti reali della società italiana dell'epoca. Una democrazia vitale ha il dovere e l'esigenza di coltivare la memoria collettiva delle proprie origini, ma deve farlo senza omettere e rimuovere le sue parti più controverse. Ogni rimozione è all'origine di un mancato processo di elaborazione della propria storia e della propria identità e rappresenta un grave limite per la convivenza democratica e per il riconoscimento di un sentimento di reciproca appartenenza.

La Costituzione è stata ed è la grande occasione nel percorso del nostro Paese verso il compimento della democrazia, un percorso che all'epoca fu interrotto o fortemente ostacolato dal sopraggiungere della Guerra fredda. Mariuccia Salvati si è domandata opportunamente se ci sia stato un tempo sufficiente per la transizione o se si sia chiusa troppo rapidamente una parentesi di autoriflessione per il popolo italiano e sia subentrato più che l'oblio, la rimozione¹⁹. La transizione non ha avuto il tempo di compiersi allora ed è rimasta per molti versi incompiuta ancora oggi.

¹⁹ M. SALVATI, *Passaggi: italiani dal fascismo alla Repubblica*, Roma 2016.

Andrea Zanotti

LE AUTONOMIE
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO*

SOMMARIO: 1. Anfibologia del titolo e libertà di interpretazione: l'autonomia del privato dal pubblico. – 2. L'accezione di autonomia nella percezione del giuspubblicista: l'autonomia di gestione della pubblica amministrazione. – 3. Segue: le autonomie locali e l'attuazione del decentramento. – 4. Due movimenti speculari e contrari: il pubblico verso il privato e il privato che insegue fini di pubblica utilità. – 5. Fabio Roversi Monaco teorico del diritto e uomo d'azione: due tempi. – 6. Autonomia dell'Università e autonomie affettive: uomini e istituzioni.

1. *Anfibologia del titolo e libertà di interpretazione: l'autonomia del privato dal pubblico*

Il termine autonomia – ed a maggior ragione il suo plurale, autonomie – evoca, nell'interprete del diritto, una poliedricità potenzialmente assai vasta di interpretazioni: rappresenta, questo lemma, una sorta di incrocio dal quale si dipartono molte strade. Una delle possibili, forse la prima, è quella che conduce alla radice della grande partizione pubblico-privato che contraddistingue tutti gli ordinamenti. E, da cultore di diritto canonico, tengo a dire che forse in nessun altro ordine giuridico la composizione tra pubblico e privato ha trovato un'interazione più armonica e feconda. Radicando la sua radice metagiuridica nell'idea stessa di natura interpretata come emanazione di Dio, ogni persona, in quell'ordinamento, acquista significato per sé, trovando però collocazione, senza contraddizione e riducendo il molteplice ad unità, dentro ad un ordinamento per sua stessa natura, giuspubblico. In questa dialettica trovava

* Relazione al Convegno SPISA del 14 dicembre 2018: “Le autonomie nell'ordinamento giuridico, Riflessioni e dibattito sulla situazione attuale e sulle prospettive Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco”.

spazio, nella seconda metà degli anni Sessanta del secolo appena trascorso, il dibattito, interno alla scienza canonistica, riguardante la definitiva collocazione sistematica dell'ordinamento giuridico della Chiesa: se esso, cioè, potesse essere tragguardato come un ordinamento tutto a base privatistica (stante il fatto che la salvezza dell'anima – fine ultimo e non derivato dell'ordinamento, ciò che gli assicura originarietà e primarietà – rappresenta, prima di ogni altra cosa, un supremo interesse individuale, privato, come sosteneva Pietro Agostino D'Avack¹); o dovesse essere viceversa classificato come un ordinamento eminentemente pubblicistico (vista la vocazione sociale della Chiesa e la valenza pubblica sia del peccato che della grazia), come perorava Pio Fedele². Certo questo equilibrio tra pubblico e privato ha poggiato la sua dogmatica (non meno che la sua evoluzione legislativa e le conseguenti applicazioni giurisprudenziali) su norme metagiuridiche fondate nella rivelazione divina: norme d'altronde per lungo tempo condivise anche in ambito secolare, se è vero che gli Stati moderni, al loro esordio, si definiranno come monarchie assolute nella convinzione di derivare la loro sovranità ancora e residualmente da Dio: come pensavano, ad esempio, Bodin e Althusius³. Ma è probabilmente con Hobbes e la sua concezione dello Stato come Leviatano che si afferma, sia pure embrionalmente, la partizione tra pubblico e privato così come noi oggi ancora la intendiamo: affidando il compito, al diritto pubblico, di tenere entro i confini della legalità l'esercizio di un potere sovrano sin lì indiscriminato; e, al diritto privato, di scandire l'ordine in quelle attività che prescindono, nel loro dispiegarsi, da quei poteri e prerogative tipiche dello Stato⁴. La coesione tra queste due partizioni, entro le quali si snoda la vita civile, si incrinerà in quella concezione dello Stato etico hegeliano nel quale il diritto pubblico assorbirà ogni individualità e che conoscerà un capovolgimento completo ed estremo nell'inverarsi dei totalitarismi. La ripresa democratica recupererà la statica architettonica precedente che il diritto aveva fondato sui due pilastri, ben distinti, caratterizzanti e, appunto, autonomi, del diritto pubblico e del diritto privato.

¹ P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1980.

² P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962.

³ Cfr. G.H. SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, Milano 1974, 304 e ss.; O. VON GIERKE, *Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino 1974, 46 e ss. e, più in generale, A. MARONGIU, *Storia del diritto pubblico*, Milano 1956; L. D'AVACK, *La ragione dei Re*, Milano 1974.

⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino 1989, 27 e ss., *passim*; A. ZANOTTI, *La dissoluzione della distinzione tra pubblico e privato e la difficile sopravvivenza del sacro*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino, 2014, 1285-1295.

2. L'accezione di autonomia nella percezione del giuspubblicista: l'autonomia di gestione della pubblica amministrazione

Se riguardiamo invece al termine autonomie, cornice e quadro del nostro stare insieme, con gli occhiali del giuspubblicista, ci accorgiamo che tra i temi probabilmente più impellenti nell'appropinquarsi degli anni Settanta del Novecento, vi erano quelli costituiti dall'autonomia di gestione della Pubblica Amministrazione e dalle autonomie locali. La valenza del primo tema aveva evidentemente molto a che fare con una economia che aveva ripreso slancio negli anni immediatamente seguiti alla fine del secondo conflitto mondiale, ma che stava assumendo dinamiche tali da non poter più essere costrette, in una prospettiva di breve e medio termine, dentro un sistema a coordinate fisse: una sorta di gabbia che separava in maniera netta il confine tra pubblico e del privato. Esplorare dunque quei confini cercando di renderli più elastici: questo il compito che batteva alle porte della dottrina più attenta; tentando – pur facendo salvo il ruolo di garante dello Stato e ben sapendo i limiti posti dall'agire della pubblica amministrazione – di rendere l'operare delle istituzioni pubbliche più efficiente e consapevole nel rispondere alle aspettative crescenti di sviluppo economico e civile.

È in questo contesto – datato alla fine degli anni Sessanta, e più precisamente nel 1967 – che vede la luce il lavoro sugli enti di gestione cui Roversi Monaco dedica un'attenzione peculiare, cogliendone la strategicità. E se è vero che la natura pubblica o privata di un ente è da ricondursi alla volontà del legislatore, si comincia, in quelle pagine, a ragionare intorno alla natura pubblica di un ente a prescindere dal *nomen iuris*⁵. Nell'eventuale impossibilità di ricondurre entro le maglie definitorie strette del diritto privato la natura di un ente, si propone di metterne in primo piano non l'inquadramento rispetto ad un modello, ma la strumentalità di cui esso si fa interprete nel sviluppare la propria azione in vista di uno scopo pubblico⁶. La qualificazione che ne consegue degli enti di gestione come enti pubblici strumentali, per quanto naturalmente soggetti a limiti e a controlli, apre alla concezione, tracciata nel proseguio, degli enti di gestione come impresa e come *holding*⁷. Per questa via e in maniera del tutto innovativa, si comincia a concepire e sperimentare l'applicazione di

⁵ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura – Funzioni – Limiti*, Milano 1967, 4 e ss.

⁶ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, cit., 18 e ss.

⁷ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, cit., 191 e ss.

categorie e di strumenti privatistici al processare della pubblica amministrazione, cercando di censire il ventaglio delle attività praticate dagli enti di gestione e di verificare, nelle pagine che congedano il volume, se e in quali termini si possa sostenere la capacità di diritto privato di tali enti e quali siano i limiti espansivi di tale assimilazione⁸.

Ma se questo contributo si caratterizza per la sua propensione euristica e la sperimentazione accademica del suo procedere, in due lavori successivi compare, viceversa, una raggiunta e piena consapevolezza del quadro in cui l'autonomia della attività economica pubblica si deve spiegare.

Nel primo si manifesta la necessità di superare la dicotomia – pur preservandone la sfera di indipendenza – diritto pubblico/diritto privato ereditata dalla statica architettonica tracciata dal tardo Ottocento: “*I principi del liberalismo e del liberalismo economico* – afferma Roversi – *dominavano la disciplina giuridica della attività economica che aveva nel codice di commercio il proprio testo fondamentale. Tuttavia, fu proprio durante il lungo e complicato corso del esperimento politico del regime fascista che si è avuto in Italia il progressivo affermarsi dell'intervento economico di Stato e della attività imprenditoriale pubblica, destinato successivamente a trovare supporto normativo nel codice civile prima e nella Costituzione poi*”⁹. D'altra parte, non era solo il dato emergente per il quale l'impresa pubblica stava assumendo un ruolo di maggiore rilevanza nella costituzione economica dello Stato a spingere in questa direzione: ma altresì il bisogno di “inventare” e varare strutture imprenditoriali pubbliche che non si qualificassero come suppletive di imprese private, ma di strutture parimenti pubbliche che avevano dato prova di obsolescenza e cattivo funzionamento¹⁰. Più in generale, il grande tema da affrontare era quello della *ri*-definizione e costruzione del raccordo necessario tra costituzione politica e costituzione economica: tema che non poteva essere confinato entro il recinto della sola impresa pubblica (in giustapposizione a quella privata), ma doveva investire tutti gli organismi pubblici di intervento nell'economia¹¹. È questo il transito del quale sembra farsi carico Fabio Roversi Monaco in questo lavoro che passa a considerare il quando e il

⁸ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, cit., 405-412.

⁹ F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, vol. I, *La Costituzione Economica*, Padova 1977, 385-481, qui 397.

¹⁰ F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, cit., 388.

¹¹ F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, cit., 410-3 ss.

come della nascita e dello sviluppo delle imprese pubbliche, la loro possibile casistica e tipologia, il difficile crinale sul quale è chiamato ad agire un ente pubblico imprenditore: sospeso tra finalità pubblica e necessità di profitto, tra vocazione sociale e rischio d'impresa. Era una frontiera nuova, quella che veniva indicata: nella quale tutta una generazione di amministrativisti si trova ad esprimere il proprio talento; ed i nomi che costellano i riferimenti di dottrina delle pagine citate – tra gli altri quelli di Cassese, Sandulli, Giannini, Ottaviano, Merusi, solo per citarne alcuni – ne sono la dimostrazione più evidente. Ma, ulteriormente, i due contributi di Fabio Roversi Monaco qui presi in esame costituiscono i capitoli nono e decimo del I Volume del Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, che titola “*La costituzione economica*” e che si pone come lo sforzo condiviso di una schiera di giuristi – tra i quali spiccano, in una proiezione di interdisciplinarietà anticipatrice e sorprendente, i nomi di Giuliano Amato, Francesco Galgano, Umberto Romagnoli – vocati alla ricerca di nuovi possibili assetti tra il pulsare di un'economia incalzata dall'innovazione tecnologica ed una tutela degli assetti e delle autonomie sin lì delineati dall'ordinamento giuridico. Ordinamento che aveva bisogno dell'intervento e non della latitanza del legislatore: ancora con Roversi Monaco: “... *l'ente pubblico non è del tutto assimilabile al privato imprenditore; la sua volontà non è altrettanto libera, né nel suo processo di formazione, né nel suo possibile contenuto. O esiste una normazione di specie...o questa disciplina non esiste ed allora dovrà farsi riferimento alla nozione di impresa che conosciamo*”¹². Allo stesso Parlamento legislatore al quale si faceva appello, spettavano anche la attività di controllo sulle più rilevanti imprese pubbliche. Di questo problema si occupa il secondo contributo che sostanzia il capitolo decimo del citato volume I del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Esso è tutto incentrato sui margini di autonomia delle imprese pubbliche: strette tra il potere dello Stato, a monte, di nominare i componenti della dirigenza e di fornire linee direttive alla loro azione; e, a valle, di sottoporle al controllo della Corte dei Conti. Ed anche se al tempo storico in cui lo scritto si colloca, il 1977, il dibattito investiva soprattutto il settore delle partecipazioni statali, certamente esso metteva in rilievo come da più parti si proponesse con crescente convinzione l'attribuzione al Parlamento di maggiori e signi-

¹² F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, cit., 469.

ficativi poteri di indirizzo e di controllo nei confronti degli enti pubblici imprenditori¹³.

Era l'immagine di un'Italia e di uno Stato che stavano cambiando pelle, quella che emergeva dal pensiero che maturava in quella stagione della scienza amministrativistica: una realtà dove nuovi modi di interpretare le autonomie classicamente intese tra pubblico e privato erano strumentali al tentativo di dare corpo ad un ordinamento più flessibile, maggiormente in grado di assorbire i cambiamenti trainati da un'accelerazione che si faceva ormai geometrica della storia; più sensibile alla necessità di essere vicino ai bisogni dei singoli e delle singole comunità di cui si nutriva un'unità nazionale raggiunta ma mai, sino in fondo, conquistata.

3. *Segue: le autonomie locali e l'attuazione del decentramento*

Una delle ragioni di questa parzialità risiedeva nella mancata attuazione del decentramento amministrativo, pur previsto nel Titolo V dal Costituente del 1948 ma attuato con l'attivazione delle Regioni solo nel 1970. Motivi politici e culturali ostavano al varo immediato di quella previsione: non ultimo quello derivante dall'alto grado di probabilità dell'inverarsi – in caso di elezioni amministrative – di giunte a maggioranza comunista in alcune regioni chiave del sistema italiano. E in un contesto ancora post-bellico dominato dalla divisione del mondo tra Est ed Ovest, questa eventualità – in un paese chiave e strategico dell'alleanza atlantica – era in qualche modo da evitarsi. Ma le dinamiche sociali e politiche endogene portarono comunque a dare priorità a questa tema nell'agenda politica che ha avviato, in un lungo processo diacronico che conoscerà il suo punto apicale nel pacchetto di leggi c.d. Bassanini approvate tra il 1997 e il 1999, il processo di regionalizzazione.

Ed è a queste latitudini che si pone il secondo tema accennato in apertura: di quali siano, cioè, i contenuti di una possibile autonomia agli occhi del giurista. E su una prima questione, tutt'altro che secondaria, Fabio Roversi Monaco impegna subito le proprie capacità: la delegazione amministrativa, nel quadro di un costituendo ordinamento regionale. Il cuore di questa monografia pulsa proprio intorno alla domanda di quale sia la natura della delegazione amministrativa, e dove essa si radichi. La

¹³ F.A. ROVERSI MONACO, *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, Vol. I, *La Costituzione Economica*, Padova 1977, 483-509, qui, 505 e ss.

questione era allora evidentemente dirimente, cambiando totalmente la prospettiva a seconda che si qualificasse la delegazione come plesso di funzioni trasferito dallo Stato agli enti locali per una opzione di mera opportunità o si risolvesse invece in una espressione diretta della capacità di imperio dell'ente minore in virtù di un decentramento vero e proprio di competenze. Su questa direttrice il congedo consumato rispetto al passato statalista è netto, definitivo e perentorio: e si spinge fino a dichiarare la *"Inadeguatezza della dottrina tradizionale. La delegazione amministrativa comporta un trasferimento pieno di competenze"*¹⁴. Soluzione dalla quale discendono poi, inevitabilmente, conseguenze importanti e basilari nella costruzione di un ordinamento regionale fondato su di un'autonomia definita e chiara, armonico e consapevole. Né queste conclusioni, adombrate dall'Autore, nascono isolate come frutto di semplice progettualità scientifica: esse nascono su di un terreno arato da riflessioni ampie e feconde; originano dal tratteggio dei profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa¹⁵. Questa monografia, assai ampia e ragionata, conosce – prima di condensare in un portato tecnico volto a definire la tipologia, gli ambiti ed i confini dell'ormai inverata autonomia regionale – un giro d'orizzonte di profondo respiro, nel quale inscrivere con esattezza di contorni le nozioni derivate e distillate da una lunga elaborazione del sapere giuridico. La distinzione tra decentramento e federalismo, prima di tutto¹⁶: nozioni spesso mal intese se non sovrapposte nel dibattito di quagli anni; confusione, questa, densa di equivoci che hanno condizionato in maniera non secondaria lo sviluppo politico non meno che il dibattito giuridico-istituzionale degli anni successivi. Anche l'autonomia delle parole diventa qui fondamentale: e vengono usate per chiarire come il decentramento consista in una modalità di organizzazione dello stato, che può innervarne sia una concezione unitaria sia una visione federale. Non esistono, in buona sostanza, che differenziazioni di diversi gradi di decentramento; si tratta soltanto, sostiene Fabio Roversi Monaco, *"di diverse categorie logico-teoriche con le quali si designano le diverse modalità dell'equilibrio realizzantesi tra accentramento e decentra-*

¹⁴ F.A. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Milano, 1970, 43

¹⁵ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova 1970.

¹⁶ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, cit., 26 e ss.

mento”¹⁷. Il rapporto tra democrazia e decentramento, poi¹⁸: stante la generalizzata duplice opinione che esista, da un lato, una incompatibilità tra una concezione risalente dello stato e un frazionamento della sovranità e, dall’altro, l’idea – riconducibile niente meno che a Kelsen¹⁹ – secondo la quale lo sviluppo del decentramento è consistito principalmente nello sviluppo delle autonomie locali, mezzo con il quale perseguire anche obiettivi di democratizzazione. Questa impostazione finiva per condurre ad una sorta di polarizzazione dei valori: dove al polo positivo (e generalmente apprezzato) veniva collocato il decentramento, portatore di libertà individuale e autogoverno democratico; e al polo negativo (osteggiato nell’opinione comune) l’accentramento, strumento di autocrazie e totalitarismi²⁰. In verità, come bene coglie Roversi Monaco, questa endiadi decentramento-democraticità non presenta le stimmate dell’automatismo e dell’indissolubilità. La giusta autonomia cui si deve ispirare il rapporto centro-periferia deve far risaltare, piuttosto, il portato valoriale e non ideologico del decentramento²¹: che è da rinvenirsi nei concetti di partecipazione e pluralismo. Non vi è dubbio infatti, che “*Decentrare, in senso lato, significa moltiplicare i livelli decisionali, e quindi significa rendere più figure soggettive partecipi alle decisioni. Ma la nozione di democraticità postula qualche cosa di più: per questo è preferibile limitarsi ad affermare soltanto che il decentramento tende a porre in essere le condizioni per uno sviluppo della democrazia*”²². D’altra parte, il carattere pluralista della Costituzione “*si manifesta attraverso il riconoscimento del valore delle formazioni sociali, e fra queste delle comunità intermedie che concretano l’autonomia locale...*”²³. Questa pragmatica prudenza, sommata alla mancanza di enfasi retorica nell’affrontare il tema delle autonomie locali acquista oggi maggior valore considerando, a distanza di tempo, come il decentramento italiano abbia conosciu-

¹⁷ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, cit., 29

¹⁸ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, cit., 44 e ss.

¹⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1959, 316.

²⁰ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, cit., 47-48.

²¹ F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, cit., 52-53.

²² F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, cit., 58.

²³ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli statuti regionali. Commento allo Statuto della Regione Emilia-Romagna*, Milano 1972, 10-11.

to luci ed ombre, spesso riverberando in periferia le magagne di una democrazia malata quando non anche l'incapacità morale e tecnica di molta parte della classe dirigente. Né, d'altra parte, questo atteggiamento ha impedito a Fabio Roversi Monaco di occuparsi a fondo del tema delle autonomie e di qualificarsi come uno dei punti di riferimento nella teoria e nella pratica dell'incipiente processo di decentramento, come dimostra la pubblicazione del Commento allo Statuto della Regione Emilia-Romagna che data al 1972²⁴. E, con lui, è tutta una scuola cresciuta intorno alla sua figura ad orientare i propri interessi scientifici ed operativi verso il tema delle autonomie: e la stessa SPISA diviene, su questa scia, un punto non eludibile nello studio delle autonomie. Luogo ancor più prezioso oggi, in vista di una possibile rivisitazione e differenziazione degli statuti regionali, chiamati a interpretare la diversità e le caratterizzazioni dei singoli territori, in un'Europa in forte movimento, che sembra tornare, tra fughe in avanti e nostalgie impossibili, ad una cartina geografica prenapoleonica. Un tempo, come quello presente, dove tutto viene rimesso in discussione e dove il termine autonomia, che sembrava avere acquisito una stabilità consolidata, sembra mostrare inedite facce della propria medaglia.

4. *Due movimenti speculari e contrari: il pubblico verso il privato e il privato che insegue fini di pubblica utilità*

Ed infatti, qualcosa di più e di diverso è intervenuto a partire dagli anni Novanta, periodo nel quale, se da un lato, pare avviato a conclusione nello Stato italiano, come abbiamo visto, il processo di autonomia regionale, dall'altro principia un movimento di civiltà complessivo volto a riportare sotto il dominio del diritto privato molte aree precedentemente presidiate dal diritto pubblico.

A questa spinta liberalizzatrice corrisponde una legislazione chiamata via via – almeno nelle intenzioni – a rendere più semplici e spedite procedure burocratiche svolte ora in ambito locale e non più nazionale: e, del pari, a demolire quell'apparato di controlli che inevitabilmente frenava il contributo di privati e l'incidenza di singoli o gruppi nell'esplicare il proprio apporto nel contesto economico e sociale.

L'affermazione di una tecnologia in grado di moltiplicare in maniera

²⁴ *Op. ult. cit.*

esponenziale il volano del proprio sviluppo interpreta dunque ben presto il ruolo di forza motrice, ed insieme di ago della bussola, di un quadro completamente nuovo di civiltà.

In questo contesto la velocità degli scambi e della circolazione delle immagini rappresenta uno degli elementi decisivi: e lo stesso rapporto tra centro e periferia, che pure aveva caratterizzato lo Stato moderno, tende a cambiare radicalmente di segno.

Se, infatti, i mezzi di cui gli uomini dispongono (per sé o per la collettività) hanno la stessa potenza e caratura sia nella capitale che in una lontana provincia, quale è il senso residuale per il quale la morfologia tradizionale degli Stati dovrebbe sopravvivere nel tempo presente?

Se l'economia non si sostanzia più nel movimento che tende ad accentrare in un luogo determinato per ridistribuire nei lembi periferici secondo le logiche di una meccanica ormai soppiantata dall'elettronica prodotta su scala multinazionale, per quali motivi dovrebbero resistere alla competizione, divenuta ormai globale, economie nazionali che incarnavano la forma e l'indipendenza degli Stati sovrani?

Su questo sfondo registriamo il progressivo scolorare delle ragioni statuali che di giorno in giorno conoscono il ritrarsi di una legislazione di senso ispirata al mondo ideale ed istituzionale sul quale l'ente nazione si radicava e cresceva.

Questa prospettiva, collegata con il proliferare di un sistema di fonti legislative ormai sovranazionale, contribuisce a denotare l'incipiente (ed ormai conclamata) crisi dello Stato ed indica, di prospettiva, il suo superamento²⁵.

Salta quindi, nell'età della tecnica, quell'equilibrio tra pubblico e privato che aveva trovato nei suoi fondamenti metagiuridici rivelati, per il diritto canonico, un punto di perfezione mirabile; e che aveva consentito per converso allo Stato di mutuare, pur nella sua autonomia dal sacro, quella composizione tra principio autoritativo e diritto soggettivo necessaria per poter costruire un contesto di civiltà degno del nome. Molte cose sembrano rifluire sotto il mantello – sempre più largo – del diritto internazionale privato: sorta di riedizione – secondo la felice intuizione di Francesco Galgano – della *lex mercatoria*. Un ritorno al privato, dun-

²⁵ Si vedano le riflessioni, in proposito, di L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari 1997; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; E. BALBONI, G. PASTORI, *Il governo regionale e locale*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico II. L'organizzazione costituzionale*, Bologna 1997; G. D'ANGELO, *Crisi dello Stato, riforme costituzionali, principio di sussidiarietà*, Roma 2005.

que: secondo un *Geist*, hegelianamente inteso, che tende a rimettere in discussione quell'idea di autonomia tra diritto pubblico e diritto privato dalla quale abbiamo preso le mosse. Qui, in qualche modo, i termini di quell'autonomia ci appaiono quasi capovolti: deregolando e digradando il pubblico verso il privato e facendosi sempre più spesso interprete, il privato, di intraprese volte alla pubblica utilità.

5. *Fabio Roversi Monaco teorico del diritto e uomo d'azione: due tempi*

La traiettoria del teorico del diritto Fabio Roversi Monaco e quella dell'uomo di d'azione e di governo, sembrano seguire ed interpretare questa parabola. E se i suoi contributi di dottrina, come abbiamo visto, sono stati in gran parte dedicati alle grandi questioni concernenti l'intervento pubblico nell'economia, le partecipazioni statali, il decentramento amministrativo, l'ordinamento regionale, la sua azione di gestione e governo – a partire dallo spirare del suo ultimo mandato rettorale – è tutta dedicata al settore privato (è stato Presidente ed è ancora vice-presidente di Banca IMI). Ma, meglio specificando, di quel settore del privato che va riorganizzandosi e ridefinendosi per perseguire obiettivi di pubblico interesse. In questa prospettiva acquista un significato preciso il suo essere stato Presidente della Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna tra il 2001 al 2013, e l'essere attualmente Presidente della Società Musei della Città di Bologna, società di capitale che gestisce e coordina il percorso artistico-museale *Genus Bononiae*. Fronti apparentemente diversi, se non, a prima vista, contraddittori: eppure invece, e a guardar bene, legati da un forte filo di coerenza secondo il quale i cambiamenti grandiosi dei quali siamo testimoni possono essere letti ed interpretati. Tutto l'asse della ricerca e della cultura, della formazione tende a spostarsi dal pubblico verso il privato, utilizzando e facendo per certi versi “esplosione” la figura giuridica delle fondazioni.

Cospirano in questa direzione una maggiore sensibilità al profilo della sussidiarietà che ha spostato progressivamente l'attenzione dall'ambito pubblico alle potenzialità di *welfare* offerte dall'apporto di esperienza, di capacità e di ricchezza da parte dei privati e di gruppi di interesse; ci si è poi accorti come in tema di innovazione il progresso passi spesso attraverso l'abitudine a concepire la ricerca (senza negare quella di base) in maniera sempre più prossima al trasferimento tecnologico; si è constatato infine che la cultura della valutazione (fondamentale nel cambio

di passo che la ricerca sta sperimentando) gode di un'attenzione privilegiata nel contesto di fondazioni di forte dinamicità e di risorse limitate rispetto al settore pubblico di riferimento. Abbandonati così i lidi del puro filantropismo, le fondazioni, anche nel contesto del nostro Paese, hanno assunto una nuova centralità e, con essa, nuove sfide. Ed è a queste latitudini che le strade del teorico del diritto e dell'uomo di azione istituzionale si incrociano nuovamente, come testimonia la curatela del volume, edito dalla *Bononia University Press* nel 2012, che raccoglie gli atti del XVIII Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di Diritto Amministrativo. Esso titola significativamente: *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* e annovera un contributo a firma Fabio Roversi Monaco e Andrea Maltoni volto a considerare il panorama italiano. Il nocciolo di quell'intervento, è racchiuso nei paragrafi 3 e 4 volti ad affermare, rispettivamente, *in primis* come l'applicabilità di distinte qualificazioni giuridiche agli enti fondazionali non comporti la 'sconfessione' della loro natura privatistica e, in seconda battuta, quale sia il transito che porta verso la sempre più frequente trasformazione di enti pubblici in fondazioni di diritto privato. L'attenzione è qui appuntata prevalentemente sulle fondazioni bancarie: ma si dà atto come questa dinamica abbia un carattere più generale e rappresenti un *trend* ormai consolidato. Cito testualmente: "*L'accresciuto ruolo assunto dalle fondazioni nell'ordinamento italiano sembra soprattutto da porre in relazione, per un verso, alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, per l'altro, alla tendenza legislativa, che, in vari settori, porta alla trasformazione di enti pubblici non economici in fondazioni di diritto privato. Con riguardo al primo profilo indicato, deve in particolare segnalarsi come la costituzionalizzazione di detto principio porti a considerare in modo diverso l'autonomia privata (il cui fondamento costituzionale è sancito dall'art. 2 Cost.) e la rilevanza 'collettiva' assunta delle organizzazioni sociali già rinvenibile nel medesimo articolo*²⁶". Laddove non può sfuggire come la cerniera che regge questi due periodi introduttivi sia rappresentata dal bisogno cogente di "considerare in modo diverso l'autonomia privata".

²⁶ F. ROVERSI MONACO, A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali in Italia*, in AA.VV., *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?*, Atti del XVIII Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di Diritto Amministrativo (a cura di Fabio Roversi Monaco, Marco Cammelli e Luciano Vandelli) Bologna 2012, 43-59, qui 43.

6. *Autonomia dell'Università e autonomie affettive: uomini e istituzioni*

Una parola ancora sull'accezione del termine "autonomia" riferita ad un'istituzione alla quale Fabio Roversi Monaco ha dedicato una parte relevantissima dei suoi pensieri, delle sue opere e della sua passione. Passione e divertimento che ho avuto la fortuna di condividere. Parlo naturalmente dell'Università e del periodo del suo impegno rettorale presso l'*Alma Mater* ricompreso dal 1985 al 2000. Il lavoro fatto nel corso del IX Centenario, in particolare, è stato, prima che fattualmente, concettualmente imponente. Il riposizionamento di questa istituzione nella centralità del dibattito sociale e politico di quegli anni è fatto evidente, che balza *ictu oculi*. Ne è testimonianza eloquente il turbinare di re e regine, papi e grandi della terra, politici, premi nobel, imprenditori pubblici e privati che hanno fatto corona alla festa per i nove secoli della nostra storia. Nell'incedere dei loro passi e dei loro discorsi il motivo dominante è stata la rilevanza e la riconosciuta imprensindibilità della ricerca e dell'insegnamento per il progredire della civiltà. La forza della narrazione sull'università, il suo mito che affonda le proprie radici non in una legge imperiale o in un bolla del pontefice, ma in un moto della coscienza – direbbe Benedetto Croce, *della storia che si fa*²⁷ – ha sortito l'effetto di far condividere e sottoscrivere ad ottocento università sorelle una *Magna Charta* fondativa, il cui fulcro è l'idea di autonomia dell'umano ricercare, l'indipendenza del pensiero²⁸. Ed è anche grazie alle dinamiche che da lì sin sono messe in moto che si è arrivati, nel 1989 ad una legge, la 168, sull'autonomia dell'Università. E questo è accaduto a Bologna: è sortito dalla nostra storia, dalla forza e dalla determinazione con la quale abbiamo saputo tornare all'origine di un discorso nostro da sempre²⁹. In questo senso possiamo ben dire, caro Fabio, che tu ci hai ridato una patria, se non perduta, certamente smarrita: ed è patria che oggi sta nella mani di Francesco Ubertini. Forza e determinazione; ma anche gioco e leggerezza, nel rivitalizzare l'utopia che stava celata in quell'idea, così

²⁷ B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Bari 1978, 51.

²⁸ Cfr. A. ZANOTTI, *IX Centenario, percorsi, fatti e prospettive*, Bologna 1990, 68-79.

²⁹ F.A. ROVERSI MONACO, *Ritrovare l'Università*, [Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico 1985/86], Bologna 1986, 5: "Oggi, dopo anni di silenzio, anni in cui l'intera classe accademica, come folgorata da un incredibile timore reverenziale, aveva accettato di far tacere le antiche solennità, siamo qui a riannodare il filo interrotto di una tradizione e ad annunciare l'umile, ma ben determinato proposito di tornare a camminare sulle orme dei nostri padri per uscire dalla crisi e ricostruire con voi un futuro degno del passato...".

come dei ragazzi avevano saputo trasformare la piccola via *Paal* in un mondo grande. È l'impronta e la caparbieta degli uomini ad innervare le istituzioni, ad animarle: e mi è grato ricordare qui il patrimonio di idee e dedizione donato in quegli anni all'*Alma Mater* da Giuseppe Caputo, il nostro Nemecek del IX Centenario, tanto per rimanere fedeli al paradigma di Molnàr. Sarebbe un altro aspetto affascinante da investigare quello dell'autonomia affettiva che nutre, con la linfa vitale della stima e dell'affetto, uomini e istituzioni. Mi limiterò invece, prendendo congedo, a ritornare alle parole, a riflettere sul mistero della loro genesi, della loro ascendenza etimologica, rendendomi conto solo ora che forse la fine doveva costituire l'inizio del mio discorrere: dal momento che la voce autonomia, autonomie rimanda ad αὐτός e νόμος, alla capacità, cioè, di porsi una regola, di seguire un ordine. Ed è questo orgoglio che si fa norma a renderci indipendenti, riconoscibili: sostanziando l'autonomia, le autonomie, l'esercizio più alto ed esigente della libertà.

LE LEGGI RAZZIALI
TRA ESECUZIONE AMMINISTRATIVA
E INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. La “persecuzione dei diritti”. – 2. “Legalità” e “banalità” del male. – 3. La macchina amministrativa esecutrice. – 4. L’ermeneutica riduttiva del Consiglio di Stato. – 5. Conclusioni.

1. *La “persecuzione dei diritti”*

È di oltre vent’anni, ormai, la più autorevole pronuncia giurisprudenziale sul *corpus* razziale, contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 17 luglio 1998¹. Il giudice delle leggi, volgendo lo sguardo alla legislazione fascista, dalla riconquistata democrazia, ha qui illuminato i contorni dell’ampia base normativa su cui s’innestò la discriminazione razziale, articolata in “un complesso di provvedimenti che hanno toccato i diversi settori della vita sociale: dalla scuola (regio decreto-legge 5 settembre 1938, n. 1390; regio decreto-legge 15 novembre 1938, n. 1779), all’esercizio delle professioni (legge 29 giugno 1939, n. 1054); dalla materia matrimoniale (regio decreto-legge 17 novembre 1938, n. 1728), a quella delle persone del nome e delle successioni (legge 13 luglio 1939, n. 1055); dall’interdizione all’esercizio di determinati

¹ La questione sottoposta alla Corte costituzionale, dalla Corte dei conti, riguardava l’art. 8 della legge 10 marzo 1955, n. 96, disciplinante la composizione della commissione esaminatrice delle domande dirette a conseguire i benefici previsti, a favore dei perseguitati politici antifascisti o razziali, e dei loro familiari superstiti, laddove prevedeva che la commissione fosse presieduta da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri e composta, oltre che da un rappresentante per ciascuno dei Ministeri competenti, da tre rappresentanti dell’Associazione nazionale perseguitati politici italiani antifascisti. Secondo la Corte dei conti, tale disposizione si sarebbe posta in contrasto con l’art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva che della ridetta commissione facesse parte anche un esponente della Comunità ebraica.

uffici, alle limitazioni in materia patrimoniale e nelle attività economiche (ancora il regio decreto-legge n. 1728 del 1938)". Per il giudice delle leggi, "in questo contesto normativo", la discriminazione razziale ha, quindi, assunto "caratteristiche peculiari, sia per la generalità e sistematicità dell'attività persecutoria, rivolta contro un'intera comunità di minoranza, sia per la determinazione dei destinatari, individuati come appartenenti alla razza ebraica secondo criteri legislativamente stabiliti (art. 8 del regio decreto-legge n. 1728 del 1938), sia per le finalità perseguite, del tutto peculiari e diverse da quelle che hanno caratterizzato gli atti di persecuzione politica". Ed infatti, "la legislazione antiebraica individua una comunità di minoranza, che colpisce con la "persecuzione dei diritti", sulla quale si innesterà, poi, la "persecuzione delle vite"², attuata con i rastrellamenti e le deportazioni, "cancellando l'ultima parvenza del diritto"³. La "persecuzione dei diritti", come ricordato dal Consiglio di Stato – ancor oggi, a distanza di ottant'anni, chiamato a decidere di singole risalenti vicende⁴ –, fu, invece, realizzata attraverso istituti, procedure e forme squisitamente giuridiche: coll'"applicazione di una norma di legge" (l'interpretazione giudiziale), ovvero coll'"adozione di un atto amministrativo" (l'esecuzione amministrativa)⁵, nel solco della "legalità" posta dallo Stato razzista, sulle tetre architetture di un diritto discriminatorio, sull'unico presupposto dell'"appartenenza alla razza ebraica"⁶,

² Sul passaggio, dalla fase di "persecuzione dei diritti" a quella di "persecuzione delle vite", cfr., altresì, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 8 giugno 2016, n. 6594, che si rifà a Corte conti, Sez. Un., 9/QM/1998.

³ Così, nell'ambito del più ampio studio dedicato all'amministrazione dello Stato fascista, G. MELIS, *La macchina imperfetta*, Bologna 2018, 563.

⁴ Di "discriminazioni nei confronti degli ebrei, lesive dei diritti fondamentali e della dignità della persona", per adoperare le parole di C. cost. n. 268/1998 cit.

⁵ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 12 ottobre 2018, n. 5896: "la *ratio legis* dell'attribuzione del beneficio [riconosciuto ai dipendenti civili dello Stato, *ex* combattenti e assimilati, dalla legge 24 maggio 1970, n. 336, ed esteso, dalla legge 8 luglio 1971, n. 541, "anche agli *ex* deportati ed agli *ex* perseguitati, sia politici che razziali, assimilati agli *ex* combattenti", ndr], infatti, riposa sulla necessità di compensare con attribuzioni economiche pregiudizi patiti da soggetti (cittadini italiani) per il fatto in sé di avere un'origine ebraica e rispetto ai quali il torto subito (fisico, economico o morale) è dipeso dall'applicazione di una norma di legge o dall'adozione di un atto amministrativo". In proposito, vedasi anche Cons. St., Sez. IV, 15 ottobre 2018, n. 5908.

⁶ Appartenenza desumibile dagli indici elencati dall'art. 8 del regio decreto legge 19 novembre 1938, n. 1728, in primo luogo la razza di entrambi o di uno dei genitori; nondimeno, come evidenziato da F. MESSINEO, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1944, 34, poiché anche per i genitori si dovrà "risalire alla qualità dei rispettivi genitori (o di un genitore), e così all'infinito – il criterio effettivo sarà dato in definitiva, o dal culto professato o dal portare determinati cognomi (i quali sono considerati come notoriamente

e “all’unico scopo di discriminare tra di loro gli individui”⁷.

2. “Legalità” e “banalità” del male

La “consistenza normativa”, di rilievo ordinamentale⁸, assunta dalla discriminazione degli ebrei e la “sistematicità dell’attività persecutoria”⁹ sono alla base dell’intrapreso ragionamento sull’esecuzione amministrativa e l’interpretazione giudiziale (da parte del Consiglio di Stato) delle leggi razziali; ragionamento che muove da suggestioni, ad un tempo, giuridiche e filosofiche, attorno ai poli della “legalità” e della “banalità” del male.

La “legalità del male”¹⁰ è “l’insufficienza drammatica della legalità”, del diritto positivo; quando la legge nega i diritti dell’uomo, allora, alla formale validità della legge deve contrapporsi la “vera legalità”, quella che affonda nei diritti di libertà, recentemente evocata dal Presidente del Consiglio di Stato Pajno¹¹ proprio in occasione dell’ottantesimo anniversario delle leggi razziali¹². Tornano, al proposito, alla mente le parole di Giovanni Miele, nel suo “manifesto metodologico”¹³, lo scritto sull’U-

indicativi di appartenenza alla razza ebraica), o dall’essere iscritto ad una comunità israelitica, o da altro modo di professare l’ebraismo”. Sul criterio del cognome portato, ai fini dell’implementazione amministrativa delle circolari del Ministro Bottai (Ministero Educazione Nazionale, circolari 9 agosto 1938, n. 12336; 12 agosto 1938, n. 12380; 24 agosto 1938, n. 12608, su cui A. CRISTALDI, *La legislazione scolastica razziale e l’antisemitismo amministrativo del Ministero dell’Educazione nazionale*, in *Le Carte e la Storia*, fasc. 2, 2001, 191 ss.), dirette a interdire il conferimento di incarichi d’insegnamento a docenti ebrei o l’adozione nelle scuole di libri di testo di autori di razza ebraica, cfr. G. RESTA, *I nomi ebraici e le leggi razziali: modelli a confronto*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Leggi razziali. Passato/Presente*, Roma 2015, 90.

⁷ Cons. St., Sez. IV, n. 5896/2018 cit.

⁸ Basti pensare che, dalla previsione del codice civile del 1865, secondo cui “ogni cittadino gode dei diritti civili”, si arrivò all’art. 1 del codice del 1942, entrato in vigore già nel 1939, per il quale “le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall’appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali”. In proposito, cfr. G. ALPA, 1938. *I giuristi italiani, il codice civile e le leggi razziali*, in *Rass. for.*, 2014, 3, 159 ss.

⁹ Si riprendono qui, ancora, le parole di Corte cost. n. 268/1998.

¹⁰ Rifacendosi a S. GENTILE, *La legalità del male. L’offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938 – 1945)*, Torino 2013.

¹¹ *La vera legalità: dal ’38 ad ottant’anni dall’emanazione delle leggi razziali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

¹² In merito, P. CARETTI, *A ottant’anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, in *Lo Stato*, n. 10 (2018), 31 ss.

¹³ Così A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009, 242.

manesimo giuridico, pubblicato sul finire della guerra, laddove s'invoca una "tecnica giuridica adoperata per la difesa di quelle esigenze morali dell'uomo", dei suoi diritti di libertà, aliena quindi dalla "concezione di un legislatore onnipotente, capace per un suo atto di volontà di annichilire quei diritti che sono parte integrante dell'ordinamento giuridico"¹⁴.

Hannah Arendt ci ha invece posto di fronte alla "banalità del male"¹⁵, ossia la sua amministrativizzazione, realizzata da insignificanti e spesso oscuri burocrati, attraverso minute prassi, circolari, atti d'indirizzo, nell'asettica applicazione della legge¹⁶.

Di fronte ad una legge che, tragicamente, appone il proprio sigillo di legalità formale sulla discriminazione razziale (la "legalità del male") e ad un'amministrazione zelante esecutrice del disegno legislativo (la "banalità del male"), si pone, infine, il giudice – il giudice amministrativo-giudice dell'amministrazione –, chiamato a interpretare il *corpus* razziale, nel decidere della legittimità degli atti amministrativi d'esecuzione.

Per comprendere il ruolo che ebbe il giudice amministrativo e definire gli spazi dell'ermeneutica giudiziaria sembra, però, doversi gettare lo sguardo, prima ancora che sulla statica delle leggi razziali (il monolitico *corpus* legislativo), sull'"aspetto dinamico della persecuzione"¹⁷, attuata attingendo al vario campionario tipologico degli atti amministrativi.

2. *La macchina amministrativa esecutrice*

Se sulle leggi razziali e sulla relativa interpretazione giurisdizionale molto si è scritto, più in ombra sembra essere rimasta "l'amministrazione delle leggi razziali", in grado di "trasforma(re) prescrizioni legislative che suscitano stupore e indignazione in una silenziosa, asettica, quasi inconsapevole prassi"¹⁸. L'amministrazione dello Stato fascista divenne, infatti,

¹⁴ Ora in *Scritti giuridici*, vol. II, 455. Cfr. anche, in questa prospettiva, N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 3 ss.: "il diritto non può essere mera tecnica se si radica nella storia".

¹⁵ H. ARENDT, *La banalità del male*, trad. it. P. Bernardini, Milano 1999.

¹⁶ Anche per Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, trad. it. M. Baldini, Bologna 2010, 150 ss., la burocratizzazione è stata condizione necessaria dell'olocausto.

¹⁷ In questi termini, S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 204, che si rifà a M. SARFATTI, *Il lavoro negato. Dati e spunti di riflessione sulla normativa antiebraica in Italia*, in *Quale storia*, aprile 1989, 34.

¹⁸ A. PAJNO, *op. ult. cit.*, 4.

una solerte ed efficace macchina applicativa del *corpus* razzista: una macchina “quasi perfetta”, nell’organizzazione e nell’azione¹⁹.

A livello organizzativo, furono creati enti ed istituti funzionali all’applicazione delle leggi razziali, come l’Ispettorato generale per la razza, alle dirette dipendenze del Duce; il Consiglio superiore per la demografia e la razza, con funzioni consultive; la famigerata Direzione Generale per la Demografia e la Razza cui spettava “lo studio e l’attuazione dei provvedimenti in materia razziale” (art. 2 regio decreto 5 settembre 1938, n. 1531)²⁰.

Quanto all’attività amministrativa, la persecuzione può essere colta nel suo “aspetto dinamico”²¹, nella sua asfissiante pervasività, leggendo qualcuna delle numerose circolari adottate dalla Direzione Generale per la Demografia e la Razza o dagli apparati del Ministero dell’Interno, davvero capaci di penetrare “sin nei più minuti recessi e anfratti dell’amministrazione”²². Come in una vicenda ferrarese, non priva di echi letterari²³: il prefetto di Ferrara si rivolse, infatti, alla Direzione Generale della Pubblica Sicurezza, lamentando che “una ricca famiglia ebraica di questo capoluogo è proprietaria di un campo da tennis che da qualche tempo viene giornalmente frequentato oltre che dagli israeliti anche da diversi ariani loro conoscenti”, concludendo con la richiesta “di non consentire agli ebrei di possedere campi e palestre private, o, quantomeno, di impedire che questi vengano utilizzati da persone che non siano congiunti del proprietario”; richiesta prontamente accolta dal Gabinetto del Ministro dell’Interno²⁴.

Una persecuzione, dunque, come si vede, attuata attraverso minu-

¹⁹ Per il resto, invece, come conclude G. MELIS, *op. ult. cit.*, 569, l’amministrazione fascista, “nonostante tutte le apparenze esteriori”, si rivelò “una macchina possente, pervasiva, ma al tempo stesso strutturalmente imperfetta”.

²⁰ Su queste disposizioni organizzative, cfr. P. CARETTI, *Il “corpus” delle leggi razziali*, in G. SPECIALE (a cura di), *op. ult. cit.*, 89 ss.

²¹ Così S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 358.

²² Cfr., ancora, S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 363; si veda, inoltre, E. D’AMICO, *Le circolari antiebraiche nella prassi e nello sviluppo della concezione fascista dello Stato*, in F. COLAO L. LACCHE’, C. STORTI, C. VALSECCHI (a cura di), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata 2011, 197 ss., nonché, in più ampia prospettiva, G. CIANFEROTTI, *Attività interna e norme interne, politica e amministrazione, forme di Stato e di governo*, ivi, 49 ss.

²³ Ci si riferisce al capolavoro di G. BASSANI, *Il giardino dei Finzi-Contini*, Torino 1962.

²⁴ Il documento è citato da S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 357.

ziosi divieti, contenuti in una serie di vari e diversificati provvedimenti amministrativi, spesso sollecitati dalle denunce di prefetti, amministratori locali, comuni cittadini, in grado di incidere sulla carne viva, già martoriata, dei cittadini ebrei.

Un ruolo rilevante nella dinamica della persecuzione ebbero, inoltre, i provvedimenti di tipo abilitativo, ad esempio le licenze per l'apertura di negozi, in grado di incidere profondamente nella vita economica dei cittadini ebrei. L'art. 9, ultimo comma, del regio decreto del 1938 stabiliva, difatti, che “negli atti relativi a concessioni o autorizzazioni della pubblica autorità” si dovesse fare riferimento all’“appartenenza alla razza ebraica”; la disposizione, quindi, di per sé, non negava la possibilità per gli ebrei di ottenere le previste autorizzazioni. Ma il ministero delle Corporazioni, con circolare n. 23774 dell'11 novembre 1938, stabiliva che “da parte dei Podestà e della apposite Commissioni Comunali per la disciplina del commercio non venissero accordate licenze per l'apertura di negozi a richiedenti di razza ebraica, né avessero luogo cessioni di aziende commerciali appartenenti alla razza predetta”²⁵. Una interpretazione amministrativa più rigorosa della stessa legge, dunque. In questa ottica, di zelante applicazione, soprattutto i prefetti²⁶ si prodigarono, pressoché in ogni ambito d'attività, nella richiesta di spiegazioni e chiarimenti, talora invocando l'applicazione analogica di divieti, come quando il prefetto di Grosseto pensò di chiedere lumi in merito alla circolare n. 57384/10, recante il divieto di rilasciare o rinnovare agli ebrei le licenze per porto d'armi, se, in particolare, fosse da “applicarsi criterio limitativo in analogia” alle patenti di guida²⁷.

Molte furono anche le revocche delle licenze di commercio; e ciò in applicazione, non delle speciali leggi razziali, bensì delle generali norme del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (regio decreto-legge 16 giugno 1931, n. 773) secondo cui le licenze potevano essere “revocate o sospese in qualsiasi momento, nel caso di abuso della persona autorizzata” (art. 10) la quale, a sua volta, era tenuta a “osservare le prescrizioni che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga di imporgli nel pubblico interesse” (art. 9). Interesse pubblico che si appare, qui, come categoria

²⁵ Cfr. S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 359.

²⁶ Sul punto cfr., ancora, S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 360.

²⁷ Si veda, al riguardo, il più volte citato G. GENTILE, *op. ult. cit.*, 361, il quale riporta il testo anche della relativa risposta della Direzione Generale della Pubblica Sicurezza per cui alla suddetta circolare “non può, quindi, essere data una interpretazione estensiva ed analogica” (nota 17).

in sé formale, astratta e irrelata²⁸, suscettibile, nell'eclissi dei principi-limitatori della discrezionalità (come l'imparzialità²⁹, antinamica rispetto alla discriminazione razziale), di specificarsi in una pluralità di provvedimenti amministrativi in vario modo compressivi (anche) delle libertà economiche. Di fronte a ciò il Consiglio di Stato non venne, comunque, mai meno al proprio ruolo di giudice dell'amministrazione: dopo aver precisato che il sopracitato art. 10 del decreto del 1938 non vietava la concessione agli ebrei di licenze di commercio, affermò, infatti, nella logica del sistema della giustizia amministrativa improntata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive incise dalla pubblica amministrazione, che "la pretesa incapacità di un cittadino straniero ebreo all'esercizio di un'attività commerciale non implica il difetto di capacità giuridica a proporre ricorso"³⁰.

Al diniego e alla revoca di licenze, autorizzazioni e concessioni, si aggiunsero, a comprimere ulteriormente l'iniziativa privata degli ebrei, la loro vita professionale e capacità reddituale, le ancor più subdole lungaggini burocratiche opposte al rilascio di semplici certificati richiesti dalla legge per svolgere determinate professioni, come il certificato dell'autorità di pubblica sicurezza di cui all'art. 8 della legge 29 giugno 1939, n. 1054 (attestante di non essere sottoposto alle misure previste dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) necessario per l'esercizio delle professioni di giornalista, medico-chirurgo, farmacista, veterinario, ostetrica, avvocato, procuratore, patrocinatore legale, esercente in economia e commercio, ragioniere, ingegnere, architetto, chimico, agronomo, geometra, perito agrario, perito industriale³¹.

Né fu consentito agli ebrei di svolgere la professione di professore universitario: l'amministrativizzazione delle leggi razziali operò, infatti, inesorabile, anche in quest'ambito, in un "quadro di desolante normalità"³² tra

²⁸ Definita da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 162, "sintesi logica alla quale non corrisponde veramente alcun concetto giuridicamente valido".

²⁹ Sulla funzione del principio di imparzialità (insieme al buon andamento) per la concretizzazione dell'astratto fine indicato dalla legge nell'interesse pubblico concreto, cfr., specialmente, E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1967, 1 ss.

³⁰ Cons. St., Sez. V, 19 giugno 1940, n. 401 (caso Werczler), in *Foro amm.*, 1940, I, 2, 227 (s.m.).

³¹ Cfr., ancora, S. GENTILE, *op. ult. cit.*, 363.

³² Così R. FINZI, *Leggi razziali e politica accademica: il caso di Bologna*, in A. DI MEO (a cura di), *Cultura ebraica e cultura scientifica in Italia*, Roma 1994, 167.

espulsioni e rapaci opportunismi³³. A Siena³⁴, come a Pisa³⁵ e a Firenze, dove il grande amministrativista Federico Cammeo³⁶ morì in solitudine in una fredda giornata di marzo: ricorda Giuseppe Morbidelli che “al suo funerale non c'erano né il gonfalone dell'Università né alcuna autorità; solo i parenti e quattro o cinque amici. Anche la sua fedelissima clientela di dipendenti pubblici (impiegati comunali, vigili urbani, maestri) si era voluta dimenticare di Lui”³⁷.

Allargando la prospettiva d'indagine, si può osservare, sulla scorta degli studi condotti da Sabino Cassese, come “la tecnica usata dal fascismo per disporre limitazioni della libertà aveva alcuni caratteri ricorrenti”, già ampiamente sperimentati nel primo decennio del regime fascista: si sottoponevano attività, prima libere, ad autorizzazioni o licenze ad alto contenuto discrezionale; si ampliavano i controlli in caso di attività ritenute in grado di turbare l'ordine pubblico; si sottraevano, quindi, tali provvedimenti al sindacato giurisdizionale, ammettendo soltanto i ricorsi gerarchici³⁸. Tale tecnica sembra essere stata seguita anche nell'applica-

³³ Di quanti andarono ad occupare le cattedre dei professori ebrei espulsi: su 896 l'unico a rifiutare la cattedra fu Massimo Bontempelli, la cui vicenda è stata di recente ricordata da G.A. STELLA, “*Soltanto Bontempelli disse no*”, in *Corriere della Sera* del 29 agosto 2018.

³⁴ Cfr. G. CIANFEROTTI, *Le leggi razziali e i rettori delle Università italiane (con una vicenda senese)*, in *Le Carte e la Storia*, fasc. 2, 2004, 15 ss.

³⁵ Cfr. G. TANTI, *L'applicazione delle leggi razziali a Pisa: il caso dell'Università*, in M. LUZZATI (a cura di), *Gli ebrei di Pisa (secoli IX-XX)*, Atti del convegno internazionale Pisa, 3-4 ottobre 1994, Pisa 1998, 381 ss.

³⁶ Sulla grandezza scientifica del giurista fiorentino, cfr. M.S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XII (1993), *Per Federico Cammeo*, Milano 1993, 7 ss.

³⁷ Cfr. G. MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XII (1993), *Per Federico Cammeo*, cit., 104, che si rifà alla testimonianza di P. CALAMANDREI, *Federico Cammeo. (Nel decennale della sua morte)*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1985, vol. X, 298. La “tristizia degli uomini”, come la chiama Morbidelli citando Cammeo (*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano 1911, 2), si tradusse in un isolamento umano e culturale: “Consulente della Santa Sede, principe del Foro, maestro indiscusso e venerato, Accademico d'Italia, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, tutto ad un tratto si trovò senza professione, senza cattedra, espulso dalle Accademie; non poteva frequentare neppure le biblioteche, non poteva più pubblicare. E tutti coloro che il giorno prima lo ossequiavano ora gli si allontanavano o incontrandolo facevano finta di non conoscerlo come fosse un appestato: è proprio il caso di dire, dal servo encomio al codardo oltraggio” (G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 101).

³⁸ Cfr. S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, 35 s.; dall'esclusione del sindacato giurisdizionale l'esimio Autore trae la conseguenza “che il regime temeva l'azione del Consiglio di Stato”. Su questi profili, cfr., *amplius, infra*, par. 3.

zione del *corpus* razziale, costituendo un “naturale plafond sul quale si poté inserire la legislazione razziale”, con “l’ampia discrezionalità da essa conferita all’autorità amministrativa”³⁹.

3. *L’ermeneutica riduttiva del Consiglio di Stato*

Il dilemma del giudice di fronte alle leggi razziali è stato esattamente colto, da ultimo, dal Presidente del Consiglio di Stato Pajno: “scegliere di essere la mera *bouche de la loi*” o “rifarsi ai principi generali dell’ordinamento liberale”⁴⁰.

È bene cominciare col dire, sulla scorta della più autorevole dottrina, che non ci fu, da parte dei giudici – né del resto avrebbe potuto esserci –, una “linea giurisprudenziale in contrasto con il regime”⁴¹, ma interpretazioni riduttive, in singoli casi, di norme, quali quelle del *corpus* razziale, considerate derogatorie o speciali in danno agli ebrei. Tutto avvenne, insomma, al riparo della “costruzione scientifica della pura tecnica”⁴². Vi fu, però, a differenza che nella Germania nazista, se non “resistenza”, almeno “esistenza” della giurisdizione, “non ridotta a mero simulacro come nello Stato nazista”⁴³. E non fu un risultato di poco conto, se si considera che i principi dello Stato liberale in tema di tutela giurisdizionale avrebbero potuto essere travolti fin dall’art. 26 del regio decreto- legge 17 novembre 1938, n. 1728, norma architrave del *corpus* razziale, che riservava “caso per caso”, la risoluzione delle “questioni relative all’applicazione” dello stesso regio decreto al “Ministro per l’Interno, sentiti i ministri eventualmente interessati, e previo parere di una Commissione da lui nominata”, stabilendo che tali decisioni non fossero sindacabili, né in sede amministrativa né giurisdizionale, istituendo in questo modo “quasi una giurisdizione speciale in capo al Ministro dell’interno”⁴⁴.

³⁹ Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 550 s., nota 352.

⁴⁰ A. PAJNO, *op. ult. cit.*, 7. In quest’ottica, cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *Le leggi razziali e i giudici: considerazioni sugli spazi dell’ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le Carte e la Storia*, fasc. 1, 2016, 108. Il dilemma si pose anche dinanzi a A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947, 18 s.: “ma vennero delle forme di persecuzione che giudicavo particolarmente odiose – alludo a quella razziale – e qualche nota ho scritto, per sostenere interpretazioni della legge che sapevo contro la *voluntas legis*, errate, cioè”.

⁴¹ G. MELIS, *op. ult. cit.*, 562.

⁴² Così A.C. JEMOLO, *op. ult. cit.*, 14 s.

⁴³ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 115.

⁴⁴ G. SPECIALE, *op. ult. cit.*, 209, il quale mette, efficacemente, in risalto l’incolmabile

Pur a fronte dell'orientamento della Corte dei conti, ispirato dallo "spirito politico" della legislazione razziale⁴⁵, e nonostante i tentativi del Governo⁴⁶, il Consiglio di Stato – il giudice più vicino all'amministrazione per sistema di nomina, ruolo e cultura⁴⁷ – e la Corte di Cassazione, anticipata dal più netto orientamento della Corte d'Appello di Torino, rivendicarono la competenza giurisdizionale⁴⁸, riservando, sulla scorta dell'autorevole opinione di Jemolo, al Ministro dell'Interno soltanto la decisione in merito a "chi sia ebreo"⁴⁹. Decisione che, in ogni caso, comportava, già di per sé, una automatica cancellazione di diritti, "sufficiente" per la "realizzazione degli intenti politici propostisi dal legislatore"⁵⁰: a quel punto alla magistratura non rimaneva, infatti, altro che "giudicare sul poco che restava, pur nell'ambito della certificata menomazione della capacità giuridica degli ebrei"⁵¹.

Le questioni interpretative sorte attorno all'art. 26 r.d. sembrano possedere un non trascurabile valore euristico, evidenziando, da un lato, il "preteso monopolio dell'amministrazione sulla giurisdizione" tipico dello Stato fascista⁵²; dall'altro, le resistenze di parte della giurisprudenza⁵³

distanza, in termini di tutela dei cittadini, tra l'art. 26 r.d. n. 1728/1938 e l'art. 113 della Costituzione repubblicana.

⁴⁵ Cfr. C. Conti, Sez. II, 1 marzo 1941, in *Foro it.*, 1941, III, 92, che si dichiarò incompetente, a favore del Ministero, facendo leva, appunto, sullo "spirito politico" della legislazione razziale.

⁴⁶ Cfr. la circolare n. 2647 del 29 dicembre 1941 dell'Ufficio III della Direzione generale degli Affari Penali del Ministero di Grazia e Giustizia, dove si pretendeva che "le dipendenti autorità giudiziarie prima di emettere provvedimenti che dipendono dalla decisione di questioni razziali prospettino tali questioni a questo ministero il quale avrà cura di richiedere le opportune determinazioni da parte del ministero dell'Interno o di far conoscere le decisioni adottate in casi analoghi".

⁴⁷ Sull'importanza della cultura del giudice (amministrativo), sia consentito rinviare a S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in D. SORACE, L. FERRARA, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. VII, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di G.D. Comperti, Firenze 2016, 135 ss.

⁴⁸ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 1942, in *Foro it.*, 1942, III, 194; Cons. St., Sez. IV, 28 luglio 1943, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, 411. Nell'ambito della giurisdizione civile, prima ancora di Cass., Sez. Un., 17 marzo 1943, si veda Corte Appello Torino, 5 maggio 1939; come nota A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 111, la Corte d'Appello di Torino fornì interpretazioni riduttive, "ai limiti della disapplicazione", delle leggi razziali.

⁴⁹ Cfr. la nota critica nei confronti di C. Conti 1 marzo 1941 cit., *Su una pretesa privazione di giurisdizione*, in *Riv. giur. amm.*, III, 93 ss.

⁵⁰ Così Cons. St., Sez. V, 11 luglio 1941, n. 461 (caso Falco), in *Foro it.*, III, 249.

⁵¹ Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 560.

⁵² Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 561.

⁵³ Soprattutto della la magistratura torinese e del Consiglio di Stato: cfr., in partico-

a riconoscere alla legislazione razziale la configurazione di “un micro-sistema autonomo interno all’ordinamento e portatore di principi propri”; sicché alcuni giudici, come il Consiglio di Stato, ne “ammettono il valore eccezionale” ma “negano il valore rivoluzionario”, “in modo da non sconvolgere del tutto le complesse e astratte architetture dell’ordinamento”, ereditate dallo Stato liberale⁵⁴. È, in quest’ottica, che i giudici di Palazzo Spada non riconoscono alla legislazione razziale il rango di legge costituzionale (“è erroneo attribuire carattere costituzionale al decreto-legge sulla razza 17 novembre 1938 n. 1728 non essendo una legge formale”), riducendo la Dichiarazione sulla razza del 6 ottobre 1938 emessa dal Gran Consiglio del Fascismo ad atto avente mero “valore di principio, proveniente dal più alto consesso costituzionale, invocabile nei casi dubbi ed in mancanza di norme di diritto positivo”⁵⁵. I giudici amministrativi tendono, quindi, a considerare le leggi razziali come una legislazione di tipo essenzialmente politico; ed infatti, nell’*iter* argomentativo delle sentenze compare spesso, a mo’ d’argine, un “rimane ferma la regola”, quasi a voler sancire, in via ermeneutica, l’estraneità all’ordinamento giuridico del concetto di razza (nonostante l’art. 1 c.c.)⁵⁶: è l’invocata “applicazione, solo, di rigorose norme di diritto”⁵⁷, in definitiva, il presupposto di quel “generoso tradimento” del *corpus* razziale di cui ha parlato la dottrina⁵⁸.

Altro espediente, ancora più sottile, per aggirare il massiccio (nel *corpus* legislativo) e, ad un tempo, puntiforme (i puntuali provvedimenti amministrativi) sistema discriminatorio razziale è rinvenibile nella tecnica decisoria talora impiegata dal Consiglio di Stato: in via di principio,

lare, D. LOCHAR, *Il “Conseil d’Etat” di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna 1994, 91.

⁵⁴ Cfr. G. SPECIALE, *L’applicazione delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*, in G. SPECIALE (a cura di), *Le leggi antiebraiche nell’ordinamento italiano*, Bologna 2013, 216 s.

⁵⁵ Cons. St., Sez. IV, 31 luglio 1940, n. 438 (caso Jona), in *Foro it.*, 1941, III, 18, laddove si afferma che la *lex posterior* può innovare il regio decreto del 1938 e i principi contenuti nella Dichiarazione sulla razza. Per effetto di tale decisione tutti gli ebrei furono considerati non soggetti all’obbligo del servizio militare, evitando “il paradosso di obbligare cittadini di religione ebraica a combattere al fianco dei nazifascisti” (A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 113).

⁵⁶ Cfr. G. SPECIALE, *op. ult. cit.*, 218.

⁵⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 461/1941 cit.: “giudicare sulle conseguenze ulteriori, specialmente di ordine patrimoniale, dell’appartenenza alla razza ebraica non implica valutazioni di ordine politico, ma l’applicazione, solo, di rigorose norme di diritto”.

⁵⁸ G. SPECIALE, *Giudici e razza nell’Italia fascista*, Torino 2007, 59 ss.

e in astratto, il più ampio riconoscimento della sfera di potere discrezionale dell'amministrazione, per poi esercitare, in concreto, un penetrante sindacato sull'eccesso di potere, sui presupposti e i limiti all'esercizio del potere⁵⁹. Come in una significativa decisione, in cui il giudice amministrativo annullò un decreto rettorale di revoca dell'iscrizione all'Università di Bologna di uno studente tedesco di madre ebrea, motivato attraverso un rinvio alla legge tedesca; il giudice amministrativo ebbe, qui, a precisare, rigorosamente, che il potere di revoca "specie quando, come nel caso in esame, si è costituita una situazione soggettiva debba essere quanto mai oculato e, soprattutto, soggetto al controllo attraverso la sua motivazione"; pertanto la revoca è ammessa in "circostanze assolutamente eccezionali, di comprovata, cioè, violazione di legge, o di mancata valutazione di gravi elementi di fatto, o di sopravvenute esigenze di ordine pubblico": elementi nella specie ritenuti insussistenti⁶⁰.

Un ancor più raffinato ragionamento analogico sorregge il percorso argomentativo d'una altrettanto nota decisione, in cui ricorrente era uno dei più prestigiosi amministrativisti del tempo, il Prof. Forti. Il Consiglio di Stato riconobbe ai professori universitari uno *status* equivalente a quello dei funzionari inamovibili (l'inamovibilità era espressamente prevista solo per i magistrati) aventi, quindi, diritto, nel caso in cui venissero rimossi dalle loro funzioni in applicazione delle leggi razziali, al trattamento (assegno aggiuntivo) che la legge accordava ai funzionari inamovibili⁶¹.

5. Conclusioni

Dall'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato emerge come non ci fu vera resistenza, e neppure una "linea giurisprudenziale in contrasto con il regime"⁶²; si trattò piuttosto di "scarti, di segnali di insof-

⁵⁹ In tal senso, A. PATRONI GRIFFI, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, in A. SANDULLI, G. PASQUINI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2001, 179 s.

⁶⁰ Cons. St., Sez. IV, 2 giugno 1943, n. 181 (caso Dietrich), in *Foro amm.*, 1943, I,1, 130.

⁶¹ Cons.St., Sez. IV, 24 settembre 1941, n. 302, in *Foro amm.*, I, 1, 307 ss., su cui L. MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino 2004, 273 s. Si legge nella sentenza che, rispetto al canone ermeneutico dell'*ubi voluit dixit*, "deve invece prevalere la presunzione che ad analogia di situazioni e di finalità corrisponda analogia di disposizioni".

⁶² Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 562 e A. PAJNO, *op. ult. cit.*, 7, il quale nega "che l'in-

ferenza, di un'insistita ricerca di vie alternative", talora "con risultanti pratici non indifferenti"⁶³. Come ebbe a dire Mario Bracci, con gran realismo⁶⁴, "al mito della magistratura – tutti i regimi hanno la loro retorica, il fascismo aveva i militari e noi abbiamo i magistrati – io non credo. I giudici sono uomini come gli altri, con le stesse virtù, difetti, limitazioni e debolezze e furono malati di fascismo o di timore del fascismo esattamente nelle stesse proporzioni degli altri ufficiali dello stato e, negli alti gradi, forse di più"⁶⁵. Sembra valere anche per il "mito" di un Consiglio di Stato "resistente"⁶⁶. Nell'ermeneutica riduttiva delle leggi razziali, quando vi fu, si può piuttosto leggere, da parte del giudice amministrativo, "una sensibilità di corpo, una gelosa difesa del proprio "seminato" ovvero "la fedeltà introiettata dai magistrati verso i principi dell'ordinamento" o "un mero senso residuo di giustizia"⁶⁷. Spirito di corpo, inveterata arte ermeneutica mista a perdurante cultura dello Stato liberale, elevata etica della giustizia: difficile dire quali di questi elementi prevasse o in quale misura essi si combinassero nell'operato del singolo giudice, nelle sentenze⁶⁸, e, infine, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Di certo

terpretazione che i giudici italiani hanno dato alle leggi fasciste e, in particolare, alle leggi razziali, abbia rappresentato una forma di "resistenza" nel senso autentico di questo termine".

⁶³ Così, sugli orientamenti dei giudici torinesi e del Consiglio di Stato, G. FUBINI, *A 70 anni dalla promulgazione della legislazione detta razziale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008, www.statoechiese.it, 7.

⁶⁴ "Uomo pratico e attento osservatore dei suoi simili", lo descrive R. VIVARELLI nell'*Introduzione* a M. BRACCI, *Testimonianze sul proprio tempo. Meditazioni, lettere, scritti politici*, Firenze 1981, a cura di E. Balocchi, G. Grottanelli De' Santi, XX. La pragmatica lucidità di Bracci è ricordata anche da G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, Milano 2007, II, 896, a proposito dello scritto *Aspetti giuridici della corruzione politica*, in *Testimonianze sul proprio tempo. Meditazioni, lettere, scritti politici*, cit., spec. 261.

⁶⁵ M. BRACCI, *Come nacque l'amnistia*, in M. BRACCI, *Testimonianze sul proprio tempo*, cit., 295.

⁶⁶ Oggetto di dibattito è, ancora oggi, l'inquadramento della figura dell'allora Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano nell'ambito del regime (cfr., al riguardo, G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., 49 ss.; *recentius*, A. SANDULLI, *Santi Romano e l'epurazione antifascista*, in *Dir. amm.*, 2018, 287 ss.) e, più in generale, il ruolo dello stesso Consiglio di Stato, di recente definito di "sofisticata mediazione tra vecchio e nuovo" (G. MELIS, *La macchina imperfetta*, cit., 341), tra l'ordinamento liberale e il regime fascista.

⁶⁷ Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 562.

⁶⁸ E, inverosimilmente, come osserva G. MELIS, *op. ult. cit.*, 562 s., pare difficile generalizzare, poiché un ruolo non trascurabile nell'atteggiamento del giudice – del singolo giudice –

l'ideologia comune ai consiglieri di Stato era intrisa della “cultura del diritto amministrativo”⁶⁹ e del mito dello Stato amministrativo liberale, più che del nuovo diritto rivoluzionario dello Stato totalitario. Eppure questa continuità con l'ordinamento liberale della *élite* giuridico-amministrativa nel suo complesso⁷⁰ non fu sufficiente per fermare la promulgazione delle leggi razziali⁷¹ né per arginarne la meticolosa applicazione amministrativa, e anche giurisprudenziale, perché la maggior parte dei giudici applicò, sì, anche con scrupolo, le leggi razziali⁷². Finché – 1943 – sulla “persecuzione dei diritti”... si innesterà la “persecuzione delle vite”⁷³; a quel punto nessun giudice vi sarà ormai più per i cittadini ebrei.

giocavano (e giocano) “personalità”, “biografia”, “cultura del giudice” e “orientamento del collegio”.

⁶⁹ Cfr., in merito, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971.

⁷⁰ Al riguardo, cfr. S. CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, 2010, 13 ss.; M. NIGRO, *Leggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1988, n. 17, 275. La continua ricerca di una continuità tra vecchio e nuovo, all'insegna del valore fondante della statualità, caratterizzò, del resto, la dottrina giuridica pubblicistica di quegli anni e l'opera di autorevoli figure, come il primo presidente della Corte di Cassazione Mariano D'Amelio, sulla cui figura può leggersi G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Milano 1980, 227 s.

⁷¹ In proposito, cfr. l'efficace pagina di A. PAJNO, *op. ult. cit.*, 1.

⁷² Cfr. G. MELIS, *op. ult. cit.*, 560.

⁷³ Così la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 268 del 1998.

Giovanni Barozzi Reggiani

SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ,
REGOLAZIONE E AMBITI TERRITORIALI OTTIMALI:
L'EVOLUZIONE DI UN MODELLO

SOMMARIO: 1. Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità. – 2. Il livello territoriale (ottimale) di allocazione della funzione di organizzazione dei servizi di pubblica utilità. – 3. Servizi di pubblica utilità: evoluzione del modello e profili di criticità.

1. *Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità*

Scopo del presente contributo è quello di ricostruire – in modo sintetico ma, si confida (con buona dose di ottimismo) esaustivo – l'evoluzione che ha interessato la disciplina dei servizi pubblici e dei servizi di pubblica utilità nell'ordinamento italiano, mettendo in luce i principali punti di approdo della attuale disciplina e indagando criticità e prospettive del modello. Nel farlo, si dedicherà particolare attenzione a due specifici servizi che sono stati interessati da un intenso susseguirsi di interventi normativi, e che presentano caratteristiche in certa misura paradigmatiche del *genus* dei servizi di pubblica utilità, specie in riferimento alla tematica del “livello territoriale di allocazione” delle funzioni di organizzazione, affidamento e gestione del servizio, nonché in relazione alla presenza (nel settore di riferimento) di *Authorities* titolari di funzioni regolatorie: ci si riferisce, nello specifico, al servizio idrico integrato ed alla gestione del ciclo dei rifiuti (con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti urbani).

Il termine *servizi di pubblica utilità* fu codificato per la prima volta, dal nostro legislatore, a metà degli anni '90¹, mentre erano in corso (o, in

¹ Ad opera della legge 14 novembre 1995, n. 481, il cui articolo 2 istituì le Autorità di regolazione dei servizi (appunto) di pubblica utilità, con riferimento ai settori dell'energia elettrica, del gas e delle telecomunicazioni.

taluni casi, stavano principiando) processi di liberalizzazione di importanti settori del nostro ordinamento – che avevano visto per lungo tempo la presenza di forme di monopolio legale – e di relativa privatizzazione dei vari monopolisti *incumbents*.

Di detti epocali processi, l'istituzione (l'erompere, per dirla con Alberto Predieri²) di Autorità amministrative indipendenti – dotate di eterogenei poteri e titolari di funzioni regolatorie – costituì l'indispensabile e indefettibile corollario, peraltro in larga misura “imposto” dall'ordinamento comunitario³.

Ed infatti, il progressivo ritiro della “presenza pubblica” (intesa quale presenza “diretta” del “pubblico” nell'economia) da settori sensibili e strategici dell'ordinamento – e, in definitiva, quello che viene descritto come il passaggio da un modello di Stato interventore a uno di Stato regolatore⁴ – ha imposto una riflessione sull'opportunità (*rectius*: necessità) di dettare regole per tali settori, e sulle modalità di effettuazione di detta operazione, nella consapevolezza che un'apertura di essi al libero confronto concorrenziale (a mezzo di adozione di misure di liberalizzazione e privatizzazione) non accompagnata da un intervento – pubblico – teso a determinare lo

² Il riferimento è da intendersi, naturalmente, all'opera di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

³ È certo difficilmente revocabile in dubbio che alla base dell'apertura dei monopoli legali, della liberalizzazione dei medesimi e della privatizzazione dei monopolisti, in riferimento a rilevanti e strategici settori (telecomunicazioni, ferrovie, energia elettrica, poste, gas...) vi sia la “spinta” proveniente dall'ordinamento comunitario, tendenzialmente refrattario ad assetti che non vedano e non consentano lo sviluppo del libero confronto concorrenziale fra operatori.

In tutti i suddetti settori sono state infatti adottate specifiche Direttive tese a determinare il superamento dell'assetto di monopolio legale, attraverso un processo che vede – quale elemento cardine – l'istituzione di regolatori indipendenti, volti a consentire l'effettivo sviluppo di un confronto concorrenziale mediante la garanzia di condizioni paritarie di accesso alla rete, fra tutti gli operatori, l'eliminazione delle barriere di accesso al mercato e, in generale, delle condizioni di “privilegio” in cui naturalmente si trova il monopolista “uscente”, nonché la tutela dei soggetti deboli, normalmente individuabili negli utenti del servizio.

Alla luce di quanto sopra, «l'istituzione di autorità indipendenti costituisce in tutti questi casi adempimento di un obbligo comunitario» (così M. CLARICH, *Le autorità indipendenti: un catalogo delle questioni aperte*, in M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Atti del convegno “Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive”, Roma 2006, 8).

Sul tema v. anche L. MUSSELLI, *Direttive comunitarie e creazione amministrativa di un mercato nei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 79 ss.

⁴ In argomento v. l'accurata ricostruzione di A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

sviluppo di determinati processi (come, appunto, il sorgere di un effettivo confronto concorrenziale) e a garantire specifici interessi (come quelli, particolarmente sensibili, dei soggetti – utenti o consumatori che dir si voglia – fruitori dei servizi e considerati particolarmente “deboli” sotto il profilo economico e contrattuale⁵) avrebbe determinato il verificarsi di fallimenti di mercato e, in generale, rischio di compromettere beni giuridici considerati, dall’ordinamento, particolarmente rilevanti⁶.

Dal 1995 si iniziò a parlare, dunque, a livello di ordinamento interno⁷, di servizi di pubblica utilità, mentre già da tempo risalente si discuteva della più “ampia” e al contempo “inafferrabile” nozione di servizi

⁵ Sul tema della posizione degli utenti / consumatori in materia di servizi pubblici e, in generale, nell’ambito di mercati liberalizzati e aperti al confronto concorrenziale v. M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 383 ss; M. DELSIGNORE, *Autorità di regolazione e mercato liberalizzato: osservazioni in merito alla tutela dell’utente. Il caso dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 343 ss.

⁶ «Da un lato, bisogna accompagnare il passaggio dal monopolio alla concorrenza, garantendo la posizione dei nuovi entranti sul mercato e tutelando i consumatori. Dall’altro, si tratta di assicurare ai cittadini la fruizione di servizi essenziali anche a condizioni non remunerative o non di mercato, attraverso appositi obblighi di servizio pubblico e universale», così G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino 2010, 33.

⁷ In ambito europeo si rinviene il concetto di servizi di interesse (economico) generale (SIEG), che costituisce un sottoinsieme di quello di servizi pubblici e che assume notevolissima importanza, in quanto i servizi riconducibili a detto novero sono suscettibili di ottenere deroghe all’applicazione delle norme dei Trattati, ed in particolare a quelle in materia di concorrenza, ai sensi dell’art. 106, comma 2 del TFUE («le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione»).

Trattasi di quei servizi che uno Stato membro ritiene essenziali per la comunità e che in assenza di intervento pubblico non verrebbero erogati, o verrebbero erogati ma a condizioni diverse e più onerose, con il rischio di escludere talune categorie di utenti dalla relativa fruizione.

In dottrina non è mancato chi abbia sostenuto la sostanziale coincidenza fra la nozione di “servizio di pubblica utilità” e “servizio di interesse economico generale” (così L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, 132). Per un approfondimento generale sul tema si rimanda all’ampia bibliografia citata da A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino 2018, a p. 15, nota 46.

Ancora diversa la nozione di servizio universale (servizio del quale deve essere garantita una fruizione diffusa a prezzi accessibili e ad un livello qualitativo accettabile), per uno studio della quale si rimanda, tra gli altri, a G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Diritto dell’economia*, 2000, 260 ss; M.

pubblici, senza che della medesima fosse stata fornita una definizione a livello normativo (la stessa Carta costituzionale cita, all'articolo 43, i servizi pubblici senza tuttavia definirli) o ne fosse stata elaborata una condivisa da dottrina e giurisprudenza (il confronto dottrinale sui servizi pubblici vanta una longevità superiore al secolo; esso si è esteso a numerose questioni – che sarebbe impossibile indicare, anche solo riassuntivamente, nel presente scritto – ed ha avuto al proprio centro il tema della individuazione dei caratteri del servizio pubblico, tema rispetto al quale si sono contese il campo la ricostruzione c.d. “sogettiva” e una seconda definitiva, all'opposto, “oggettiva”⁸).

CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, 981 ss.

⁸ La teoria c.d. “sogettiva” sosteneva come l'elemento qualificante il servizio pubblico fosse da rinvenirsi nell'essere, il medesimo, assunto ed erogato da un soggetto pubblico (originariamente il solo Stato). Dunque, la natura “pubblica” di un determinato servizio doveva ricavarsi da quella – parimenti pubblica – del soggetto preposto all'assunzione e all'erogazione del medesimo; costituisce dunque il servizio pubblico, secondo gli assunti della ricostruzione in esame, un'attività «rispetto alla quale un soggetto pubblico svolge in quanto tale un ruolo determinante» (D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in F. TRIMARCHI BANFI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano 1999, 135 ss). La concezione c.d. “oggettiva” faceva di contro leva principalmente sull'interesse perseguito dal servizio (che doveva essere coincidente con un fine proprio dello Stato) e – appunto – sull'oggetto del servizio medesimo. «In altre parole, il servizio viene individuato come “pubblico” in base al fatto che costituisce il mezzo predisposto e destinato al compimento di un determinato scopo pubblico, o perché implica un'utilità che avvantaggia la collettività, o perché si identifica con l'esplicazione di un'attività dello Stato finalizzata al soddisfacimento dei bisogni collettivi» (cfr. V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano 2010, 3). La concezione “sogettiva”, fu messa in crisi dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, il cui articolo 43, nello stabilire la possibilità, da esercitarsi a mezzo di apposita disposizione di legge, di riservare originariamente o trasferire imprese o categorie di imprese che si riferiscano a “servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio” e abbiano carattere di preminente interesse generale, non esclusivamente allo Stato o ad enti pubblici, ma anche a «comunità di lavoratori o di utenti», aveva evidenziato come la titolarità (o quantomeno l'esercizio) del servizio pubblico potesse essere riconosciuta anche a soggetti non aventi natura pubblica. La più netta fra le dichiarazioni di “inadeguatezza” della concezione sogettiva la si deve a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964.

Progressivamente, del resto, emerse in modo inequivocabile come «determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici imputabili alla pubblica amministrazione, erano poste in essere da privati e sottoposte ad una disciplina pubblicistica non basata su di un provvedimento dell'Amministrazione pubblica» constatazione che spinse la dottrina a formulare «una precisazione della nozione di servizio pubblico in senso oggettivo» (cfr., per entrambe le citazioni, A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Diritto amministrativo*, 2007, I, 79).

⁹ Quanto alla natura giuridica dei servizi pubblici, la dottrina è ormai unanime nel ricondurre i medesimi al novero delle attività amministrative, escludendo tuttavia che

Secondo la ricostruzione dottrinale predominante, la caratteristica principale dei servizi di pubblica utilità è costituita dallo svolgersi, i medesimi, sotto forma di attività di impresa, soggetta al libero confronto concorrenziale fra operatori economici, avente ad oggetto prestazioni ritenute «dall'ordinamento di particolare rilievo sociale e pertanto assoggettate ad uno specifico regime giuridico ai sensi dell'art. 41 comma 3, cost.»¹⁰.

Quanto al rapporto tra le due nozioni (servizi pubblici e servizi di pubblica utilità), autorevole dottrina ha poi avuto modo di osservare come il servizio di pubblica utilità configuri «un modello per il quale la qualificazione in termini di “pubblicità” dell'utilità derivante dai servizi fa riferimento al pubblico che può fruire dei servizi. La stessa qualificazione ha invece ambiguità di significato nell'espressione tradizionale (servizi pubblici), ove si riferisce non solo alla pubblica fruizione, ma anche al soggetto cui è imputabile la fornitura dei servizi»¹¹.

Di certo centrale, in riferimento ai servizi di pubblica utilità, è la de-

gli stessi rientrano anche nel “sotto-insieme” delle funzioni amministrative, non essendo caratterizzati, contrariamente a queste ultime, dal carattere dell'autoritatività. V. in merito B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, II ed., Milano 2003, 669 ss. Sul tema v. altresì, G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, 937 – il quale sottolinea come «la “funzione amministrativa” ed il “servizio pubblico” non sono due nozione contrapposte, ma due nozioni differenti, che esprimono momenti diversi e non coincidenti (e tuttavia integrabili e combinabili tra loro) dell'attività amministrativa nel suo complesso» – nonché G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, 1933, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano 1987.

Dubbi circa la piena e pacifica riconducibilità del servizio pubblico al novero delle attività amministrative sorsero nel momento in cui vennero meno due elementi che avevano caratterizzato storicamente i pubblici servizi: sotto un profilo soggettivo, il fatto che i medesimi venissero erogati esclusivamente da un soggetto pubblico (tesi già “incrinata” dal disposto dell'art. 43 Cost. e definitivamente superata a seguito dei descritti processi di liberalizzazione e privatizzazione di importanti settori, nell'ambito dei quali accadde con sempre maggior frequenza che attività economiche configuranti un pubblico servizio venissero svolte da soggetti privati); sotto altro profilo, il servizio pubblico veniva gestito ordinariamente in “regime di riserva”, e veniva dunque sottratto alla libera iniziativa economica privata. «Entrambi gli elementi costitutivi della pubblicità dei servizi sono venuti meno negli anni '90 con la privatizzazione degli enti erogatori e l'apertura al mercato delle loro attività» così G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, cit., 33.

¹⁰ G. IACOVONE, *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in *Foro amm. CDS*, 6, 2003, 2090.

¹¹ Così D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 15. Per una definizione dei due concetti, ed una ricostruzione del rapporto fra i medesimi, v. sempre

finizione di un apparato regolatorio o – meglio detto – la presenza, nel settore di riferimento, di uno (o più) Enti investiti, dal legislatore, di funzioni di regolazione¹², elemento che ha rappresentato il primo “fattore evolutivo” di detta tipologia di servizi (anzi, in un certo senso ne rappresenta elemento essenziale (o “coessenziale”), posto che, come si preciserà nel prosieguo, oggi è rinvenibile un rapporto biunivoco e stretto fra servizi di pubblica utilità e disciplina regolatoria di settore).

2. *Il livello territoriale (ottimale) di allocazione della funzione di organizzazione dei servizi di pubblica utilità*

Altro tema che ha interessato l'evoluzione dei servizi di pubblica utilità è quello che concerne la ricerca dell'individuazione del livello territoriale – “ottimale”, in termini di raggiungimento del massimo grado di efficienza ed economicità – sulla base del quale organizzare il servizio (e la gestione del medesimo).

In relazione a tale ultimo profilo, se sotto la disciplina messa a punto dalla legge n. 142 del 1990¹³ la gestione dei servizi pubblici – che avessero

D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 371 ss.

¹² L'attività regolatoria dei settori neo-liberalizzati costituisce, del resto, il cuore del passaggio da un modello di Stato interventore ad uno di Stato regolatore, nel quale «la funzione essenziale dei pubblici poteri è di essere garanti della fornitura di servizi pubblici, non necessariamente anche di fornirli direttamente, promuovendo al tempo stesso il pluralismo delle imprese e della concorrenza» così M. SEBASTIANI, *Le radici dell'intervento pubblico sui mercati fra regolamentazione e antitrust*, in D. IACOVONE, *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna 2014, 31.

Come rileva S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Milano 2007, 20, «elemento rilevante, per delinearne i contorni di una attività di fornitura di servizi che si distingue dalle 'ordinarie' attività economiche liberamente svolte dal mercato (comunque la si voglia poi qualificare, qualunque sia il livello di differenziazione) è la regolazione e, più in specifico, sono i fini e gli obiettivi che la regolazione si propone di realizzare».

Sul tema del rapporto fra regolazione e mercato v. anche B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 5 ss.

¹³ In epoca anteriore la disciplina era dettata dal Testo Unico di cui al regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, e prima ancora dalla legge 29 marzo 1903, n. 103. L'articolo 1 del T.u. del 1925 recava un elenco di servizi qualificabili come “pubblici” e che potevano essere assunti e gestiti direttamente dai Comuni a mezzo di aziende speciali. Fra questi, la costruzione di acquedotti e fontane; la distribuzione di acqua potabile; l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; la costruzione di fognature e l'utilizzazione delle materie fertilizzanti; la costruzione e l'esercizio di tranvie a trazione animale o mec-

per oggetto la produzione di beni ed attività tese a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (art. 22) – era attribuita agli Enti locali (Province e Comuni, secondo gli ambiti di rispettiva competenza) che dovevano effettuarla utilizzando una delle modalità previste dal legislatore (fra cui quella “in economia”, la concessione a terzi, l’azienda speciale, l’istituzione e la società a capitale misto pubblico (originariamente prevalente¹⁴) – privato), due fattori (uno dei quali, in verità, in “gestazione” da tempo risalente) avrebbero profondamente mutato il modo di intendere (e di disciplinare) la materia e avrebbero poi finito per costituire elemento di “connotazione” dei servizi di pubblica utilità.

Sotto un primo profilo, le elaborazioni della scienza economica e le evidenze concrete dei risultati di gestione avevano iniziato a porre in luce – già a partire dalla seconda metà del XX secolo – come una organizzazione e una gestione efficiente di taluni servizi pubblici locali imponesse che dette attività venissero effettuate ad un livello (ed in relazione ad un ambito) territoriale non necessariamente corrispondente a quello comunale o provinciale (più vasto o più ristretto a seconda della tipologia di servizio, del territorio interessato, dello specifico Ente chiamato ad organizzarlo o erogarlo...)¹⁵. Fu così che iniziò ad emergere, con sempre maggiore insistenza, e ad essere codificata in testi normativi, la nozione di

canica; la costruzione e l’esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; l’impianto e l’esercizio di farmacie; la nettezza pubblica e lo sgombrò di immondizie dalle case; i trasporti funebri, anche con diritto di privativa, con l’eccezione dei trasporti dei “soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali”; la costruzione e l’esercizio “di molini e forni normali”; la costruzione e l’esercizio di: stabilimenti per la macellazione, mercato pubblici, bagni e lavatoi pubblici; la fabbrica e la vendita di ghiaccio; la costruzione e l’esercizio di asili notturni; l’impianto e l’esercizio di omnibus, automobili e “di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni”; la produzione la distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e la costruzione dei relativi impianti; le pubbliche affissioni (con talune eccezioni); gli essiccatoi di granturco e relativi depositi; lo stabilimento e la relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere. Sul tema v. G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino 2012, in part. 136 ss.

¹⁴ Vincolo poi venuto meno ad opera dell’art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498.

¹⁵ Ciò in realtà vale, più in generale, per le funzioni amministrative, per le quali si è prevista l’implementazione di forme di svolgimento delle medesime, da parte degli Enti locali, in forma associata, ovvero si è prevista l’istituzione di nuovi Enti (come le Unioni dei Comuni) e l’incentivo alle operazioni di fusione fra Comuni stessi nell’ottica di garantire e implementare lo svolgimento di funzioni non a livello di singolo Comune bensì in forma (a vario titolo) “associata”.

“*ambito territoriale ottimale*”, quale area territoriale a livello della quale organizzare ed erogare (secondo il principio di “unitarietà” o “unicità” della gestione) un determinato servizio nelle migliori condizioni possibili di efficienza ed economicità.

La nozione di “ambito territoriale ottimale” fu codificata per la prima volta dalla legge 10 maggio 1976, n. 319, che la utilizzò (stabilendo, all’art. 8, che le Regioni avrebbero dovuto predisporre un piano regionale di risanamento delle acque recante, tra le altre cose, l’indicazione degli “*ambiti territoriali ottimali*” per la gestione dei servizi pubblici di “*acquedotto, fognatura e depurazione*”) senza tuttavia fornire della stessa alcuna definizione.

Successivamente, la legge 18 maggio 1989, n. 183 (avente, tra le sue finalità, la disciplina de «la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale sviluppo economico e sociale»¹⁶), dispose, all’art. 3, che la gestione integrata dei servizi pubblici relativi al settore dovesse avvenire in “ambienti ottimali” sulla base di criteri di economicità e di efficienza delle prestazioni, ed istituì le Autorità di bacino cui furono attribuite numerose funzioni (concernenti, prevalentemente, l’elaborazione e l’adozione dei piani di bacino).

Impostazione poi ripresa dalla c.d. legge Galli del 1994 (legge 5 gennaio 1994, n. 36) la quale dispose che Comuni e Province organizzassero il servizio idrico integrato sulla base di ambiti territoriali ottimali, la delimitazione dei quali veniva affidata alle Regioni nel rispetto di taluni criteri definiti dal legislatore (art. 8), tutti volti a garantire una gestione unitaria del servizio e il superamento della c.d. “*frammentazione gestionale*”¹⁷. I criteri di individuazione degli ambiti erano sostanzialmente riconducibili a due macro-categorie: l’una, di carattere “geografico – istituzionale”, relativa all’unità di bacino idrografico e alle ripartizioni politico-ammini-

¹⁶ Così l’art. 1, comma 1 della legge in parola.

¹⁷ Articolo 8, comma 1, legge n. 36/1994: «I servizi idrici sono riorganizzati sulla base di ambiti territoriali ottimali delimitati secondo i seguenti criteri:

a) rispetto dell’unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto delle previsioni e dei vincoli contenuti nei piani regionali di risanamento delle acque di cui alla legge 10 maggio 1976, n. 319, e successive modificazioni, e nel piano regolatore generale degli acquedotti, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati;

b) superamento della frammentazione delle gestioni;

c) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative».

strative; la seconda, di tipo “economico-gestionale”, «con riguardo alle adeguate dimensioni gestionali e al superamento della frammentazione delle gestioni»¹⁸.

Analoghe previsioni furono dedotte nel decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi¹⁹) in materia di gestione dei rifiuti urbani; l'articolo 23 del decreto in oggetto prevedeva che detta gestione dovesse avvenire (in “via unitaria”) a livello di ambiti territoriali ottimali, individuati nelle Province salvo diversa disposizione della legge regionale²⁰.

Tanto il servizio idrico integrato quanto la gestione integrata dei rifiuti furono poi oggetto di specifica disciplina ad opera del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152²¹ (rispettivamente, dagli articoli 147 e seguenti e 199 e seguenti), che confermò l'impostazione legata all'organizzazione del servizio a livello di ambito territoriale ottimale²² e dispose l'istituzione di Autorità d'ambito, dotate di personalità giuridica, a partecipazione obbligatoria degli Enti locali (sopprimendo le Autorità di bacino istituite

¹⁸ Così M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi, in Amministrazione in cammino*, 31 maggio 2017, 2.

¹⁹ Al decreto “Ronchi” ha dedicato un apposito contributo F. ROVERSI MONACO, *Il decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 e il riordinamento della legislazione ambientale, in Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova 2001, vol. II, 1195 ss.

²⁰ La norma in parola stabiliva che entro il termine di sei mesi dalla delimitazione dell'ambito territoriale i Comuni organizzassero la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, e che detta gestione dovesse avvenire mediante le forme «anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498» (specificamente, tramite forme convenzionali o consortili) coordinate dalle Province (che avrebbero dovuto provvedere al suddetto “coordinamento” nel termine di 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto). Per un commento alla disciplina in parola si rinvia allo scritto di S. COLOMBARI, *La riorganizzazione del servizio pubblico di gestione dei rifiuti urbani e la disciplina giuridica delle forme di cooperazione tra enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 1999, 32 ss.

²¹ Che abrogò tanto la legge Galli quanto il decreto Ronchi.

²² Per quanto concerne il servizio di gestione integrata dei rifiuti, la delimitazione dell'ambito territoriale ottimale deve essere effettuata, dalla Regione, nell'ambito delle attività di programmazione e di pianificazione di propria competenza e, più nello specifico, mediante l'adozione del piano regionale di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199 del d.lgs n. 152/2006. In riferimento al servizio idrico integrato, l'art. 147 ha preso atto del fatto che gli ambiti territoriali erano già stati definiti (o avrebbero dovuto essere definiti) dalle Regioni e ha pertanto stabilito che i servizi idrici venissero organizzati «sulla base degli ambiti ottimali [già] definiti dalle Regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36», fissando un termine per provvedere alle Regioni rimaste “inerti” e prevedendo che, in caso di ulteriore inerzia, si sarebbe attivato il potere sostitutivo governativo ai sensi dell'art. 120 Cost. (e dell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131).

ai sensi della legge n. 183/1989²³) cui vennero attribuite funzioni concernenti l'organizzazione e l'affidamento del servizio (e trasferite quelle originariamente poste in capo agli Enti locali in materia di gestione delle risorse idriche).

Il “salto di qualità” effettuato dal d.lgs n. 152/2006 è rappresentato dal passaggio dalla previsione di forme di cooperazione e di svolgimento associato delle funzioni fra gli Enti locali, per l'organizzazione del servizio (quali convenzioni, consorzi, unioni di comuni ...), all'istituzione (in taluni casi derivanti dalla trasformazione degli organismi esistenti) di vere e proprie Autorità d'ambito, quali soggetti “terzi” rispetto agli Enti locali ubicati nell'ambito territoriale di riferimento²⁴. Come sottolineato da Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 246, in materia di servizio idrico integrato, il d.lgs n. 152/2006 «razionalizza tale quadro normativo, superando la frammentazione della gestione del servizio idrico, nel rispetto delle preesistenti competenze degli enti territoriali. In particolare, unifica le modalità di esercizio della gestione delle risorse idriche, prevedendo espressamente il trasferimento delle relative competenze dagli enti locali all'autorità d'ambito; autorità della quale – come visto – gli enti locali

²³ Le Autorità di bacino furono soppresse espressamente dall'articolo 63, comma 3 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – che dispose altresì l'istituzione da parte delle Regioni delle Autorità di bacino distrettuali in ciascun distretto idrografico – con decorrenza 30 aprile 2006, soppressione rinviata ad opera dell'articolo 170, comma 2 *bis*, del medesimo decreto n. 152 del 2006, come modificato dall'articolo 1, comma 3 del d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284, fino alla data di entrata in vigore del decreto volto a definire la disciplina dei distretti idrografici.

²⁴ Sul punto v. D. ANSELMI, M.R. MAZZOLA, *L'organizzazione territoriale ottimale e l'Ente di governo*, in A. VIGNERI, M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Sant'Arcangelo di Romagna 2016, 52, i quali hanno sottolineato che: «le forme di cooperazione tra enti locali previste dalla legge Galli sono state trasformate in una vera e propria Autorità d'ambito, dotata di personalità giuridica, alla quale gli enti locali dovevano partecipare obbligatoriamente ed alla quale veniva trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche». Le stesse Autorità d'ambito disciplinate dalla legge n. 183/1989 e dalla legge Galli apparivano più che altro come strumenti atti a consentire e incentivare forme di cooperazione fra gli Enti locali ubicati nell'ambito di riferimento. Non a caso, l'Autorità d'ambito individuata dalla legge Galli era costituita «in forma di consorzio o di convenzione tra gli enti locali» (cfr. M. ANDREIS, *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Torino 2016, 201). Con l'entrata in vigore del d.lgs n. 152/2006 diventa inequivocabile come l'Autorità d'ambito non costituisca più un semplice modulo organizzativo degli Enti locali alla medesima partecipanti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3236), ma rappresenti «l'ente esponenziale al quale i singoli Comuni hanno trasferito le competenze e la tutela dei propri interessi» (così M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, 31 maggio 2017, 6).

necessariamente fanno parte. Tale razionalizzazione è, dunque, avvenuta – come richiesto dalla legge di delegazione – senza privare gli enti territoriali dei poteri amministrativi loro conferiti dal d.lgs. n. 112 del 1998».

Successivamente, l'organizzazione del servizio per ambiti territoriali ottimali e il modello degli "Enti d'ambito" (aventi la nuova denominazione di "Enti di governo d'ambito" in luogo delle Autorità d'ambito, di cui fu disposta la soppressione²⁵), messo a punto per il servizio idrico integrato e per quello dei rifiuti, fu "generalizzato" ed esteso a tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica²⁶. Ciò è avvenuto ad

²⁵ Ad opera dell'art. 1, comma 1-*quinquies* del d.l. n. 2/2010 (convertito con legge 42/2010), che ha inserito il comma 186-*bis* nell'art. 2 della legge 23 dicembre 2009, n. 191 il quale, oltre a prevedere la soppressione delle Autorità d'ambito di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs n. 152/2006, ha stabilito che le funzioni dalle medesime svolte venissero attribuite dalle Regioni con proprie leggi, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. La norma non specificava se il conferimento di funzioni dovesse avvenire in favore degli Enti territoriali (ai sensi dell'art. 118 Cost.) o se la Regione potesse istituire un Ente nuovo. Quest'ultima risulta essere la "strada" seguita in via maggioritaria dalle Regioni.

²⁶ Cfr. M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in M. PASSALACQUA (a cura di) *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino 2015, 54, la quale osserva come «il citato decreto legge n. 1/2012, introducendo l'art. 3-bis al corpo del d.l. 138/2011, annovera invece, tra le misure volte a favorire lo sviluppo economico, la generalizzazione per ambiti dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica».

Al fine di comprendere pienamente la portata e l'ambito applicativo della disposizione in oggetto, si ritiene opportuno spendere due parole sul concetto di "servizi pubblici a rete di rilevanza economica", non definiti dal legislatore del 2011. Come osservato in dottrina, sono servizi a rete, oltre a quelli cui si riferiscono le reti dell'art. 113, comma 2 del d.lgs n. 267/2000, «anche quelli che usano strutture fisiche e beni, tra loro non connessi, ma connessi da un servizio (e non da un altro bene). Quindi il servizio a rete, come servizio differenziato dagli altri servizi, utilizza beni fisici, ma li supera, dato che essenziale non è la conformazione dei beni per la produzione del servizio, ma la loro connessione, non necessariamente fisica (e mai esclusivamente fisica, bensì funzionale)», così D. ANSELMINI, M.R. MAZZOLA, *Organizzazione territoriale ottimale*, cit., 54. In tale definizione rientrano pacificamente quelli concernenti il ciclo dei rifiuti (peraltro espressamente menzionati dall'art. 3-*bis* di cui si tratta). Per quanto concerne, poi, la distinzione fra servizi aventi "rilevanza economica" e servizi "privi" di detto carattere, il criterio generalmente assunto è quello che si riferisce alla remuneratività (o meno) del servizio, dalla quale discende la sussistenza (o meno) di un mercato concorrenziale, contendibile fra operatori economici (cfr. Corte Cost. 13-27 luglio 2004, n. 272). Deve pertanto considerarsi privo di rilevanza economica quel servizio che non genera una competizione fra gli operatori (ai fini dell'aggiudicazione del medesimo). Ciò detto in linea teorica, si osserva che la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare l'inadeguatezza di un criterio basato sulla mera "remuneratività del servizio", dal momento che pressoché ogni attività può essere svolta in forma di impresa (volta a perseguire la remunerazione efficace del capitale, ossia la capacità di pro-

opera dell'art. 3-*bis* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), articolo aggiunto dall'articolo 25, comma 1, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1²⁷, e successivamente modificato ad opera dell'articolo 34 del d.l. n. 179 del 2012 – convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012 – il quale ultimo ha introdotto nell'articolo in parola il comma 1-*bis*²⁸ ed ha affidato alle Regioni (operazione, questa, che era già stata effettuata – come detto – in riferimento alla materia dei rifiuti e al servizio idrico integrato) il compito di definire il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (non inferiori, quanto a dimensione, a quello provinciale) in relazione ai quali organizzare lo svolgimento dei servizi (compresi quelli concernenti le attività di gestione dei rifiuti, per espressa previsione normativa) e di istituire Enti di governo di tali ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei – cui gli Enti locali (“ubicati” nel territorio di riferimento) devono obbligatoriamente partecipare²⁹ – e che sono titolari di rilevanti funzioni, tra le quali quella concernente la predisposizione e l'aggiornamento del piano d'ambito e la individuazione della forma di gestione del servizio (da effettuarsi nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito), nonché il successivo affidamento dello stesso.

3. *Servizi di pubblica utilità: evoluzione del modello e profili di criticità*

Nel frattempo, erano state istituite le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ad una delle quali (AEEG, poi AEEGSI e oggi ARERA) il legi-

dure utili) purché via sia un soggetto (anche pubblico) disposto a ricorrere agli operatori del mercato per l'affidamento del servizio medesimo. Alla luce di ciò, emerge come la distinzione basata esclusivamente sulla remunerabilità del servizio risulti incerta e pertanto inidonea a qualificare correttamente i servizi, ragione per cui «occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio» (Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529).

²⁷ Convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e poi modificato dall'art. 53, comma 1, lettera a) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

²⁸ A sua volta modificato dall'art. 1, comma 609, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

²⁹ Obbligo di partecipazione non presente nel testo originario dell'articolo 3-*bis* del d.l. n. 138/2011. L'obbligatorietà della partecipazione degli Enti locali all'Ente di governo d'ambito è stata introdotta dal comma 1-*bis* dell'articolo 3-*bis* citato.

slatore avrebbe successivamente attribuito funzioni di regolazione in materia di servizio idrico integrato³⁰ e, in epoca recentissima, di ciclo dei rifiuti³¹.

Il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 ha poi istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti, cui il legislatore ha parimenti attribuito rilevanti funzioni regolatorie³².

La liberalizzazione dei settori e l'evoluzione del modello dei servizi di

³⁰ Nello specifico, con il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. "Salva-Italia") convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, sono state trasferite all'allora Autorità per l'Energia elettrica e il gas (AEEG) «le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481» (art. 21, comma 19), rinviando, per la specifica individuazione delle funzioni, ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (delega effettivamente attuata con d.p.c.m. 20 luglio 2012, il quale prevede, all'articolo 2, comma 1, che le funzioni di regolazione e di controllo dei servizi idrici vengano svolte dall'Autorità «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio»). Fra le relevantissime funzioni assegnate segnaliamo, per la loro rilevanza ai fini del presente scritto, quelle concernenti la predisposizione di una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra Autorità competenti all'affidamento del servizio e soggetti gestori e la verifica della corretta redazione del piano d'ambito, nel corso della quale l'*Authority* può esprimere «osservazioni [e] rilievi» e impartire «a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2 comma 186-bis della legge 23 dicembre 2009 n. 191», nonché le competenze in materia tariffaria e di garanzia dei livelli di qualità del servizio. Si segnala che in precedenza il legislatore aveva istituito, con d.l. 13 maggio 2011, n. 70, l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua – affidando alla medesima funzioni (anche) in materia di individuazione delle voci di costo dei servizi, di definizione del metodo tariffario e di approvazioni della tariffa – che ebbe vita effimera, in quanto fu soppressa dal citato d.l. n. 201/2011. In epoca ancora precedente, la legge 5 gennaio 1994, n. 36 aveva affidato al neo istituito (presso il Ministero dei lavori pubblici) Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche compiti e funzioni atti a garantire «l'osservanza dei principi di cui all'articolo 9, con particolare riferimento all'efficienza, all'efficacia ed all'economicità del servizio, alla regolare determinazione ed al regolare adeguamento delle tariffe sulla base dei criteri fissati dal Comitato interministeriale dei prezzi (CIP), nonché alla tutela dell'interesse degli utenti» (art. 21).

³¹ Operazione effettuata con legge 27 dicembre 2017, n. 205 (art. 1, comma 527) che ha altresì provveduto a mutare la denominazione di AEEGSI in ARERA.

³² Tra le quali, e solo per citare le più rilevanti, quelle concernenti la garanzia dell'accesso alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali, da parte degli operatori, la definizione dei criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, l'individuazione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, "individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta", e la definizione degli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

pubblica utilità si accompagna, dunque, indefettibilmente, alla avvertita necessità dell'affidamento a specifiche Autorità amministrative indipendenti della definizione delle regole del settore (nonché di altre funzioni amministrative di grande rilievo, quali quelle di vigilanza, controllo e sanzionatorie) volte a tutelare beni giuridici considerati particolarmente rilevanti, dall'ordinamento, e a evitare fallimenti di mercato connessi alla posizione dominante dell'ex monopolista e alla relativa facilità di abuso della medesima.

Due paiono essere, dunque, ad oggi, i punti fermi dell'attuale modello di disciplina dei servizi di pubblica utilità, quantomeno in riferimento a quelli, fra i medesimi, riconducibili altresì al novero dei servizi pubblici locali a rete aventi rilevanza economica: da un lato la scelta dell'allocazione delle funzioni di organizzazione (e di successivi affidamento e gestione) del servizio ad un livello territoriale "sganciato" dalla classica quadripartizione Stato-Regioni-Province (Città metropolitane)-Comuni (come si è detto, l'ambito territoriale ottimale può coincidere con quello provinciale, che nella maggior parte delle discipline costituisce l'ambito territoriale minimo, ma è normalmente facoltà del legislatore, statale o regionale, individuare un ambito diverso, che in taluni casi può raggiungere dimensioni ultraregionali); dall'altro la messa a punto, in relazione ai diversi settori e ai servizi di pubblica utilità che ai medesimi si riferiscono, di un apparato regolatorio da parte di un'Autorità amministrativa indipendente "centrale".

In relazione al primo profilo, emerge – come elemento di particolare rilievo – la scelta del legislatore di prevedere l'istituzione di Enti *ad hoc* per lo svolgimento di importanti funzioni di natura amministrativa (talune delle quali definibili in senso lato regolatorie); si supera la concezione dell'organizzazione e dell'affidamento del servizio *semplicemente* in "forma associata" (secondo una delle diverse modalità individuare nel corso degli anni dal legislatore) e si afferma l'idea della allocazione delle predette funzioni in capo ad un Ente terzo; detto Ente si caratterizza per il porsi, rispetto agli Enti locali destinatari del servizio (o, comunque, esponenziali delle collettività territoriali cui il servizio è rivolto³³) in una posizione di

³³ Espressione da intendersi "in senso lato" nella misura in cui, come è noto, caratteristica dei servizi pubblici (nonché dei servizi di pubblica utilità) è l'essere rivolti al pubblico, che ne è il diretto fruitore, e, più nello specifico, alla collettività territoriale di riferimento o, è stato precisato da alcuni autori, a «ciascun soggetto che compone tale entità sociale» (cfr., *ex multis*, V. PARISIO (a cura di) *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 13 dicembre 2003*, n. 26, Milano 2006, 13, la quale rileva altresì come un'indagine più accurata permetta di affermare come in realtà le prestazioni, oggetto del servizio pubblico, siano fruito da un numero di soggetti più limitato rispetto alla "collettività generale", vale a dire quei soggetti che hanno necessità di ricevere detta prestazione.

terzietà, essendo soggetto giuridico autonomo e distinto rispetto agli Enti locali che, secondo il disegno normativo tipico, al medesimo partecipano in via obbligatoria. Allo stesso tempo, proprio la partecipazione (disposta *ex lege*) degli Enti locali al proprio Ente di governo d'ambito di riferimento garantisce un collegamento fra i primi ed il secondo.

La titolarità delle funzioni di organizzazione del servizio e di scelta del modello di gestione viene dunque conservata in capo ad un soggetto pubblico, o comunque a "partecipazione pubblica totalitaria" (l'Ente di governo d'ambito), mentre la concreta gestione dello stesso può avvenire mediante il ricorso ad uno dei tre modelli divenuti ormai tradizionali e conformi al quadro normativo eurounitario (vale a dire: gara, società mista pubblico privata con affidamento a mezzo di gara c.d. "a doppio oggetto", *in house providing*^{34,35}), della scelta del quale l'Ente di governo

Ed infatti, «le opportunità di benessere sono a disposizione di tutti, ma vengono materialmente apprese solo da parte di chi ne abbia interesse». Del resto, quello della "destinazione al pubblico" è elemento che è stato presente in tutte le elaborazioni dottrinali, finanche in quella più risalente (la teorica c.d. "soggettiva"), posto che, come sottolinea efficacemente A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, cit., 82, «tale teoria individuava i servizi pubblici in un campo ben preciso e delimitato dell'attività amministrativa, caratterizzato dalla prestazione di utilità di carattere tecnico e materiale a favore dei cittadini; nella formulazione classica e più affermata, tale prestazione avrebbe dovuto essere rivolta ai cittadini uti singuli mentre, per altra parte della dottrina, sarebbe stata considerata servizio pubblico anche la prestazione fornita ai cittadini uti universi».

³⁴ I requisiti in presenza dei quali è possibile ricorrere all'affidamento *in house* furono originariamente individuati dalla giurisprudenza comunitaria (sentenze *Teckal*, *Stadt Halle*, *Parking Brixen*, *Carbontermo* e successive). Detti requisiti consistono nell'essere, il soggetto affidatario, a totale partecipazione pubblica e nel fatto che l'attività prevalente svolta dal medesimo (oggi quantificata nell'80% del fatturato) consista nello svolgimento dei compiti ad esso affidato dall'amministrazione aggiudicatrice; infine, nel fatto che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Tali requisiti sono oggi indicati dall'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE e dall'art. 5 del d.lgs n. 50/2016.

All'*in house providing* è altresì specificamente dedicato l'art. 192 dello stesso decreto legislativo, il quale prevede, oltre ad un elenco (istituito presso l'ANAC) delle amministrazioni e degli enti aggiudicatari che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, particolari obblighi di pubblicità e trasparenza in riferimento agli atti concernenti gli affidamenti predetti, e dispone che, ai fini dell'affidamento «di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

³⁵ Le modalità di affidamento (e di gestione) dei servizi pubblici locali sono state

d'ambito sarà chiamato a fornire congrua motivazione, in termini di efficienza ed economicità della gestione, ai sensi del comma 20 dell'articolo 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221)³⁶.

interessate, sul piano nazionale, da una “travagliata” successione di interventi normativi e giurisprudenziali (“travaglio” fattosi particolarmente intenso negli anni 2008-2012); momento avente un rilievo indubbiamente centrale, nell'evoluzione della materia (il cui volto attuale è in larga parte definito da espresse disposizioni normative eurounitarie e relative disposizioni “interne” di recepimento) è stato certamente costituito dal referendum del 2011 “sull'acqua”, all'esito del quale è stato abrogato – ad opera del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, che ha recepito gli esiti della consultazione referendaria – l'articolo 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), che conteneva una disciplina volta a favorire l'affidamento dei servizi mediante ricorso al mercato, ponendo limiti e condizioni all'*in house providing* (espresamente qualificata come modalità di affidamento avente natura “eccezionale”), cui ha fatto seguito la reintroduzione, per via normativa, della disciplina del citato art. 23-*bis* (peraltro parzialmente “aggravata”) ad opera dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), dichiarato incostituzionale dalla Consulta, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, per “aggiramento” della volontà popolare cristallizzata negli esiti referendari (il che configurerebbe violazione dell'articolo 75 Cost.). Su questi argomenti vedasi, fra gli altri, M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Federalismi.it*, 23 ottobre 2013, M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2018 e ID, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: la vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblica*, 2014, f. 1, 133 ss. e gli ampi riferimenti dottrinali riportati, nei rispettivi scritti, dai due autori.

³⁶ La cennata tripartizione delle modalità di affidamento – che pone l'alternativa, in riferimento alla gestione dei servizi pubblici, fra “Stato” e “mercato” (oltre allo schema della società mista, modello di partenariato pubblico e privato “sbilanciato”, quanto a titolarità delle scelte decisionali, in favore del pubblico) – può risultare, in relazione a determinate tipologie di servizi – che si connotano per uno collegamento particolarmente stretto rispetto alla comunità territoriale di riferimento – eccessivamente “rigida”. È il caso del servizio idrico integrato, rispetto al quale da anni in Italia esiste un movimento per l'acqua “bene comune” (e sul quale si incentrarono le vicende referendarie del 2011), le cui posizioni appaiono significativamente influenzate dagli assunti della teoria dei “beni comuni” (in riferimento alla quale si cita usualmente il saggio di Garrett Hardin *The tragedy of the commons*, pubblicato sulla rivista *Science* nel 1968, considerato un caposaldo – benché in parte criticato dalla dottrina successiva – ma la letteratura sul tema è così vasta da non poter essere citata, senza tema di “superficialità”, nel ristretto spazio del presente contributo), e che trovano oggi la più autorevole esponente in Elinor Olstrom (v. in particolare il saggio E. OLSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990) Premio Nobel per l'economia nel 2009, la quale «respinge l'opposizione frontale fra rigidità delle norme – che rimanda al potere regolamentare dello Stato – e la competitività selvaggia di un mercato free ride» (così S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino 2012, 89) e individua una “terza via”, fra “Stato e mercato”, rappresentata da una forma di auto-gestione di dette tipologie di beni da parte della comunità territoriale di riferimento. Il tema “dell'idrico”

Tale modello, nella sua sostanza, era stato confermato nel Testo Unico sui servizi pubblici, (che era in corso di adozione nell'ambito della Riforma Madia e che non ha mai visto la luce³⁷) e pare, almeno allo stato, costituire l'approdo definitivo.

Restano tuttavia da sciogliere alcuni nodi – di carattere tanto concettuale quanto pratico – e, in generale, da verificare la tenuta complessiva del modello, quantomeno in riferimento ai seguenti non indifferenti aspetti.

In primis occorre verificare sul campo quali relazioni verranno ad instaurarsi (e quali già si stiano instaurando) tra i diversi attori presenti sulla scena dei servizi di pubblica utilità, vale a dire l'Autorità di rego-

è del resto particolarmente sentito anche in ambito eurounitario. Non è infatti un caso se, secondo quanto sottolineato da parte della dottrina, in riferimento al servizio idrico integrato si rinviene, nell'ordinamento dell'Unione europea (ma ora anche in quello interno) il principio di libera amministrazione/organizzazione, che troverebbe esplicita codificazione nell'art. 2 della citata Direttiva 2014/23/UE, la quale riconosce «il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici». La norma è presente anche nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016), all'art. 166. Del resto, come è noto, le peculiarità del settore hanno indotto il legislatore eurounitario ad escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva 2014/23/UE (considerando n. 40 e art. 12) talune tipologie di concessioni afferenti al settore idrico, e a stabilire che dette concessioni «richiedono una particolare considerazione data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione» (considerando n. 40). Le disposizioni del citato articolo 12 della Direttiva sono state recepite integralmente dall'articolo 12 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

³⁷ Con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge n. 124/2015 – ritenute incidenti su materie di competenza regionale strettamente intrecciate ad altre di competenza statale – nella parte in cui le medesime prevedevano che i decreti legislativi attuativi della riforma venissero adottati all'esito di un *iter* che prevedeva forme di collaborazione deboli (pareri in luogo di intese) con le Regioni e gli Enti territoriali nell'ambito del sistema delle Conferenze.

Lo schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali di interesse economico generale non era ancora stato inviato alla Gazzetta Ufficiale (ai fini della pubblicazione) alla data del deposito della sentenza, e non sussistevano le tempistiche per l'adozione di un'intesa prima dello spirare della delega. In relazione a detto schema di decreto, l'unica soluzione individuata dal Consiglio di Stato (parere espresso nell'Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017) è quella che prevede l'adozione di «una nuova legge delega conforme ai vincoli procedurali sanciti dalla sentenza della Corte costituzionale». Delega che, allo stato, non risulta essere stata nuovamente adottata.

lazione del settore, l'Ente di governo d'ambito e gli Enti locali "ubicati" nell'ambito territoriale di riferimento e componenti dell'Ente di governo medesimo.

In quest'ottica, sarà interessante valutare se la predisposizione di modalità partecipative alle decisioni e più in generale all'attività istruttoria e procedimentale dell'Ente di governo d'ambito, da parte degli Enti locali componenti lo stesso, determinerà lo sviluppo di rapporti – fra i medesimi – improntati alla collaborazione reciproca ovvero se si verificherà il sorgere di una conflittualità tanto in sede amministrativa (tramite, ad esempio, esposti all'Autorità di settore) che giurisdizionale.

Altrettanto centrale è poi il tema della predisposizione e della garanzia, ad opera dell'*Autorithy* di settore, di effettive modalità partecipative alla propria attività regolatoria (si consideri, fra tutte, quella concernente il metodo tariffario) da parte della generalità dei soggetti interessati, nonché, nei confronti di soggetti determinati, all'attività procedimentale che riguarda direttamente questi ultimi (si pensi all'approvazione di una specifica proposta di tariffa). In questo senso deve rilevarsi che le Autorità amministrative indipendenti (ed ARERA, in particolare) si segnalano come particolarmente virtuose avendo già da tempo messo a punto forme di *accountability* e di partecipazione – anche ai procedimenti di definizione della regolazione di settore – che paiono idonee a mettere gli interessati in condizione di poter rappresentare proprie istanze e criticità e comunque di essere "parte effettiva" dei diversi procedimenti dell'Autorità³⁸.

In secondo luogo, si dovrà valutare il rapporto tra la disciplina regolatoria dei diversi settori e le scelte (naturalmente dedotte in specifici

³⁸ Con specifico riferimento all'attività di ARERA, si rileva che la legge n. 481 del 1995, pur demandando la definizione delle regole procedurali di svolgimento dell'attività a successivi regolamenti governativi, già all'epoca della sua entrata in vigore poneva, benché in forma embrionale, le basi per una partecipazione di talune categorie di soggetti interessati ai procedimenti dell'Autorità (la lettera h del comma 12 dell'art. 2 l. 481/1995 stabilisce che nell'attività di emanazione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, l'Autorità proceda «sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori». L'art. 2, comma 23, della medesima legge prevede invece che l'Autorità organizzi audizioni periodiche e speciali per le organizzazioni portatrici di interessi collettivi). Il primo regolamento governativo, in materia, fu emanato con quasi sei anni di ritardo rispetto alla legge istitutiva (D.P.R. 9 maggio 2001, n. 244) ed aveva ad oggetto esclusivamente i procedimenti volti all'adozione di provvedimenti individuali.

Dal canto suo l'Autorità, già a partire dal 1997 ha provveduto a disciplinare, con proprie deliberazioni, i procedimenti volti all'adozione degli atti di regolazione (cfr. deliberazioni nn. 61/1997, GOP n. 46/2009 e, da ultimo, 649/2014/A).

atti) degli Enti di governo d'ambito. Ancora, dovrà valutarsi l'ampiezza dei confini dei poteri dell'Autorità di regolazione nei confronti delle prerogative e delle attività di Enti locali ed Enti di governo d'ambito; più nello specifico, occorrerà valutare quanto e in quale misura l'*Autorithy* di riferimento possa, nello svolgimento della propria attività istituzionale, sindacare le scelte operate dalle due tipologie di Enti citate ovvero se alle medesime, quantomeno in riferimento alle funzioni e alle prerogative alle stesse riconosciute dal legislatore, debba riconoscersi una sfera di discrezionalità (tecnico – amministrativa) particolarmente ampia, suscettibile di essere contestata in punto di legittimità dall'Autorità o dal Giudice amministrativo (ciascuno in relazione ai profili e secondo i poteri e le prerogative di competenza) solo a fronte dell'emergere di profili di manifesta illogicità / irragionevolezza.

L'auspicio, naturalmente, è che le relazioni fra i diversi Enti (a vario titolo coinvolti nell'organizzazione, nell'affidamento e nella gestione del servizio) si declinino nel senso della piena e leale collaborazione; un diverso scenario, caratterizzato dal sorgere di una elevata conflittualità fra i medesimi, alzerebbe di molto il rischio di paralisi del sistema, e – circostanza non secondaria – finirebbe per rimettere al Giudice amministrativo l'effettuazione di talune scelte che al medesimo "istituzionalmente" non spetterebbero, dovendo, dette scelte, costituire il risultato dello svolgimento di attività e funzioni amministrative (regolatorie, pianificatorie, di amministrazione attiva...) da parte degli Enti a ciò preposti dal legislatore. Il rapporto a tale ultimo profilo, il grado di "presenza" del Giudice amministrativo necessariamente si determina in relazione alla profondità ed all'ampiezza del sindacato che si intende riconoscere allo stesso; in questo senso, per quanto in là ci si volesse spingere, arrivando ad affermare la sussistenza di un sindacato intrinseco forte (il che attualmente non avviene in relazione – di fatto – ad alcuna tipologia di discrezionalità – tecnica o amministrativa – di Autorità amministrative (e ancor più di Autorità amministrative indipendenti), un nucleo di discrezionalità sconfinante nel merito amministrativo, e dunque intangibile, dovrebbe certamente rinvenirsi, pena il totale svuotamento dell'assetto della allocazione delle citate funzioni ai diversi livelli territoriali.

Sabrina Tranquilli

LA PROMOZIONE E L'ORGANIZZAZIONE
DELLA RICERCA SCIENTIFICA IN ITALIA E GERMANIA:
UN CONFRONTO PER RIFLETTERE
SULLA FRAGILITÀ DELL'EUROPEAN RESEARCH AREA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Obiettivo dello studio. – 3. La promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Europa: dalla circolazione del sapere nelle Accademie del '600 alla frammentazione della comunità scientifica del secondo dopoguerra. – 4. La nascita dello Spazio Europeo della Ricerca e la sua organizzazione. – 5. Il metodo del coordinamento aperto e il monitoraggio dei progressi dello Spazio Europeo della Ricerca. – 5.1. Lo Spazio Europeo della Ricerca e la promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Italia. – 5.2. Lo Spazio Europeo della Ricerca e la promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Germania. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Intorno al 1482 Leonardo Da Vinci inviava una lettera a Ludovico Sforza (meglio conosciuto come “il Moro”), per mettere a disposizione della corte milanese la sua tecnica e la sua arte, consegnando alla storia una delle prime richieste di finanziamento per svolgere attività di ricerca. L'uomo di scienza, in procinto di lasciare la corte medicea di Lorenzo il Magnifico per trasferirsi a Milano alla ricerca di un ambiente scientifico e sociale più stimolante, apriva la missiva scrivendo: *“Avendo constatato che tutti quelli che affermano di essere inventori di strumenti bellici innovativi in realtà non hanno creato niente di nuovo, rivelerò a Vostra Eccellenza i miei segreti in questo campo, e li metterò in pratica quando sarà necessario. Le cose che sono in grado di fare sono elencate, anche se*

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto nel Panel “*Il patrimonio culturale tra tutela, fruizione e mercato*”, svoltosi durante la seconda giornata del Convegno AIPDA, “*Arte cultura e ricerca scientifica*”, dal 4 al 6 ottobre 2018, presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

*brevemente, qui di seguito (ma sono capace di fare molto di più, a seconda delle esigenze)(...)*¹.

Nel descrivere le proprie qualità Leonardo Da Vinci valorizzava le sue abilità tecniche rispetto a quelle artistiche per accattivarsi le simpatie dell'uomo di potere, prevalentemente interessato alle opere militari e ottenerne il sostegno economico per sviluppare ricerche e esperimenti.

Se nelle corti rinascimentali il sostegno all'arte e alla ricerca era nelle mani di principi, governanti e mecenati, nei secoli successivi si sottrae progressivamente dall'influenza politica e religiosa, fino a diventare un impegno, garantito e protetto in molte delle moderne costituzioni europee, da un dovere-obbligo dello Stato².

Nel tempo anche i metodi e l'organizzazione della ricerca sono profondamente cambiati. L'attività di ricerca, prima prevalentemente svolta dal singolo scienziato nel suo studio e laboratorio, diventa un fenomeno complesso che necessita dell'aggregazione in gruppi e che si avvale di strutture e laboratori talvolta anche geograficamente distanti. Le moderne teorie sulla "produzione della conoscenza" evidenziano l'erompere, nella società moderna, di un sistema che privilegia l'applicazione immediata dei risultati ottenuti, accentua la competizione e valorizza ricerche spendibili nel breve-periodo nel mercato³.

Come si vedrà *infra*, anche le politiche comunitarie sulla ricerca scientifica nascono con la finalità di accrescere la competitività dell'Unione e di superare il cd. "paradosso europeo", in base al quale, a parità di produzione scientifica rispetto ad altri Stati (in particolare Stati Uniti e

¹ Libero adattamento in italiano corrente dell'incipit della lettera di Leonardo Da Vinci a Ludovico il Moro, contenuta nel Codice Atlantico, f. 1082 (ex 391r-a), Milano, Biblioteca Ambrosiana.

² Si esprime in termini di obbligo l'art. 16, I comma, della Costituzione greca laddove sancisce che: "*L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. Il loro sviluppo e il loro miglioramento costituiscono un obbligo dello Stato*". L'art. 23 della Costituzione belga sancisce, più genericamente, che il diritto allo sviluppo culturale e sociale ("*le droit à l'épanouissement culturel et social*") deve essere assicurato dallo Stato. L'art. 44, II comma della Costituzione spagnola similmente a quella italiana afferma che le autorità pubbliche devono promuovere la scienza e la ricerca scientifica enfatizzandone la funzione sociale ("*Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*"). L'art. 73 della Costituzione polacca tutela la libertà nell'esercizio della ricerca scientifica e della circolazione dei risultati ("*Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury*").

³ M. GIBBONS, C. LIMOGES, H. NOWOTNY, S. SCHWARTZMAN, P. SCOTT, M. TROW, *The New Production of Knowledge, The Dynamics of Science and Research in Contemporary Societies*, Thousand Oak 1992, 59.

Giappone), l'innovazione (e dunque la capacità di trasformare la ricerca in prodotti e servizi spendibili nel mercato) è meno sviluppata rispetto ai paesi oltreoceano.

Sebbene la promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea dipendano prevalentemente dalle politiche nazionali⁴, l'Unione può autonomamente condurre, in via parallela, azioni e programmi a sostegno della ricerca. Dal 2000 si è infatti progressivamente formato un nuovo "luogo" di ricerca a livello sovranazionale denominato "Spazio Europeo della Ricerca" (*European Research Area*), prevalentemente sviluppato tramite programmi quadro nell'ambito di strategie di "coordinamento aperto" delle politiche nazionali su base volontaria tra gli Stati (*Open Method of Coordination*⁵), con l'obiettivo di catalizzare la conoscenza scientifica prodotta nell'Unione.

La scelta compiuta dagli Stati di sviluppare le politiche unionali in materia di ricerca scientifica senza ricorrere a strumenti giuridici vincolanti (ricorrendo prevalentemente, seppur non esclusivamente ad atti di *soft law*) se da un lato è dovuta alla profonda cautela ad interagire in settori profondamente legati alla realtà nazionale, caratterizzati da un complesso sistema di regole interne, d'altra parte risponde alla necessità di utilizzare strumenti flessibili rispetto alle mutevoli esigenze della ricerca. A distanza di quasi venti anni dalla nascita dello *Spazio Europeo della Ricerca* è possibile analizzarne l'impatto sui sistemi di ricerca nazionali.

2. Obiettivo dello studio

Il presente studio intende verificare quali siano le ricadute dall'attuale *Spazio Europeo della Ricerca* ("SER") sulla promozione e sull'organizzazione della ricerca scientifica negli Stati membri dell'Unione, analizzando, in particolare, il sistema italiano e quello tedesco.

Come si vedrà meglio *infra*, in Italia, l'apparato pubblico (e in particolare l'università) ha da tempo dismesso le vesti di principale promotore

⁴ In base al Trattato sul funzionamento dell'UE (artt. 6, 167 e 179-190) nel settore della cultura (art. 6) e della ricerca scientifica (artt. 179-190) l'Unione ha competenze di tipo complementare, volte a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, assumendo il compito di evidenziarne "il retaggio culturale comune", cfr. R. BIN, E. CARDIN, *Art. 13*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano 2017, 259.

⁵ Su cui si dirà meglio *infra*.

della ricerca scientifica, aprendo a forme di cooperazione con i privati e, in alcuni settori, abdicando del tutto tale compito in favore di fondazioni di ricerca e imprese⁶. Se negli ultimi dieci anni la crisi economico-finanziaria ha provocato una generalizzata contrazione degli stanziamenti statali per la ricerca scientifica in tutti i paesi dell'Unione Europea, una vistosa eccezione è rappresentata dalla Germania dove, al contrario, è stata adottata una strategia anticiclica di aumento delle risorse pubbliche volta a rafforzare la ricerca⁷.

Dopo aver ricostruito i principali passaggi che hanno portato alla formazione dello Spazio Europeo della Ricerca e la sua successiva evoluzione, si verificherà il suo impatto sul sistema italiano e tedesco, verificando chi sono attualmente i promotori della ricerca scientifica e come è organizzata la ricerca all'interno di tali sistemi.

L'analisi degli effetti delle politiche sovranazionali sui sistemi nazionali di ricerca mira, in particolare, a verificare se lo Spazio Europeo della Ricerca si risolva nella semplice condivisione di uno *spazio* comune tra gli Stati, caratterizzato dalla libera circolazione dei ricercatori, oppure se tale spazio consenta a questi ultimi di inserirsi, eventualmente al di fuori dal proprio paese di provenienza, in un vero e proprio *mercato* europeo della ricerca.

Lo studio impone una previa precisazione sul concetto di ricerca scientifica.

La definizione più generale e internazionalmente accreditata di ricerca scientifica è quella contenuta nel "Manuale di Frascati"⁸ dove è definita come "*il lavoro creativo intrapreso in modo sistematico allo scopo di aumentare il patrimonio di saperi, compresa la conoscenza dell'uomo, della cultura e della società, e come uso di questo patrimonio di conoscenze per disegnare nuove applicazioni*".

⁶ A. PICCALUGA, *La valorizzazione della ricerca scientifica. Come cambia la ricerca pubblica e quella industriale*, Milano 2001, 33, dove si sottolinea che tra il 1986 e il 1995 tale tendenza ha riguardato tutti i paesi dell'Ocse. Tale fenomeno, evidenzia l'A., tuttavia non ha provocato una diminuzione della ricerca scientifica, ma una sua diversificazione, rimanendo l'Università al centro del sistema cui si appoggiavano altri attori pubblici e privati.

⁷ CNR, *Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia*, Roma, giugno 2018, disponibile in <http://www.dsu.cnr.it>.

⁸ OECD (2015), *Frascati Manual 2015: Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities*, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264239012-en>, contenente la metodologia riconosciuta a livello internazionale per la raccolta e l'utilizzo delle statistiche in materia di ricerca e sviluppo (R&S).

Dal punto di vista soggettivo, è stato evidenziato che può generalmente ricomprendersi nel concetto di “organizzazioni di ricerca” ogni entità, diversa dalla pubblica amministrazione, operante secondo le regole di diritto pubblico o privato, che promuova o eserciti attività di ricerca, a prescindere dalla fonte, pubblica o privata, del finanziamento⁹.

Sotto il profilo oggettivo, valorizzando la funzione economica della ricerca scientifica, si distingue, tradizionalmente, tra: (i) “ricerca di base” (*curiosity oriented*), intesa come lavoro finalizzato esclusivamente ad acquisire nuova conoscenza; (ii) “ricerca applicata” (*applied research*), svolta per l'avanzamento della conoscenza, ma con obiettivi definiti e con scopi prevalentemente pratici; (iii) “ricerca sperimentale” (*experimental research*), espressione di “un’attività sistematica che attinge dalle conoscenze ottenute dalla ricerca e dall’esperienza pratica ed è diretta a produrre nuovi materiali, prodotti o dispositivi, a installare nuovi processi o a migliorare sostanzialmente processi già prodotti o installati”¹⁰.

Sebbene non siano mancate diverse e più articolate classificazioni, è stata tuttavia evidenziata la loro irrilevanza dal punto di vista giuridico, se non per ciò che riguarda la ripartizione delle competenze, all’interno dell’ordinamento, nella promozione delle diverse tipologie di ricerca scientifica (di base, applicata e sperimentale) e il grado di autonomia che deve essere garantito al ricercatore in relazione ad ognuna di esse¹¹.

⁹ Tale definizione è adottata in una prospettiva comparata da F. MERLONI, *The Independence of Science in the Legal Status of Research Organizations: A European Overview*, in *The independence of science in Europe*, a cura di A. Orsi Battaglini, U. Karpen, F. Merloni, Baden-Baden 1999, 15.

¹⁰ La dottrina ha fornito molte e diverse definizioni di ricerca scientifica, senza pretesa di esaustività si v. F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano 1990, 19 ss.; ID., *Ricerca scientifica* (organizzazione e attività), in *Enciclopedia del diritto*, XL, 393 e ss.; ID. *Ricerca scientifica* (organizzazione ministeriale), in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, 2001. In una prospettiva storica sono state poi distinte la “ricerca pubblica” e quella “privata” (in ragione del soggetto formalmente committente o agente), dalla “ricerca strumentale” svolta per rispondere ad un’esigenza o perseguire un interesse diretto dei pubblici poteri, M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 756; M.S. GIANNINI, *L’organizzazione della ricerca scientifica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 1, 10, che nell’ambito della ricerca scientifica pubblica distingue tra ricerca pura (svolta nelle università) e ricerca pubblica “finalizzata” e “non finalizzata” a rispondere ad interessi specifici dello Stato; Per un quadro più ampio delle definizioni espresse si v. L. FULCINITI, *L’organizzazione della ricerca scientifica*, Milano 1993, 3.

¹¹ L. FULCINITI, *L’organizzazione*, cit., 13 ss. Anche il diritto euro-unitario, come si vedrà, si muove verso il superamento delle distinzioni tra i diversi tipi di ricerca.

3. *La promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Europa: dalla circolazione del sapere nelle Accademie del '600 alla frammentazione della comunità scientifica del secondo dopoguerra*

L'idea di una libera comunità scientifica europea è tutt'altro che nuova. La rivoluzione scientifica scoppiata in Europa tra il 1500 e il 1600 non scardinò solo le precedenti teorie sulle scienze fisiche e naturali, ma pose le basi per una radicale metamorfosi del concetto stesso di *scienza*¹² e del suo rapporto con il potere pubblico, sviluppatasi nei successivi quattro secoli¹³.

Con la nascita delle prime Accademie e società scientifiche¹⁴ studiosi e scienziati cercarono nuove forme di organizzazione della ricerca libere dai vincoli imposti dalle università e dal mecenatismo dei principi e aristocratici con l'auspicio che il rapporto tra cultura e autorità potesse svilupparsi su un piano più "dignitoso" e "proficuo" di quello del patronato e nella consapevolezza che i risultati della ricerca scientifica costituiscono patrimonio dell'intera società nel suo complesso. Proprio su queste basi nel 1603 Federico Cesi fondava l'Accademia dei Lincei¹⁵.

Questi nuovi luoghi di promozione della ricerca fornivano l'opportunità di svolgere una carriera scientifica, rendendo disponibili mezzi per pubblicare i propri lavori e conferendo prestigio sociale per coloro che ne facevano parte. Il loro carattere cosmopolita e indipendente, spesso slegato da un'organizzazione stabile, facilitava la collaborazione tra scienziati di differenti paesi e confessioni religiose. Sebbene l'indipendenza di molte accademie risultasse comunque limitata dal legame con il potere pubblico, il loro diffondersi raggiunse comunque l'importante

¹² T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino 2009, 202, L'A. nel 1962 evidenziava che il "complesso della conoscenza scientifica è stato prodotto in Europa negli ultimi quattro secoli. In nessun altro luogo né periodo sono sorte queste comunità estremamente specifiche da cui deriva la produttività scientifica"; ID., *La rivoluzione copernicana. L'astronomia planetaria nello sviluppo del pensiero occidentale*, Torino 2000.

¹³ F. ABBRI, (a cura di) *Dalla rivoluzione scientifica all'età dei lumi*, Torino 1988.

¹⁴ L'Accademia dei Lincei fondata nel 1603 può considerarsi la prima accademia scientifica, in ordine di tempo, del mondo moderno, nel cui solco sono poi nate l'Accademia del Cimento, nata nel 1657 e la *Royal Society*, nel 1662, cfr. R. MORGHEN, *L'Accademia Nazionale dei Lincei nel CCCLXVIII anno dalla sua fondazione, nella vita e nella cultura dell'Italia unita*, Roma 1972, accessibile in www.lincci.it.

¹⁵ S. RICCI, M. BIAGIOLI, *La Rivoluzione scientifica: luoghi e forme della conoscenza. Le accademie*, in *Storia della Scienza*, 2002, in *Enciclopedia Treccani*, http://www.treccani.it/enciclopedia/la-rivoluzione-scientifica-luoghi-e-forme-della-conoscenza-le-accademie_%28Storia-della-Scienza%29/.

risultato di sostituire al *controllo* sulla conoscenza scientifica da parte dei governanti o del potere religioso, la *controllabilità* da parte dell'intera comunità scientifica e sociale, rendendo la divulgazione della scienza una *questione pubblica*¹⁶.

Verso la fine del 1700, in Europa, il sistema universitario attraversava un momento di profonda crisi. Studiosi e filosofi, infatti, mettevano in discussione la stessa utilità di un'università percepita come insopportabilmente legata alla tradizione e indifferente rispetto all'innovazione, proponendone la radicale trasformazione. Veniva da più parti denunciato che l'università avrebbe dovuto rinnovarsi, allontanarsi dalla concezione statica di mero custode di quanto già acquisito nel patrimonio scientifico, per diventare il motore di una moderna cultura del sapere, ponendo le basi per la nascita di una "comunità" distinta e indipendente dal potere politico e dalla religione, dedita allo sviluppo del sapere e della scienza¹⁷.

Su queste idee, plasmate sul pensiero dei filosofi del '700 nasceva il modello, poi esportato in tutto il mondo, dell'università moderna, in cui lo Stato non doveva intromettersi, dall'interno, nella ricerca scientifica, ma doveva limitarsi a garantirla dall'esterno fornendo finanze e risorse adeguate.

Per il filosofo, linguista e statista tedesco Wilhelm von Humboldt, l'università non avrebbe dovuto ergersi come un'istituzione autoreferenziale, ma porsi al centro di un unico e complesso sistema finalizzato all'istruzione, alla tradizione e alla creazione della conoscenza, in cui tutte le istituzioni (dalle scuole elementari e secondarie, alle biblioteche, ai musei, alle accademie) avrebbero dovuto operare sinergicamente¹⁸.

Nel suo celebre *Memorandum* (1810) dedicato alla costruzione dell'Università di Berlino (*Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin*)¹⁹) Humboldt affermava che lo Stato deve agire nella consapevolezza di non poter acquisire da

¹⁶ D. ANTISERI, G. REALE, *Storia della filosofia, Umanesimo, Rinascimento e rivoluzione scientifica*, vol. IV, Milano 2014.

¹⁷ J. G. FICHTE, *A Plan, Deduced from First Principles, for an Institution of Higher Learning to Be Established in Berlin, Connected to and Subordinate to an Academy of Sciences* in L. MENAND, P. REITTER, C. WELLMON (a cura di), *The Rise of the Research University*, Chicago 2017, 67.

¹⁸ J. ÖSTLING, *Humboldt and the Modern German University. An Intellectual History*, Lund 2018, 23.

¹⁹ W. VON HUMBOLDT, *On the Internal Structure of the University in Berlin and its Relationship to Other Organizations*, in L. MENAND, P. REITTER, C. WELLMON, *The Rise of the Research University*, cit., 108.

solo nuove conoscenze scientifiche, ma di dover necessariamente sostenere lo sviluppo della scienza tramite strutture ad esso esterne.

Tale compito, tuttavia, non poteva esaurirsi nella sola messa a disposizione iniziale di risorse e mezzi, dovendo essere garantita, nel corso del tempo, la loro adeguatezza rispetto alle esigenze della ricerca, evitando che l'intervento di terzi provocasse un abbassamento del "sapere" ad un livello pratico e materiale.

La ricerca scientifica messa in circolo negli ambienti universitari iniziava a svolgere una specifica funzione sociale tramite la costruzione dell'educazione dell'individuo (*Bildung erwerben*) affinché potesse agire in maniera indipendente e responsabile all'interno della società²⁰.

Humboldt che, parlando nelle vesti di "uomo di Stato" incaricato del progetto per l'istituzione dell'Università di Berlino, inevitabilmente teorizzava un profondo legame tra la promozione e l'organizzazione della ricerca e il potere pubblico, segnalava l'intrinseca e fondamentale esigenza di garantire non solo la piena libertà accademica, ma anche il "tempo" e lo "spazio" necessario ai ricercatori per perseguire le conoscenze da mettere in circolo sia dentro che fuori l'università.

I cambiamenti più profondi nel sistema della ricerca scientifica si sono tuttavia verificati tra il XIX e il XX secolo. Se, infatti, fino al XIX secolo la ricerca era prevalentemente sostenuta dal potere pubblico e l'industria bellica era uno dei principali fattori del progresso scientifico, con la rivoluzione industriale la ricerca scientifica diventa attività prevalentemente promossa dall'industria e dagli istituti di alta cultura normalmente privati²¹. La diversificazione delle istituzioni in cui si realizza la ricerca pone le basi della moderna struttura dei paesi occidentali articolata in tre reti: universitaria, pubblica e privata. Benché lo Stato si sia sempre occupato della ricerca scientifica, tale rapporto tuttavia, inizia a subire variazioni cicliche, mutando sotto i profili della "dimensione", del "fine", e della "strumentazione tecnico-giuridica"²² e lasciando più spazio ai privati. In una società industriale sempre più orientata all'avanzamento della carriera e all'emancipazione sociale, i grandi numeri dell'università, ormai

²⁰ L. FULCININI, *L'organizzazione*, cit., 22.

²¹ M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., 756.

²² M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, cit., 4, evidenzia che "lo Stato si occupa di ricerca scientifica da quando esiste; da quando esso è apparso come struttura politico giuridica definita, ossia dal XVI secolo, lo Stato si occupa della scienza, ha una sua attività di ricerca diretta, di promozione, di incoraggiamento della ricerca. Ciò che varia lungo il corso dei secoli è il modo con cui svolge le sue attività: la dimensione, il fine, la strumentazione tecnico-giuridica (...)".

sempre più aperta e “di massa” determinarono la “*fuga dall'Università*”²³ della ricerca e il potenziamento di centri ad essa esterni. In Italia tuttavia, in ragione dello scarso sviluppo industriale, la sede più produttiva della ricerca scientifica rimase l'apparato statale. Nel 1800 venivano istituiti organi tecnici strumentali alle nuove esigenze dell'Amministrazione (laboratori e istituti deputati alla certificazione o ai controlli nei confronti dei privati) o per svolgere ricerca nei settori dei servizi di cui lo Stato assumeva il monopolio (trasporti, comunicazioni)²⁴. Con la rapida espansione della scienza, della medicina e della tecnologia la ricerca scientifica dilatava il suo oggetto appropriandosi di campi, discipline, fenomeni e interessi che in precedenza non rientravano nel suo ambito. Svolgere attività di ricerca richiedeva un costoso apparato di macchine, strumenti e attrezzature e specialisti per il loro funzionamento spingendo verso la concentrazione delle risorse nei settori a più alta ricaduta tecnologica e, quindi, alla proporzionale riduzione delle risorse destinate alla ricerca di base.

Una spinta determinante verso la concezione, oggi accolta anche dalla disciplina euro-unitaria in materia di aiuti di stato²⁵, secondo cui la ricerca scientifica di base deve essere prevalentemente finanziata con risorse pubbliche si ha con gli studi condotti nella metà degli anni '90 del secolo scorso da R. Nelson²⁶ e K. Arrow²⁷. Tali studi evidenziarono che la conoscenza generale, astratta prodotta dalla ricerca di base e l'incertezza sui suoi risultati la rendono poco attraente per le imprese. Se le forze del mercato sono inadeguate nel raggiungere un livello “socialmente ottimale” di ricerca scientifica, come risultato di questo fallimento del mercato, lo Stato dovrà assumere il compito di finanziarla²⁸.

²³ L'espressione è di F. MERLONI, *L'organizzazione pubblica della ricerca scientifica tra processi reali e ipotesi di riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 810.

²⁴ M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, cit., 5, dove si sottolinea che solo a partire dai primi anni '90 del secolo scorso i soggetti pubblici incaricati dallo Stato di svolgere ricerca scientifica strumentale alle esigenze dell'Amministrazione iniziarono ad operare non più per lo “Stato-persona”, ma come parte dello “Stato-collettività” cumulando compiti di ricerca pubblica sia a fini interni, che per l'intera comunità fornendo assistenza anche ai privati.

²⁵ Comunicazione della Commissione, *Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, (2014/C, 198/01), 14.

²⁶ R. NELSON, *The Simple Economics of Basic Scientific Research*, in *Journal of Political Economy*, 1959, 67 (3), 297.

²⁷ K. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in R. NELSON (a cura di), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, New York 1962, 609.

²⁸ La ricerca – secondo Arrow – è un bene pubblico (data la non rivalità nel consu-

Nel '900, divenuta rara la figura del singolo scienziato, si moltiplicano i gruppi di ricerca che avvertono acutamente la competizione internazionale. I grandi istituti di scienza e medicina non possono venir amministrati senza cospicui mezzi imprenditoriali, si frammenta la comunità scientifica europea che perde la sua centralità in favore degli Stati Uniti²⁹ e la scienza si allontana dalla società³⁰.

La collaborazione e la concertazione internazionale risultano possibili solo in presenza di una forte necessità, derivante dalle grandi dimensioni dei progetti di ricerca o delle apparecchiature necessarie, o della distanza dal mercato, tale da escludere la possibilità di rapide e significative ricadute industriali³¹.

Un esempio in tal senso è rappresentato dai programmi di ricerca di comune interesse tra alcuni Stati europei, avviati dall'EURATOM e dalla Comunità europea del carbone dell'acciaio in ragione degli ingenti investimenti necessari a farvi fronte³².

4. *La nascita dello Spazio Europeo della Ricerca e la sua organizzazione*

Nonostante l'avvicinamento spinto dagli interessi nella ricerca energetica e nucleare, la forte frammentazione e il tendenziale isolamento dei sistemi di ricerca dei singoli Stati non muta di molto all'indomani della nascita delle Comunità europee³³. Le prime concrete iniziative per soste-

mo e difficile escludibilità) con la conseguenza che la divergenza tra i rendimenti privati e sociali della ricerca di base crea un sistematico fallimento del mercato. Secondo Nelson sebbene anche le università possano impegnarsi nella ricerca applicata, il loro vantaggio relativo si trova nella ricerca di base.

²⁹ M. WEBER, *La scienza come professione, La politica come professione*, Torino 2004, 8; A. RUBERTI, C. GORI GIORGI, *Ricerca scientifica e tecnologica*, in *Enciclopedia del Novecento*, II Supplemento, Treccani, 1998.

³⁰ T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 197.

³¹ A. RUBERTI, C. GORI GIORGI, *Ricerca scientifica*, cit..

³² In Italia nel 1952 nasce il Comitato nazionale per le ricerche nucleari, formalmente istituito nella forma di ente pubblico con la l. 11 agosto 1960, n. 33 con il nome di Comitato nazionale per l'energia nucleare, da cui nel 1971 viene incorporato l'Istituto nazionale per la fisica nucleare (InfN).

³³ La dottrina che ha attentamente ricostruito il percorso storico della politica comunitaria in materia di ricerca ne ha individuato le prime radici nella metà del XX secolo quando gli interessi degli Stati erano canalizzati nella creazione di un mercato unico dell'energia. Per una puntuale ricostruzione si v. D. JANSEN, T. SEMMET, *Which Way towards a European Research Area? Patterns and Paths of European Integration in Research, Technology and Development Policy – An introduction*, in *Towards a European Research Area, Proceedings*

nera le attività di ricerca a livello comunitario iniziano solo nel 1983 con il primo programma quadro (1° PQ) della durata di quattro anni, avviato con lo specifico intento di coordinare l'azione degli Stati nel campo della ricerca. Da allora, gli otto programmi che si sono succeduti fino ad oggi³⁴ hanno rappresentato il principale strumento per la cooperazione in materia di ricerca nell'ambito dell'Unione, aumentando progressivamente la propria dimensione, portata e obiettivi.

Tale timido avvio³⁵ trova un riconoscimento formale all'interno dei Trattati solo con l'Atto unico europeo (in vigore dal 1 luglio 1987) in cui viene inserita una disciplina di principio (Titolo VI) per coordinare le politiche degli Stati nell'ambito della "ricerca e sviluppo tecnologico".

Nonostante tale inserimento, la ricerca scientifica rimane, di fatto, fuori dall'agenda europea fino al 2000³⁶, quando, con una netta e repen-

*of a Research Conference at the German Research Institute for Public Administration Speyer, Baden Baden 2012, 13 ss. È stato evidenziato, tuttavia, che la sinergia nella ricerca nasce prevalentemente tra i governi (si v. ad esempio l'iniziativa COST – European cooperation in the field of scientific and technical research) con il supporto esterno e la partecipazione della stessa Comunità, A. DE ELERA *The European Research Area: On the Way Towards a European Scientific Community?*, in *European Law Journal*, 2006, 12, 5, 560; La ricerca e la formazione nel settore nucleare, con particolare attenzione al miglioramento della sicurezza e della protezione e le strategie di decarbonizzazione a lungo termine sono ancora oggi presenti nelle politiche euro-unitarie v. da ultimo il Regolamento (UE) 2018/1563 del Consiglio, del 15 ottobre 2018, sul *Programma di ricerca e formazione della Comunità europea dell'energia atomica (2019-2020)* che integra il programma quadro di ricerca e innovazione "Orizzonte 2020" e che abroga il regolamento Euratom n. 1314/2013.*

³⁴ Si sono succeduti il primo Programma Quadro (1984-1987), il secondo (1987-1990), il terzo, (1990-1994), il quarto, (1994-1998), il quinto (1998-2002), il sesto (2002-2006), il settimo, (2007-2013); l'ottavo (2014-2020); il 7 giugno 2018 la Commissione ha presentato la proposta per l'istituzione del nono ("Orizzonte Europa"), prevedendo una dotazione finanziaria di 94,1 miliardi di euro per il periodo 2021-2027; Per un'indagine storica sull'avvio dei programmi quadro si v. L. GUZZETTI, *Breve storia della politica della ricerca dell'Unione europea*, Commissione europea, Bruxelles 1995; L. ZAGATO, *La politica di ricerca delle Comunità europee*, Padova 1993; id. *Il quinto programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 11, 79; L. SBOLCI, *Ricerca e tecnologia nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino 1997; F. SALERNO, *Le competenze delle tre comunità europee in materia di ricerca scientifica e il loro coordinamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, 850.

³⁵ Nell'ambito del 1°PQ vengono avviati diversi programmi come ESPRIT, RACE, Eureka. Si tratta tuttavia di un complesso di strategie non ancora accomunate da una mirata politica europea, come evidenzia A. DE ELERA *The European Research Area*, cit., 561. Sulla scelta dell'*open method of coordination* si v. J. EDLER, S. KUHLMANN, *Integration of European Research Systems: A Multi-Dimensional Phenomenon*, in *Towards a European Research Area, Proceedings of a Research Conference at the German Research Institute for Public Administration Speyer, Nomos*, 2012, 79.

³⁶ Nel quadriennio 1998-2002, nell'ambito del Quinto programma quadro, vengono

tina presa di posizione³⁷, la Commissione avvia, ottenendo l'appoggio del Consiglio³⁸ e del Parlamento³⁹, un programma per la creazione di uno "Spazio europeo della ricerca" ("ERA" – *European Research Area*), finalizzato a superare la frammentazione e la dispersione della ricerca scientifica all'interno dell'Unione⁴⁰.

adottati programmi specifici di ricerca per promuovere l'innovazione, cfr. la Decisione del Consiglio, 25 gennaio 1999 che adotta un "programma specifico di ricerca, di sviluppo tecnologico e di dimostrazione" intitolato "Promuovere l'innovazione e incoraggiare la partecipazione delle PMI". L'obiettivo principale è sostenere le PMI con progetti che consentano di aumentare il livello di sfruttamento dei risultati della ricerca, del trasferimento delle tecnologie e favorire la sperimentazione in materia di trasferimento delle tecnologie su scala internazionale.

³⁷ A. DE ELERA *The European Research Area.*, cit., 559, dove si attribuisce rilevanza, rispetto agli scarsi risultati ottenuti dall'ERA, alla mancanza di una consultazione pubblica preventiva al lancio del progetto da parte della Commissione.

³⁸ Risoluzione del Consiglio, 16 novembre 2000, (2000/C 374/01).

³⁹ Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni – *Realizzazione dello "Spazio europeo della ricerca": orientamenti per le azioni dell'Unione nel settore della ricerca (2002-2006)*, 14 giugno 2000; 15 febbraio 2001, dove il Parlamento invita gli Stati membri a mettere a disposizione almeno il 3 % del loro PIL per la ricerca e invita gli stessi a non considerare i programmi di ricerca semplicemente come degli strumenti intesi principalmente a rafforzare le loro economie, bensì come strumenti in grado di promuovere la crescita economica, la competitività, l'occupazione e la coesione in tutto il territorio dell'Unione europea.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso uno spazio europeo della ricerca*, Bruxelles, 18.1.2000, COM (2000), 6. La Commissione fotografa una situazione in cui la ricerca scientifica all'interno dell'Unione non è altro che espressione della "semplice somma delle attività dei quindici Stati membri e di quella dell'Unione". I forti confini esistenti secondo la Commissione scoraggiano "anche il più piccolo investimento a livello globale nella conoscenza". Il nuovo concetto di Spazio Europeo della Ricerca mira a: (i) collegare in rete i centri d'eccellenza esistenti in Europa e creare centri virtuali, impiegando a tal fine i nuovi mezzi di comunicazione interattivi; (ii) adottare un approccio comune sulle esigenze e modalità di finanziamento delle grandi infrastrutture di ricerca europee; (iii) attuare più coerentemente le attività di ricerca nazionali e comunitarie e rafforzare le relazioni fra i diversi organismi di cooperazione scientifica e tecnologica in Europa; (iv) migliorare l'impiego di strumenti e mezzi volti a stimolare gli investimenti destinati alla ricerca ed all'innovazione: strumenti di sostegno indiretto (nel rispetto delle regole vigenti per gli aiuti di Stato), brevetti, capitale di rischio; (v) fissare un sistema comune di riferimento scientifico e tecnico per l'attuazione delle politiche; (vi) sostenere maggiori risorse umane e caratterizzate da una maggior mobilità; (vii) accrescere la mobilità dei ricercatori e costituire una dimensione europea nelle carriere scientifiche, dando maggior spazio alle donne nella ricerca, sensibilizzando i giovani, per risvegliarne l'interesse per la ricerca e per le carriere scientifiche e rafforzando la coesione a livello europeo; (viii) approfondire i contatti fra comunità scientifica, imprese e ricercatori dell'Europa occidentale e di quella orientale; (ix) rafforzare gli aspetti del territorio europeo che possano

La scelta del metodo di coordinamento aperto e dello stesso termine “*area*” dimostrano chiaramente una scelta di campo neutrale che esclude sia l'intenzione di costruire un sistema di tipo “federale” tra gli Stati membri, sia un approccio puramente internazionale, così creando le basi concettuali per qualcosa di “*completamente nuovo*”⁴¹.

La nuova politica europea sulla ricerca scientifica nasce principalmente per far fronte a tre problemi: (i) la mancanza di competitività dell'Unione nel settore dell'innovazione rispetto ad altri paesi (come Stati Uniti e Giappone) più generosi negli investimenti nel settore della ricerca; (ii) l'incapacità di trasformare i risultati prodotti dalla ricerca in prodotti di mercato e servizi (cd. “paradosso europeo”)⁴²; (iii) la mancanza di un coordinamento sovranazionale non solo tra i programmi di ricerca degli Stati membri, ma anche con le altre politiche dell'Unione⁴³.

A distanza di due anni⁴⁴ la Commissione deve tuttavia prendere atto della difficile realizzazione di tali politiche che necessitano un coinvolgimento molto più attivo di quello assicurato dagli Stati membri e delinea la possibilità di rimettere completamente in discussione l'impostazione originaria, considerata troppo legata ai programmi quadro e poco incline all'utilizzo di strumenti giuridici per il ravvicinamento delle politiche nazionali. Gli Stati membri, tuttavia, pur sostenendo il sempre maggiore investimento finanziario da parte dell'Unione e ponendosi l'obiettivo (per l'Unione europea nel suo complesso) di investire nella ricerca il 3% del PIL entro il 2010⁴⁵,

costituire un elemento di attrattiva per i ricercatori del resto del mondo; (x) promuovere i valori sociali ed etici comuni in materia scientifica e tecnologica.

⁴¹ A. VON BOGDANDY, *National legal scholarship in the European legal area* – A manifesto, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, 3, 1 luglio 2012, <https://doi.org/10.1093/icon/mos023>, 618; ID., *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 2, 225, su cui si v. in senso adesivo R. CAPONI, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, in *Foro it.*, 2012, parte V, col. 244.

⁴² Su cui si v. criticamente R. KAISER, *The European Research Council – An appropriate Instrument for the Improvement of Europe's Innovation Performance?*, in *Towards a European*, cit., 53.

⁴³ Nella suddetta comunicazione la Commissione prende atto che “*Il mercato europeo su cui combinare domanda ed offerta di conoscenze e tecnologie deve ancora essere in gran parte creato. Perché possa svilupparsi e funzionare correttamente è necessario che venga elaborata una vera e propria politica europea della ricerca*”.

⁴⁴ Comunicazione, 16 ottobre 2002, n. 565, *Lo spazio europeo della ricerca: imprimere un nuovo slancio – rafforzare, riorientare, aprire nuove prospettive*.

⁴⁵ Comunicazione 11 settembre 2002 n. 499, *Più ricerca per l'Europa. Obiettivo: 3% del PIL*, dove si evidenzia realisticamente che “*non si può pretendere che tutti gli Stati membri (attuali e futuri) raggiungano questo traguardo singolarmente entro il 2010, ma tutti devono contribuire, coordinandosi per creare quel dinamismo necessario a far aumentare gli*

continuano a prediligere la via del coordinamento aperto su base volontaria⁴⁶.

Con una lunga serie di comunicazioni e raccomandazioni, la Commissione sviluppa diversi aspetti dell'originario programma cercando di includere nelle politiche anche gli aspetti "sociali" della ricerca, promuovendo l'inclusione della scienza nella società⁴⁷ (2001), una maggiore "dimensione europea" delle università (2003)⁴⁸, la creazione di un "mercato europeo" del lavoro per i ricercatori ispirato ai principi sanciti dalla "Carta europea dei ricercatori" e dal "Codice di condotta" per il loro reclutamento (2005)⁴⁹, l'introduzione di strumenti per agevolare l'entrata nell'UE di ricercatori provenienti da paesi terzi (2005)⁵⁰.

Il Trattato di Lisbona (2007, in vigore dal 1° dicembre 2009) conferma la suddetta impostazione di metodo, ribadendo che la promozione

investimenti in R&S in tutta l'Unione"; Comunicazione della Commissione, 4 giugno 2003 n. 226, *Investire nella ricerca, un piano d'azione per l'Europa*; Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 11 marzo 2003 n. 112, *Politica dell'innovazione: aggiornare l'approccio dell'unione europea nel contesto della strategia di Lisbona*; Relazione al Consiglio europeo di primavera 20 febbraio 2004 n. 29, *Promuovere le riforme di Lisbona nell'unione allargata*; Comunicazione al Consiglio europeo di primavera 2 febbraio 2005, n. 24, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio per la strategia di Lisbona*; Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni 30 novembre 2011, n. 808, *Programma quadro di ricerca e innovazione "orizzonte 2020"*.

⁴⁶ Consiglio dell'Unione Europea, 28 gennaio 2003, n. 5742, *Conclusioni del Consiglio sui progressi realizzati nello sviluppo dello spazio europeo della ricerca e sulle azioni da intraprendere per imprimergli un nuovo slancio*.

⁴⁷ Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo 20 settembre 2000, n. 567, *L'innovazione in un'economia fondata sulla conoscenza*; Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo 20 giugno 2001, n. 331, *Una strategia di mobilità per lo spazio europeo della ricerca*; Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo 4 dicembre 2001 n. 714, *Piano d'azione Scienza e Società*.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, 5 febbraio 2003, n. 58, *Il ruolo delle università nell'Europa della Conoscenza*; Comunicazione della Commissione, 20 aprile 2005, n. 152, *Mobilizzare i cervelli europei: permettere alle università di contribuire pienamente alla strategia di Lisbona*.

⁴⁹ Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, 18 luglio 2003, n. 436, *I ricercatori nello spazio europeo della ricerca: una professione, molteplici carriere*, su cui si v. anche il Parere del Comitato economico e sociale europeo, (COM(2003) 436 e la risoluzione del Consiglio (2003/C 282/01); Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, 23 maggio 2008 n. 317, *Migliori carriere e maggiore mobilità: una partnership europea per i ricercatori*; Raccomandazione della Commissione Europea n. 2005/251/CE, (recante la Carta europea dei ricercatori e il Codice di condotta per il loro reclutamento).

⁵⁰ A. CANEPA, *Spazio europeo della ricerca e «permesso di soggiorno scientifico» – La procedura d'ingresso per ricercatori extra-comunitari tra disciplina europea e attuazione nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 1183.

della ricerca scientifica è diretta a rafforzare le “*basi scientifiche e tecnologiche*” dell’Unione Europea (art. 179, par. 1, TFUE), ma l’Unione non può incidere direttamente sull’organizzazione interna degli Stati membri, potendo affiancarsi, senza sostituirsi agli stessi, tramite azioni (di promozione e cooperazione) integrative (art. 180 TFU) di coordinamento delle (e con le) loro politiche in materia di ricerca e sviluppo tecnologico, per garantirne la coerenza (181 TFU)⁵¹. Il ruolo principale continua ad essere assegnato ai programmi quadro pluriennali (182-187 TFUE) ritenuti lo strumento più flessibile per adattarsi all’evoluzione della ricerca e delle sue esigenze. Dal quadro d’insieme emerge in maniera preponderante la funzionalizzazione del SER allo sviluppo economico dell’Unione e all’incentivazione della sua competitività. Tra gli strumenti di coordinamento l’Unione infatti incentiva l’utilizzo dei partenariati pubblico-pubblico (P2P) istituiti ai sensi dell’art. 185 TFUE⁵², tramite cui può direttamente partecipare a programmi di ricerca avviati da più Stati a patto che gli stessi garantiscano il raggiungimento di un sufficiente livello di “integrazione” (calibrato sui tre parametri: “*scientific*”, “*management*” e “*financial*”)⁵³) sia le iniziative tecnologiche congiunte di cui all’art. 187 del TFUE⁵⁴.

L’obiettivo del 3%, sfumato dall’erompere della crisi economica, viene rilanciato nel 2010⁵⁵ nell’ambito della “Strategia-faro Europa 2020”⁵⁶ con cui la Commissione torna nuovamente a sollecitare l’abbandono

⁵¹ Cfr. R. GIUFFRIDA, *Titolo XIX, Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione Europea*, Milano 2014, II ed., 1597.

⁵² Ai sensi del quale “*Nell’attuazione del programma quadro pluriennale l’Unione può prevedere, d’intesa con gli Stati membri interessati, la partecipazione a programmi di ricerca e sviluppo avviati da più Stati membri, compresa la partecipazione alle strutture instaurate per l’esecuzione di detti programmi*”.

⁵³ Si v. *ex multis* la Decisione UE 2017/1324 del Parlamento europeo e del Consiglio 4 luglio 2017.

⁵⁴ Decisione n. 1982/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. A tale modello di partenariato pubblico-privato si è aggiunto il modello contrattuale PPPc previsto nell’ambito dell’ottavo programma con *Memorandum* di intenti. Si v. Commissione, Comunicazione 21 settembre 2011, n. 572, *Partenariati nella ricerca e nell’innovazione*; Parere del Comitato economico e sociale europeo sul “*Ruolo ed effetti delle ITC e dei PPP nell’attuazione di Orizzonte 2020 per un cambiamento industriale sostenibile*”, (2017/C 034/04).

⁵⁵ Nell’ambito della strategia “Europa 2020”, Commissione, 3 marzo 2010, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* – COM (2010) 2020, la Commissione propone cinque obiettivi misurabili dell’UE, che guideranno il processo e verranno tradotti in obiettivi nazionali nell’ambito dell’occupazione, della ricerca e l’innovazione, del cambiamento climatico e dell’energia, dell’istruzione e della lotta contro la povertà.

⁵⁶ L’iniziativa faro Europa 2020 *L’Unione dell’innovazione*, COM (2010) 546, considera lo sviluppo delle politiche in materia di ricerca scientifica come uno strumento per misurare l’uscita dalla crisi.

delle “*tradizionali impostazioni compartimentate*” degli Stati membri e il superamento di “*frammentazioni e duplicazioni costose*”. Viene intrapreso un nuovo percorso, avviato con il Settimo programma quadro (7°PQ, 2007-2013), specificatamente orientato a promuovere la ricerca nei settori afferenti le principali politiche europee⁵⁷, ad incentivare anche la ricerca di base (tramite l’ERC – *European Research Council*⁵⁸) e a potenziare i cd. “tre poli del triangolo della conoscenza” (istruzione, ricerca e innovazione), aumentando significativamente le risorse stanziare dall’Unione⁵⁹.

Sebbene nello sviluppo delle suddette politiche le Istituzioni UE (e *in primis* dalla Commissione) si siano sempre avvalse dell’ausilio della comunità scientifica tramite specifici *advisory bodies* (come l’EURAB – *Eu-*

⁵⁷ Nel libro verde, Commissione 9 febbraio 2011, n. 48, *Trasformare le sfide in opportunità: verso un quadro strategico comune per il finanziamento della ricerca e dell’innovazione dell’Unione europea*, si sottolinea la necessità di operare una “svolta” nell’ambito della ricerca con una “*un’azione urgente e coordinata*” per ritrovare la crescita ed elevati livelli di occupazione, combattere i cambiamenti climatici ed effettuare la transizione verso una società a basse emissioni di carbonio. Si evidenziano, inoltre, i problemi legati all’aumento demografico, alla sicurezza e alla globalizzazione “*occorre usare più saggiamente le risorse naturali di cui disponiamo. Le nostre società devono far fronte a problemi sempre maggiori, per portata e sofisticazione, in materia di sicurezza. Le sfide costituite dall’invecchiamento della nostra popolazione e dalla dipendenza dai combustibili fossili rappresentano tuttavia anche eccezionali opportunità di sviluppare prodotti e servizi innovativi, creando così crescita e occupazione in Europa. L’Europa deve riuscire anche a salvaguardare e a migliorare la sua posizione concorrenziale di fronte al fenomeno della globalizzazione*”.

⁵⁸ L’ERC viene istituito con la decisione della Commissione 2 febbraio 2007, n.134, (2007/134/CE), seguendo il modello statunitense della National Science Foundation (NSF), riunendo rappresentanti della comunità scientifica europea di alto livello. È composto da ventidue scienziati, ingegneri e studiosi di chiara fama nominati dalla Commissione sulla base della proposta di un organismo indipendente. Ai sensi dell’art. 3 della suddetta decisione il consiglio scientifico, “*fissa la strategia scientifica generale, ha pieno potere sulle decisioni relative alle tipologie di ricerca da finanziare (conformemente all’articolo 6, paragrafo 6, della decisione 2006/972/CE) e agisce da garante della qualità delle attività sotto il profilo scientifico. Tra le funzioni assegnategli rientrano, in particolare, l’elaborazione del programma di lavoro annuale, l’istituzione di una procedura per la valutazione inter pares, nonché il monitoraggio e il controllo di qualità dell’attuazione del programma specifico «Idee», fatta salva la responsabilità della Commissione*”. Valuta positivamente l’impatto dell’ERC nelle politiche in materia di ricerca R. KAISER, *The European Research Council*, cit., 59, che tuttavia sottolinea come tale strumento non possa operare isolatamente per il perseguimento degli obiettivi delle politiche europee in materia di ricerca.”

⁵⁹ La Risoluzione del Parlamento europeo del 13 giugno 2017 sull’efficacia in termini di costi del Settimo programma quadro per la ricerca (2015/2318 INI) ha evidenziato che l’Unione Europea ha contribuito con 44,56 miliardi di euro di cui sia Germania che il Regno Unito hanno rispettivamente beneficiato per il 16%, la Francia per l’11%, l’Italia per l’8%, la Spagna per il 7%.

ropean Research Advisory Board⁶⁰ e l'ERAC *European Research Area and Innovation Committee*⁶¹), con la nomina dell'ERC, si pone per la prima volta la questione dell'indipendenza della *governance* della ricerca nell'Unione. Tale organo, nominato dalla Commissione sulla base dell'indicazione di un consiglio scientifico indipendente, assume un'assoluta centralità sia nel definire le strategie e le metodologie di finanziamento che nella gestione della valutazione dei progetti di ricerca, agendo sinergicamente con i suoi organi esecutivi e la stessa Commissione⁶².

La difficoltà di raggiungere risultati soddisfacenti nell'integrazione delle carriere di ricerca spinge, nel 2011, la Commissione ad elaborare un documento (*Towards a European Framework for Research Careers*) per rafforzare la "dimensione professionale" dei ricercatori nei vari stadi della loro carriera, identificandone le caratteristiche comuni a prescindere dalla disciplina nazionale e dai diversi campi di intervento (pubblico/privato o istruzione/ricerca). Muovendo dalla constatazione che il mercato del lavoro dei ricercatori è poco trasparente, sostanzialmente chiuso e frammentato anche a livello nazionale, con forti barriere alla libera circolazione e scambio tra settori e paesi, il documento pone l'obiettivo di realizzare un "mercato del lavoro" per i ricercatori aperto, con una struttura di carriera comparabile a livello europeo fra settori e paesi.

È tuttavia con il successivo programma quadro ("Orizzonte 2020"), con una dotazione finanziaria di 76,4 miliardi di euro per il periodo 2014-2020 che la Commissione avvia il più imponente programma pubblico di ricerca e sviluppo. Gli obiettivi vengono improntati al carattere trasversale della ricerca e al loro impatto sulle politiche dell'UE. La Commissione semplifica le procedure di finanziamento, da sempre avvertite come eccessivamente complesse⁶³, accelerando i tempi per la concessione delle sovvenzioni. Il programma si propone di finanziare ricercatori, istituti di ricerca, università, società private (sia grandi imprese che PMI) e enti pubblici a livello indivi-

⁶⁰ Tale organo indipendente, non più operativo, ha svolto le sue funzioni consultive dal 2001 al 2007.

⁶¹ Nato nel 1995 con l'acronimo CREST svolge consulenza strategica assistendo la Commissione europea e il Consiglio nello svolgimento dei compiti spettanti a queste istituzioni nell'ambito della ricerca e dello sviluppo tecnologico.

⁶² Sull'indipendenza dell'ERC si v. le considerazioni di A. VON BOGDANDY, D. WESTPHAL, *The Legal Framework for an Autonomous. European Research Council*, in *European Law Review*, 2004, 29, 6, 788.

⁶³ Sono state numerose le segnalazioni delle Istituzioni e, in particolare, del Parlamento europeo a partire dalla risoluzione 11 novembre 2010 (2012/C 74 E/06), sulla necessità di semplificare l'attuazione dei programmi quadro di ricerca.

duale o di consorzi. La valutazione dei progetti di ricerca⁶⁴ è affidata a tre esperti indipendenti che li esaminano sulla scorta dei tre criteri stabiliti dal programma quadro (eccellenza, impatto, qualità e efficienza dell'attuazione).

L'impianto generale, delineato dall'ottavo Programma quadro, in tema di regole di partecipazione, tipologia di azioni e finanziamenti, semplificazione delle procedure, sembra destinato a trovare conferma nel prossimo programma quadro. Sulla base dei dati emersi dal monitoraggio dello Spazio europeo (su cui v. *infra*) e del *Report* del Gruppo di Alto livello presieduto da Pascal Lamy⁶⁵, il 7 giugno 2018 la Commissione europea ha presentato il pacchetto di proposte legislative per "Orizzonte Europa" (*Horizon Europe*), il nono Programma Quadro di ricerca e innovazione, successore di Orizzonte 2020 che partirà il 1° gennaio 2021 (i primi bandi di finanziamento verranno pubblicati negli ultimi mesi del 2020)⁶⁶. Se i tempi di definizione e la dotazione finanziaria saranno fortemente condizionati dalle prossime elezioni europee⁶⁷, in base alla proposta della Commissione il nuovo programma sarà caratterizzato da una maggiore apertura alle politiche globali (*i.e.* Agenda 2030 delle Nazioni Unite e Obiettivi di sviluppo sostenibile) e sarà orientato sui tre pilastri (i) *Open Science*; (ii) *Global Challenges and Industrial Competitiveness*; (iii) *Open Innovation* con ruolo cardine nella valutazione dei progetti e nella concessione dei finanziamenti dell'*European Innovation Council*⁶⁸. Visto

⁶⁴ Regolamento UE che stabilisce le norme in materia di partecipazione e diffusione del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020 e che abroga il regolamento (CE) n- 1906/2006. La procedura di valutazione è stabilita dall'articolo 15, paragrafo 5, delle suddette norme e prevede che nelle procedure in due fasi, i candidati presentano proposte brevi per una valutazione iniziale e i richiedenti selezionati vengono poi invitati a presentare la proposta completa. Dopo una seconda valutazione, viene inoltrata alla Commissione una graduatoria ai fini della selezione.

⁶⁵ Commissione UE, *LAB – FAB – APP Investing in the European future we want, Report of the independent High Level Group on maximising the impact of EU Research & Innovation Programmes*, 2017.

⁶⁶ Commissione UE, *A New Horizon for Europe. Impact Assessment of the 9th EU Framework Programme for Research and Innovation*, 2018.

⁶⁷ Come evidenzia M. CERCACCHI, *La strada (incerta) verso Horizon Europe*, in *APRE Magazine*, Settembre 2018, 2.

⁶⁸ Nella proposta di *Horizon Europe* pubblicata agli inizi di giugno, infatti, la Commissione identifica come obiettivo primario quello di intercettare la prossima ondata di innovazioni *breakthrough*. Il terzo Pilastro *Open Innovation* e il futuro *EIC* al suo interno rispondono appunto a questa logica. Una dotazione finanziaria di circa 10 miliardi di euro, una forte *governance* del Consiglio sull'esempio delle agenzie federali americane e la creazione di ecosistemi con Stati, Regioni e soggetti privati, anche attraverso programmi di co-finanziamento, costituiranno i muri portanti della strategia.

lo scarso livello di dettaglio delle proposte legislative le priorità dell'Unione in tema di ricerca saranno delineate da uno *Strategic Planning* elaborato dalla Commissione, scelta su cui sono state già manifestate alcune perplessità con riferimento alla necessità di assicurare il coinvolgimento degli *stakeholders* e una maggiore definizione e prevedibilità del quadro regolatorio⁶⁹.

5. *Il metodo del coordinamento aperto e il monitoraggio dei progressi dello Spazio Europeo della Ricerca*

Con la “*Strategia di Lisbona*” il metodo aperto di coordinamento (*Open method of coordination*) si è affermato come uno degli strumenti di *governance* dell'Unione⁷⁰ in diverse aree⁷¹ tra cui le politiche sociali⁷²,

⁶⁹ Si v. in proposito le considerazioni dell'APRE, *Raccomandazioni agli europarlamenti e ai rappresentanti nazionali in seno al Consiglio UE*, in merito alla proposta della Commissione nel documento del 2 luglio 2018 ai punti 2 e 3.

⁷⁰ Conclusioni del Consiglio Europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm; Tale metodo impone (i) la definizione di orientamenti dell'Unione in combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine; (ii) la determinazione, se del caso, di indicatori quantitativi e qualitativi e di parametri di riferimento ai massimi livelli mondiali, commisurati alle necessità di diversi Stati membri e settori, intesi come strumenti per confrontare le migliori pratiche; (iii) la trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali; (iv) il periodico svolgimento di attività di monitoraggio, verifica e valutazione *inter pares*, organizzate con funzione di processi di apprendimento reciproco.

⁷¹ La letteratura che si è sviluppata su tale strumento è sterminata. Da ultimo, sulla molteplici declinazioni del concetto di “OMC” si v. K.A. ARMSTRONG, *The Open Method of Coordination – Obstinate or Obsolete?*, in *Oxford Principles of European Union Law*, a cura di R. Schütze e T. Tridimas, Oxford 2018, vol. 1, 783; S. BORRÁS, C.M. RADAELLI, *Open Method of Co-ordination for Democracy? Standards and Purposes*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, 129; S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli 2012; J. ZEITLIN, *Conclusion: The Open Method of Coordination in Action: Theoretical Promise, Empirical Realities, Reform Strategy*, in J. ZEITLIN, P. POCHE, L. MAGNUSSON (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Berna 2005.

⁷² Con la Strategia di Lisbona gli Stati membri hanno avviato un processo di coordinamento nel settore delle politiche sociali (“*social OMC*”), su cui si v. L. CRAM, *Calling the Tune Without Paying the Piper? Social policy regulation: the role of the Commission in European Community social policy*, in *Policy & Politics*, Volume 21, 2, 1993, 135; S. LIEBFRIED, P. PIERSON, *Social policy*, in *Policy-making in the European Union*, a cura di H. Wallace e W. Wallace, IV ed., Oxford 2004, 267; M. HEIDENREICH, G. BISCHOFF, *The*

l'istruzione⁷³ e la ricerca e l'innovazione⁷⁴.

Tale metodo mira a "europeizzare" settori nella competenza degli Stati membri (principalmente, ma non esclusivamente tramite atti di *soft law*⁷⁵) che hanno un forte legame con le peculiarità (storico-costituzionali) nazionali, il cui quadro normativo interno è estremamente complesso e divergente tra gli Stati talvolta, preparando il campo ad una futura armonizzazione del quadro normativo⁷⁶.

Come avvenuto per il coordinamento nel settore della ricerca scientifica, con tale metodo gli Stati, seguendo un'impostazione decentrata basata sul principio di sussidiarietà, indirizzano progressivamente le loro politiche verso una convergenza rispetto gli obiettivi sovranazionali, tramite la circolazione delle migliori pratiche e la comparazione dei risultati ottenuti (*benchmarking*)⁷⁷, concordando i *target* e la tempistica per la misurazione e valutazione degli sviluppi sul piano nazionale⁷⁸.

Con specifico riferimento allo Spazio Europeo della Ricerca, le Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europea di Lisbona focalizzavano una serie di obiettivi a breve termine⁷⁹ richiamati nel maggio 2015 per

Open Method of Co-Ordination: A Way to the Europeanization of Social and Employment Policies?, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2008, 46.3, 497.

⁷³ F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Munus*, 2015, 3, 505, anche in *academia.edu*.

⁷⁴ R. KAISER, H. PRANG, *A New Concept of Deepening European Integration? The European Research Area and the Emerging Role of Policy Coordination in a Multi-Level Governance System*, in *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 6 No. 2002-018; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-018.htm>.

⁷⁵ K.A. ARMSTRONG, *The Open Method of Coordination – Obstinate or Obsolete?*, cit., 785; C.M. RADAELLI, *Europeanization, Policy Learning and New Modes of Governance*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2008, 10, 239.

⁷⁶ H. PRANGE, R. KAISER, *The Open Method of Coordination in the European Research Area: A New Concept of Deepening Integration?*, in *Comp. Eur. Polit.* (2005) 3: 289. <https://doi.org/10.1057/palgrave.ccp.6110054>.

⁷⁷ La "convergenza" è stato il modello prevalente dall'introduzione del quadro di valutazione delle politiche sull'innovazione cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni, *Stato dell'Unione dell'Innovazione 2012 – accelerare il cambiamento* (COM 2013) 149 final.

⁷⁸ J. ARROWSMITH, K. SISSON, P.MARGINSON, *What can "benchmarking" offer the open method of co-ordination?*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, 11(2), 311-28.

⁷⁹ In particolare, (i) mettere a punto opportuni meccanismi per il collegamento in rete dei programmi di ricerca nazionali e comuni, su base volontaria e con obiettivi scelti liberamente, allo scopo di trarre il maggior vantaggio dalle risorse concertate e destinate dagli Stati membri alla ricerca e allo sviluppo, e assicurare la comunicazione puntuale al Consiglio dei progressi compiuti; repertoriare entro il 2001 i centri di ricerca e sviluppo all'avanguardia in tutti gli Stati membri per migliorare la diffusione dell'eccellenza; (ii) migliorare le condizioni per l'investimento privato nella ricerca, i partenariati di R&S e le nuove imprese

lanciare una tabella di marcia per la l'adozione, da parte degli Stati membri, di piani d'azione nazionali di attuazione del SER.

I progressi dello Spazio Europeo della Ricerca sono stati costantemente monitorati dalle istituzioni europee e dalle autorità nazionali⁸⁰. Una delle questioni su cui la Commissione ha ripetutamente richiamato l'attenzione delle Istituzioni riguarda l'ammontare delle risorse stanziolate. Nel *report* pubblicato nel maggio 2017 sulla valutazione intermedia dell'ottavo programma quadro, la Commissione⁸¹ ne ha infatti evidenziato il "sotto-finanziamento" in ragione dell'elevatissimo numero delle candidature (102.076 al 1 gennaio 2017) che ha reso possibile finanziare solo l'11,6% delle stesse, lasciando fuori molte delle proposte valutate al di sopra della rigorosa soglia di qualità e giudicate come eccellenti (ottenendo il cd. *seal of excellence*⁸²). L'insufficienza dei fondi – avverte la Commissione – oltre a costituire un costo in termini di opportunità per il SER, rappresenta uno spreco di risorse per i partecipanti (che si

ad alta tecnologia, avvalendosi di idonee politiche fiscali, dei capitali di rischio e del sostegno della BEI; (iii) incoraggiare lo sviluppo di un metodo di coordinamento aperto per l'analisi comparativa delle politiche nazionali in materia di ricerca e sviluppo e identificare, entro giugno 2000, indicatori per valutare i risultati in differenti settori, soprattutto per quanto riguarda lo sviluppo delle risorse umane; introdurre entro il giugno 2001 un quadro europeo di valutazione dell'innovazione; (iv) facilitare, entro la fine del 2001, la creazione di una rete transeuropea ad altissima velocità per le comunicazioni scientifiche per via elettronica, con il sostegno della BEI, che colleghi gli istituti di ricerca e le università, così come le biblioteche a carattere scientifico, i centri scientifici e, progressivamente, le scuole; (v) adottare iniziative per rimuovere entro il 2002 gli ostacoli alla mobilità dei ricercatori in Europa e per attrarre e far rimanere in Europa i talenti per la ricerca di elevata qualità; (vi) assicurare che entro la fine del 2001 sia disponibile un brevetto comunitario, compreso il modello di utilità, affinché la protezione brevettuale su scala comunitaria nell'Unione possa essere ottenuta mediante procedure altrettanto semplici ed economiche, ed abbia portata altrettanto estesa, quanto la protezione concessa dai concorrenti più importanti.

⁸⁰ MIUR, *a vision document in support of the Italy Position Statement on the Interim Evaluation of Horizon 2020 and the Next Framework Programme for the European Research*, 24 gennaio 2018, in <http://www.obiettivo.fp9.it/>.

⁸¹ Commissione, 29 maggio 2017, *Commission staff working document in-depth interim evaluation of horizon 2020*, versione del 13.06.2017, 114, [https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/h2020_evaluations/swd\(2017\)220-in-depth-interim_evaluation-h2020.pdf](https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/h2020_evaluations/swd(2017)220-in-depth-interim_evaluation-h2020.pdf).

⁸² Il marchio di qualità (*Seal of Excellence*) è un giudizio attribuito alle proposte di progetti che, pur avendo soddisfatto i criteri di selezione e aggiudicazione di Orizzonte 2020 e pur essendo state classificate al di sopra di una soglia di qualità prestabilita, non hanno ottenuto il finanziamento a causa dei vincoli di bilancio. L'obiettivo è aiutare i titolari del marchio di eccellenza a ottenere finanziamenti per queste proposte da altri programmi nazionali, europei o internazionali senza che gravi su di loro l'onere amministrativo aggiuntivo di ripresentare le proposte.

stima spendano 636 milioni di euro all'anno per preparare le proposte)⁸³ che, in ragione dell'alta burocratizzazione e difficoltà delle procedure di candidatura, sono costretti a chiedere l'ausilio di consulenti per la preparazione e la rendicontazione dei progetti⁸⁴.

Pur evidenziando la necessità di un'ulteriore evoluzione, ottimizzazione e perfezionamento del programma quadro (*"piuttosto che una sua revisione completa"*) la Commissione ha tuttavia ribadito che il metodo scelto dai programmi europei (ossia il finanziamento diretto dei progetti e dei singoli ricercatori) e l'addizionalità rispetto alle politiche e ai finanziamenti nazionali *"apporta economie di scala e di scopo e maggiore velocità"*, accrescendo la forza di attrazione dell'UE come centro di ricerca e innovazione *"attraverso la concorrenza paneuropea e gli effetti strutturanti sui sistemi nazionali di ricerca e innovazione"*. Altro punto di difficile coordinamento delle politiche europee è costituito dall'applicazione dei principi sanciti dalla Carta europea dei ricercatori e del Codice di condotta emanati nel 2005, cui le singole istituzioni possono aderire e adeguarsi progressivamente su base volontaria (*Human Resources Strategy for Researchers*).

Anche il Consiglio dell'Unione, l'EURAC e il CESE (Comitato economico sociale europeo) hanno valutato lo stato attuale dello spazio Europeo della Ricerca evidenziando diverse preoccupazioni. L'EURAC ha sottolineato la necessità di migliorare l'apertura e l'accesso, a livello nazionale, ai risultati della ricerca; promuovere e proteggere la scienza aperta nell'ambito del quadro giuridico europeo sul *copyright*; sviluppare e sostenere lo sviluppo dell'innovazione tra gli Stati membri; implementare l'applicazione dei risultati della ricerca; avvicinare i cittadini alla scienza; adeguare i sistemi di valutazione nazionali, promuovendo la valutazione *inter pares* come sistema standard; adottare standard trasparenti per l'utilizzo delle infrastrutture e dei processi di ricerca⁸⁵. Il CESE ha criticamente evidenziato la perdita di importanza della ricerca collaborativa, sottolineando che Orizzonte 2020 ha allontanato le università e istituti accademici dalla ricerca riducendo l'interazione tra impresa e accademia. Lo stesso comitato ha posto in luce i difetti di funzionamento dei

⁸³ Commissione, 11 gennaio 2018, n. 2, *Valutazione intermedia di Orizzonte 2020: massimizzare l'impatto dei programmi di ricerca e innovazione dell'UE*, 5.

⁸⁴ Corte dei conti dell'UE, Relazione speciale n. 28/2018: *Le misure di semplificazione integrate in Orizzonte 2020 hanno giovato per la maggior parte ai beneficiari, ma restano margini di miglioramento*, 6 novembre 2018, 45.

⁸⁵ Consiglio dell'Ue, 30 novembre 2018, Governance dello Spazio europeo della ricerca; EURAC, 21 dicembre 2018, *Recommendations on Open Science and Innovation*.

partenariati pubblico-privato e ha sottolineato che la disparità esistente tra gli Stati nel finanziamento nazionale della ricerca determina “grandi differenze nella capacità di ricevere finanziamenti dall’UE⁸⁶”.

Nella Relazione sui progressi del SER, pubblicata nel febbraio 2019⁸⁷, i risultati raggiunti nei singoli Stati sono stati misurati dalla Commissione mediante il meccanismo di monitoraggio di una serie di 24 indicatori di base definiti congiuntamente da Stati membri e dagli *stakeholders*. Con riferimento alle sei priorità dello Spazio Europeo della Ricerca⁸⁸, la relazione evidenzia che nonostante tutti gli Stati abbiano adottato e aggiornato le strategie nazionali di ricerca, permangono ampie disparità in termini di livelli di prestazione, mobilità e tassi di crescita, sicché i risultati migliori dovrebbero essere utilizzati come parametri di riferimento per gli Stati che non hanno ottenuto risultati altrettanto positivi.

Sebbene il coordinamento aperto costituisca uno strumento di integrazione complesso, non privo di una specifica portata giuridica, in quanto le autorità nazionali sono tenute ad adeguarsi progressivamente agli obiettivi concordati⁸⁹, tale metodo, per nulla obsoleto⁹⁰, rimane fortemente condizionato dalle decisioni assunte ai diversi livelli di governo dagli Stati membri, la cui indifferenza rispetto agli stessi obiettivi può tuttavia ridurlo a “*nothing more than cheap talk*”⁹¹.

5.1. Lo Spazio Europeo della Ricerca e la promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Italia

Similmente a molte delle costituzioni moderne⁹² anche quella italia-

⁸⁶ Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla “Valutazione intermedia di Orizzonte 2020” (2017/C 034/10) dove si evidenzia che il finanziamento dell’UE “non può sostituire gli sforzi nazionali”.

⁸⁷ Commissione UE, 15 febbraio 2019, *Spazio europeo della ricerca: far progredire insieme l’Europa della ricerca e dell’innovazione*.

⁸⁸ 1. maggiore efficacia dei sistemi nazionali di ricerca; 2. cooperazione e concorrenza transnazionali ottimali, anche mediante “un approccio congiunto di fronte alle grandi sfide” e le “infrastrutture di ricerca”; 3. un mercato del lavoro aperto per i ricercatori; 4. parità di genere e integrazione di genere nella ricerca; 5. circolazione, accesso e trasferimento ottimali delle conoscenze scientifiche, ivi compresi “circolazione delle conoscenze” e “accesso aperto”; 6. cooperazione internazionale.

⁸⁹ F. CORTESE, *op. ult. cit.*, 516.

⁹⁰ K.A. ARMSTRONG, *The Open Method of Coordination – Obstinate or Obsolete?*, cit., 807.

⁹¹ S. BORRÁS, B. GREVE, *Concluding remarks: New method or just cheap talk?*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, 11:2, 334.

⁹² Per i riferimenti si v. *supra* nota 2.

na⁹³ impegna lo Stato (inteso come “Stato-apparato”) nella promozione⁹⁴ della ricerca scientifica⁹⁵. L’art. 9 della Costituzione, come noto, attribuisce tale compito alla “Repubblica⁹⁶” e, dunque, ad *ogni* soggetto pub-

⁹³ Lo “statuto della ricerca scientifica” è enunciato trasversalmente all’interno della Costituzione italiana tra l’art. 9 e gli artt. 2, 3, 21, 32, 33, 41, M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., 754. Con la riforma del titolo V si è aggiunto il terzo comma dell’art. 117 laddove attribuisce la competenza legislativa in materia di ricerca scientifica, in via concorrente a Stato e Regioni. In tale gruppo di articoli si può inoltre includere anche l’art. 100 con riferimento alla necessità di adeguare l’azione dei pubblici poteri nel settore della ricerca alle forme di giustificazione della spesa pubblica, come sottolinea da G. DELLA CANANEA, *La politica della ricerca: le prospettive per l’area giuridica*, Relazione all’incontro di studio organizzato dalla SPISA sulla “Valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche”, Bologna, 22 ottobre 2010, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2.

⁹⁴ F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Artt. 1-12, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 435, dove si richiama l’idea di Romagnosi secondo cui per promozione deve intendersi la predisposizione, da parte delle istituzioni pubbliche, delle condizioni e dei presupposti per il libero sviluppo della cultura; I. TUCCI, *La ricerca scientifica nella Costituzione italiana*, in *Rassegna parlamentare*, 1984, 4, 267; F. BONIFACIO, *La ricerca scientifica*, in *L’istruzione*, a cura di C.M. Iaccarino, Vicenza 1967, 277; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova 1990, 90; C. AMIRANTE, *Ricerca scientifica e sistema costituzionale*, in *Studi in memoria di G. ROEHRSEN*, Padova 1991; L. SAPORITO, *La ricerca scientifica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova 1993, 23; S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova 1979; E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli 1961, 14. Non è possibile nel presente studio esaminare il rapporto tracciato dalla Carta costituzionale tra ricerca, società e politica, potendosi limitare a evidenziare, per ciò che interessa, che è storicamente ben noto il rischio che gli stessi entrino in conflitto (“c’è una politica per la ricerca, ma c’è anche una politica attraverso la ricerca”, dove con la prima locuzione si vuole esprimere “l’insieme delle attività intraprese dallo Stato allo scopo di incoraggiare lo sviluppo della scienza e della tecnica”; la seconda allude invece “all’utilizzazione dei risultati conseguiti dalla scienza per fini politici generali”) specie qualora la concessione del denaro pubblico diventi un meccanismo di controllo sull’attività di ricerca e sui risultati attesi, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli 1993, 93; M. FORESI (a cura di), *La ricerca scientifica in Italia*, Roma 1977, 76; J.A. ROBERTSON, *The scientist’s right to research: a constitutional analysis*, cit., 1203 ss. 192; W. GASPARRI, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L’organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 501.

⁹⁵ Secondo F. MERUSI, *Art. 9*, cit., 437, tale espressione è comprensiva sia delle scienze naturali che sociali.

⁹⁶ Se per alcuni tale riferimento va imputato, restrittivamente, allo “Stato-persona”, si v. M. GRISOLIA, “Arte (organizzazione amm. e dir. cost.)”, [III, 1958], in *Digesto*, altri, lo imputano, complessivamente, allo Stato-ordinamento in tutte le sue componenti, F. MERUSI, *Art. 9*, cit., 439, così anche L. VIOLINI, *Regioni e ricerca scientifica, ovvero “Riforma Bassanini” v. “Riforma Costituzionale”?*, in *Le Regioni*, 2001, 2, 424; F. MERLONI, *L’organizzazione pubblica*, cit., 816, che distingue la promozione della ricerca dal suo

blico nella misura e nei limiti delle proprie competenze e dei propri fini istituzionali. Secondo autorevole dottrina gli enti di diritto privato, nonostante il rilievo pubblicistico assunto per “*la loro finalità di promozione della cultura e della ricerca scientifica, come accade per molte fondazioni culturali che spesso condizionano in maniera rilevante interi settori di ricerca*”, sono invece esclusi dall’ambito della previsione costituzionale⁹⁷. Come si vedrà, tuttavia, sono proprio i privati oggi i principali promotori della ricerca in Italia.

La Costituzione ha invece preferito non occuparsi dell’organizzazione della ricerca, tratteggiandola, secondo autorevole dottrina, con “*distaccato interventismo*”⁹⁸. Secondo Nigro, infatti, la Costituzione lascia aperte diverse “possibilità organizzative” in materia di ricerca fornendo quali principali e uniche direttive i principi di democraticità e efficienza⁹⁹. La scienza deve infatti essere collegata al maggior numero possibile di interessi sociali e deve essere amministrata in modo efficiente al pari di qualsiasi altra organizzazione amministrativa.

Nell’economia del presente contributo è possibile tratteggiare solo i caratteri principali dell’attuale assetto della ricerca scientifica in Italia, principalmente concentrata sull’azione di tre attori (*i*) le università¹⁰⁰; (*ii*)

coordinamento e programmazione, evidenziando la rilevanza nazionale delle seconde, legate all’organizzazione dell’istruzione pubblica e a processi sovranazionali di ricerca e innovazione tecnologica.

⁹⁷ F. MERUSI, *Art. 9*, cit., 440. È stato d’altra parte autorevolmente sottolineato che l’attività di ricerca riveste in sé una connotazione pubblicistica prescindendo dalla veste giuridica, pubblica o privata, di chi la svolge, M. NIGRO, *Lo Stato italiano*, cit., 764.

⁹⁸ Così M. NIGRO, *Lo stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., 742; F. MERUSI, *Art. 9*, cit., 437-438. Il dibattito in Assemblea Costituente si soffermerà maggiormente sugli aspetti sociali della ricerca come il rapporto tra scienza e iniziativa economica. Il trionomio “*scienza, tecnica, industria*” si è significativamente affermato all’interno della Costituzione, come riportato dai concitati dibattiti in Assemblea costituente, come “*unità inscindibile*” nella consapevolezza che di “*nessuna ricerca scientifica, anche la più astratta in apparenza, può a priori affermarsi che essa non avrà nel tempo alcun riflesso sulla economia e sulla produzione*”. Così il noto intervento dell’on. Firrao nella seduta del 30 aprile 1947 nella l’Assemblea Costituente per l’esame degli emendamenti agli articoli del Titolo secondo della Parte prima del progetto di Costituzione sui “Rapporti etico-sociali”; G. DE CESARE, *L’organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici e organizzativi*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1969, 11; E. ESPOSITO, *La ricerca scientifica tra pretese della collettività ed organizzazione pubblica*, in *Riv. corte conti*, 1989, 2, 255.

⁹⁹ M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, op. e loc. cit.

¹⁰⁰ Alla rete universitaria sono principalmente affidati, oltre ai compiti dell’alta formazione, gli obiettivi propri della ricerca di base. In alcuni casi, però, le università svolgono anche ricerca applicata e di sviluppo, in collaborazione e su finanziamento di

gli enti pubblici di ricerca¹⁰¹ (EPR); (iii) i privati¹⁰² (i.e. imprese, fondazioni di ricerca e altri enti *no-profit*).

In base all'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale sulla riforma del titolo V della Costituzione (dove la ricerca scientifica figura tra le materie di competenza legislativa concorrente) l'amministrazione statale continua a rivestire un ruolo centrale nel sistema pubblico della ricerca scientifica¹⁰³ in cui il MIUR mantiene un ruolo nevralgico nell'attività di programmazione, coordinamento e diffusione della ricerca svolta sia in ambito universitario che negli enti pubblici di ricerca da esso vigi-

enti pubblici e aziende private, E. SALVADOR, *Il finanziamento delle imprese spin-off della ricerca in Italia*, in *Rivista Piccola Impresa*, 2007, 75-107.

¹⁰¹ Ci si riferisce agli enti elencati nell'art. 1 del d.lgs. 218/2016.

¹⁰² La rete privata di ricerca è costituita principalmente dai laboratori delle imprese e fondazioni ed è quindi prevalentemente sede della ricerca applicata e di sviluppo. L'attività di ricerca scientifica rientra tra quelle esercitate dagli Enti del terzo settore ai sensi dell'art. 5 del Codice del terzo settore (d.gls. n. 117/2016 e s.m.i.).

¹⁰³ Corte Cost., 29 dicembre 2004, n. 423, dove è stato evidenziato che la ricerca scientifica deve essere considerata non solo una "materia", ma anche un "valore" costituzionalmente protetto, rilevante a prescindere dagli ambiti di competenze rigorosamente delimitati. La Corte ha precisato che in virtù della riserva di legge statale prevista dall'art. 33, VI co., Cost., l'intervento statale "autonomo" è ammissibile in relazione alla disciplina delle "istituzioni di alta cultura, università ed accademie", ma che, anche al di fuori di questo ambito lo Stato conserva, oltre alla possibilità di fissare i principi fondamentali e attribuire con legge funzioni amministrative a livello centrale per esigenze di carattere unitario (sentenze nn. 6 del 2004 e 303 del 2003), la competenza in relazione all'attività di ricerca scientifica strumentale e connessa a funzioni statali (sentenza n. 569 del 2000). Più recentemente (sentenza 13 aprile 2018, n. 74) è stato evidenziato che l'unilaterale previsione statale di fondi settoriali dedicati alla ricerca scientifica si legittima in base al meccanismo della "chiamata in sussidiarietà", solo se la stessa legge statale preveda il coinvolgimento degli enti territoriali nell'adozione dell'atto che regola l'utilizzo del fondo. Sull'impatto della riforma del titolo V nell'organizzazione della ricerca scientifica si v. F. MERLONI, *La ricerca scientifica tra autonomia e indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2002, 5, 798; L. VIOLINI, *Regioni e ricerca scientifica*, cit., 423, che qualifica la ricerca (complessivamente intesa, sia di base che applicata) come "una sorta di materia trasversale, funzionale ad uno sviluppo coerente delle funzioni attribuite a livelli ai diversi livelli di governo, lasciando al livello statale funzioni di coordinamento e ai livelli inferiori la libertà di intervenire secondo modalità adeguate alla realtà sociale cui si riferiscono" e evidenzia la mancanza di coordinamento tra la riforma del titolo V e l'attribuzione delle funzioni amministrative riservate all'amministrazione statale (l. 59/1997, all'art. 1, comma 3°, lett. p); L. DEGRASSI, *Promozione della 'ricerca scientifica' tra autonomie sub e sovrastatali*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano 2011, 245; G. FARES, *Ricerca scientifica ed innovazione tecnologica nel nuovo riparto di competenze fra stato e regioni*, in *Giur. it.*, 2005, 1795; C. LOMBARDI, *Regioni e ricerca scientifica, ovvero l'«eclissi delle materie»?* (Nota a Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133, Reg. Friuli-Venezia Giulia c. Pres. Cons.), in *Giur. cost.*, 2006, 1241.

lati¹⁰⁴, il CIPE nell'approvazione del programma nazionale della ricerca e l'ANVUR, nella valutazione dei risultati, funzionale alla ripartizione dei finanziamenti statali.

Sebbene l'analisi del rapporto tra *governance* universitaria e valutazione della ricerca, ampiamente esaminato dalla dottrina¹⁰⁵, esuli dalla presente indagine, occorre evidenziare che le numerose criticità provocate dall'"ambivalenza strutturale"¹⁰⁶ del rapporto tra MIUR e ANVUR potrebbero portare, a breve, ad un ripensamento dei rispettivi ruoli¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. l'art. 6 del d.lgs. n. 218/2016. Sul rapporto tra EPR e MIUR si v. F. MERLONI, *Cnr: da organo di governo della ricerca scientifica a ente strumentale del Miur?* (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 6 marzo 2003, n. 1778, Bianco c. Pres. Cons.), in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 369; ID., *La nuova autonomia «statutaria» degli enti di ricerca nella l. n. 165 del 2007 (commento alla l. 27 settembre 2007 n. 165)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 367; ID., *Consiglio nazionale delle ricerche (Cnr)*, in *Encicl. giur.*, Treccani, Roma 1988, vol. VIII; ID., *Il nuovo riordino del Cnr: si consolida il controllo politico sulla ricerca italiana (commento al d.leg. 4 giugno 2003 n. 127)*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1013; M. COSTA., *Consiglio nazionale delle ricerche (Cnr) [postilla di aggiornamento-2006]*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. VIII; R. TROMBETTA, *Cnr ed integrazione europea 2003: ottanta anni di ricerca*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 451; L. TORCHIA, *La libertà di ricerca e il potere di nomina governativa: che storia è mai questa? (commento al d.p.r. 11 novembre 2005 n. 255)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 835; A. NOVA, *Consiglio nazionale delle ricerche*, in *Digesto pubbl.*, vol. III, Torino 1989, 448; M. CONTICELLI, *Un'agenzia per la ricerca scientifica: l'Enea (commento al d.leg. 30 gennaio 1999 n. 36)*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 626.

¹⁰⁵ A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, 436; C. BARBATI, *L'«assicurazione della qualità» nel sistema universitario al tempo di Anvur*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 701; A. LENZI, *Il finanziamento della ricerca scientifica*, in <http://www.astrid-online.it>, 2012, 151; A. POLICE, *Quale legittimità per la nuova governance universitaria?*, in M. D'ORSOGNA, E-P. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, Napoli 2013, vol. I, cit., 49 ss.; M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 3, 313; M. MACCHIA, *La cultura della valutazione della ricerca scientifica in chiave comparata*, ivi, 2008, 4, 462; R. CAPONI, *Sui criteri di valutazione nei concorsi per professore associato di diritto nell'età del pluralismo giuridico*, in *Foro it.*, 2011, V, col. 46; W. GASPARRI, *Valutazione e peer-review – Esperienze a confronto*, in *dir. pubbl.*, 2011, 115; G. DELLA CANANEA, *Sulla valutazione dell'attività scientifica e didattica nel diritto amministrativo*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2007, Napoli 2008, 281; R. DI RAIMO, V. TONDI DELLA MURA, *La valutazione anonima e le sue conseguenze sul sistema della ricerca scientifica*, in *Feralismi.it*, 2011, 15; G. GRASSO, *La valutazione dei risultati della ricerca nell'ambito delle scienze giuridiche (a margine di due recenti documenti del Cun e dell'Anvur, su criteri e parametri per la valutazione di candidati e commissari dell'abilitazione scientifica nazionale)*, in *rivista AIC*; M. COCCONI, *La valutazione della ricerca scientifica*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma 2013; A. SANDULLI, *Per l'università della concorrenza e del merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 2.

¹⁰⁶ G. VESPERINI, *L'Anvur nella governance del sistema universitario*, 2017, 4, 435.

¹⁰⁷ Si v. la nota inviata in tal senso dal MIUR ai Rettori delle Università italiane su

Sebbene l'internazionalizzazione, il coordinamento e l'integrazione delle iniziative nazionali con quelle europee costituiscano il primo punto del Piano nazionale della ricerca elaborato dal MIUR (2015-2020), l'inadeguatezza dello sforzo di avvicinamento a agli obiettivi euro-unitari emerge dal tenore, meramente programmatico del piano nazionale adottato dall'Italia per la realizzazione degli obiettivi posti dallo Spazio Europeo della ricerca¹⁰⁸.

Un primo timido avvicinamento alle politiche euro-unitarie è stato compiuto dai singoli enti di ricerca e università con una dichiarazioni di intenti per il recepimento della Carta europea dei ricercatori e del Codice di condotta. Nel 2009 dieci università italiane (Camerino, Foggia, Palermo, Padova, Udine, Ferrara, Urbino, Verona, Scuola Superiore di Sant'Anna di Pisa, Piemonte Orientale-Vercelli) si sono impegnate a recepire i principi della suddetta Carta e del Codice (*Declaration of Commitment for the implementation of a Human resources strategy for Researchers incorporating the European charter for researchers and a code of conduct for their recruitment (C&C)*), impegno oggi condiviso da 79 enti italiani (università, fondazioni e centri di ricerca)¹⁰⁹.

cui cfr. M. BARTOLONI, *Si apre il cantiere Anvur: il Miur punta a un'agenzia di valutazione dell'istruzione*, in *Il Sole 24 ore*, 30 gennaio 2019.

¹⁰⁸ MIUR, *La Strategia Italiana per la Realizzazione dello Spazio Europeo della Ricerca La Tabella di Marcia Nazionale*, la *Roadmap* italiana propone la costituzione di nuovi organi incaricati del coordinamento tra il programma nazionale di ricerca e i programmi europei al momento non ancora entrati in funzione.

¹⁰⁹ La *Declarations of endorsement of Charter & Code* è stata sottoscritta da: AREA, BENECON, Fondazione Bruno Kessler (FBK), Centro di Fotoreproduzione Legatoria e Restauro degli Archivi di Stato, Centro Nazionale per le Risorse Biologiche, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Consiglio per la Ricerca e la Sperimentazione in Agricoltura, Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste, Consiglio per le ricerche economiche e agricole (CREA), Ente Nazionale delle Sementi Elette, Ente per le Nuove tecnologie, l'Energia, l'Ambiente, Euro-Mediterranean Institute of Science and Technology, Fondazione CENSIS – Centro studi investimenti sociali, Fondazione EBRI “Rita Levi-Montalcini”, Fondazione Edmund Mach, FORMEZ, IRCCS Associazione OASI Maria SS. – Troina (Enna), IRCCS Casa di cura San Raffaele Pisana – Roma, IRCCS Centro San Giovanni di Dio Fatebenefratelli – Brescia, IRCCS Ente Ospedaliero Saverio De Bellis, IRCCS Fondazione Centro San Raffaele – Milano, IRCCS Fondazione Don Carlo Gnocchi – Milano, IRCCS Fondazione Istituto Neurologico Casimiro Mondino – Pavia, IRCCS Fondazione Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli – Milano, IRCCS Fondazione Santa Lucia – Roma, IRCCS Istituto Eugenio Medea – Bosisio Parini (Lecco), IRCCS Istituto Nazionale di Riposo e Cura per Anziani – Ancona, IRCCS Istituto Ortopedici Rizzoli – Bologna, IRCCS Ospedale casa Sollievo della Sofferenza – San Giovanni Rotondo, IRCCS Ospedale infantile Burlo Garofolo – Trieste, IRCCS Ospedale Oncologico – Bari, IRCCS Policlinico San Matteo – Pavia, Istituto Agronomico per

Un passo in avanti verso le politiche euro-unitarie e in particolare i principi della Carta europea dei ricercatori è stato compiuto dalla “l. Madia” (l. n. 124/2015) sia tramite la possibilità di stabilizzare i dipendenti assunti con contratto a tempo determinato (artt. 16 e 17), sia con l’impulso al “*recepimento della Carta europea dei ricercatori e del documento European Framework for Research Careers*”, da parte degli EPR con particolare riguardo “*alla libertà di ricerca e all’autonomia professionale*” e alla “*portabilità dei progetti di ricerca e la relativa titolarità valorizzando la specificità del modello contrattuale del sistema degli enti di ricerca*” (art. 13, comma 1, lett. a)¹¹⁰.

Quest’ultimo criterio direttivo, attuato dall’art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 218 del 2016 (recante la semplificazione della disciplina dell’attività degli enti pubblici di ricerca) ha recentemente consentito ai giudi-

l’Oltremare, Istituto Centrale di Patologia de Libro, Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione, Istituto Centrale per la Ricerca Applicata al Mare, Istituto di Scienze Oncologiche, della Solidarietà e volontariato, Istituto di Studi e Analisi Economica, Istituto di Studi Europei Alcide De Gasperi, Istituto Italiano di Medicina Sociale, Istituto Italiano di Studi Germanici, Istituto Nazionale della Montagna, Istituto Nazionale di Astrofisica, Istituto Nazionale di Economia Agraria, Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale, Istituto Nazionale di Ricerca Metrologica, Istituto Nazionale di Statistica, Istituto Nazionale per Studi ed Esperienze di Architettura Navale, Istituto Sperimentale Italiano Lazzaro Spallanzani, Istituto Superiore delle Comunicazione e delle Tecnologie dell’Informazione, Istituto Superiore di Sanità, Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro, IZS del Lazio e della Toscana, IZS del Piemonte, Liguria e Valle d’Aosta, IZS dell’Abruzzo e del Molise, IZS dell’Umbria e delle Marche, IZS della Lombardia e dell’Emilia Romagna, IZS della Puglia e della Basilicata, IZS della Sicilia, Opificio delle Pietre Dure 26 fe, Politecnico di Milano, Sincrotrone Trieste SCpA, Stazione Zoologica Anton Dohrn, The Italian Undersigning Organisations of 13 December 2005, Istituto nazionale di Astrofisica (INAF), Il Consiglio nazionale delle ricerche (CNR), Conferenza dei Rettori italiani (CRUI), Le organizzazioni stipulanti del Friuli Venezia Giulia, Università Bocconi, Università Ca’ Foscari Venezia, Università degli Studi dell’Insubria, Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale (UNICLAM), Università degli Studi di Firenze, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia – UNIMORE, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Università di Macerata, Università di Palermo, Università di Siena, fonte Euraxess, ultima consultazione 26 febbraio 2019.

¹¹⁰ La successiva lett. b) demandava inoltre il compito di inquadrare la “*ricerca pubblica in un sistema di regole più snello e più appropriato a gestirne la peculiarità dei tempi e delle esigenze del settore, nel campo degli acquisti, delle partecipazioni internazionali, dell’espletamento e dei rimborsi di missioni fuori sede finalizzate ad attività di ricerca, del reclutamento, delle spese generali e dei consumi, ed in tutte le altre attività proprie degli EPR*”. Sebbene anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato (Comm. spec., Parere 14 ottobre 2016, n. 2113) avesse sollecitato un generale “riordino normativo” (con un’opportuna codificazione), la modifica si è esaurita nella “semplificazione” della disciplina sull’attività degli enti pubblici di ricerca.

ci amministrativi¹¹¹ non solo di riconoscere il diritto alla rappresentanza dei ricercatori nella *governance* degli EPR, ma anche di affermare che il coordinamento in materia di ricerca scientifica tra l'Unione e gli Stati costituisce un obbligo per questi ultimi tanto da precludere l'adozione di un atto interno contrastante con le regole europee (anche se di natura non vincolante come quelle sancite nella Carta europea dei ricercatori) qualora “*possa concretarsi in una lesione, peggiorativ(a) dei diritti dei ricercatori (...)*”.

Ulteriore avvicinamento ai principi stabili dalla Carta europea e in particolare il contrasto alla precarietà peraltro oggetto di un massiccio contenzioso¹¹², è stato compiuto dalla giurisprudenza amministrativa che ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione dal novero dei rapporti negoziali subordinati o para subordinati valevoli al fine di raggiungere il requisito temporale dei tre anni di servizio strumentale alla stabilizzazione dei rapporti di servizio prestati in base ad assegni di ricerca¹¹³.

I dati più sconcertanti e che allontanano l'Italia dagli obiettivi sovranazionali provengono tuttavia dalle statistiche sugli investimenti nazionali nella ricerca. Nel Programma nazionale di riforma 2018, che costituisce la Parte III del Documento di economia e finanze (DEF), si conferma l'obiettivo italiano di raggiungere, nel 2020, un livello di investimenti pubblici e privati in ricerca e sviluppo pari all'1,53% del PIL, a fronte di un valore registrato per il 2016, pari all'1,29% (ben al di sotto, quindi, della media dell'UE, pari al 2,0% e ben lontano dall'obiettivo del 3% posto dai programmi quadro dell'Unione).

¹¹¹ TAR Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2018, n. 7262, secondo cui l'art. 2, co. 1, lett. n), d.lgs. n. 218 del 2016, intende assicurare la “*rappresentanza elettiva di ricercatori e tecnologi negli organi scientifici e di governo degli Enti*”, recependo la Carta europea dei ricercatori (laddove sancisce che è “*del tutto legittimo, nonché auspicabile, che i ricercatori siano rappresentati negli organi consultivi, decisionali e d'informazione delle istituzioni per cui lavorano, in modo da proteggere e promuovere i loro interessi individuali e collettivi in quanto professionisti e da contribuire attivamente al funzionamento dell'istituzione*”). La sentenza ha evidenziato che la l. delega non solo richiedeva una nuova disciplina che contenesse tutti i principi, finora inattuati, tra cui l'autonomia degli Enti pubblici di Ricerca, ma ha inteso altresì procedere ad un'opera di valorizzazione degli stessi, “*in ragione degli effetti positivi sull'economia del Paese che un siffatto intervento è destinato a produrre*”.

¹¹² Si v. le risultanze delle audizioni del Senato della Repubblica, *Risoluzione della 7ª commissione permanente*, 7 ottobre 2014, 4.

¹¹³ TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 19 ottobre 2018, n. 10158; Id, 18 febbraio 2019, 2215, che tuttavia non si riferisce alla Carta europea dei ricercatori, ma utilizza quale parametro la Circolare n. 3/2017 del Ministero per la Semplicazione e la Pubblica Amministrazione.

Dall'ultimo *report*, pubblicato dall'ISTAT il 10 settembre 2018¹¹⁴, in cui si prendono in esame gli investimenti effettuati in Italia nel settore della *Ricerca e sviluppo* (R&S) per l'anno 2016, emerge che gli effettivi *promotori* della ricerca scientifica sono le imprese. Queste ultime contribuiscono alla spesa complessiva per il 60,8% (che unitamente al *no-profit* contribuiscono per il 63,3%), mentre le università partecipano per il 24,2% e le istituzioni pubbliche per il 12,6%. Rispetto al 2015 la spesa per la R&S è aumentata del 9,3% per le imprese, restando invece stabile nelle istituzioni pubbliche, mentre è diminuita nelle università (-1,0%) e, in misura ancora più marcata, nelle istituzioni *no-profit* (-18,6%).

È di consequenziale evidenza che la veste prevalentemente imprenditoriale del promotore determina quale tipologia di ricerca sia maggiormente finanziata: la ricerca applicata si conferma, infatti, la principale voce di investimento (10 miliardi di euro, pari al 43,3% della spesa complessiva). Seguono le attività di sviluppo sperimentale con una spesa pari a 7,7 miliardi di euro (33,4% del totale) e, infine, la ricerca di base con circa 5,4 miliardi di euro (23,2%)¹¹⁵.

Il dato che tuttavia rileva maggiormente ai fini del presente studio è quello relativo al rapporto tra incremento/decremento dei finanziamenti pubblici nazionali e partecipazione ai programmi europei di ricerca. I dati dell'Eurostat sulla spesa totale in ricerca sviluppo nei diversi Stati membri dell'UE mostrano che l'Italia non solo è lontana dagli obiettivi europei, ma anche che tra il settimo (FP7) e ottavo programma quadro (Orizzonte 2020) ha aumentato la sua partecipazione ai programmi europei, ma (analogamente alla Spagna) ha significativamente diminuito la spesa nazionale nella ricerca¹¹⁶ confermando la percezione che l'Italia faccia leva sui fondi europei come un sostitutivo dell'impegno pubblico

¹¹⁴ https://www.istat.it/it/files//2018/09/Report-Ricerca-e-sviluppo_Anni-2016_2018.pdf

¹¹⁵ In base ai richiamati dati Istat l'aumento della spesa si concentra interamente nelle attività di sviluppo sperimentale (+3,2 punti percentuali rispetto al 2015), a scapito della ricerca pura e di quella applicata dove si rileva una diminuzione, rispettivamente -1,1 e -2,1 punti percentuali. Lo stesso andamento è confermato nel settore delle imprese, dove si assiste a un analogo incremento delle attività di sviluppo sperimentale, mentre si riduce in misura consistente la quota di ricerca applicata e resta piuttosto stabile la spesa dedicata alla ricerca di base.

¹¹⁶ Commissione, 29 maggio 2017, *Commission staff working document in-depth interim evaluation of horizon 2020*, versione del 13.06.2017, 114, [https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/h2020_evaluations/swd\(2017\)220-in-depth-interim_evaluation-h2020.pdf](https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/h2020_evaluations/swd(2017)220-in-depth-interim_evaluation-h2020.pdf).

statale, come già denunciato dagli enti di ricerca interpellati nel corso delle audizioni effettuate nel 2014 dalla Settima Commissione parlamentare permanente¹¹⁷. Gli stessi dati dimostrano che i ricercatori italiani vantano una tra le maggiori percentuali di aggiudicazione dei finanziamenti europei che tuttavia vengono utilizzati in strutture di ricerca ospitanti collocate al di fuori dell'Italia¹¹⁸.

Tra le misure di attuazione delle politiche europee in materia di ricerca, come visto fortemente propulsive verso forme di partenariato pubblico-privato, possono includersi i finanziamenti per la ricerca industriale e il sostegno agli “*spin-off*” universitari e extra-universitari, funzionali ad agevolare il dialogo tra ricerca e impresa¹¹⁹. La forte spinta all'utilizzo di tale modello, unitamente ad una valorizzazione dell'attività di consulenza rispetto a quella di ricerca, tuttavia, se accostati ai ripetuti tagli alla spesa, determinanti la mortificazione del ruolo scientifico delle università e l'alta percentuale di esodo dei ricercatori italiani in centri di ricerca oltre i confini nazionali, confermano le perplessità espresse dalla migliore

¹¹⁷ Senato della Repubblica, *Risoluzione della 7^a commissione permanente*, 7 ottobre 2014, 4.

¹¹⁸ Il numero (288) dei ricercatori italiani vincitori di progetti ‘starting grants’ finanziati dall'*European Research Council* nel periodo 2007-2015, è superato solo da Germania (513) e Francia (336), mentre precede il Regno Unito (267). [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Researchers_in_fulltime_equivalents_\(FTE\),_by_sector,_2013_\(%C2%B9\)_YB15.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Researchers_in_fulltime_equivalents_(FTE),_by_sector,_2013_(%C2%B9)_YB15.png).

¹¹⁹ L'art. 4, comma 8, del T.U. sulle società partecipate (d.lgs. n. 175/2016) stabilisce che “È fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. È inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche”, su cui cfr. la Delibera ANAC n. 620 del 4 luglio 2018. Il CNR può costituire spin off solo nella forma giuridica di s.r.l. (art. 2 del Regolamento n.119/2013, sulla costituzione e la partecipazione del CNR alle imprese spin-off), con partecipazione al capitale sociale nella misura massima del 25% (mediante conferimenti di beni in natura) e autorizzando il proprio personale alla partecipazione nella compagine societaria anche mediante apporto, in quota parte, del proprio lavoro (art. 6 reg.). F. FAGGIONI, *L'impresa spin off della ricerca – Nascita, sviluppo e processi di internazionalizzazione*, Padova 2013; C. COMPAGNO, D. PITTINO (a cura di), *Ricerca scientifica e nuove imprese. Spin-off accademici e valore della conoscenza*, Padova 2006; M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società «spin-off» e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, parte III, col. 385; ID., *Alcune note ricostruttive sulle norme applicabili alle imprese spin-off della ricerca pubblica alla luce di un recente parere dell'Anac*, in *Foro it.*, 2018, parte III, col. 670; A. CAGLI, *Il finanziamento agevolato alla ricerca applicata e all'innovazione tecnologica in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1312.

dottrina nel segnalare i drammatici effetti della riforma universitaria del 2010¹²⁰.

Sebbene l'art. 6 della legge istitutiva del Ministero dell'Università e della Ricerca¹²¹ avesse eletto le università “*sedi primarie della ricerca scientifica*” i richiamati dati confermano il valore solo enfatico della disposizione¹²², evocativa della distinzione effettuata da Nigro tra “*centro*” (luogo specificatamente designato allo svolgimento dell'attività di ricerca) e “*sede*” di ricerca (luogo, come le biblioteche e i musei, non deputati allo svolgimento della ricerca, ma in cui l'attitudine a svolgerla deriva dal contesto culturale e sociale che li caratterizza)¹²³.

L'intrinseco legame (che dovrebbe essere preservato) tra ricerca e insegnamento universitario è stato valorizzato sia dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che dalla Corte Costituzionale. La prima ha sottolineato che l'autonomia organizzativa e la libertà scientifica riconosciute alle università devono realizzare le “*finalità istituzionali*” delle stesse

¹²⁰ A. SANDULLI, M. COCCONI, *Istruzione – Riforma Universitaria*, in *Libro dell'Anno*, 2012, *Enciclopedia Treccani*; A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell'Università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 536; ID., *Per la tutela della dimensione costituzionale dell'istruzione*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014 a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, 643; Sulla riforma si v. anche C. BARBATI, *Alla ricerca di un «diritto per l'Università»*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 3, 623; Sul tema dell'autonomia universitaria si v. L. GIANI, *Autonomia didattica e libertà di scienza alla prova dell'accreditamento. Brevi spunti di riflessione dall'ordinamento britannico*, (Atti del Convegno di Pisa di conclusione del Prin su Finanziamento, competizione ed *accountability* nel governo delle Università, Vol. II, a cura di G. Colombini, Napoli 2013, 460-461. Il recente caso esaminato dal Tribunale amministrativo sardo (10 gennaio 2018, n. 10), risulta paradigmatico dell'incidenza negativa dell'attuale stallo dell'Università italiana sulla ricerca scientifica condotta negli atenei. Il TAR ha accolto il ricorso con cui alcuni professori dell'Università di Sassari contestavano che l'università avesse costruito il bando per l'assegnazione di nuovi fondi per la ricerca, in modo tale da escludere chi avesse aderito alla protesta sindacale per il blocco degli scatti stipendiali (protesta che era stata svolta negando all'Università di presentare l'apporto scientifico degli stessi docenti ai fini della valutazione della qualità della ricerca).

¹²¹ Su cui si v. S. CASSESE, *L'istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica: la Legge istitutiva del Ministero Dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e gli adempimenti delle Università*, in *Il Foro Italiano*, 1989, vol. 112, 397/398-403/404, JSTOR, www.jstor.org/stable/23185151; ID., *Le vicende normative della ricerca scientifica dal 1950 al 1989*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 575; G. ENDRICI, *L'evoluzione dell'assetto di governo della ricerca scientifica*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 3, 615.

¹²² Così sia F. MERLONI, *Autonomie*, cit., 177 che L. FULCINNITI, *L'organizzazione*, op. cit., 160.

¹²³ Distinzione effettuata da M. NIGRO, *Lo Stato italiano*, cit., 762 e richiamata da F. MERLONI, *L'organizzazione pubblica della ricerca scientifica*, cit., 809.

(dunque insegnamento e ricerca)¹²⁴, sicché lo svolgimento di attività di ricerca e consulenza non può essere svolta in modo indiscriminato, ma “*deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell’Ente, che sono la ricerca e l’insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell’insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento*”¹²⁵. La seconda che “*non basta, perché una scuola attinga livello universitario, che ivi siano impartiti, sia pure da professori universitari, insegnamenti a fini professionali, ma occorre che vi venga svolta anche la ricerca scientifica*” in quanto sono “*inscindibili (...) compiti istituzionali delle Università: l’attività didattica e quella scientifica, là dove venga esercitata soltanto questa, si può avere un’istituzione di alta cultura – ed è il caso del Consiglio nazionale delle ricerche –, e là dove venga esercitata esclusivamente attività didattica, non si ha Università*”¹²⁶.

Non può quindi destare stupore che di fronte ad un quadro normativo e fattuale diretto in senso opposto rispetto alle richiamate finalità, sia stato significativamente sottolineato che le Università pubbliche continuano a sostenersi grazie allo “*spirito volontaristico della scienza e degli scienziati*” e “*sulla forza della conoscenza e dei risultati del sapere: quest’ultima costituisce la maggior gratificazione per la comunità di docenti e di discenti che da millenni identifica il concetto di Universitas*”, dovendo spesso assumere le vesti di centro-studi della piccola o grande impresa, locale o nazionale¹²⁷. Si è resa necessaria una spinta alla “*funzionalizzazione brutalmente “professionalizzante” della formazione universitaria e dall’“avvilente strumentalizzazione” della ricerca, individuale e di gruppo, impegnata ad una (spesso ardua) attività di fundraising nel tentativo di supplire con finanziamenti privati alla carenza di quelli pubblici, inevitabilmente sfavorendo i settori umanistici rispetto alle cd. hard sciences (più attraenti per i privati) e privilegiando la ricerca applicata, (che porta risultati utili a breve termine) rispetto a quella di base (che richiede tempi e costi ben più consistenti, ma che resta l’unica strada per un progresso effettivo)*”.

La migliore dottrina che ha evidenziato il legame tra la promozione della *ricerca di base* e la tenuta della democrazia pluralista (provocatoriamente rimarcando che “*l’Università non produce bulloni*”) ha significativamente invocato l’imprescindibilità di un “*sostegno economico senza*

¹²⁴ Cons. St., Ad. Plen, 3 giugno 2011, n. 10.

¹²⁵ Cons. St., ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10, cit.

¹²⁶ Corte Cost., 14 gennaio 1983, n. 14.

¹²⁷ A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell’Università*, cit., 637.

*ritorno immediato (né certo), larga autonomia ai soggetti della ricerca e della cultura (che sono soggetti del pluralismo), e consapevolezza della non redditività economica diretta della massima parte delle risorse investite*¹²⁸.

Per tamponare la mancanza di risorse pubbliche ha preso piede una politica di finanziamento basata sulle agevolazioni¹²⁹ e sulla *premieria*, incentivante una “*competitività talvolta distorta tra Atenei*”¹³⁰. La l. n. 232 del 2016 (legge di bilancio 2017) ha infatti introdotto l’assegnazione quinquennale di premi di eccellenza ai dipartimenti universitari (attribuiti nel gennaio 2018 a 180 dipartimenti delle Università statali) tramite una procedura di selezione basata sull’indicatore standardizzato di *performance* dipartimentale (ISPD) e sulla valutazione di un progetto di sviluppo quinquennale del dipartimento correlato da un piano finanziario.

Tali fondi, tuttavia, non saranno evidentemente impiegati dai vincitori esclusivamente nella ricerca, ma destinati al sostegno della struttura organizzativa e didattica, generando una forte disuguaglianza tra gli atenei (e tra i singoli dipartimenti)¹³¹. Anche il FOE (Fondo ordinario per gli enti e le istituzioni di ricerca), il cui andamento evidenzia il taglio drastico nei finanziamenti dal 2012, ripartisce le risorse tra gli EPR secondo un complesso sistema di *premieria*¹³².

Tra gli strumenti di apparente “*premieria*” che dovrebbero contribuire all’integrazione nello Spazio Europeo della Ricerca possono ricomprendersi inoltre i meccanismi di chiamata diretta, da parte degli enti di

¹²⁸ F. RIMOLI, *Università, ricerca, cultura: considerazioni brevi su una lunga agonia*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2014, 11, 3 e in *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli 2014, 432.

¹²⁹ Si v. le misure agevolative per la ricerca scientifica e tecnologica previste dall’art. 60 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

¹³⁰ G. COLOMBINI, *L’Università e il cacciatore dal fucile spianato*, in questa *Rivista*, 2018, 1 73.

¹³¹ Sul punto cfr. C. BARBATI, *L’Europa come obiettivo: la ‘questione universitaria’*, in *federalismi.it*, 2018, 3 dove si sottolinea che l’internazionalizzazione e lo spazio europeo divengono “*condizione per riconoscere alle diverse dimensioni dell’autonomia universitaria trattamenti ‘differenziati’ anziché diventare obiettivo il cui perseguimento alimenta politiche pubbliche consapevoli di quali ne possano o ne debbano essere le necessità*”

¹³² Le regole per la ripartizione del FOE sono state definite, da ultimo, con il d.lgs. n. 218/2016. In base al combinato disposto dell’art. 5, co. 1 e dell’art. 6, co. 2, del d.lgs. n. 218/2016, il MIUR tiene conto della programmazione strategica preventiva (di cui all’art. 5 del d.lgs. n. 213/2009), della Valutazione della qualità dei risultati della ricerca (VQR: effettuata, ogni 5 anni, dall’ANVUR), nonché dei Piani triennali di attività (di cui agli artt. 5 del d.lgs. n. 213/2009 e art. 7 del d.lgs. n. 218/2016).

ricerca e delle Università per incentivare il rientro dei vincitori di alcune azioni di finanziamento europee (elencate dalla normativa secondaria senza peraltro un chiaro criterio nella selezione dei programmi “premiati”)¹³³.

Se dunque è necessario investire nella ricerca scientifica, è stato acutamente sottolineato che senza una profonda revisione dei metodi di gestione, con controlli “né occhiuti né soltanto formali” è “impossibile che i maggiori investimenti richiesti diano i risultati attesi”¹³⁴. Le carenze strutturali evidenziate anche dal CNR nel “documento di visione strategica 2013-2022”¹³⁵ (i.e. ridotta disponibilità di risorse per la ricerca; eccessivo ricorso a contratti a tempo determinato; età media del personale di ricerca superiore a quella europea; brevetti e *start up* non proporzionali al potenziale esprimibile; basso livello di informatizzazione, di condivisione di strutture, attrezzature e informazioni; bassa strutturazione dei rapporti con sistema produttivo, finanziario e del venture capital; bassa integrazione geografica tra strutture; sottoutilizzo della valutazione; inadeguatezze organizzative relativamente allo *scouting*, creazione di *spin off*, *foresight*) costituiscono problemi da tempo radicati nel sistema pubblico della ricerca, derivanti da una sostanziale schizofrenia normativa e dispersione delle (sempre minori) risorse disponibili¹³⁶ oltre che dalla totale incomunicabilità tra ricerca extrauniversitaria ed universitaria¹³⁷.

5.2. Lo Spazio Europeo della Ricerca e la promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Germania

Lo statuto costituzione della ricerca scientifica è enunciato nell'art. 5,

¹³³ Con il D.M. 28 dicembre 2015, n. 963, per incentivare la partecipazione ai programmi europei l'Italia ha introdotto lo strumento della “chiamata diretta” (come ricercatori o professori di I o II fascia) per i vincitori di alcuni finanziamenti europei (“*ERC Starting Grants*”, “*ERC Consolidator Grants*”, “*ERC Advanced Grants*”, e i vincitori dei programmi di durata triennale “*International Outgoing Fellowships*” o “*Individual Fellowships*” delle *Marie Skłodowska Curie Actions*, limitatamente al tipo “*Global Fellowships*”).

¹³⁴ G. DELLA CANANEIA, *La politica della ricerca*, op. cit., 2.

¹³⁵ CNR, *documento di visione strategica 2013-2022* in <https://www.cnr.it/it/prospettive>.

¹³⁶ F. MERLONI, *L'organizzazione pubblica della ricerca scientifica*, cit., 815; F. MERUSI, *Problemi istituzionali della ricerca scientifica*, in *Economia pubbl.*, 1983, 15.

¹³⁷ E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Lo status giuridico del personale ricercatore nella ricerca scientifica extrauniversitaria: tendenze di evoluzione di sistema*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*.

paragrafo III, primo alinea, della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) che garantisce la libertà della scienza, della ricerca e dell'insegnamento¹³⁸. La Corte costituzionale tedesca ha declinato tale principio come un vero e proprio "diritto di difesa" (*Abwehrrecht*) del ricercatore nei confronti del possibile intervento statale sull'attività di ricerca, definendo quest'ultima come il serio e costante tentativo di cercare la "verità".

Nonostante tale articolo non sancisca espressamente un obbligo di promozione della ricerca, la Corte lo ha comunque enucleato inserendo la previsione costituzionale all'interno di un sistema di valori oggettivo (*objektive Wertordnung*) regolante il rapporto tra Stato, scienza e insegnamento. Tale interpretazione è particolarmente chiara nella giurisprudenza *Hochschul-Urteil*¹³⁹ in cui si afferma che l'art. 5, III par. della Legge fondamentale impone allo Stato specifici obblighi nei confronti dei ricercatori, tra cui quello di garantire le risorse umane, finanziarie e organizzative affinché l'attività scientifica possa essere esercitata in modo libero e gratuito. In base al ragionamento della Corte, se lo Stato vanta, di fatto, un monopolio virtuale sul finanziamento della ricerca la libertà della scienza può essere garantita solo se lo stesso la supporta finanziariamente e ne sostiene l'organizzazione, senza costringere i ricercatori a rincorrere finanziamenti nel libero mercato.

Similmente alla Costituzione italiana, anche la Legge Fondamentale, tuttavia, pone un obbligo positivo di promozione della ricerca (*Förderung der wissenschaftlichen Forschung*) in capo a tutti i soggetti pubblici, inserendo la ricerca scientifica tra le materie di legislazione concorrente tra la Federazione e i *Länder* (art. 74) e prevedendo, in tale ambito, la cooperazione tra i due livelli di governo (art. 91 b).

Il suddetto assetto delle competenze legislative e amministrative deve tuttavia essere considerato in relazione alle numerose modifiche normative che, sulla spinta delle pressanti rivendicazioni dei *Länder* nel settore

¹³⁸ L'art. 5, par. III, afferma, similmente all'art. 33 della Costituzione italiana: "*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung*". Nella traduzione di C. TOMUSCHAT, D. P. CURRIE: "*Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution*". BVerfGE 126, 1 (19) mwN.

¹³⁹ BVerfGE 35, 79 (112), 126, 1 (19), sul concetto di promozione nell'art. 5, par. III della *Grundgesetz* si v. A. VON BRUNNECK, *Freedom of Research in Constitutional Theory and Practice*, in *Scientific Research in the Federal Republic of Germany, Essays of the Constitutional, Administrative and Financial Problems*, a cura di A. Orsi Battaglini, U. Krapen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 23; R. WOLFRUM, *Freedom of Scientific Research and Human Rights*, in *Nova Acta Leopoldina*, 2011, 387, 38.

della cultura, hanno profondamente mutato, in tale ambito, l'assetto costituzionale in favore di un più marcato sistema federale¹⁴⁰. Non è evidentemente possibile in questa sede scendere nel dettaglio delle diverse riforme che hanno interessato il riparto di competenze costituzionali, potendo limitarsi a evidenziare che la Federazione ha gradualmente e principalmente assunto il ruolo di principale *promotore-finanziatore* della ricerca scientifica, concepito come compito di rilievo nazionale. I *Länder* hanno contemporaneamente guadagnato autonomia, anche finanziaria, nella programmazione e organizzazione dell'istruzione e della ricerca, formando un sistema che, spronato dal diritto euro-unitario, incentiva la competizione tra le università¹⁴¹.

Ne costituisce un significativo esempio il meccanismo dei “premi di eccellenza” assegnati su iniziativa congiunta del governo Federale e dei *Länder* a singoli progetti dei dipartimenti al fine di incentivare la ricerca universitaria (*Exzellenzinitiative*). Sebbene anche in questo caso siano stati evidenziati gli effetti negativi provocati dalla politica della premialità¹⁴², a differenza di quanto avviene nel sistema italiano, l'*Exzellenzinitiative* non opera in senso sostitutivo rispetto ai finanziamenti federali, ma si aggiunge alle risorse pubbliche messe a disposizione della ricerca.

Le suddette modifiche all'assetto costituzionale costituiscono, significativamente, il primo punto indicato dal Governo federale nella *Roadmap* stilata per allinearsi allo spazio europeo della ricerca (*National Roadmap on the European Research Area*), in ragione del loro effetto di

¹⁴⁰ Per la puntuale ricostruzione e analisi delle riforme che hanno inciso sul sistema universitario in Germania si v. per tutti, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il reclutamento universitario nella realtà federale tedesca*, in *Il reclutamento universitario in Europa, The academic recruitment in Europe*, a cura di R. Cavallo Perin, G.M. Racca, C. Barbati, Napoli 2016, 119 ss..

¹⁴¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il reclutamento*, cit. 120 ss. D. JANSEN, *Kommentar aus der Perspektive der Bundesländer*, in *Neue Governance für die Forschung Tagungsband anlässlich der wissenschaftspolitischen Tagung der Forschergruppe “Governance der Forschung*, Berlino 14-15 marzo 2007, Nomos, 2009, 61.

¹⁴² Di tale premi beneficiano un numero limitato di università, in uno dei tre ambiti “scuole di dottorato”, “cluster tematici” e i “progetti per il futuro”, abbiano ricevuto il marchio “università di eccellenza”. La procedura di selezione delle proposte ha costituito un significativo esercizio di valutazione, operato da DFG e Consiglio della Scienza (WR, Wissenschaftsrat). Sui potenziali effetti negativi di tale programma si v. M. SECKELMANN, *Autonomy and accountability*, in SJUR BERGAN/EVA EGROU-POLAK/JÜRGEN KOHLER/LEWIS PURSER/MARTINA VUKASOVIĆ (Hrsg.), *Leadership and Governance in Higher Education. Handbook for Decision-makers and Administrators*, Berlin 2012, A.3, 6, 6-7 che in particolare sottolinea il rischio della polarizzazione e dell'isolamento della ricerca in alcuni centri universitari.

rafforzamento del sistema nazionale della ricerca e, di conseguenza, di quello europeo¹⁴³.

Al pari della Costituzione italiana, la Legge Fondamentale non stabilisce uno specifico modello strutturale, né prescrive alcuna forma particolare di organizzazione della ricerca, riservando tale compito al legislatore affinché possa adeguarla ai mutamenti sociali e socio-scientifici¹⁴⁴.

Come si è visto *supra*, il modello universitario tedesco nasce e ancora oggi si fonda sulle basi del principio di matrice Humboldtiana dell'unità della ricerca e dell'insegnamento¹⁴⁵, sviluppato secondo l'idea che un "buon insegnamento dipende da una buona ricerca"¹⁴⁶. Solo intorno alla seconda metà del 1800, quando la specializzazione e l'esigenza di maggiori finanziamenti rende necessaria la nascita di centri e strutture *ad hoc*, l'università perde la sua centralità¹⁴⁷.

Nell'ottobre del 1920, mosse dall'obiettivo di "scongiurare il pericolo del completo collasso della ricerca scientifica tedesca posto dalla attuale crisi economica"¹⁴⁸ cinque accademie tedesche, trentacinque università e istituti di istruzione superiore, la *Kaiser Wilhelm Gesellschaft* (predecessore della *Max Planck Gesellschaft*), la Federazione tedesca delle organizzazioni tecniche e scientifiche (DVT), e la Società dei Ricercatori e dei Medici tedeschi (GDNÄ) fondavano l'associazione *Deutsche Gemeinschaft zur Erhaltung und Förderung der Forschung* (*Notgemeinschaft der deutschen Wissenschaft – EV*). La *Notgemeinschaft* coniava una nuova forma organizzativa della ricerca in quanto nasceva per finanziare tutti i campi della scienza, consentendo ai ricercatori di trovare, a prescindere dall'ambito di studio, le risorse per i propri progetti, garantendo un processo di valutazione basato

¹⁴³ The Federal Government, *Strategy of the Federal Government on the European Research Area (ERA), Guidelines and National Roadmap*, in www.bmbf.de.

¹⁴⁴ Questi principi hanno trovato conferma nella sentenza BVerfGE 141, 143, in materia di accreditamento dei corsi universitari.

¹⁴⁵ BVerfG, 13. aprile 2010, 1 BvR 216/07 – Rn. (1-69), http://www.bverfg.de/e/rs20100413_1bvr021607.html, dove la Corte sottolinea che lo stesso termine "scienza" indica la stretta connessione tra insegnamento e ricerca "Der gemeinsame Oberbegriff "Wissenschaft" bringt den engen Bezug von Forschung und Lehre zum Ausdruck".

¹⁴⁶ BVerfGE, 122, 89 (105 f.); 126, 1 (19) mwN.

¹⁴⁷ Cfr. ALBRITTON, JR., FRANKIE P, *Humboldt's Unity of Research and Teaching: Influence on the Philosophy and Development of U.S. Higher Education* (October 24, 2006). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939811> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.939811>; LUETH, CRISTOPH. "On Wilhelm von Humboldt's Theory of Bildung." *Journal of Curriculum Studies*, vol. 30 no. 1, (1998): 43, Available from EBSCOhost database.

¹⁴⁸ *Satzung der Notgemeinschaft*, 1920, estratto in <http://www.dfg.de>.

sul merito da parte di una commissione scientifica nominata con una procedura aperta.

Tale associazione veniva inizialmente finanziata, con ingenti stanziamenti, sia dal *Reich* che dalle industrie. A tal fine, nel dicembre 1920, veniva costituita la *Stifterverband der Notgemeinschaft der Deutschen Wissenschaft*, il cui consiglio di amministrazione e di sorveglianza era composto principalmente da industriali, commercianti e direttori di banche con lo scopo di ottenere fondi da privati. Nonostante il successo iniziale, le donazioni, negli anni successivi, furono di molto inferiori alle aspettative, sicché il maggiore sostegno economico alla ricerca continuava a provenire dal settore pubblico.

Oggi l'organo centrale rappresentativo dell'intera comunità scientifica e principale promotore della ricerca è la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*¹⁴⁹ (nata dalla fusione della *Notgemeinschaft der Deutschen Wissenschaft* e della *Deutscher Forschungsrat*), che vanta un *budget* annuale di 3,2 miliardi di euro, fornito principalmente dal governo federale (68%) e dai *Länder* (31%). I suoi associati sono le università e i centri di ricerca extra-universitari come la Max Planck Gesellschaft¹⁵⁰, la Fraunhofer Gesellschaft¹⁵¹, la Helmholtz-Gemeinschaft¹⁵², la Leibniz Gemeinschaft¹⁵³.

I centri di ricerca extra-universitari nascono nella forma giuridica di fondazioni o società, che conservano ancora oggi, operando secondo le regole del diritto privato. Sebbene in tal modo sia assicurata una com-

¹⁴⁹ Su cui si v. F. MERLONI, *The independence*, cit., 17; H. TRUTE, *The Legal Status of Research Organizations in Germany, Between Autonomy and Political Guidance*, in *The Independence of Science in Europe*, A. Orsi Battaglini, U. Karpen, F. Merloni, Baden-Baden 1999, 71.

¹⁵⁰ La Società Max Planck si occupa principalmente della ricerca di base in tutti i campi scientifici e gestisce una serie di istituti di ricerca in Germania e all'estero. Questi istituti Max Planck sono indipendenti e autonomi nella selezione e nella conduzione delle loro ricerche. A tal fine, hanno i propri budget interni, che possono essere integrati da fondi di progetti di terze parti. La qualità della ricerca svolta presso gli istituti deve soddisfare i criteri di eccellenza posti internamente dal Max Planck.

¹⁵¹ La Società Fraunhofer è la principale organizzazione per la ricerca applicata in Europa. Le sue attività di ricerca sono condotte da 72 istituti e unità di ricerca in varie località della Germania.

¹⁵² L'Associazione Helmholtz opera prevalentemente nel campo dell'innovazione e delle infrastrutture tramite fondi del Ministero dell'Istruzione e della Ricerca (BMBF) che vengono distribuiti ai suoi 19 centri di ricerca autonomi, valutandone la loro efficacia.

¹⁵³ L'Associazione Leibniz racchiude 95 istituti di ricerca indipendenti che spaziano dalle scienze naturali, ingegneristiche e ambientali attraverso l'economia, le scienze spaziali e sociali alle discipline umanistiche. Tali istituti conducono ricerche di base e applicate, mantengono infrastrutture scientifiche e forniscono servizi basati sulla ricerca.

pleta autonomia dal potere pubblico, d'altra parte, è stato evidenziato, ciò suscita perplessità sotto il profilo della mancanza di trasparenza delle decisioni prese dagli stessi¹⁵⁴.

Tra i modelli organizzativi da cui traggono ispirazione i partenariati europei in materia di ricerca vi è quello della cooperazione con i privati collaudata da alcuni centri extra-universitari nel campo della ricerca applicata (come per la *Fraunhofer Gesellschaft*), in cui ad una quota (minima) finanziata dalla Federazione si aggiungono (per il 70%) i finanziamenti provenienti dai contratti privati, progetti governativi o dall'industria.

Il forte ruolo della comunità scientifica nella *governance* della ricerca¹⁵⁵ e il controllo sociale sui risultati sono tratti caratterizzanti del sistema tedesco della ricerca¹⁵⁶. I cd. "due pilastri" (università – istituti extra universitari) sono infatti guidati dalla comunità scientifica, sia direttamente, grazie alla loro presenza negli organi di amministrazione, che indirettamente tramite l'influenza esercitata nelle politiche in materia di ricerca dal Consiglio scientifico (*Wissenschaftsrat*¹⁵⁷).

A differenza del sistema italiano il Ministero dell'istruzione e della ricerca (*Bundesministerium für Bildung und Forschung*) non svolge un ruolo di coordinamento generale, ma, tramite l'ausilio di organi di consulenza (composti da soggetti appartenenti sia alla comunità scientifica, che all'Amministrazione), promuove e finanzia determinati ambiti di ricerca prevalentemente rispondenti ad esigenze pratiche e sociali¹⁵⁸. Non esiste inoltre un singolo e uniforme sistema di valutazione della ricerca utilizza-

¹⁵⁴ M. SECKELMANN, *Autonomy and accountability*, cit., 6, che evidenzia la criticità in un sistema "sovraccaricato" dalla pretesa di *accountability*.

¹⁵⁵ T. GROSS, R.N. KARAALP, A. WILDEN, *Regelungsstrukturen der Forschungsförderung Staatliche Projektfinanzierung mittels Peer-Review in Deutschland, Frankreich und der EU*, Baden Baden 2010, 19.

¹⁵⁶ M. SECKELMANN, *Evaluation und Recht*, Heidelberg 2018, 223.

¹⁵⁷ Il *Wissenschaftsrat* ("Consiglio della scienza") è un organo scientifico consultivo indipendente deputato a formulare osservazioni e raccomandazioni rivolte sia al Governo federale tedesco che ai *Länder* per lo sviluppo delle loro politiche in materia di università, scienza e ricerca. Nonostante non abbia diretti poteri decisionali ha un'influenza determinante nelle politiche seguite in materia di istruzione e ricerca assolvendo anche funzioni di raccordo tra i livelli di governo. Sul suo funzionamento si v. A. BLANKENAGEL, *Participation of Scientists in Science Policy*, in *Scientific Research in the Federal Republic of Germany, Essays of the Constitutional, Administrative and Financial Problems*, a cura di A. Orsi Battaglini, U. Krapen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 52-53; H. TRUTE, *The Legal Status of Research*, cit., 68-69.

¹⁵⁸ A. BLANKENAGEL, *Participation of Scientists*, cit., 48.

to su scala nazionale, ma una moltitudine di procedure che differiscono tra i *Länder*¹⁵⁹.

In base ai dati pubblicati dall'Ufficio federale di statistica (Destatis) nel 2016 gli istituti di ricerca extra-universitari hanno investito più 12,7 miliardi di euro nella ricerca e sviluppo (1,4% in più rispetto al 2015), mentre gli altri centri culturali finanziati con fondi pubblici, incluse le biblioteche e i musei, hanno speso complessivamente oltre 1,7 miliardi di euro. Gli istituti di ricerca "extra-universitari" rappresentano, tuttavia, solo il 13,8% della spesa totale per la ricerca in Germania, dove le università occupano il 18,0%, mentre la maggior parte della spesa proviene dalle imprese (69,2%)¹⁶⁰.

La spesa totale relativa al 2016 per la ricerca e sviluppo ammonta ad oltre 92 miliardi di euro che corrisponde al 2,9% del PIL, avvicinandosi agli obiettivi posti dai programmi europei. Ruolo minore hanno invece le fondazioni di ricerca con alcune vistose eccezioni come la fondazione Volkswagen (*VolkswagenStiftung*) che con un capitale di 3.2 bilioni di euro finanzia progetti di ricerca sia nelle scienze sociali che nelle cd. scienze dure.

Se da un lato lo spazio europeo della ricerca è un elemento costantemente presente nelle politiche e metodi di ricerca¹⁶¹, dall'altro viene inteso come uno strumento per il rafforzamento del sistema nazionale della ricerca. Nel luglio 2010 il *Wissenschaftsrat* ha emanato raccomandazioni sulla partecipazione allo spazio europeo della ricerca con la precisazione che tale spazio "debba fondarsi su un solido e forte sistema della ricerca negli Stati membri e che i singoli attori devono agire "autonomamente in un contesto di pluralità e di concorrenza"¹⁶².

Dalla sopracitata *Roadmap* verso la *European research area* elaborata dal governo federale emerge infatti una forte linea di continuità e consolidamento delle politiche e dei programmi nazionali, cui si affianca un sostegno attivo allo Spazio Europeo della ricerca, *in primis* tramite il contributo al potenziamento delle grandi infrastrutture di ricerca.

Più recentemente il *Wissenschaftsrat* ha sollecitato il Governo e i *Länder* ad una più incisiva apertura nel campo della ricerca¹⁶³: di fron-

¹⁵⁹ M. SECKELMANN, *Evaluation und Recht*, cit., 110.

¹⁶⁰ I principali settori di ricerca sono quelli delle tecnologie e della comunicazione, dell'energia, del clima e delle tecnologie ambientali, automobilistiche e di trasporto.

¹⁶¹ A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, 615.

¹⁶² R. CAPONI, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁶³ *Internationalisierung von Hochschulen: Jetzt erst recht!*, 9 luglio 2018, in *www.*

te ad una pressoché totale chiusura (non solo da parte della Germania) all'inclusione di docenti e ricercatori stranieri nelle strutture di ricerca nazionali¹⁶⁴ viene proposta l'implementazione della cooperazione all'interno dell'UE, tramite la creazione di una *rete* tra università che non solo siano sensibili alla storia e alla tradizione europea, ma che abbiano un'offerta formativa di respiro internazionale, strutturata in insegnamenti in diverse lingue e che garantiscano la mobilità di studenti e ricercatori. Assume significativa rilevanza che, nel perseguimento di tali obiettivi, il Consiglio scientifico tedesco solleciti il governo federale tedesco e i *Länder* all'eliminazione degli ostacoli giuridici, amministrativi e fiscali in materia di cooperazione scientifica e mobilità dei ricercatori, questione su cui sia le politiche europee che quelle nazionali sono ancora acerbe.

6. Considerazioni conclusive

Si è visto che le radici di un percorso condiviso tra gli Stati membri nella ricerca scientifica sono intrecciate alla stessa nascita delle Comunità europee, ma che lo Spazio Europeo della Ricerca ha per molto faticato ad affermarsi rispetto ad altre politiche europee in ragione della forte frammentazione della comunità scientifica formata prevalentemente su base nazionale e plasmata sulle proprie specifiche identità¹⁶⁵. A partire dal primo programma quadro la Comunità ha investito sempre maggiori risorse economiche per la realizzazione di un "*mercato unico della conoscenza*", incoraggiando soprattutto forme di partenariato inclusive delle PMI. Con la Strategia di Lisbona sono state incentivate la cooperazione e circolazione dei ricercatori all'interno dello spazio giuridico europeo (ribattezzata come la "*quinta libertà dell'Unione*")¹⁶⁶ ponendo come

wissenschaftsrat.de. L'esortazione è mossa da una pluralità di preoccupanti fattori, quali le restrizioni alla libertà scientifica imposte in alcuni paesi (interni e esterni all'Europa), il crescente scetticismo verso la scienza e i suoi risultati, i tagli ai finanziamenti pubblici a sostegno della ricerca scientifica.

¹⁶⁴ M. BOBEK, *Europeanization of Public Law, The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Volume I: *The Administrative State*, a cura di S. Cassese, A. von Bogdandy, P. Huber, Oxford 2017, 638.

¹⁶⁵ A. VON BOGDANDY, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, cit., 225 secondo cui questo vale per la scienza giuridica in modo particolare, essendo tradizionalmente tutte le sue discipline, perfino il diritto internazionale strettamente legate al "loro" Stato ed al "loro" ordinamento giuridico.

¹⁶⁶ Espressione coniata dalla Commissaria Potočnik nell'aprile 2007, definita come

obiettivo per gli Stati dell'Unione di investire il 3% del PIL in ricerca e sviluppo e aumentando progressivamente i finanziamenti nell'ambito della ricerca di base (con il ruolo predominante assunto dall'ERC). Dal punto di vista metodologico lo Spazio Europeo della Ricerca ha senz'altro contribuito alla formazione di un nuovo metodo di "produzione della conoscenza", promuovendo la comparazione nelle discipline con una più debole tradizione in tal senso e l'inclusione della "dimensione europea" nella riflessione scientifica anche giuridica¹⁶⁷.

Sotto il profilo metodologico i programmi europei hanno spinto i sistemi verso un modello di ricerca "project-shaped" che, se da una parte garantisce al ricercatore la "portabilità" del finanziamento ottenuto, dall'altra favorisce le ricerche con obiettivi tangibili nel breve-periodo a discapito di quelle con risultati non pianificabili o pianificabili solo nel lungo periodo¹⁶⁸.

Le politiche europee non considerano tuttavia ancora adeguatamente la dimensione sociale della ricerca, concentrandosi prevalentemente su quella economica finalizzata ad accrescere la competitività dell'Unione¹⁶⁹. Sebbene i ricercatori siano incentivati a muoversi all'interno dello spazio europeo, da una parte la mancanza di un quadro integrato sui

"exchange of knowledge through the mobility of workers, researchers and students' within the ERA", European Commission 2007a, 1.

¹⁶⁷ Sull'influenza dello spazio giuridico europeo sullo studio del diritto amministrativo si v., L. DE LUCIA, *A proposito di «Verwaltungsrechtliche Dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann. Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 7, dove si sottolinea che "non si può trascurare che, nel diritto amministrativo europeo, un marcato pluralismo metodologico si sta già sviluppando, grazie all'incontro delle diverse tradizioni nazionali e che in questo contesto la dogmatica (riformata) sta offrendo un contributo di primo piano (si pensi al concetto di Europäischer Verwaltungsverbund: su cui *The European Composite Administration*, a cura di O. Jansen, B. Schöndorf-Haubold, Cambridge et al., Intersentia, 2011)"; D. DE PRETIS, *A proposito di «verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann una dogmatica «riformata» del diritto amministrativo*, ivi, 7; F. MERUSI, *A proposito di «verwaltungsrechtliche dogmatik» di eberhard Schmidt-Assmann divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, ivi, 23; S. CASSESE, *A proposito di «verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann un nuovo corso del diritto amministrativo*, ivi, 27

¹⁶⁸ M. SECKELMANN, *Autonomy and accountability*, op. cit., 18.

¹⁶⁹ Si v. in proposito le considerazioni di R.E. MARLIN-BENNET, *Science in whose interests? States, Firms, the Public and Scientific Knowledge*, in *Transaction Press*, 2008, 132 secondo cui "Justice requires those who are able to act – the rich, the powerful – to what they can for the production and the dissemination of knowledge needed by the most vulnerable. However, the marketizing trends within the current global political economy counter this obligation to provide scientific knowledge with a strong tendency to commodify it".

diritti sociali e previdenziali provoca una diffidenza da parte degli stessi ad un reale abbattimento dei confini nazionali¹⁷⁰. D'altra parte non in tutti gli Stati la mobilità è percepita come positiva¹⁷¹ e, al contrario di quanto avviene in altri paesi (come gli Stati Uniti), talvolta maggiore è il tempo che si trascorre all'estero più diventa complicato (o addirittura impossibile) rientrare nel circuito del proprio paese di origine¹⁷². Anche i paesi che, come la Germania, incentivano la mobilità dei propri ricercatori, dimostrano una pressoché totale chiusura all'inclusione di docenti e ricercatori stranieri nelle proprie strutture e nel caso dell'Italia, risultano peraltro scarsamente attrattivi per i vincitori dei bandi europei.

L'affollatissima corsa ai finanziamenti erogati nell'ambito programmi quadro ha reso lo Spazio Europeo sovraccarico con il rischio di sfidarne eccessivamente la fragilità.

Questo nuovo "luogo" può infatti realizzare le sue potenzialità solo se la ricerca continua ad essere (adeguatamente) promossa a livello nazionale senza che gli Stati possano appoggiarsi ai finanziamenti stanziati da altri Stati o dalla stessa Unione "*while still expecting their academics to dip their spoons into the soup made by others*"¹⁷³.

Solo un impegno in tal senso consentirebbe, ad esempio, ai numerosi candidati non vincitori nell'ambito dei programmi europei, ma che abbiano faticosamente e meritoriamente ottenuto il marchio di eccellenza per i propri progetti, di trovare un altro finanziamento in uno degli Stati membri¹⁷⁴.

Va d'altra parte evidenziato che lo Spazio della ricerca è nato e con-

¹⁷⁰ Si v. i risultati dello studio di K. FRENKEN J. HOEKMAN F. VAN OORT, *The geography of collaborative knowledge production in Europe*, in *The Annals of Regional Science* 43(3), 2008, DOI: 10.1007/s00168-008-0252-9.

¹⁷¹ S. MORANO-FOADI, *Scientific Mobility, Career Progression, and Excellence in the European Research Area*, in *International migration*, Vol. 43, 5, 2005, 133.

¹⁷² S. MORANO-FOADI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁷³ C. CROUCH, *Knowledge beyond frontiers*, in *British Academy Review*, 2017, n. 31.

¹⁷⁴ La Corte dei conti dell'UE, nella relazione cit. *sub* nota 60 ha constatato che il "marchio di eccellenza" non è universalmente riconosciuto e che la scarsa riuscita è dovuta ai seguenti fattori: (i) mancanza di riconoscimento da parte di altre istituzioni che erogano finanziamento; (ii) mancanza di orientamenti chiari sulla modalità di utilizzo del marchio; (iii) disallineamento tra i programmi nazionali e altri programmi dell'UE e Orizzonte 2020 riguardo alle tematiche, alla selezione e ai criteri di aggiudicazione o ai processi di valutazione (Corte dei conti dell'UE, *Relazione speciale n. 28/2018*, cit). Dalle informazioni fornite dalla Commissione sul suo sito istituzionale risulta che in Italia tre università (Università di Padova, Politecnico di Milano e la Sapienza) hanno messo a disposizione fondi per tali progetti, mentre altri Stati, tra cui la Germania, non hanno attivato nessuna iniziativa in tal senso.

tinua ad evolversi come un sistema parallelo e esterno rispetto ai sistemi nazionali e, lungi dal poter operare in via sostitutiva (rimanendo la ricerca scientifica un valore irrinunciabile e fondamentale per ogni Stato), vi si affianca per sostenere le politiche dell'Unione, finanziando progetti di ricerca principalmente improntati a una dimensione europea e internazionale.

In attesa che il tessuto politico e sociale europeo consenta agli Stati di compiere un ulteriore passo verso l'Europa dei diritti¹⁷⁵ facendo convergere le proprie politiche non solo verso il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo economico¹⁷⁶, ma anche il riconoscimento del valore sociale della ricerca e della professionalità dei ricercatori, l'Unione dovrà nel frattempo preservare questo fragile luogo dove fortunatamente la ricerca scientifica “*can be let loose*”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 28.

¹⁷⁶ Sul tema della prevalenza delle ragioni dell'economia rispetto alle esigenze di sicurezza e certezza garantiti a livello europeo si v. M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a “Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale”*, in *federalismi.it*, 2017, 23.

¹⁷⁷ J-P. BOURGUIGNON, Keynote speech tenuto a Roma il 7 aprile 2017, “*Research as Support to the unification of Europe: towards an Effective Scientific Diplomacy*” celebrando i “60 Years of the Rome Treaty, 10 Years of the European Research Council”, dove è stato rimarcato che “*the whole scientific community must, therefore, be bold, research leaders need to be broad-minded when evaluating proposals, but also when hiring and promoting*”.

PRIME RIFLESSIONI SULLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE
DI TRATTAMENTO TRA TUTELA DELLA RISERVATEZZA
E RIPARTO DI COMPETENZE STATO-REGIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve ricognizione della normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento, tra autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione informativa. – 3. Tutela della riservatezza e registri contenenti le disposizioni anticipate di trattamento. – 3.1. Le disposizioni anticipate di trattamento e la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali. – 3.2. L'accesso alle banche dati e i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali. – 4. L'intervento dello Stato, delle Regioni e degli enti locali nella disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

I più recenti sviluppi in campo medico e tecnologico hanno sollevato nuove e controverse questioni che intersecano i temi della bioetica, della scienza e del diritto. La medicina contemporanea infatti, «non si limita a prolungare la vita, ma influisce soprattutto sul modo in cui la malattia [...] è vissuta e sperimentata fino ai momenti ultimi dell'esistenza, anche, ma non esclusivamente, nelle fasi c.d. terminali»¹. L'evolversi della tecnologia medica può generare dunque un *vulnus* nella libertà di scelta del soggetto che si ritrova, talvolta, a non essere più padrone di assume-

¹ U. ADAMO, *Costituzione e fine vita: disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia, Introduzione*, Milano 2018, XII, nonché ID., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 111. In termini simili anche A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018, 144, ove si osserva come «fenomeni un tempo considerati naturali come la nascita, la morte o il genere sessuale» siano «diventati oggetto della ricerca scientifica e manipolabili dalla scienza medica, innestando un profondo mutamento del contenuto di taluni diritti costituzionali».

re decisioni consapevoli in ordine alla sua esistenza². In altre parole, ad essere al centro del dibattito contemporaneo non è più tanto – o comunque non solo – la tematica, ormai diventata, in qualche modo, “classica”, relativa alla scelta tra la vita e l'eutanasia, quanto, piuttosto, quella, assai meno esplorata, che riguarda la sempre più profonda trasformazione del concetto di cura³ e la esigenza, venuta conseguentemente ad affermarsi e che è da alcuni avvertita come una pressante necessità, di valorizzare l'elemento dell'autodeterminazione individuale.

Sotto il profilo più specificamente costituzionalistico, i riferimenti maggiormente ricorrenti sono costituiti, da un lato, dall'articolo 2 della Costituzione – nella parte in cui vengono riconosciuti, al contempo, l'obbligo di garantire i diritti inviolabili dell'uomo e la rilevanza costituzionale dell'esigenza dello svolgimento sua personalità – e, dall'altro, dell'articolo 32 Cost., con particolare riguardo al secondo comma⁴. Spesso in

² Ampiamente su questo tema v. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004.

³ Per una riflessione giuridica sulla trasformazione del concetto di cura si vedano: S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano 2009, 213 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2018, 99.

⁴ In materia di fine vita e di autodeterminazione sono infatti coinvolti numerosi principi desumibili dalla Costituzione. Ad assumere particolare rilievo è innanzitutto l'art. 2 che, come già sottolineato nel testo, è espressione del principio personalista, il quale, come autorevolmente sostenuto, «caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale» (P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2017, 181). Sono dunque considerati inviolabili non solo i diritti espressamente definiti come tali dalla Costituzione, come ad esempio la libertà personale ex art. 13, ma la garanzia dell'invulnerabilità viene estesa anche ad altri diritti tra cui occorre qui menzionare il diritto alla salute, peraltro espressamente qualificato “fondamentale” (sul problema dell'individuazione della categoria dei diritti inviolabili, non potendo dar conto della vastissima bibliografia in argomento, ci si limita a richiamare E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano 2006, 46 ss.). Il diritto all'autodeterminazione trova quindi fondamento negli artt. 2 e 32 della Cost. che, interpretati in via sistematica, richiedono il rispetto della dignità umana nelle scelte che coinvolgono il corpo e la salute dell'individuo. Come osserva infatti M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà: dal diritto alla sicurezza alla sicurezza dei diritti*, Napoli 2012, 164, commentando la decisione n. 21748 del 16 ottobre 2007 della prima sezione della Corte di Cassazione (relativa al c.d. “caso Englaro”), la dignità della persona «impone di rispettare il suo diritto ad autodeterminarsi, che, ove esercitato in situazione di capacità di esprimere il consenso, condiziona anche le scelte che potranno essere compiute nel momento in cui non fosse più in grado di prendere decisioni consapevoli». Per un'attenta analisi dell'art. 32, secondo comma, Cost. e, in particolare sulla connessione di tale disposizione con l'art. 13, si rimanda, tra gli altri, a M. LUCIANI, *Salute (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma 1991, 10

penombra resta, invece, il diritto alla riservatezza (da intendersi nella sua accezione più ampia, sovente indicata con il termine inglese “*privacy*”)⁵ che pure è fortemente coinvolto e che è stato annoverato tra i diritti inviolabili dalla Corte costituzionale fin dalla nota sentenza n. 38 del 1973⁶.

ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali, artt. 29-34*, Bologna 1976, 167 ss.

⁵ Come diffusamente sostenuto in dottrina, quello della tutela della riservatezza «si presenta all'interprete come un diritto di assai complessa definizione» (v., ad es., L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli 2016, 10, da cui è tratto il passo riportato). Negli ultimi anni infatti, in conseguenza dell'innovazione tecnologica, l'originaria qualificazione del diritto in questione quale relativo alla difesa della propria sfera personale e della vita privata da ingerenze altrui ha subito una progressiva evoluzione. La protezione giuridica della “riservatezza” è giunta così a ricomprendere anche la tutela dall'indiscriminato uso (comprensivo di raccolta, utilizzazione e diffusione) dei dati e delle informazioni che riguardano le persone (cfr., sul punto, *ivi*, 14). Come ha rilevato, con la consueta lucidità, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, 101 ss., insomma, «si è avuto un progressivo ampliamento della nozione di sfera privata che, quantitativamente, comprende ormai situazioni e interessi prima esclusi dall'area della specifica protezione giuridica; e, qualitativamente si proietta ben al di là della pura identificazione di un soggetto e dei suoi comportamenti ‘riservati’». Secondo alcuni, addirittura, tanto l'ambito di operatività della riservatezza si è espanso che il termine meriterebbe ormai di cadere in desuetudine, lasciando il posto alla parola straniera “*privacy*” la quale denoterebbe, secondo i sostenitori di questa tesi, «una varietà di situazioni che non facilitano l'individuazione di un sostantivo equivalente» in lingua italiana (così, ad es., C. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano 1997, 99 ss.).

⁶ Tramite tale sentenza la Corte ha infatti ricondotto in via interpretativa il diritto alla riservatezza agli artt. 2, 3, secondo comma e 13, primo comma, Cost. In numerose pronunce successive il Giudice delle leggi ha poi individuato nel diritto alla tutela della riservatezza un corollario del diritto al rispetto della dignità umana (in questo senso si vedano: Corte cost., sentt. n. 54 del 1986, n. 467 del 1991, n. 238 del 1996). La Corte costituzionale, infine, è intervenuta nuovamente sul tema tramite la pronuncia n. 271 del 2005, con la quale è stata riconosciuta allo Stato la competenza esclusiva a disciplinare in materia di trattamento dei dati personali.

Per una panoramica generale sulla giurisprudenza costituzionale in materia si vedano *ex multis*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: M. BONI, *La tutela dei dati personali nell'attività giurisdizionale della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus «*Human Rights*», 2/2013; G. FAMIGLIETTI, *Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed intimità sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal Constitucional*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 299-324; F. B. MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma 2007, 27-55; S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Roma 2013, spec. 54 ss. e 71 ss.

Più specificamente sulla sent. n. 38 del 1973 si vedano, invece, almeno: G. ARIETA,

È proprio da quest'ultima considerazione che muove la prima parte di questo contributo, il quale si propone di offrire alcuni spunti di riflessione con riferimento alla specifica questione del rapporto tra la tutela del diritto alla riservatezza e la conservazione dei dati personali nei registri contenenti le disposizioni anticipate di trattamento (d'ora in poi DAT)⁷.

In un secondo momento, verrà invece brevemente affrontata un'ulteriore questione, diversa ma, in qualche modo, intimamente legata alla prima: quella relativa alla problematica compresenza della banca dati nazionale e dei vari registri tenuti dagli enti locali. In particolare verrà proposta, a tal riguardo, una analisi critica in merito all'opportunità di intervento dello Stato, delle Regioni e degli enti locali nella disciplina delle modalità di conservazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

Una nuova impostazione dei rapporti tra informazione e tutela della vita privata?, in *Temì*, 1974, 428 ss.; R. PESCARA, *Il diritto alla riservatezza: un prezioso "obiter dictum"*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, 310 ss.; G. PUGLIESE, *Diritto all'immagine e libertà di stampa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 355 ss., M. SALAZAR, *In tema di tutela preventiva dell'immagine*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1976, 45 ss.; R. TOMMASINI, *Osservazioni in tema di diritto alla privacy*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, 285 ss.

Per un commento alla sent. n. 54 del 1986 si vedano pure: F. BERNARDI, *Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale*, in *Legislazione penale*, 1986, 365 ss.; A. FERRARO, *Il prelievo ematico coattivo e la violenza "lecita"*, in *Cassazione penale*, 1986, 870; N. MAZZACUVA, G. PAPPALARDO, *Prelievo ematico coattivo e accertamento della verità: spunti problematici*, in *Il Foro italiano*, 1987, 717 ss.

Sulla sent. n. 467 del 1991, poi, si vedano tra gli altri: G. DI COSIMO, *Coscienza individuale e momento di manifestazione dell'obiezione al servizio militare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1991, 3818 ss.; G. GALANTE, *Spunti critici nella giurisprudenza costituzionale più o meno recente in materia di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1996, 1302 ss.

Sulla sent. n. 238 del 1996 si vedano, *ex multis*: M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*, in *Quaderni costituzionale*, 2/2012, 455 ss.; G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1996, 3221 ss.; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra urgenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale – note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1996, 2151 ss.

Sulla sentenza n. 271 del 2005, infine, si vedano, tra gli altri: G. CASSANO, *Privacy e Costituzione: le indicazioni della Consulta*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2005, 1285 ss.; S. FOÀ, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 3/2006.

⁷ Le DAT sono state istituite con la l. 22 dicembre 2017, n. 219 recante «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*».

2. Breve ricognizione della normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento, tra autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione informativa

Prima di affrontare le due questioni poc'anzi anticipate, si ritiene tuttavia necessario compiere una sintetica ricostruzione del panorama normativo in materia di disposizioni anticipate di trattamento, anche nel tentativo di mettere in luce alcune delle numerose problematiche da essa suscitate.

A partire dalla nozione di autodeterminazione si snoda e prende forma la disciplina del consenso informato che trova puntuale regolamentazione nella legge del 22 dicembre 2017, n. 219 recante «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*»⁸. Tramite tale recente intervento viene disciplinato a livello legislativo un principio – quello del consenso informato – che aveva ricevuto esplicito riconoscimento nel Codice di deontologia medica⁹ e nell'ambito di fonti internazionali e sovranazionali¹⁰. La ricerca di una maggiore certezza del diritto e la volontà di porre rimedio ad alcune lacune normative, pur in parte colmate da una consolidata giurisprudenza¹¹, hanno quindi condotto il legislatore all'adozione di una disciplina or-

⁸ Tramite la l. n. 219 del 2017 «viene riconosciuta, senza equivoci e ambiguità, la sussistenza in capo al soggetto di un diritto a sapere (e a non sapere) riguardo ad informazioni rilevanti sulla propria salute e su diagnosi, prognosi, benefici, rischi e possibili alternative dei trattamenti sanitari cui eventualmente sottoporsi» (G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge*, cit., 110).

⁹ Il Codice di deontologia medica del 2014 prevede all'art. 35, co. 2 che «il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato».

¹⁰ Cfr. l'art. 5, Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Sul tema si veda più diffusamente D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino 2018, 119 ss.

¹¹ Si fa riferimento alle numerose pronunce della Corte di Cassazione che hanno contribuito, come acutamente sostenuto, «alla piena emersione del principio del consenso informato» (ivi, 125). Cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, sent. 11 luglio 2001, n. 1572; Cass., Sez. III, sent. 14 marzo 2006, n. 5444.

Tra le sentenze più significative occorre menzionare ancora una volta la n. 21748 del 2007 sul «caso Englaro» con cui la Corte di Cassazione ha affermato che il consenso informato prestatato dal paziente costituisce «legittimazione e fondamento» del trattamento sanitario. Il principio del consenso informato ha, secondo la Cassazione, «un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione» ed in particolare negli artt. 2, 13 e 32. Alla luce dei principi costituzionali desumibili da tali disposizioni, tale pronuncia «attribuisce un rilievo decisivo all'autodeterminazione, alla libertà di scelta attorno alla quale è d'altra

ganica in materia di fine vita. La legge in questione, nel tentare di dare risposta ad alcuni quesiti inerenti al rapporto «tra autodeterminazione del paziente e consenso/dissenso alle cure»¹², definisce l'istituto delle c.d. disposizioni anticipate di trattamento¹³. Con le disposizioni anticipate di trattamento viene data la possibilità ad ogni individuo, nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali, di esprimere le proprie volontà in merito ad eventuali trattamenti sanitari, scelte terapeutiche ed accertamenti diagnostici sui quali in futuro non sarà in condizione di prestare il consenso¹⁴. Ai sensi del primo comma dell'articolo 4 della legge il disponente può nominare un fiduciario¹⁵ che lo rappresenti nella relazione di alleanza terapeutica con il medico. Quest'ultimo, come disposto dal quinto comma dell'articolo 4, è chiamato a dare fedele attuazione alle disposizioni anticipate quando la persona non sia più in grado di fornire il proprio consenso o rifiuto alle cure¹⁶. Il medico diviene quindi «*garante*

parte ricostruito il rapporto tra paziente e medico» (M. RUTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 164 s.).

¹² A. LO CALZO, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2018, 9.

¹³ Secondo la definizione fornita dal Comitato Nazionale di Bioetica le DAT sono «un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato» (cfr. Parere del 18 dicembre 2003, reperibile in *Bioetica.governo.it*).

¹⁴ Cfr. art. 4, co. 1, l. n. 219 del 2017.

¹⁵ Il fiduciario, come osserva P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano 2007, 255, può essere definito come «custode degli intendimenti e delle concezioni di vita del paziente incapace».

¹⁶ Peraltro questa disposizione, se letta in connessione con i commi 5 e 7 dell'art. 1, sembra esprimere una posizione netta anche nell'ambito delle cosiddette terapie salvavita e, in particolare, del loro rifiuto. Dal combinato disposto delle norme in esame discende infatti in capo al medico un dovere di rispetto delle volontà manifestate dal paziente in merito a qualsiasi trattamento sanitario, compresi dunque i trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza. In altri termini, la legge del 2017 garantisce al soggetto capace di intendere e di volere il diritto di rifiutare un trattamento salvavita e, allo stesso modo, assicura tale diritto anche alla persona che ha espresso tramite le DAT il rifiuto rispetto a singoli trattamenti sanitari e che è successivamente divenuta incapace. L'impostazione del legislatore sembra quindi porsi in disaccordo rispetto all'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza del 23 febbraio 2007 relativa alla sottoposizione di un membro della Chiesa dei Testimoni di Geova ad emotrasfusione (cfr. Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211). Nel caso deciso dalla Corte di Cassazione i medici, nonostante l'espresso rifiuto al trattamento manifestato dal paziente ancora cosciente, avevano infatti praticato l'emotrasfusione nel ragionevole convincimento che, in seguito ad un sensibile aggravamento del quadro clinico, «il primitivo rifiuto del paziente non fosse più

non più soltanto della salute del malato ma anche della sua *libertà morale* (*rectius* della sua libertà di cura), che si estende dal diritto di non curarsi *ab origine* ovvero di non essere più curato *in itinere* (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo)»¹⁷. Il dovere di rispetto delle DAT da parte del medico è però temperato dalla previsione di una clausola di salvaguardia della sua autonomia decisionale¹⁸. Dalla lettura di tale clausola si comprende come il legislatore si sia posto in linea di continuità rispetto a quanto affermato dalla Corte costituzionale in merito alla autonomia ed alla responsabilità del medico¹⁹.

valido ed efficace». Secondo questo orientamento dunque, il pericolo di vita del paziente interverrebbe nel bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla vita facendo prevalere quest'ultimo. In dottrina, a sostegno di questa tesi, taluni autori fanno riferimento all'art. 5 c.c. e alla tutela della salute intesa come interesse della collettività *ex art. 32 Cost.* (v., *ex multis*, S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, 333 ss.). Tale tema è stato peraltro affrontato anche da V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e Società*, 3/1982, 557 ss., il quale, criticando la tesi secondo cui in virtù dell'art. 5 c.c. potrebbe essere negato il diritto al rifiuto di sottoporsi al trattamento sanitario, concludeva che «in mancanza di una legge che lo renda obbligatorio, un trattamento sanitario (nella specie emotrasfusionale) non può, dunque, essere praticato in assenza del consenso del paziente».

¹⁷ C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate*, in B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Ospedaletto (Pisa) 2019, 160.

¹⁸ Tale clausola di salvaguardia dell'autonomia decisionale del medico è contenuta nell'art. 1, co. 6, l. n. 219 del 2017, a norma del quale «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Problematicamente in merito alla possibilità di individuare nella clausola di salvaguardia dell'autonomia decisionale del medico il fondamento al diritto all'obiezione di coscienza cfr. D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2018, 31 ss. L'Autore ritiene opportuno distinguere tra «autonomia professionale del medico e obiezione di coscienza vera e propria» in quanto, in questo secondo caso, «non si tratta di rifiutare un trattamento perché si ritiene che esso sia inappropriato alla luce delle *leges artis* applicate al caso concreto. Si tratta invece di rifiutare una prestazione perché essa, ancorché perfettamente rispondente alle *leges artis*, (...) persegue una finalità che il medico ritiene inaccettabile secondo le proprie convinzioni morali». Sul tema v. anche E. CANALE, I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurisprudenza Penale (rivista web)*, 1 bis/2019, 15 ss.

¹⁹ Si fa riferimento ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 282 del 2002 (poi ribaditi anche nella sent. n. 338 del 2003 su cui v. G. MAGNI, *Solo ora ci accorgiamo che il nuovo art. 117 non può funzionare*, in *Diritto e Giustizia*, 2/2003, 22 ss). La pronuncia del 2002 traeva origine dal ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri avverso la l. r. delle Marche del 13 novembre 2001, n. 26, recante «Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia». La Regione aveva dunque disposto tale sospensione

L'introduzione di una disciplina specifica della materia e dunque il «riconoscimento di un potere autodeterminativo»²⁰ in capo al soggetto, se da un lato ha posto fine ad una situazione di incertezza, dall'altro ha lasciato aperte numerose questioni, solo alcune delle quali – come già anticipato – saranno affrontate nel presente lavoro.

Nella prospettiva di un autentico rispetto delle volontà dell'individuo non più in grado di autodeterminarsi assume importanza fondamentale una puntuale disciplina delle procedure di scrittura e di conservazione delle DAT. Il sesto comma dell'articolo 4 della legge del 2017 dispone che «le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata».

Ci pare opportuno soffermarsi brevemente sull'articolo da ultimo considerato il quale, implicitamente, rimanda, con ogni evidenza, all'articolo 2703 c.c. e prevede dunque che le DAT siano autenticate da un pubblico ufficiale autorizzato o da un notaio. È, in particolare, con riferimento all'autenticazione effettuata da questi ultimi che sembra porsi un problema relativo alla conservazione e alla custodia delle disposizioni anticipate di trattamento. In linea di massima, può affermarsi che debbano essere osservati gli obblighi di conservazione e custodia degli atti notarili previsti dal Capo II del Titolo III della legge 16 febbraio 1913, n. 89.

transitoria nell'attesa di un chiarimento del Ministero della Salute in ordine ad alcuni aspetti attinenti all'efficacia, alla capacità risolutiva e alla non dannosità per la salute delle terapie in questione. Benché tale decisione abbia ad oggetto la contrapposizione tra il potere decisionale del legislatore e quello del medico, riveste sicura importanza, ai fini della nostra riflessione, il passaggio in cui la Corte osserva che «poiché la pratica medica si fonda su acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (*cons. dir.* § 4). A commento della sent. n. 282 del 2002 si vedano, tra gli altri, R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, 1445 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche, in Le istituzioni del federalismo*, 5/2002, 685 ss.; B. CARAVITA, *Prime precisazioni della Corte costituzionale sulla potestà legislativa regionale nel nuovo art. 117 Cost.*, in *Federalismi.it*; E. CAVASINO, *I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2002, 3282 ss.

²⁰ Così G. BALDINI, *op. cit.*, 129 che, riprendendo le considerazioni contenute in M. FOGLIA, S. ROSSI, *Testamento biologico*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Appendice di aggiornamento, IX, Torino 2014, 668 ed in S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano 2018, 27, precisa che tale potere è «espressione di un approdo logico del consenso informato».

Ci si riferisce, in particolare, all'articolo 61 a norma del quale «il notaio deve custodire con esattezza ed in luogo sicuro, con i relativi allegati: gli atti da lui ricevuti (...)» e all'articolo 72, terzo comma, ai sensi del quale le scritture private autenticate, salvo contrario desiderio delle parti, sono restituite alle medesime²¹. A venire in rilievo è inoltre la previsione di cui al primo comma dell'articolo 67 che riserva al notaio che ha ricevuto l'atto il diritto di rilasciarne copie, estratti e certificati. Dalla lettura di tali disposizioni in combinato disposto con quanto previsto dal sesto comma dell'articolo 4 della legge n. 219 del 2017 si deduce però, almeno a parere di chi scrive, un'incompletezza della disciplina con specifico riferimento alle modalità con cui le DAT dovrebbero essere consultabili dall'ospedale o meglio dal medico che ha in cura il disponente.

È proprio con riferimento a tale incompletezza che abbiamo ritenuto di poter affermare, poco sopra, l'esistenza di un profilo problematico. In altre parole, ci si domanda come possa il medico, magari anche in situazione di urgenza, venire a conoscenza dell'esistenza della DAT se essa è stata depositata presso il notaio o restituita al disponente. Del resto, anche ad ammettere che le DAT possano essere redatte tramite atti notarili conservati dal notaio avvalendosi di una struttura informatica centralizzata gestita dal Consiglio nazionale del notariato²², permarranno numerose incertezze in merito alla pubblicità delle DAT. Non si comprende, infatti, se e in che modo le DAT redatte tramite atti notarili possano essere inserite all'interno di una banca dati che le conservi e le renda accessibili ai soggetti autorizzati²³.

Per altro verso, occorre osservare come anche nel caso in cui le DAT siano state, invece, redatte con scrittura privata si presentino alcuni elementi di problematicità. Come noto, in tali ipotesi è prevista la possibilità di consegna del documento in questione, alternativamente, presso l'ufficio di stato civile del comune di residenza del disponente medesi-

²¹ Per un commento a tali disposizioni si rimanda a E. PROTETTI, P. DE MARTINIS, C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano 2016, 394 ss.

²² Cfr. art. 62 *bis*, l. n. 89 del 1913.

²³ Come emerge dal Comunicato stampa del 15 dicembre 2017 e dal successivo *vademecum* sulle novità introdotte in materia di DAT (consultabili sul sito del *Notariato.it*), il Consiglio Nazionale del Notariato, per risolvere le numerose problematiche inerenti alla conservazione e alla conoscibilità delle DAT, sta procedendo alla creazione di un registro elettronico nazionale delle disposizioni anticipate di trattamento ricevute dai notai. La piattaforma DAT del notariato, a quanto si apprende dal comunicato stampa, «potrà dialogare con i singoli registri regionali ad oggi in funzione o addirittura essere connessa con un sistema *blockchain*, senza costi per lo Stato, con l'eventuale registro nazionale».

mo, con annotazione in apposito registro, ove istituito, ovvero presso le strutture sanitarie qualora si tratti di regione che abbia adottato modalità informatiche di gestione dei dati sanitari ed abbia esercitato la facoltà di disciplinare con proprio atto la raccolta di copia delle DAT²⁴. Ebbene, il legislatore, oltre a non specificare le modalità di tenuta del registro presso l'ufficio di stato civile e le condizioni di accesso alle DAT, non chiarisce neppure i tempi e i modi dell'eventuale e facoltativa istituzione da parte delle regioni della banca dati delle DAT.

Nell'ottica di favorire una maggiore omogeneità normativa sul territorio nazionale e di porre rimedio a tali lacune, la legge di bilancio n. 205 del 2017 al comma 418 dell'articolo 1 ha previsto e finanziato l'istituzione, presso il Ministero della Salute, di una banca dati nazionale destinata alla registrazione delle DAT. Il comma successivo dispone poi che entro 180 giorni dall'adozione di tale legge vengano stabilite con decreto ministeriale le modalità di registrazione delle DAT presso la banca dati, previa acquisizione del parere del Garante per la protezione dei dati personali. Per la realizzazione della banca dati nazionale il Ministero della salute ha istituito con il Decreto direttoriale del 22 marzo 2018 un «Gruppo di lavoro» a cui sono chiamati a partecipare i rappresentanti del Ministero della salute, delle regioni e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali²⁵. Il Ministero della salute ha inoltre posto al Consiglio di Stato una serie di quesiti interpretativi aventi ad oggetto la legge n. 219 del 2017 ed in particolare l'articolo 4 e le modalità di accesso alla banca dati per verificare l'esistenza di una DAT. Il Ministero della salute, peraltro, non ha ancora adottato la normativa di sua spettanza relativa alle modalità di registrazione informatica delle DAT nella banca dati nazionale che, di conseguenza, non è stata ancora realizzata. Già da questa sintetica ricostruzione emerge, dunque, come numerosissimi siano i problemi sollevati dalla normativa di riferimento, ora perché essa stessa risulta lacunosa, ora perché i principi da essa sanciti non hanno ancora trovato una adeguata attuazione all'interno dell'ordinamento.

²⁴ Cfr. art. 4, co. 7, l. n. 219 del 2017.

²⁵ Deve rilevarsi, tuttavia, come dalla consultazione del 25 gennaio 2019 del sito del Ministero della salute non si evince se tale Gruppo si sia riunito o meno, il che costituisce un'ulteriore problematica.

3. *Tutela della riservatezza e registri contenenti le disposizioni anticipate di trattamento*

Conclusa questa breve descrizione del panorama normativo in materia di disposizioni anticipate di trattamento è giunto il momento di esaminare la prima delle due questioni che si vogliono qui approfondire, vale a dire quella data dal rapporto tra la tutela del diritto alla riservatezza e la conservazione dei dati personali nei registri contenenti le DAT. La presente riflessione sul punto prende le mosse dal parere espresso dalla Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato in risposta ai quesiti formulati dal Ministero della salute in relazione alla prevista istituzione della banca dati nazionale per la registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento²⁶. Il quinto quesito riguarda la legittimazione del medico ad accedere alla banca dati delle DAT. In particolare, il Ministero aveva chiesto al Consiglio di Stato se tale legittimazione dovesse essere limitata al personale medico e se quest'ultima condizione dovesse essere accertata con idonea certificazione. Il Consiglio di Stato, dopo aver premesso che la normativa in materia di DAT deve rispettare le disposizioni poste a tutela del diritto fondamentale alla riservatezza, esprime il convincimento secondo il quale alle DAT possa accedere sia il medico che ha in cura il paziente divenuto incapace di autodeterminarsi, sia l'eventuale fiduciario. Secondo il Consiglio di Stato è tuttavia necessario che il Garante per la protezione dei dati personali si pronunci in merito a questo aspetto²⁷. Nell'attesa che il Garante si esprima sulle modalità di tenuta, conservazione ed eventuale cifratura delle DAT, può rivelarsi dunque interessante ragionare su alcuni possibili sviluppi del tema in questione.

3.1. Le disposizioni anticipate di trattamento e la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali

Innanzitutto occorre sottolineare come le disposizioni anticipate di trattamento debbano essere qualificate come dati sensibili in quanto relativi alla salute della persona e idonei, talvolta, a rivelarne le convinzioni religiose o filosofiche²⁸.

²⁶ Consiglio di Stato, Commissione speciale, 31 luglio 2018, n. 1991.

²⁷ Come previsto anche al comma 419 dell'art. 1 della l. n. 205 del 2017.

²⁸ Per la verità in dottrina, all'interno della categoria dei dati sensibili, «è stata effettuata un'ulteriore distinzione, in quanto i dati 'idonei a rivelare lo stato di salute e la vita

Come emerge dalla lettura congiunta dell'articolo 2-*septies* del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e dell'articolo 9 del Regolamento UE 2016/679, tale tipologia di dati può essere oggetto di un trattamento solo in presenza di alcune specifiche condizioni²⁹. A venire in rilievo è, in particolare, la problematica relativa alla necessità del rilascio, da parte dell'interessato, del consenso al trattamento dei dati in occasione della registrazione di una DAT. Nella normativa in esame, infatti, non viene espressamente chiarito, da un lato, se il consenso possa essere rilasciato solo direttamente dal disponente ovvero se esso possa essere prestato anche dal fiduciario qualora l'interessato non sia capace di autodeterminarsi e, dall'altro, se il consenso in questione vada espresso in forma esplicita ovvero debba considerarsi implicito in quanto, per così dire, "assorbito" da quello, contenuto nelle DAT, al trattamento sanitario.

Si prospettano, dunque, tre differenti ipotesi:

A) La prima potrebbe essere quella secondo cui l'interessato, al momento della redazione della disposizione, presti il consenso al trattamento dei dati;

B) la seconda potrebbe implicare invece che il consenso sia rilasciato dal fiduciario qualora il soggetto divenga incapace di autodeterminarsi;

C) la terza potrebbe infine presupporre che il consenso del disponente debba considerarsi implicito.

All'esito di questa prima, incompleta, riflessione, sembra potersi affermare, in via interlocutoria, che, tra le tre, la soluzione forse più convincente sia la prima in quanto, se è vero che nel momento stesso in cui si procede alla registrazione di una DAT i dati quivi contenuti vengono inseriti in una banca dati, è vero pure che, ai sensi dell'art. 4 del già richiamato Regolamento UE, non sembrerebbe ammissibile che tale inserimento avvenga in assenza di un consenso esplicito al trattamento degli stessi. Né ci pare plausibile che tale consenso possa ritenersi "assorbito" da quello al trattamento sanitario: a differenza di quest'ultimo, cui solo eventualmente l'individuo è sottoposto, infatti, il trattamento dei dati

sessuale', avendo l'attitudine a rivelare gli aspetti più intimi e riservati della personalità di un individuo, sono considerati 'dati sensibilissimi'» (G. CARRO, S. MASATO, M. D. PARLA, *La privacy nella sanità*, Milano 2017, 17).

²⁹ Si fa riferimento, ad esempio, al caso in cui l'interessato abbia prestato il proprio consenso, o al caso in cui il trattamento sia necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato (cfr. art. 9, par. 2, Regolamento UE 2016/679).

personali viene sempre realizzato. Per questo motivo è essenziale che l'interessato, nel momento in cui deposita la disposizione anticipata di trattamento, presti contestualmente il consenso al trattamento dei dati³⁰. Solo in tale modo si può, a nostro avviso, efficacemente tutelare il disponente fin dal momento della redazione della DAT.

La seconda soluzione prospettata invece, nonostante abbia il vantaggio di temperare l'effetto dissuasivo dovuto all'eccessiva burocratizzazione delle modalità formali di redazione delle DAT, non ci appare del tutto persuasiva poiché il rilascio del consenso da parte del fiduciario, la cui nomina è tra l'altro solo eventuale, interverrebbe in un momento in cui il trattamento dei dati è già stato compiuto.

Anche la terza ipotesi infine, pur potendo anche in questo caso averci un effetto in qualche modo "benefico" poiché verrebbe semplificata la procedura richiesta per il deposito della disposizione, suscita qualche perplessità in quanto non conforme all'articolo 9, paragrafo 2, lettera *a*) del già citato Regolamento UE, in virtù del quale il consenso deve sempre essere esplicito.

3.2. L'accesso alle banche dati e i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali

Un secondo profilo di rilievo è dato dal fatto che la legge n. 219 del 2017 non ha chiarito gli aspetti relativi alle condizioni di accesso alle DAT, generando così diversi dubbi interpretativi cui il Consiglio di Stato, come si è detto, ha tentato di dare risposta. Se è infatti pacifico che il medico ed il fiduciario debbano essere legittimati ad accedere alle disposizioni anticipate di trattamento, la questione più controversa è quella

³⁰ Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali è definito dall'art. 4, par. 11 del Regolamento UE 2016/679 come «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento». Come sottolineato in C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli 2017, 115 s., cui si rimanda per un'analisi approfondita del tema e per ulteriori riferimenti bibliografici, «l'informativa acquista così un peso rilevante nella disciplina del consenso ponendosi come attività preliminare obbligatoria, che se non esperita nei modi e nei termini indicati può inficiare la successiva dichiarazione o l'azione concludente seguente». Per una ricostruzione della nuova disciplina del consenso informato si rinvia anche a F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino 2016, 213 ss.

riguardante il conflitto tra le parti in merito alle scelte terapeutiche più opportune. Nel caso di disaccordo tra il medico ed il fiduciario, a norma dell'articolo 4, comma 5³¹ (che rinvia all'articolo 3, comma 5 della legge n. 219 del 2017), la decisione è rimessa al giudice tutelare. In realtà occorre necessariamente fare riferimento anche all'ipotesi in cui i familiari del disponente si trovino a dissentire con le opinioni del fiduciario o del medico circa il trattamento sanitario adeguato. In ipotesi di dissenso anche i familiari potrebbero eventualmente adire il giudice tutelare ma si ritiene che ad essi debba essere in ogni caso precluso l'accesso al contenuto delle DAT. È infatti di tutta evidenza come, nel caso di ricorso alla magistratura, la legittimazione ad accedere alla banca dati per reperire la disposizione anticipata di trattamento debba essere limitata al giudice tutelare chiamato a dirimere la controversia.

Nella ricerca di un punto di equilibrio tra la normativa in materia di DAT e la tutela della riservatezza può essere utile inoltre ipotizzare chi siano i soggetti che rivestono le funzioni di titolare e responsabile del trattamento nell'ambito del trattamento dei dati personali realizzato con la registrazione di una DAT. In tale contesto il titolare del trattamento deputato alla raccolta, all'utilizzo, alla gestione e alla conservazione dei dati potrebbe forse essere identificato nello Stato³² in quanto ad esso compete la definizione delle finalità e delle modalità di svolgimento del trattamento³³. L'azienda ospedaliera invece, avendo il compito di elaborare i dati

³¹ Peraltro tale disposizione, a norma della quale le DAT possano essere «disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita», sembra avere l'obiettivo di controbilanciare l'assoluta prevalenza del diritto all'autodeterminazione del disponente. La previsione in esame costituisce, insomma, il presupposto per adattare il contenuto della disposizione anticipata di trattamento allo stato delle conoscenze mediche. Questa disposizione, pur fondamentale – a parere di chi scrive – per garantire l'autonomia decisionale del medico, potrebbe sollevare numerose problematiche attinenti alla concreta interpretazione delle volontà espresse nella DAT nel caso in cui intervengano, in seguito alla sottoscrizione, nuove terapie suscettibili di prolungare la vita del paziente.

³² L'identificazione dello Stato quale possibile titolare del trattamento è volutamente generica poiché, dovendosi ragionare ancora in via di ipotesi, appare problematico individuare *a priori* un organo specifico dello Stato a ciò deputato. Del resto, anche nel Regolamento della Giunta regionale toscana dell'1 ottobre 2018 (su cui v., più diffusamente, *infra* § 4) la funzione di titolare del trattamento per la gestione, l'archiviazione e la conservazione delle DAT nella infrastruttura informatica viene assegnata genericamente alla Regione Toscana (cfr. art. 4, co. 1, lett. *b*)).

³³ Il titolare del trattamento viene definito come «colui che decide di trattare dati

per conto del titolare, potrebbe assumere la funzione di responsabile del trattamento³⁴.

Occorre interrogarsi infine sulla collocazione della problematica figura del fiduciario, il quale viene a conoscenza dei dati in seguito alla sottoscrizione della DAT. Se è senz'altro da escludere che la figura del fiduciario possa essere ricondotta a quella del destinatario dei dati personali, si potrebbe ragionare invece sulle figure di destinatario terzo e di terzo³⁵. Il destinatario terzo è infatti colui che riceve comunicazione di dati ma non è inserito nella struttura organizzativa e non ha altresì un rapporto stabile con il titolare o con il responsabile del trattamento. Il terzo, a differenza del destinatario terzo, «non riceve alcuna comunicazione di dati in ragione della posizione giuridica che esso ha rispetto alle figure che effettuano i trattamenti»³⁶. Al contrario, la diffusione del dato al terzo deve essere prevista ed autorizzata da una puntuale base giuridica. Nel caso del fiduciario, tale fondamento giuridico potrebbe essere ricercato nella legge n. 219 del 2017 e, in particolare, nell'articolo 4. In sintesi, l'elemento di estraneità alla struttura organizzativa del titolare e del responsabile del trattamento, unitamente alla necessità di individuare una norma che consenta la diffusione dei dati, renderebbe forse preferibile la tesi secondo cui al fiduciario dovrebbe essere attribuita la funzione di terzo.

Da queste prime riflessioni emerge chiaramente come il mancato coordinamento della disciplina in materia di fine vita con la normativa sulla protezione dei dati personali dia luogo ad una situazione di incertezza suscettibile di pregiudicare sia il diritto all'autodeterminazione terapeutica sia quello all'autodeterminazione informativa. Affinché possa essere garantito un più elevato grado di tutela di entrambi i diritti occorre dunque che siano predisposte dal titolare del trattamento dei dati contenuti nelle DAT le «misure tecniche e organizzative»³⁷, come ad esempio la pseudonimizzazione, indicate all'art. 25 del Regolamento 2016/679.

personali di altri, stabilendo anche con quali finalità, con quali modalità e ogni altro aspetto relativo alla loro protezione e conservazione» (F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo*, cit., 198); cfr. art. 4, par. 7, Regolamento UE 2016/679.

³⁴ Cfr. art. 4, par. 8, Regolamento UE 2016/679. Sul rapporto tra il titolare ed il responsabile del trattamento *ivi*, 202 ss.

³⁵ La definizione di destinatario e di terzo è contenuta all'art. 4, par. 9 e par. 10, Regolamento UE 2016/679 e all'art. 2, lett. g) e lett. f), Direttiva 95/46.

³⁶ *Ivi*, 207.

³⁷ Come osserva R. D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano 2016, 81, si tratta di misure attinenti al «momento preparatorio e progettuale delle atti-

4. *L'intervento dello Stato, delle Regioni e degli enti locali nella disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento*

Le considerazioni che precedono rendono evidente come l'esame della disciplina in materia di fine vita alla luce della normativa sulla c.d. *privacy* s'intrecci anche con il tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni, ciò che costituisce, come già si è anticipato, la seconda delle questioni che verranno qui affrontate.

Alcune Regioni, in anni precedenti all'adozione della legge n. 219 del 2017, avevano infatti proceduto all'approvazione di leggi che introducevano la possibilità di esprimere dichiarazioni anticipate di trattamento e numerosi comuni avevano istituito appositi registri³⁸. La regione che per prima è intervenuta in materia è il Friuli Venezia Giulia tramite la legge regionale n. 4 del 13 marzo 2015, recante «*Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti*» (modificata dalla legge regionale n. 16 del 2015)³⁹. La Corte

vità di trattamento di dati personali, in cui la configurazione di strumenti e metodi deve essere (*by design*) dal titolare preordinata e in corso d'opera vincolata allo svolgimento di operazioni aderenti ai principi di protezione dei dati, ai requisiti del trattamento e alla tutela dei diritti degli interessati». L'Autore specifica inoltre che tali misure «sono articolate in due categorie, ciascuna corrispondente ad un distinto stadio operativo del trattamento dei dati [e che la] partizione binaria ricalca la suddivisione tra le metodiche di tutela dei dati correntemente definita, nell'uso linguistico, con riferimento alla *privacy* e in relazione alle sue varianti simmetriche *by design* e *by default*» (ivi, 80). Nel caso delle disposizioni anticipate di trattamento tali precauzioni potrebbero rivelarsi fondamentali per evitare la diffusione dei dati del disponente e gli accessi illeciti alle banche dati. Sul tema della *privacy by design* e *by default* si veda inoltre, tra gli altri, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo*, cit., 287 ss.

³⁸ Come osservato da C. PICCOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare «forma al vuoto» in attesa di una legge*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 4, gli enti locali «hanno tentato – si passi l'ossimoro – di dare forma al vuoto giuridico consentendo ai cittadini di depositare le proprie dichiarazioni, istituendo 'registri' a tal fine».

³⁹ In seguito all'impugnazione statale, la Regione aveva infatti provveduto ad approvare la l. r. n. 16 del 10 luglio 2015 recante integrazioni e modificazioni volte a «sanare» i presunti vizi di legittimità costituzionale in ordine alla l. r. n. 4 del 2015. In particolare, nel primo ricorso l'Avvocatura dello Stato riconduceva la materia delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'ambito dell'ordinamento civile anche alla luce della previsione della figura del fiduciario che la legge regionale identificava con l'amministratore di sostegno, intervenendo così in un ambito già disciplinato dallo Stato. Il legislatore regionale con la legge n. 16 del 2015 aveva quindi eliminato, tra l'altro, il richiamo all'amministratore di sostegno, facendo esclusivamente riferimento alla possibilità di nomina di uno o più soggetti, denominati fiduciari (cfr. art. 3, co. 1, l. r. n. 16 del 2015). Il Presidente del

costituzionale, nella sentenza n. 262 del 2016⁴⁰, ha dichiarato l'illegittimità di tale legge perché adottata in violazione dell'articolo 3 e dell'articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione⁴¹. A giudizio della Corte infatti, la legge censurata disciplinava un ambito – quello del fine vita – che, incidendo sui diritti fondamentali dell'individuo, necessita di una regolamentazione uniforme sul territorio nazionale, «per ragioni imperative di eguaglianza»⁴². La Regione aveva apprestato, secondo la Corte costituzionale, una disciplina organica e puntuale in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento in quanto stabiliva «la forma di espressione, nonché le modalità di annotazione e conservazione in un pubblico registro degli intendimenti di ciascun soggetto in ordine ai trattamenti sanitari, sottraendoli così alla sfera meramente privata»⁴³. Il Giudice delle leggi ha dunque ritenuto che l'istituzione del registro per la raccolta di tali manifestazioni di volontà interferisse nella materia dell'ordinamento civile, riservata in via esclusiva allo Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.⁴⁴.

Nonostante dal 2016 ad oggi sia mutato radicalmente l'assetto normativo riguardante le manifestazioni di volontà relative ai trattamenti terapeutici *pro futuro*, dalla sentenza in commento è possibile ricavare alcuni interessanti spunti di riflessione. Il combinato disposto delle leggi n. 219 e 205 del 2017 ha dato infatti origine ad una situazione in cui potreb-

Consiglio dei Ministri, riscontrando sostanzialmente i medesimi vizi, ha però impugnato anche la seconda legge regionale.

⁴⁰ Su tale pronuncia v., L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3/2017, 563 ss.; C. MAGNANI, *Sul testamento biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il titolo V fa male alla salute?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016; D. MORANA, *La tutela della salute tra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2018.

⁴¹ Peraltro, come ricordato da L. BUSATTA, *op. cit.*, 566 «non si tratta della prima sentenza con la quale la Corte si confronta con iniziative legislative regionali aventi carattere simile a quello della legge friulana» (Cfr. Corte cost. sentt. n. 282 del 2002; 228 del 2003; 253 del 2006; 438 del 2008; 253 del 2009).

⁴² Cfr. Corte cost. sent. n. 262 del 2016, *cons. dir.* § 5.4.

⁴³ Cfr. Corte cost. sent. n. 262 del 2016, *cons. dir.* § 5.3.

⁴⁴ Chi scrive, naturalmente, non ignora il fatto che la materia "ordinamento civile" sia spesso stata utilizzata dalla Corte costituzionale in modo ambiguo e con un chiaro intento "Stato-centrico", come opportunamente messo in luce nel *Dossier* a cura di GIU. SERGES, C. TOMBA, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino 2017, 535 ss., spec. § 2.3, 553 ss. Si tratta di un tema interessante e complesso che tuttavia non può essere oggetto in questa sede di un adeguato approfondimento.

bero coesistere e svolgere la medesima funzione i registri istituiti presso gli uffici di stato civile, le banche dati regionali e la banca dati nazionale. In questo senso un caso emblematico, che ci pare qui opportuno richiamare, è costituito dal Regolamento della Giunta regionale dell'1 ottobre 2018 emanato dalla Regione Toscana in attuazione del primo comma dell'art. 1 della legge regionale n. 13 del 2006 in materia di dati sensibili e giudiziari. Tale regolamento disciplina la raccolta di copia delle disposizioni anticipate di trattamento ai fini della loro gestione, archiviazione e conservazione⁴⁵. Si potrebbe dubitare della legittimità dell'attribuzione esercitata in questo caso dalla regione a statuto ordinario che, *prima facie*, appare priva di competenza in materia⁴⁶. La possibilità di intervento delle Regioni e degli enti locali nella conservazione delle disposizioni anticipate di trattamento si ritiene, infatti, debba essere negata per varie ragioni.

Innanzitutto occorre porre l'accento sul fatto che, almeno secondo la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 262 del 2016, le disposizioni anticipate di trattamento rientrano nella materia "ordinamento civile" e, in ragione di ciò, la loro disciplina non è suscettibile di differenziazioni sul territorio nazionale. L'esigenza di eguaglianza e di unitarietà dell'ordinamento di cui al combinato disposto degli articoli 3 e 5 della Costituzione deve essere quindi garantita attraverso l'assegnazione esclusiva allo Stato della competenza all'istituzione dei registri contenenti le DAT. A confortare la tesi da ultimo esposta può peraltro rilevarsi come si potrebbe giungere alla medesima conclusione facendo riferimento anche al terzo comma dell'articolo 117 Cost. La disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento infatti, costituendo la diretta espressione del diritto al consenso informato, rientra nell'ambito dei principi fondamentali della materia "tutela della salute" la cui determinazione è riservata alla legislazione dello Stato. In altri termini, a voler accogliere la lettura qui proposta, una legge regionale istitutiva di un registro destinato alla conservazione delle DAT si porrebbe in contrasto con l'art. 117, terzo comma poiché interverrebbe nelle modalità di esercizio del diritto ad accettare o a rifiutare una determinata terapia e andrebbe ad invadere la competenza dello Stato.

⁴⁵ Il legislatore regionale individua, tra l'altro, i titolari del trattamento (cfr. art. 4), le tipologie di dati necessari alla raccolta delle DAT (cfr. art. 5), le operazioni eseguibili (cfr. art. 7) e le relative modalità in cui esse possono essere eseguite (cfr. artt. da 8 a 15).

⁴⁶ Anche alla luce del precedente offerto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 262 del 2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge adottata da una regione a statuto speciale quale è il Friuli Venezia Giulia.

Ad ulteriore sostegno di questa tesi potrebbe inoltre essere presa in considerazione la previsione di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *r*), Cost., a norma della quale allo Stato spetta in via esclusiva la legislazione in materia di “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale”⁴⁷. Dall'interpretazione di questa disposizione discende anche in questo caso una precisa indicazione in merito al riparto di competenze: spetta allo Stato il compito di individuare le regole secondo cui devono essere gestiti i dati delle pubbliche amministrazioni. Del resto, la scelta di rimettere a disposizioni regionali l'*an* e il *quomodo* dell'istituzione delle banche dati delle DAT e dei relativi sistemi informativi potrebbe determinare inoltre una sovrapposizione con la normativa statale in materia di protezione dei dati personali⁴⁸. Di conseguenza, si potrebbe dedurre l'illegittimità delle leggi regionali per violazione del riparto di attribuzioni legislative tra Stato e Regioni⁴⁹.

5. Osservazioni conclusive

Con le considerazioni che precedono si è inteso mettere in luce gli aspetti problematici della legge n. 219 del 2017 con particolare riferimento alle modalità di conservazione delle DAT e si sono poi immaginati i possibili sviluppi del difficile rapporto di coerenza con la tutela della riservatezza. Alcune delle conclusioni cui si è giunti e, in particolare, quelle relative alla necessità della manifestazione esplicita del consenso e alla (il)legittimità costituzionale dell'intervento delle regioni e degli enti locali nella disciplina delle modalità di conservazione delle disposizioni anticipate di trattamento sono state esposte nei paragrafi precedenti.

Ci pare allora opportuno proporre, in questo paragrafo conclusivo, alcune riflessioni sopra un ulteriore profilo che, pur discendendo anch'esso dalle analisi sopra svolte, non è stato fin qui affrontato diretta-

⁴⁷ Tale previsione, come sottolineato da A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 107 ss., assume fondamentale importanza nell'ambito del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di regolazione tecnica.

⁴⁸ Così le considerazioni di A. SORO, Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali del 20 giugno 2017, reperibile in *Garanteprivacy.it*.

⁴⁹ Cfr. in questo senso anche la sent. n. 271 del 2005 (su cui v. *supra* § 1, nota n. 5) in cui la Corte cost. ha ricondotto la protezione dei dati personali alla materia dell'ordinamento civile ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *l*) Cost.

mente. Tali riflessioni, in modo particolare, muovono da una constatazione, quella secondo cui, se è senz'altro vero che l'adozione della normativa sulle DAT ha chiarito alcuni aspetti inerenti al fine vita, occorre tuttavia rilevare come il legislatore statale non sembri aver dedicato un'adeguata attenzione all'aspetto relativo all'effettività dei diritti che le disposizioni anticipate di trattamento mirano a garantire.

Ebbene, a parere di chi scrive, l'imprescindibile esigenza di rendere effettivo il diritto al rispetto delle proprie volontà espresse in previsione di un futuro stato di incoscienza può dirsi soddisfatta solo qualora le disposizioni anticipate di trattamento siano agevolmente reperibili dal medico curante. A fronte dei numerosi casi di "turismo sanitario" interregionale o, più semplicemente, di cambio di residenza della persona, la struttura sanitaria deve poter verificare l'esistenza di una DAT cui deve poter accedere con facilità anche nel caso in cui essa sia stata depositata in un'altra regione (o comune)⁵⁰. La contemporanea presenza di più registri regionali e comunali, dell'eventuale registro nazionale e del registro elettronico nazionale che verrà istituito dal Notariato genera una disomogeneità in cui potrebbe risultare difficile per il medico, soprattutto qualora il disponente non abbia provveduto alla nomina di un fiduciario, venire a conoscenza dell'esistenza della disposizione anticipata di trattamento e rintracciarla in tempi brevi.

In ragione di ciò è dunque auspicabile l'istituzione di una banca dati nazionale o di modalità tecniche unitarie di interconnessione fra le diverse banche dati locali che non si limiti ad attestare l'avvenuta espressione della DAT ma che contenga il testo della disposizione stessa⁵¹. Affinché il diritto alla fedele attuazione dei propri intendimenti possa dirsi tutelato, infatti, è essenziale, da un lato, che venga garantita la piena e effettiva conoscibilità della disposizione anticipata di trattamento e, dall'altro, che si proceda all'individuazione di un punto di equilibrio nel bilanciamento

⁵⁰ In questo senso anche S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 39.

⁵¹ Come osservato infatti dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 01991 del 31 luglio 2018, il registro nazionale previsto dalla legge di bilancio «non può servire solo a registrare ciò che è stato raccolto dai registri regionali (che peraltro sono sostanzialmente facoltativi) o dai registri *ex lege* facoltativi istituiti presso i comuni né può limitarsi a contenere la semplice annotazione o registrazione delle DAT comunque esistenti; al contrario, tale registro nazionale deve svolgere l'importante compito di dare attuazione ai principi costituzionali (...) anche raccogliendo le DAT, consentendo, in tal modo, che le stesse siano conoscibili a livello nazionale, ed evitando che abbiano una conoscibilità circoscritta al luogo in cui sono state rese. Il che vanificherebbe, con tutta evidenza, l'applicazione concreta della normativa».

tra le prescrizioni relative alla forma con cui redigere le DAT e «il principio della massima espansione dell'autodeterminazione della persona»⁵². La rigidità dei requisiti formali può insomma essere ammessa solo nel caso in cui sia funzionale all'esercizio effettivo del diritto all'attuazione delle proprie volontà.

Ne consegue, peraltro che la garanzia del diritto in questione non potrà dirsi compiuta se non verrà rispettata la normativa volta ad evitare il trattamento illegittimo di dati personali, la quale, a sua volta, dovrebbe essere integrata con una puntuale definizione dei criteri di accesso alle banche dati, così da potersi prevenire l'alterazione e la perdita delle informazioni contenute nelle singole dichiarazioni anticipate di trattamento.

Si ha dunque la convinzione che, per le ragioni sopra esposte, tra il diritto all'autodeterminazione terapeutica ed il diritto alla tutela della riservatezza vi sia un rapporto di interconnessione in virtù del quale il primo non può dirsi pienamente rispettato se non si tiene il secondo in adeguata considerazione. Di qui l'auspicata ridefinizione della normativa in materia di disposizioni di volontà *pro futuro* nella prospettiva di un più attento coordinamento tra i due diritti, rispondendo altresì all'esigenza, sulla quale ci siamo non a caso già soffermati, di puntuale definizione dei procedimenti e delle modalità di trattamento dei dati personali, in adesione al concetto di *privacy by design*.

⁵² *Ibidem*.

ATTUALITÀ

Ancora sul caso Ilva... sotto la lente della Corte di Strasburgo

Tatiana Guarnier

SOMMARIO: 1. Un'attesa pronuncia: la sentenza *Cordella e altri c. Italia*. – 1.1. Il giudizio sulla sostanza e sulla forma del bilanciamento degli interessi. – 1.2. Il giudizio sull'effettività dei rimedi interni. – 2. I limiti della Carta (e della Corte) EDU in materia di tutela dell'ambiente. – 2.1. Il fondamento convenzionale della tutela dell'ambiente. – 2.2. *Segue*: L'impossibile prova della sussistenza del nesso di causalità. – 3. Dopo la pronuncia *Cordella*: quali conseguenze all'interno dell'ordinamento?

1. *Un'attesa pronuncia: la sentenza Cordella e altri c. Italia*. – Il 24 gennaio 2019 la prima Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha emanato all'unanimità la decisione di primo grado concernente alcune delicatissime problematiche sollevate dall'annoso “caso Ilva”¹. Si trattava di pronuncia molto attesa poiché il ricorso era stato formulato in maniera differente dal precedente caso *Smaltini c. Italia* – pure riferito alle conseguenze del disastro ambientale prodotto dal complesso siderurgico tarantino – e in maniera tale da uniformarsi alla giurisprudenza Cedu in materia di tutela della salubrità ambientale. Nel caso precedente, infatti, la ricorrente aveva lamentato di aver contratto una leucemia in ragione dell'esposizione ai fumi dell'Ilva e di non aver potuto trovare nei rimedi giurisdizionali interni uno strumento di riparazione del danno subito poiché in sede penale era stata negata la sussistenza di un nesso di causalità fra la malattia e le emissioni dell'acciaieria. La Corte di Strasburgo, dal canto suo, aveva ritenuto manifestamente infondato il ricorso, rilevando che, alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili, le decisioni giudiziali interne erano state adeguatamente motivate². Nel presente caso, invece, i ricorrenti – 182 cittadini

¹ Cedu, *Cordella e a. c. Italia*, 24.1.2019, su cui, per alcuni commenti a prima lettura, v. S. FILIPPI, *Ilva: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione degli art. 8 e 13 della Convenzione*, in *Diritticomparati*, 28.1.2019; S. CARRER, *Le armi spuntate dell'Italia contro l'inquinamento: la condanna della corte EDU nel caso Ilva (Cordella ed altri c. Italia)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 19.2.2019.

² Cfr. Cedu, *Smaltini c. Italia*, 16.4.2015, su cui v. D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11.10.2016, 13 ss.; M. ALAGNA, *Smaltini c. Italia: irricevibilità del ricorso o rigidità del giudice?*, in *Ord. Internaz. Dir. umani*, 2015, 526 ss.

di Taranto e dei Comuni maggiormente colpiti – aggiravano il problema della dimostrazione del nesso di causalità per ciascuna delle patologie contratte da loro o dai loro familiari, richiedendo una pronuncia della Corte circa le responsabilità dello Stato italiano per via dell’omissione di misure adeguate a proteggere l’ambiente e per l’emanazione di decisioni pubbliche che, all’opposto, consentivano all’Ilva la prosecuzione di attività altamente inquinanti (e, quindi, di perpetuare l’esposizione dei cittadini ad un rischio per la loro salute).

La situazione che ha condotto i ricorrenti a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell’uomo è sin troppo nota, per cui ci si può limitare in questa sede a ricordare i soli elementi sui quali la stessa Corte appunta la propria attenzione³. In primo luogo, il Giudice europeo si sofferma con dovizia di particolari sull’impatto delle emissioni del complesso industriale di Taranto sull’ambiente e sulla salute della popolazione locale, per come riferito dai numerosi rapporti scientifici resi nel corso degli anni. Fra gli altri, il Giudice di Strasburgo fa riferimento ai rapporti del Centro europeo dell’ambiente e della salute (organismo dell’OMS) e dell’ARPA (Agenzia regionale per la prevenzione e protezione dell’ambiente) che, dal 1997 al 2017, hanno costantemente rilevato un «elevato rischio ambientale» nei comuni limitrofi allo stabilimento Ilva, una concentrazione superiore alla norma di sostanze inquinanti nell’aria, nel terreno, nelle falde acquifere e nei prodotti destinati al consumo alimentare umano, ed un conseguentemente elevato rischio per la salute della popolazione residente. Segnale di tale rischio è considerato il tasso di mortalità per tumori registrato, ben più elevato rispetto alla media regionale e nazionale e ritenuto nei menzionati studi tale da richiedere una costante sorveglianza epidemiologica della popolazione, in vista della messa in atto di tutte le misure necessarie a garantire la salute secondo le «migliori tecnologie disponibili» (d’ora innanzi, anche BAT, secondo l’acronimo inglese di *Best Available Techniques*).

Proprio della sorveglianza epidemiologica si sono occupati ulteriori rapporti presi in considerazione della Corte europea: il «rapporto SENTIERI» (Studio Epidemiologico Nazionale del Territorio e degli Insediamenti Esposti a Rischio Inquinamento), elaborato nel 2012 ed aggiornato nel 2014 dall’Istituto Superiore della Sanità, nonché lo studio di coorte condotto nel 2016 dal dipartimento epidemiologico del servizio sanitario regionale del Lazio, dall’ARPA, dal centro per la salute e l’ambiente pugliese e dall’ASL di Taranto, che riconoscevano l’esistenza di un nesso di causalità fra l’esposizione alle sostanze inquinanti prodotte dal complesso siderurgico e l’aumentato sviluppo di tumori e di patologie del sistema cardiocircolatorio.

A fronte di questi preoccupanti dati, la Corte di Strasburgo ripercorre la

³ Per una ricostruzione maggiormente esaustiva rispetto a quella contenuta in questa sede sia consentito fare rinvio a T. GUARNIER, *Della ponderazione di un “valore primario”. Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Questa Rivista*, 2018, 173 ss.; ivi ulteriori riferimenti documentali e bibliografici.

storia dei provvedimenti amministrativi e normativi adottati a vari livelli (locale, regionale, nazionale) per fronteggiare la situazione: piani, accordi fra la società Ilva e le autorità pubbliche, normative regionali e nazionali di contrasto all'inquinamento, condizioni poste dalle Autorizzazioni Integrate Ambientali (d'ora innanzi, AIA) intervenute nel corso degli anni. Una particolare attenzione è, ovviamente, dedicata all'avvicinarsi dei decreti-legge cd. "salva-Ilva"⁴, nonché alle pronunce rese dalla nostra Corte costituzionale in sede di sindacato di legittimità: di inammissibilità e infondatezza con riferimento al d.l. n. 207 del 2012 (convertito in l. n. 231 del 2012)⁵ e di accoglimento con riferimento al d.l. n. 92 del 2015⁶. Il primo dei menzionati decreti, infatti, nel consentire la prosecuzione dell'attività dell'acciaieria in pendenza di sequestro giudiziale, poneva la condizione del rispetto dell'AIA revisionata, in accordo con le migliori tecnologie disponibili; condizione che la Corte costituzionale riteneva sufficiente a garantire un ragionevole bilanciamento fra il diritto al lavoro e il diritto alla salute⁷. Il secondo dei decreti, invece, pur consentendo anch'esso la prosecuzione dell'attività in pendenza di sequestro giudiziale, lo faceva nell'ambito di un processo di accertamento delle responsabilità per decesso di un operaio in un altoforno, sulla base di un piano unilaterale di messa in sicurezza degli impianti, frutto della sola determinazione aziendale, sviluppato in assenza di contraddittorio e senza il riferimento a criteri oggettivi; a tali condizioni, il Giudice costituzionale riteneva non ragionevolmente ponderati i diritti e gli interessi in contrapposizione.

La Corte di Strasburgo interviene, dunque, a seguito di un complesso di previsioni normative e amministrative volte a governare il disastro ambientale in atto, nel contestuale intento di non pregiudicare un'attività produttiva strategi-

⁴ Sui quali la bibliografia è oramai vastissima: v., a mero titolo esemplificativo, R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1/2013, 10.12.2012, 5 ss.; G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, *ivi*, 20.12.2012, 16 ss.; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, *ivi*, 12.12.2012, 8; A. MARCHETTI, *Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 17.7.2013.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2013, sulla quale, per alcune osservazioni relative al meta-bilanciamento ivi operato, v., fra i numerosi altri, L. GENINATTI SATÈ, *"Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in *Forumcostituzionale.it*, 13.5.2013; M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso Ilva*, in *Oss. Fonti*, 2/2013; E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 17.7.2013; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Quest. Giust.*, 2/2014, 134 s.; D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, 1 ss.

⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 58 del 2018. Per alcuni commenti, v. E. AFFANNATO, *L'ILVA di Taranto dinanzi a un nuovo bilanciamento tra diritti*, in *www.issirfa.cnr.it*, giugno 2018, 3 s.; G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Quest. Giust.*, 10.4.2018, 4.

⁷ Per una critica a questa impostazione, che contrappone il diritto al lavoro, anziché la libertà di iniziativa economica privata, al diritto alla salute, e che non contempla in maniera indipendente le ragioni della tutela ambientale, si v. il nostro *Della ponderazione di un "valore primario"*, cit., 180 ss.; ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

ca, oltre che a seguito di numerosi procedimenti giudiziari e del ripetuto intervento della Corte costituzionale su una parte rilevantissima della normativa statale di riferimento. Il punto merita di essere sottolineato perché, come si vedrà meglio oltre, il fuoco dell'attenzione dei Giudici europei si concentra proprio sull'adeguatezza delle politiche pubbliche finalizzate alla protezione della salute e dell'ambiente, inevitabilmente interloquendo con le menzionate pronunce del nostro Giudice della legittimità.

1.1. *Il giudizio sulla sostanza e sulla forma del bilanciamento degli interessi.* – Gravide di conseguenze sul piano dei rapporti fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo sono le considerazioni svolte dal Giudice europeo in relazione al bilanciamento fra i possibili interessi contrapposti. Sul punto la Corte edu si muove in linea con la propria oramai consolidata giurisprudenza in materia ambientale, affermando che, specialmente in caso di attività pericolosa, sugli Stati incombe un'obbligazione positiva di porre in essere una regolamentazione adatta alle specificità della stessa e tale da bilanciare in maniera equilibrata «gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo complesso»⁸. Sul Giudice europeo incombe invece l'obbligo di valutare se le autorità nazionali abbiano affrontato la questione con la dovuta diligenza, prendendo adeguatamente in considerazione l'insieme degli interessi dei ricorrenti⁹. Si tratta, quindi, di un *obbligo di diligenza* e non di risultato, che lascia agli Stati un margine di apprezzamento circa la scelta delle misure più adatte al caso di specie¹⁰.

Il controllo di Strasburgo sul corretto esercizio della discrezionalità statale avviene insomma su due piani¹¹: in primo luogo, su un piano sostanziale, ove la Corte europea, pur avendo affermato che «gli imperativi economici e perfino alcuni diritti fondamentali (...) non dovrebbero vedersi accordare la priorità di fronte a considerazioni riguardanti la tutela dell'ambiente»¹², si limita a verificare l'esistenza di un errore *manifesto* nel bilanciamento¹³; in secondo luogo – ciò che in questa sede maggiormente rileva – su un piano procedurale, ove si accerta che la decisione delle autorità derivi da un processo nel quale abbiano trovato adeguata rappresentazione tutti gli interessi coinvolti¹⁴ (o nel quale si consenta ai soggetti non adeguatamente ascoltati di ricorrere avverso la decisione¹⁵),

⁸ Così, Cedu, *Cordella*, cit., § 158 (trad. nostra).

⁹ Cedu, *Cordella*, cit., § 161.

¹⁰ Così, già, Cedu, *López Ostra c. Spagna*, 9.12.1994, § 51; Id., *Guerra e a. c. Italia*, 19.2.1998, § 58; Id., *Greenpeace e.v. e a. c. Germania*, 12.5.2009.

¹¹ V. C. PITEA, Art. 8, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova 2012, 351.

¹² Cedu, *Hamer c. Belgio*, 27.11.2009, § 79.

¹³ Così, Cedu, *Fadeieva c. Russia*, 9.6.2005, § 105.

¹⁴ Così, Cedu, *Hatton e a. c. Gran Bretagna*, 8.7.2003, § 105.

¹⁵ Cedu, *Taşkın e a. c. Turchia*, 10.11.2004, § 119.

a seguito di valutazione dell'impatto ambientale dell'attività¹⁶. Fra gli obblighi procedurali che derivano dall'art. 8, in linea con quanto disposto dalla Convenzione di Aarhus, grande importanza riveste il fatto che la popolazione abbia accesso a tutte le informazioni che permettano di valutare il grado di esposizione al rischio¹⁷ e che i risultati degli studi di impatto ambientale e sanitario siano resi pubblici.

Le condizioni poste da Strasburgo per la corretta adozione delle decisioni pubbliche aventi impatto sull'ambiente e sulla salute dei cittadini sembrerebbero quindi le stesse o, quantomeno, sono in larga parte sovrapponibili a quelle poste dalla nostra Corte costituzionale. Tanto è vero che, proprio sulla base di valutazioni analoghe, il nostro Giudice apicale aveva ritenuto che il bilanciamento fra gli interessi contrapposti operato in sede di riesame dell'AIA fosse in grado di garantire il miglior contemperamento possibile, poiché luogo ove si confrontano, in maniera partecipata, pubblica, contraddittoria, tutte le istanze rilevanti, alla luce dei dati tecnici e delle BAT a disposizione.

Invece, il giudizio che emerge dalla pronuncia *Cordella* circa la capacità del procedimento AIA di dare adeguata risposta agli interessi dei ricorrenti è nettamente differente e conduce a risultati opposti.

La Corte di Strasburgo osserva, infatti, che le misure preconizzate a partire dal 2012 nel quadro dell'AIA, al fine di migliorare l'impatto ambientale dell'azienda, non sono state realizzate, tanto da sollecitare una procedura di infrazione dell'Unione europea¹⁸. Anche la realizzazione del piano ambientale approvato nel 2014 non viene considerata efficace, poiché posticipata al mese di agosto 2023 e dunque caratterizzata da una estrema lentezza¹⁹. Mentre, insomma, la nostra Corte aveva svolto le proprie considerazioni guardando *in astratto* al procedimento dell'AIA e alle condizioni ivi poste per contemperare le ragioni della salute e dell'ambiente a quelle dell'attività imprenditoriale e dell'occupazione, il Giudice europeo guarda al *concreto* dispiegarsi e all'effettivo verificarsi (o meno) di quelle condizioni, per valutare la *reale* efficacia della procedura nella predisposizione di misure di contenimento dell'impatto ambientale. Tale verifica, alla luce dei dati rilevati dai sopra menzionati rapporti, dà ovviamente esito negativo e conduce all'affermazione dell'inadeguatezza delle misure adottate a livello statale; inadeguatezza aggravata dall'avvicinarsi dei decreti-legge "salva-Ilva", che consentivano la prosecuzione dell'attività inquinante, in opposizione al tentativo giudiziale di porre un argine alle conseguenze nefaste di quest'ultima sulla salute

¹⁶ Cedu, *Giacomelli c. Italia*, 19.10.2006, §§ 94 ss.

¹⁷ Cedu, *Taşkın*, cit., § 119; Id., *Giacomelli*, cit., § 83; Id., *Tătar c. Romania*, 27.1.2009, § 113; Id., *Guerra*, cit., § 60.

¹⁸ Cfr. CGE, 31.03.2011, in causa C-50/10 e Commissione europea, avviso motivato del 16.10.2014 in cui, constatata la prosecuzione delle medesime infrazioni (specie alla direttiva 2010/75/UE), la Commissione chiedeva allo Stato italiano di rimediare ai gravi problemi di inquinamento rilevati nella zona dello stabilimento.

¹⁹ Così, Cedu, *Cordella*, cit., § 168.

dei cittadini²⁰. Dinnanzi a questo quadro, «la Corte non può che constatare la protrazione di una situazione di inquinamento ambientale che mette in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, dell'insieme della popolazione residente nelle zone a rischio, che resta, allo stato attuale, priva di informazioni quanto allo stato di avanzamento della bonifica del territorio interessato»²¹; di qui, l'affermazione che il bilanciamento fra gli interessi dei ricorrenti e quelli della società non è ragionevole²² e la condanna alle autorità nazionali per omissione di tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto al rispetto della vita privata dei cittadini.

1.2. *Il giudizio sull'effettività dei rimedi interni.* – Una seconda ragione per la quale la pronuncia di Strasburgo assume un particolare rilievo per il lettore domestico concerne la valutazione ivi compiuta circa i rimedi esperibili all'interno dello Stato italiano avverso le decisioni amministrative e normative di rilievo. Il Governo italiano aveva, infatti, sostenuto l'irricevibilità del ricorso per mancato previo esaurimento dei ricorsi giudiziari interni²³ ed elencava una serie di rimedi giudiziari astrattamente esperibili, ma non utilizzati dai ricorrenti: il procedimento penale per disastro ecologico *ex art. 452-quater c.p.*, nell'ambito del quale sarebbe stata possibile la costituzione come parti civili; il ricorso amministrativo *ex art. 309, d.lgs. n. 152 del 2006*; l'azione collettiva; la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*; l'eccezione di costituzionalità nell'ambito di un giudizio pendente, al fine di sollecitare il sindacato della Corte costituzionale su leggi e atti aventi forza di legge. I ricorrenti, per contro, sostenevano che nessuno degli strumenti evocati dal Governo potesse rispondere alle loro esigenze, essendo loro intenzione non tanto cercare un ristoro finanziario, quanto ottenere rimedi avverso, da un lato, l'omissione statale di misure amministrative e legislative volte a proteggere l'ambiente e la salute dei cittadini, dall'altro, l'applicazione di misure che avevano consentito la prosecuzione dell'attività inquinante da parte dell'Ilva, nonostante i provvedimenti giudiziari di sequestro ed il susseguirsi di studi e rapporti che ne dimostravano la pericolosità per la salute dei cittadini.

²⁰ Cedu, *Cordella*, cit., § 169.

²¹ Cedu, *Cordella*, cit., § 172 (trad. nostra).

²² Non è stato rispettato il «*juste équilibre*», afferma la Cedu, *Cordella*, cit., 174.

²³ È noto, infatti, che il sistema convenzionale di tutela dei diritti si fonda sul carattere sussidiario del ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, par. 1, CEDU), sull'assunto che gli Stati parte adempiano all'obbligo di offrire ricorsi interni effettivi in caso di violazione della Convenzione (art. 13 CEDU). Vigè dunque la presunzione che gli Stati siano i primi e privilegiati applicatori della Convenzione; tuttavia, nel caso in cui i rimedi predisposti al loro interno non diano prova di effettività, i cittadini possono far ricorso alla Corte, dimostrando le ragioni dell'impossibilità di ottenere ristoro avverso la violazione convenzionale a livello domestico. A tal proposito, la Corte ha precisato che spetta allo Stato membro convenuto dimostrare l'effettività dei ricorsi a disposizione, sia in teoria che in pratica, provando la loro accessibilità e capacità di offrire ai ricorrenti risposta alle loro doglianze con *ragionevoli possibilità di successo* (v., fra le numerose altre, Cedu, *Akdivar e a. c. Turchia*, 16.9.1996, § 66; Id., *Giacobbe e a. c. Italia*, § 63, 15.12.2005).

Peraltro, anche a voler domandare un risarcimento economico, i ricorrenti osservavano che la possibilità di costituirsi parti civili in un procedimento penale già avviato o da avviarsi non avrebbe potuto condurre ad alcun risultato, vista la sottoposizione della società all'amministrazione straordinaria. Anche gli esiti dei giudizi già conclusi avevano dimostrato il fallimento del perseguimento di quella via (non avendo condotto al risarcimento bensì – all'opposto – alla condanna al pagamento delle spese di lite²⁴). Così come la strada del ricorso amministrativo appariva loro non percorribile, poiché si sarebbe sostanziata nella richiesta al Ministero dell'Ambiente di mettere in questione decreti-legge del Governo, in evidente potenziale conflitto di interessi.

Le considerazioni che la Corte svolge sul punto sono di particolare interesse, poiché sollecitano una riflessione di ampio respiro sull'affermata insussistenza nell'ordinamento italiano di rimedi effettivi a tutela dell'ambiente. La Corte afferma infatti, lapidariamente, che «nessun rimedio, di natura penale, civile o amministrativa può condurre al raggiungimento dell'obiettivo della bonifica della zona»²⁵; osserva che il piano ambientale previsto dal d.l. n. 1 del 2015 ha previsto un'immunità penale e amministrativa per gli amministratori straordinari e i futuri acquirenti dello stabilimento; rileva che l'azione per risarcimento del danno ambientale è attivabile solo dal Ministero dell'Ambiente e non dai cittadini colpiti e che, parimenti, non è da loro direttamente esperibile il tentativo di tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale, non essendo in Italia previsto il ricorso diretto da parte dei singoli²⁶.

Tutto ciò considerato, la Corte condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 13 CEDU, in ragione della mancata predisposizione di vie di ricorso interne utili ed effettive, che consentano di ottenere in sede statale misure di ripristino e progressiva bonifica delle zone inquinate.

Quello che il Giudice di Strasburgo solleva, quindi, appare inequivocabilmente un problema di *natura sistemica*.

2. I limiti della Carta (e della Corte) EDU in materia di tutela dell'ambiente.

– Entrambi i punti sui quali lo Stato italiano è stato condannato nella sentenza *Cordella e altri* sono di estrema gravità e di grande importanza. Tuttavia, se da un lato non può non rilevarsi l'evidente peso sul piano delle conseguenze potenziali all'interno dell'ordinamento²⁷, dall'altro lato occorre pure segnalare che la sentenza sconta e rende manifesti (com'è già accaduto in passato) una serie di limiti del sistema di protezione di Strasburgo in punto di tutela dell'ambiente. Il primo di essi, piuttosto evidentemente, discende dalla mancanza di una disposizione

²⁴ Trib. Taranto, 20.7.2016, n. 2375.

²⁵ Cedu, *Cordella*, cit., § 123 (trad. nostra).

²⁶ Cfr. Cedu, *Cordella*, cit., §§ 123-127.

²⁷ Su cui v. *infra*, al par. 3.

che espressamente e specificamente si occupi del tema²⁸. La sensibilizzazione verso le problematiche ambientali si è infatti sviluppata in tempi più recenti rispetto alla redazione della Carta europea dei diritti, a partire dalla “scoperta” della vulnerabilità della natura di cui le pagine di Hans Jonas costituiscono probabilmente il manifesto più compiuto e consapevole²⁹. Pertanto, come tutte le Carte ad essa coeve, la Convenzione europea non contempla alcun articolo che si occupi dei diritti connessi alla tutela dell’ambiente (non sono da meno numerose Carte costituzionali nazionali, inclusa la nostra, i Trattati istitutivi delle Comunità europee, che solo in sede di più recenti modifiche hanno iniziato a porre le basi della competenza dell’Unione in materia³⁰, o la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo).

2.1. *Il fondamento convenzionale della tutela dell’ambiente.* – Numerosi sono stati nel corso degli anni i tentativi del Consiglio d’Europa di colmare la lacuna³¹, ma l’insuccesso della positivizzazione, sia nella forma del protocollo addizionale alla Carta, sia nella sede della Carta europea dei diritti sociali, ha comportato la necessità di affidarsi prioritariamente alla sede pretoria, pur nella consapevolezza che la giurisprudenza ed è soffre della necessità di poggiarsi su disposizioni che solo in maniera strumentale e limitata possono affrontare la complessità del-

²⁸ V., *inter alios*, E. SPATAFORA, *Tutela ambiente (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1992, 463; A.M. NICO, *La tutela dell’ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in F. GABRIELE, A.M. NICO, *La tutela multilivello dell’ambiente*, Bari 2005, 167 ss.

²⁹ Cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica* [1979], tr. it, Einaudi, Torino, 1993.

³⁰ Per ripercorrere l’evoluzione del diritto UE in materia ambientale e la sua influenza sul diritto interno si v., *inter alios*, G. CORDINI, *Ambiente (tutela dell’) nel diritto delle Comunità europee*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1987, 193 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Ambiente (tutela dell’): Diritto della Comunità europea*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988; S. CASSESE, *Diritto ambientale comunitario*, Milano 1995; B. NASCIBENE, *I condizionamenti di diritto comunitario della legislazione in materia di ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 311 ss.; C. BLUMANN, *Histoire de la politique communautaire de l’environnement*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (ed.), *Le droit communautaire de l’environnement. Mise en oeuvre et perspectives*, Paris 1998, 26 ss.; A. LUCARELLI, *Art. 37. Tutela dell’ambiente*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna 1999, 258 ss.; G. CATALDI, *Ambiente (tutela dell’): Diritto della Comunità europea*, *ivi*, 2001; C. BERTAZZO, *La formulazione delle politiche ambientali negli ordinamenti composti*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eu.*, 2002, 1787 ss.; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l’ambiente*, Milano 2002; Y. USUI, *Evolving Environmental Norms in the European Union*, in *Eu. Law Journal*, 2003, 69 ss.; A. BONOMO, *Europa e ambiente: profili pubblicistici*, in F. GABRIELE, A.M. NICO, *La tutela multilivello dell’ambiente*, Bari 2005, 101 ss.

³¹ Su cui v. I. INGRAO, *Dalla nozione di patrimonio ambientale al riconoscimento del diritto all’ambiente in seno al Consiglio d’Europa ed alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Int. Dir. uomo*, 1992, 182 ss.; A.M. NICO, *La tutela dell’ambiente*, *cit.*, 180 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli 2011, 25 ss., che ripercorre le principali convenzioni adottate in seno al Consiglio d’Europa in materia ambientale (la Convenzione per la conservazione della vita selvatica e dell’ambiente naturale in Europa, la Convenzione sulla responsabilità civile dei danni derivanti da attività pericolose per l’ambiente, la Convenzione relativa alla tutela dell’ambiente tramite il diritto penale, la Convenzione europea sul paesaggio) nonché le proposte di emendamento della CEDU.

le problematiche ambientali. E difatti, punto di partenza di tutte le pronunce di Strasburgo in materia – ripetuto anche nella decisione in commento – è quello per cui nessuna disposizione della Convenzione garantisce specificamente una protezione generale dell'ambiente in quanto tale³², così che l'unica valutazione su cui la Corte europea ammette una propria competenza attiene alla verifica se, in ciascun caso di specie, il pregiudizio all'ambiente abbia comportato la violazione di uno dei diritti convenzionalmente garantiti.

Nel corso del tempo, diversi sono stati i tentativi di individuazione di articoli CEDU cui ancorare la tutela dell'ambiente, dal punto di vista sostanziale³³: in particolare, l'art. 2 (diritto alla vita), l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 1, prot. 1 (protezione della proprietà). Fra questi, la giurisprudenza edu ha usualmente – salvo alcune eccezioni di cui si dirà a breve – rigettato la possibilità di fare riferimento all'art. 2, per via delle già ricordate difficoltà nella dimostrazione del nesso di causalità, o all'art. 3, per la ritenuta impossibilità di inquadrare le conseguenze dell'esposizione a rischio ambientale entro la – più grave – fattispecie del trattamento inumano e degradante. Si è dunque rinvenuta nell'art. 8 CEDU la base per una tutela dell'ambiente indiretta, talvolta in combinato disposto con l'art. 1, prot. 1.

Più precisamente, l'articolo 8 viene in rilievo nella parte in cui impone agli Stati obblighi *positivi* di tutela della vita privata dei loro cittadini, imponendo, ove occorra, limiti all'esercizio di diritti eventualmente contrapposti³⁴. Così, emblematicamente, nel caso *López Ostra c. Spagna* e nel caso *Guerra e altre c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha affermato per la prima volta l'esistenza di un obbligo per le autorità statali di intervenire quando le immissioni e i fumi di un impianto possano pregiudicare il godimento del domicilio, al punto da nuocere alla vita privata o familiare dei cittadini³⁵. A partire di qui, la giurisprudenza successiva ha a più riprese confermato queste affermazioni, precisando che il pregiudizio all'art. 8 sorge solo se il rischio ecologico raggiunge un livello di gravità tale da

³² Cfr. Cedu, *Kyrtatos c. Grecia*, 22.5.2003, § 52; Id., *Cordella*, cit., § 100.

³³ Altro versante di tutela è quello procedurale, ove rilevano gli artt. 6 (diritto ad un equo processo) e art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo).

³⁴ Cfr. già Commissione edu, *Herrick c. Regno Unito*, 15.3.1985; Id., *Fredin c. Svezia*, 6.11.1989, su cui v. M. DE SALVIA, *Tutela dell'ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso una ecologia del diritto?*, in *Riv. Int. Dir. uomo*, 1989, 435 ss. Sullo sviluppo giurisprudenziale degli obblighi positivi, quali strumenti volti a rendere effettiva e non meramente declaratoria la tutela convenzionale, v., fra i moltissimi, D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London-New York 2012, spec., 3 ss.

³⁵ Cedu, *López Ostra*, cit., su cui v. M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo: il caso López Ostra contro Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1996, 745 ss.; Cedu, *Guerra*, cit., su cui V. ESPOSITO, *Danno ambientale e diritti umani*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12.11.2012.

diminuire in maniera considerevole la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio e della propria vita privata e familiare³⁶.

Necessità di dimostrazione dell'effetto diretto, dunque, e apprezzamento della gravità del rischio da svolgersi caso per caso, sulla base della considerazione dell'intensità e della durata delle emissioni, nonché delle loro conseguenze fisiche e psicologiche sulla salute o sulla qualità della vita del ricorrente³⁷.

In altri termini, non è ammessa un'actio popularis avverso il degrado ambientale in sé e per sé considerato, ma solo un'azione individuale o – pure – di insieme di individui, che possano però reclamare, ciascuno per proprio conto, specifici effetti negativi sui propri diritti personali derivanti da quel degrado³⁸. Da questo punto di vista, la giurisprudenza europea ricorda da presso i primi tentativi delle nostre Corti supreme di colmare la lacuna costituzionale in materia ambientale, ove gli interessi ambientali sono stati avvicinati a partire dalla tutela della proprietà, offrendo così un approccio individualista, incapace di cogliere le numerose sfaccettature e dimensioni dei bisogni, degli interessi e dei diritti collegati alla tutela dell'ambiente³⁹. E difatti, a livello interno, il fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. è valso proprio a scollegare la tutela ambientale dalla sola dimensione della ripercussione individuale, per estrarre dalla Costituzione un "valore primario", da bilanciarsi con tutti gli altri diritti e interessi coinvolti di caso in caso⁴⁰.

La ripetuta volontà della Corte europea, esplicitamente ribadita nella sen-

³⁶ Cfr. Cedu, *Hatton*, cit.; Id., *Taşkin*, cit.; Id., *Moreno Gomez c. Spagna*, 16.11.2004; Id., *Fadeieva*, cit.; Id., *Giacomelli*, cit.; Id., *Cordella*, cit., § 157.

³⁷ Cedu, *Fadeieva*, cit., §§ 68 s.; Id., *Dubetska e a. c. Ucraina*, 10.2.2011, § 105; Id., *Gimkovskaya c. Ucraina*, 21.7.2011, § 58. Fa eccezione un'importante precedente riferito alla gestione della cd. "emergenza rifiuti" in Campania (cfr. Cedu, *Di Sarno e a. c. Italia*, 10.1.2012) in cui è stata individuata la violazione dell'art. 8 CEDU anche in assenza della prova di un grave pericolo di salute per gli interessati. Sulla sentenza v., *inter alios*, V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et. a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti*, in *Federalismi.it*, 15.2.2013; G. D'AVINO, *Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (cur.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016, 829 ss.; M. FALCONE, *La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, 381.

³⁸ Cfr. Cedu, *Perez c. Francia* [GC], 10.2.2004, § 70; Id. 16.12.2008, *Ada Rossi e a. c. Italia*; Id., *Di Sarno*, cit., § 80.

³⁹ Tentativi compiuti in prima battuta dalla Corte di Cassazione civile (cfr. Cass., SS.UU., 09.04.1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, 843; Id., 09.03.1979, n. 1463, *ivi*, 1979, I, 939 ss., con annotazione di C.E. GALLO; Id., 06.10.1979, n. 5172, *ivi*, 1979, I, 2302. In dottrina, v. C. SALVI, *Le emissioni industriali: rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano 1979, 355 ss.). Un superamento di questa angusta posizione e un'anticipazione delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale che di lì a poco avrebbero seguito si è però avuto nella sede penale, ove per la prima volta si è iniziato a far riferimento agli artt. 9 e 32 Cost. per individuare un ancoraggio in Costituzione dei doveri umani nei confronti dell'ambiente (cfr. Cass., III sez. pen., 20.01.1983, n. 421).

⁴⁰ Cfr., fra le prime, Corte cost., nn. 210 e 641 del 1987; 1029 e 1031 del 1988; 67 del 1992; 318 del 1994.

tenza *Cordella*⁴¹, di *non andare oltre* il riferimento al solo art. 8 CEDU riporta dunque “indietro nel tempo” le lancette della tutela ambientale – almeno dal nostro angolo visuale – e rischia di immettere nel “dialogo” con la nostra Corte degli elementi che con molta fatica e in maniera non lineare il Giudice interno ha invece in parte superato, enfatizzando ulteriormente la persistente prospettiva antropocentrica dell’approccio ordinamentale alla tutela ambientale⁴².

Tornando però all’esame della pronuncia europea, occorre rilevare come l’impostazione scelta dalla Corte edu produca almeno due conseguenze precise nel caso di specie: l’esclusione dei ricorrenti non residenti nei Comuni maggiormente colpiti dalle immissioni nocive dell’impianto Ilva (ossia quelli identificati dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri italiano del 30 novembre 1990 come «Comuni ad alto rischio ambientale») e la mancata condanna dello Stato al risarcimento dei danni subiti dai cittadini.

Entrambe queste conseguenze meritano delle precisazioni, poiché non esenti da contraddizioni con la parimenti sostenuta impossibilità di un sindacato della Corte circa l’esistenza del nesso di causalità fra le emissioni inquinanti e le patologie sviluppate dai ricorrenti o dai propri familiari.

2.2. Segue: *L'impossibile prova della sussistenza del nesso di causalità*. – Si è già ricordato che l’asserita impossibilità di provare la sussistenza del nesso di causalità fra disastro ambientale e conseguenze epidemiologico-sanitarie aveva condotto il Giudice europeo a dichiarare manifestamente infondato il ricorso *Smaltini* riguardo ad una patologia insorta, secondo la ricorrente, per via dell’esposizione alle emissioni dello stabilimento ILVA. Conformemente con questo precedente, anche nel caso *Cordella e altri*, la Corte di Strasburgo si premura di precisare che l’inquinamento in un settore determinato viene considerato solo come un elemento di *potenziale* pericolosità per la salute umana. Tale valutazione costituisce insomma una mera *presunzione* di maggiore vulnerabilità alle malattie, non suscettibile di verifica in casi determinati⁴³. Il richiamo ai rapporti chimico-ambientali e medico-epidemiologici sopra riferiti vale, dunque, al solo fine di valutare la condizione generale di riferimento, insuscettibile di trasporrsi al singolare e di riferirsi al danno alla salute subito da ciascun individuo ricorrente, poiché sulla condizione individuale potrebbero aver influito ulteriori elementi di rischio (e.g.: abitudini alimentari, stili di vita, fattori genetici, età, professione).

Dunque, mentre a monte la Corte esclude una dimensione collettiva del ricorso per la tutela dell’ambiente e richiede la dimostrazione – almeno in sede

⁴¹ Cfr. §§ 100 ss.

⁴² Per alcune considerazioni circa le implicazioni teoriche e pratiche di questa prospettiva, sia consentito rinviare a T. GUARNIER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nella prospettiva costituzionale*, in M.P. PATERNÒ (cur.), *Cura dell'altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Napoli 2017, 119 ss.

⁴³ Cfr. Cedu, *Cordella e a.*, cit., § 104.

presuntiva – del potenziale danno *individuale* subito da ciascuno dei ricorrenti, a valle esclude anche la possibilità di una ricaduta individuale della propria pronuncia, ammettendo solo la possibilità di una condanna *generica* dello Stato per omissione di politiche pubbliche adeguate a fronteggiare l'esposizione dei propri cittadini ad un potenziale di rischio per la salute loro e dei loro familiari. In altri termini, a monte è necessaria la dimostrazione del potenziale danno *individuale*; a valle, è impossibile ottenere una condanna al risarcimento dei danni subiti *individualmente*, sui quali incombe lo spettro dell'impossibilità di dimostrare la riconducibilità di ciascuna patologia alla *sola* azione o omissione statale. Né viene riconosciuto un risarcimento dei danni morali, come pure i ricorrenti nel caso di specie avevano domandato, poiché la stessa condanna dello Stato viene considerata una sufficiente riparazione per il danno morale subito.

Le ambiguità e contraddittorietà della ricostruzione della tutela convenzionale dell'ambiente si traducono dunque in una contraddittorietà del dispositivo. Controvertibile è, ad esempio, l'assunzione che l'incremento del potenziale di rischio per la salute e la vita propria o dei propri familiari non costituisca un danno risarcibile, soprattutto alla luce della giurisprudenza europea che ricomprende nell'art. 8 la tutela avverso il turbamento non solo fisico, ma anche psicologico della propria vita privata. Anche ammettendo, infatti, che quel potenziale si cumuli ad altri fattori di rischio individuali, rimane pur sempre il *dato* che esso possiede, appunto, un proprio potenziale, che si esercita *sempre e in ogni caso* su ciascuno dei cittadini esposti, a prescindere dalle loro condizioni individuali. E ciò è dimostrato proprio dalla giurisprudenza della Corte, che non ammette il ricorso da parte di coloro che non siano in grado di dimostrare l'esposizione a questi fattori di rischio ulteriori e indipendenti dalla propria volontà.

Sarebbe allora più coerente con le premesse poste dalla giurisprudenza europea ammettere un'azione collettiva avverso il danno ambientale che rechi un potenziale di rischio per la salute umana e riconoscere per tale potenziale di rischio un risarcimento a tutti i cittadini esposti, quali che siano le conseguenze concrete in termini di patologie affrontate, posto che la mera esposizione al fattore di rischio indubbiamente perturba la vita privata e familiare.

Ma se questi approdi appaiono a chi scrive compatibili con l'individuazione del fondamento della tutela dell'ambiente nell'art. 8 CEDU, ancora più utile allo scopo apparirebbe l'art. 2 CEDU, sulla cui esclusione l'argomentazione della Corte è – ancora una volta – ambigua, se non estremamente laconica: in occasione della sentenza *Cordella* il Giudice europeo si limita ad affermare che le doglianze riferite ai due parametri «si confondono» e che è appropriato esaminare i ricorsi dei ricorrenti esclusivamente *sub* art. 8 CEDU⁴⁴. Quali siano le ragioni

⁴⁴ Cedu, *Cordella*, cit., § 94, ma v. anche la ivi richiamata *Radomilja e a. c. Croazia* [GC], 20.3.2018.

di tale “confusione” e quale la ragione per la scelta di uno solo dei due parametri “confusi” non è direttamente deducibile dalla motivazione della sentenza.

Utile allo scopo appare, invece, il paragone con la decisione della Grande Camera *Oneryildiz c. Turchia*⁴⁵, in cui la Corte di Strasburgo ricorre all’art. 2 CEDU in relazione ad una situazione di inquinamento ambientale, sostenendo che l’obbligo positivo a carico dello Stato di prendere tutte le misure necessarie per proteggere la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione «deve essere interpretato come valevole nel contesto di tutte le attività, pubbliche o non, suscettibili di costituire un pericolo per il diritto alla vita, *a fortiori* per le attività industriali, pericolose per natura, quali lo sfruttamento dei siti di stoccaggio dei rifiuti»⁴⁶. Nel caso di specie, il ricorrente si rivolgeva al Giudice europeo dei diritti umani a seguito del decesso dei propri parenti, causato dall’esplosione di gas metano formatosi in ragione di un mal governato processo di decomposizione dei rifiuti.

Ad analoghi approdi è giunta la sentenza *Budayeva e altri c. Russia*⁴⁷, in cui la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato per violazione dell’art. 2 CEDU, in seguito alla morte di alcune persone per via di due valanghe di fango causate da problematiche ambientali.

Alla luce di queste due pronunce appare piuttosto chiaramente la differenza con la giurisprudenza edu che, compatta, ha fondato la tutela ambientale sul solo parametro dell’art. 8 CEDU: in queste ultime due occasioni sussisteva infatti la possibilità di dimostrare in maniera netta la sussistenza del nesso di causalità fra l’evento catastrofico e la morte delle persone. Quando, insomma, il decesso è determinato da una patologia per la quale l’inquinamento costituisce un fattore di rischio, esso si cumula ad ulteriori fattori che impediscono la dimostrazione del nesso; quando è legato, invece, ad un evento catastrofico (l’esplosione, la valanga) dovuto al rischio ambientale, il nesso è ritenuto dimostrabile e, quindi, l’art. 2 diventa invocabile⁴⁸. Questo spiegherebbe perché, nell’ottica della Corte, le doglianze “si confondano”: perché il bene protetto potrebbe astrattamente essere il medesimo, ma i fatti per i quali ci si rivolge alla Corte solo raramente consentono di schiudere le porte del controllo del rispetto del diritto alla vita/salute, ovvero lo consentono solo nella misura in cui la violazione sia *dimostrabile processualmente*.

Non occorre spendere ulteriori parole per dimostrare come il piano del fondamento convenzionale della tutela degli interessi ambientali e quello dell’onere della prova siano stati sovrapposti in maniera non convincente. Senza considerare che, anche a voler riconoscere la persuasività delle argomentazioni della

⁴⁵ Cfr. Cedu [GC], *Oneryildiz c. Turchia*, 20.11.2014.

⁴⁶ Così, Cedu [GC], *Oneryildiz*, cit., § 72.

⁴⁷ Cedu, *Budayeva e a. c. Russia*, 28.8.2008.

⁴⁸ Ricostruisce in questi termini la differenza fra le fattispecie anche E. RUOZZI, *La tutela dell’ambiente*, cit., 84.

Corte, la dimostrazione della riconducibilità di eventi catastrofici alle condotte dannose per l'ambiente potrebbe essere viziata dalla medesima incertezza riscontrata nella ricerca del nesso eziologico fra danno ambientale e patologie medico-sanitarie. Meglio sarebbe, allora, procedere in direzione opposta, riconoscendo in entrambe le circostanze la sussistenza della potenziale violazione di ambedue i parametri convenzionali, poiché l'esposizione al *rischio* ambientale inficia il benessere *psico*-fisico dei soggetti, a prescindere dalla dimostrazione della sua ricaduta in patologie specifiche⁴⁹.

3. *Dopo la pronuncia Cordella: quali conseguenze all'interno dell'ordinamento?* – Nonostante tutti i limiti alla tutela dell'ambiente sin qui enunciati, non v'è dubbio che la pronuncia *Cordella e altri c. Italia* possieda un potenziale rilevantissimo all'interno del nostro ordinamento, con riferimento ad entrambi i profili di condanna: da un alto, l'affermazione del difetto di "equilibrio" del bilanciamento operato all'interno del nostro ordinamento smentisce quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013; dall'altro, la riscontrata ineffettività dei rimedi esperibili avverso i disastri ambientali mette in luce una carenza strutturale, che richiederà di ragionare sul sistema dei rimedi preposti a tutela dell'ambiente e sul ruolo dei singoli nei relativi procedimenti.

Ambedue i rilievi impegneranno quindi, con ogni probabilità, ancora a lungo il dibattito giuridico-dottrinale, nell'apparentemente inesauribile vicenda che si dipana intorno alle acciaierie tarantine. Per il momento, nell'attesa di ulteriori sviluppi, si può solo tentare di prospettare alcune possibili conseguenze su entrambi i versanti.

Quanto al primo punto, si sottolineava già in apertura che la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi delle vicende giuridiche che ruotano intorno al caso Ilva diverse volte. Peraltro, specialmente in un'occasione, la nostra Corte era stata chiamata a pronunciarsi anche sul punto della potenziale incompatibilità del complesso normativo "salva-Ilva" con la giurisprudenza europea (della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo), in violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. In quella circostanza, il Giudice costituzionale non ha affrontato i profili di incompatibilità con il diritto sovranazionale, poggiandosi in larga parte (specie per quanto qui rileva) sulla genericità della formulazione della relativa questione di legittimità da parte del giudice *a quo*.

Che fosse, però, solo questione di tempo era già allora arguibile, poiché po-

⁴⁹ In questo senso muoveva, ad esempio, la distinta opinione del giudice Jambrek nel caso *Guerra c. Italia*, in cui il Giudice riteneva inadeguato il riferimento al solo art. 8 CEDU (ritenuto violato, nella fattispecie, per la mancata informazione dei cittadini circa i danni arrecati dalla produzione industriale), affermando la necessità che la Corte sviluppasse i diritti che derivano da quello alla vita, ritenendo che l'ospedalizzazione subita dai ricorrenti rendesse l'art. 2 CEDU pertinente ed applicabile nel caso di specie.

teva immaginarsi che i moltissimi soggetti coinvolti nella vicenda non avrebbero rinunciato al ricorso a Strasburgo per la tutela di diritti troppo spesso scavalcata da decisioni normative *ad hoc*, stabilizzazioni di previsioni emergenziali che hanno comportato la protrazione dell'“emergenza” per diversi decenni, impossibilità di trovare risposta alla loro domanda di giustizia in sede interna.

Oggi lo scenario appare drasticamente cambiato, poiché la pronuncia *Cordella* pone inequivocabilmente il nostro Giudice della legittimità di fronte all'affermazione dell'inadeguatezza del procedimento amministrativo di autorizzazione integrata ambientale per ponderare gli interessi di chi svolge un'attività industriale potenzialmente pericolosa e gli interessi di coloro su cui quell'attività impatta. La valutazione *astratta* di adeguatezza della sede amministrativa ai fini del bilanciamento viene considerata insufficiente, essendo invece necessario verificarne *concretamente*, alla luce dei dati scientifici, l'efficacia reale in termini di protezione di *tutte* le istanze, gli interessi e i diritti ponderati. Il dato è particolarmente interessante poiché la Corte costituzionale è stata di recente nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Ilva⁵⁰ e dovrà quindi, con ogni probabilità, ritornare sulla valutazione del bilanciamento e dell'adeguatezza del procedimento di AIA come sede adeguata, anche alla luce di quanto affermato a Strasburgo.

Certo, è molto probabile che in occasione dell'emanazione della sentenza n. 85 del 2013 la Corte costituzionale non si trovasse nella condizione di escludere dal proprio ragionamento elementi che – astrattamente – dovrebbero esulare dal suo spettro di riflessioni, ma che la forza dei fatti ha portato necessariamente a valutare: l'impatto di un'eventuale pronuncia di incostituzionalità – e, dunque, della chiusura degli impianti – sarebbe stato molto forte sia sul nostro sistema produttivo, che sulle molte famiglie che dallo stabilimento siderurgico e dal suo indotto trovavano occupazione e sostentamento economico. Si tratta di condizioni che rimangono, ad oggi, immutate e che, quindi, mettono il Giudice della legittimità nella medesima, difficilissima, situazione. L'occhio “distante” della Corte di Strasburgo è, in questo senso, un occhio privilegiato, poiché messo nella condizione di non dover contemplare le conseguenze economiche del suo giudizio⁵¹. D'altro canto, il protrarsi dell'insostenibilità del rischio ambientale

⁵⁰ Cfr. Trib. Taranto, g.i.p., ric. n. 1487/2018.

⁵¹ Che, invece, questo sia un aspetto che sempre più entra a far parte dello spettro di riflessioni e ponderazioni cui è chiamata la Corte costituzionale è emblematicamente rappresentato dai lavori raccolti da M. MASSA nel Volume *La Corte costituzionale e l'economia. Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi*, Milano 2018. V., in particolare, quanto ivi affermato da M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e le questioni con rilevanza economica*, 38: «La Corte costituzionale, nella sua specificità, si trova al crocevia tra le pressanti esigenze del caso concreto, in cui è stata chiesta giustizia, e decisioni di portata ordinamentale e di lungo periodo. La Corte è chiamata sempre – ma in particolare nei momenti di crisi – ad agire con una vista affetta da una sorta di strabismo: con un occhio miope, per guardare agli effetti nel caso concreto e nel breve termine; con un occhio presbite che deve guardare lontano, perché le sue decisioni hanno anche questo secondo volto. Non può ignorare il caso e neppure la contingenza, specie se questa ha natura di crisi e di eccezionalità; ma non può nemmeno agire con un impulso di reattività dettato soltanto dall'urgenza del momento».

e dei connessi rischi sanitari, unitamente alle pesanti responsabilità statali nella mancata individuazione di soluzioni possibili, non potranno essere elusi ancora a lungo. Non è certo la sede del giudizio di legittimità costituzionale il luogo ove queste istanze possano trovare la loro migliore tutela e composizione, essendo invece la sede politica ed amministrativa quella deputata a *prevenire* il verificarsi di tali situazioni, ma il chiaro e colpevole fallimento di quest'ultima pone oggi, nuovamente, tutti i giudici – inclusi quelli apicali – di fronte a difficili scelte, non più procrastinabili.

Proprio da questo secondo punto di osservazione, tuttavia, emerge un ulteriore complicarsi della matassa, il cui bandolo appare sempre più difficile da trovare. La seconda delle condanne inferte all'Italia, infatti, riguarda proprio l'inesistenza di rimedi effettivi avverso i danni subiti a seguito di danneggiamento dell'ambiente. Si tratta di un rilievo estremamente problematico e di difficilissima risoluzione, se solo si pensa a come la "diffusione" dell'interesse al rispetto dell'ambiente metta in questione la radicata concezione dell'interesse ad agire processuale e richieda quindi il superamento di categorie e concetti giuridici tradizionali su cui si struttura l'ossatura stessa del nostro impianto processuale⁵². Strettamente correlata a queste problematiche è, peraltro, la scelta del nostro legislatore di consentire al solo Ministero dell'Ambiente la legittimazione ad agire avverso il danno ambientale, con possibilità di intervento delle associazioni ambientaliste fortemente compresse dai requisiti richiesti per il riconoscimento della loro natura esponenziale e rappresentativa. Ma si è visto come anche la sede penale non ponga problematiche di più facile risoluzione, soprattutto in punto di onere della prova, con riguardo alla dimostrazione della sussistenza del nesso di causalità fra condotta lesiva dell'ambiente e eventi negativi ad essa collegati.

Le problematiche rilevate dalla Corte di Strasburgo non sono, dunque, semplicemente strutturali, ma anche profondamente radicate nella nostra cultura giuridico-processuale.

Che il problema sia strutturale è confermato dalla circostanza che non ci troviamo di fronte alla prima occasione in cui il Giudice europeo condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 13 CEDU in materia ambientale: già nel famoso caso *Di Sarno e altri c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva rilevato che i cittadini campani esposti a diversi rischi per la propria salute, per via della protratta mala gestione della cd. "emergenza rifiuti" campana, non avevano la possibilità di disporre a livello interno di un rimedio giudiziale effettivo, che consentisse di ottenere il risarcimento dei danni subiti ed il ripristino della salubrità dei luoghi da parte delle autorità pubbliche, ritenute colpevoli di aver omesso l'adozione di misure congrue ed efficaci. Già quella pronuncia aveva

⁵² Sul punto, F. FONDERICO, *Ambiente (dir. amm.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano 2006; D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (dir.), *Trattato di diritto dell'Ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Padova 2012, 423 ss.; A. SCACCHI, *Profili civilistici*, *ivi*, 344 ss.

sollcitato una riflessione circa la necessità di un intervento normativo che colmasse il vuoto di tutela registrato a Strasburgo, pur ammettendo le difficoltà di coordinamento di un tale intervento con l'impianto delle responsabilità civili e amministrative esistenti⁵³.

Tuttavia, pur nella reiterazione del rilievo della strutturale incompatibilità del nostro apparato di tutela giudiziale con le istanze soggettive derivanti da danno ambientale, la Corte di Strasburgo ha scelto di non percorrere la strada della sentenza pilota – come pure auspicato dai ricorrenti. In quest'ambito occorrerà dunque verificare il seguito presso il Comitato dei Ministri, chiamato ad individuare le azioni che possano assicurare una risoluzione di almeno alcune delle problematiche qui solo accennate.

Probabilmente la chiave di volta, dal punto di vista soggettivo, potrebbe essere ancora una volta il riconoscimento della responsabilità per esposizione a *rischio* ambientale (comprovabile sulla base delle conoscenze scientifiche attualmente esistenti), essendo quest'ultimo un elemento in grado di perturbare la salute psico-fisica degli individui.

Resta tutta da percorrere, peraltro, la via della tutela "oggettiva" dell'ambiente, che prescindendo dalla dimostrazione di danni individuali – ossia come interesse collettivo e diffuso – per la quale, probabilmente, il riconoscimento della legittimazione attiva al ricorso da parte delle associazioni ambientaliste potrebbe essere utile strumento di completamento di una tutela troppo ancorata a situazioni soggettive ed individuali, in vista di una più congrua dimensione della tutela dell'ambiente come interesse comune e collettivo, indipendente dai riflessi e dalle ricadute sui diritti umani di volta in volta lesi.

Queste ipotesi, tuttavia, contemplan soluzioni comunque inadeguate a fronteggiare le problematiche ambientali, posto che la migliore (forse l'unica effettiva) forma di tutela è quella preventiva, svolta mediante politiche pubbliche e amministrative efficaci, che impediscano la creazione e la sedimentazione di equilibri economici incentrati su attività ad elevato impatto ambientale e che, dunque, prevenghino anche la sottoposizione ai giudici di questioni impossibili da risolvere. Il rischio è, infatti, di mettere i ricorrenti in una posizione in cui non avranno che da perdere, dovendo scegliere se mettere a repentaglio la loro vita o la loro dignitosa esistenza sul piano economico.

⁵³ In questi termini, V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno*, cit., 13.

ATTUALITÀ

*L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari**

Donatella Morana

SOMMARIO: 1. Premessa: la portata autoapplicativa dell'art. 32 Cost. nel riconoscimento del diritto alla salute quale diritto di libertà. – 2. Libertà di cura e rifiuto di trattamenti sanitari, anche se necessari per il mantenimento in vita. – 3. Diritto all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e terapia del dolore. – 4. Oltre il diritto alla salute: l'intervento del medico per porre fine alla vita.

1. Premessa: la portata autoapplicativa dell'art. 32 Cost. nel riconoscimento del diritto alla salute quale diritto di libertà. – Se si assume il punto di vista del diritto alla salute, all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale sul "caso Cappato" deve riconoscersi il merito di aver contribuito in modo chiaro, senza esitazioni, alla "emersione" del contenuto prescrittivo dell'art. 32 Cost. nella parte in cui quest'ultimo si connota come norma autoapplicativa, destinata a costituire una posizione soggettiva di vera e propria libertà¹.

La decisione rappresenta, da questa prospettiva, un'acquisizione apprezzabile, giunta al termine di un tormentato percorso giurisprudenziale e normativo che si è dipanato negli ultimi anni proprio intorno al riconoscimento di un diritto di libertà afferente alla sfera di lecito materiale che corrisponde alla tutela del bene della salute, nella sua dimensione individuale prima ancora che collettiva. Una libertà che comprende, come si vedrà, la pretesa a non essere impediti nel rifiutare trattamenti sanitari e quella, corrispondente, a non essere obbligati alle cure, se non nei limiti e in presenza dei presupposti indicati dalla stessa Costituzione.

Il rifiuto delle terapie – e più in generale di ogni pratica che incida sulla salute (anche attraverso «trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali»), come la stessa ordinanza, ad altro fine,

* Il presente contributo è destinato al volume *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, Napoli, di prossima pubblicazione.

¹ Per tale profilo sia consentito il rinvio a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Torino 2018, spec. 33 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

espressamente ricorda²) – rappresenta, infatti, una delle possibili modalità di godimento del diritto alla salute considerato nella sua veste di diritto di libertà. Quando il secondo comma dell'art. 32 Cost. afferma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», riconosce con ciò stesso il diritto di rifiutare ogni trattamento senza frapporre alcuna valutazione sui rischi, possibili o probabili, noti o ignoti, che possono derivarne per la vita del soggetto. La regola della volontarietà dei trattamenti, e la corrispondente eccezione consistente nella loro obbligatorietà, sono dunque alla base della possibilità riconosciuta al soggetto adulto, capace di intendere e di volere, di sottrarsi a terapie di qualunque natura, al loro inizio o alla loro prosecuzione. Ovviamente il quadro costituzionale diventa maggiormente composito nel momento in cui vengano in rilievo situazioni diverse ed ulteriori – che non è possibile analizzare in questa sede – ad iniziare da quelle che coinvolgono il minore (per la tutela del quale, anzitutto al fine del mantenimento *in vita*, soccorre l'art. 30 Cost.).

Se, quindi, l'ordinanza affronta per la prima volta in modo deciso il tema della libertà di cura nel suo versante negativo, non può disconoscersi che in alcuni passaggi argomentativi il ragionamento sul diritto alla salute finisce con l'estendersi, con discutibile automatismo, ad ambiti distinti che come tali avrebbero richiesto, ad avviso di chi scrive, diversa prospettazione e considerazione. Ci si riferisce (come si dirà meglio, *infra* § 4) al punto in cui la Corte sembra porre sullo stesso piano il rifiuto di trattamenti sanitari – coinvolgendo, se necessario, il personale sanitario, chiamato a rendere materialmente possibile tale intendimento, ad esempio attraverso il distacco da dispositivi di sostegno vitale – con la pretesa ad ottenere dal medico la somministrazione di sostanze finalizzate a determinare la propria morte. Ed ancora, non convincono, come si dirà, alcune considerazioni del Giudice delle leggi che lasciano trasparire una indebita sovrapposizione tra i profili del diritto alla salute come libertà e quelli del medesimo diritto inteso quale pretesa a ricevere prestazioni.

Nella pronuncia ci sono dunque luci ed ombre delle quali si darà brevemente

² V. l'ultimo capoverso del p. 8 *cons. dir.* Si tratta di un orientamento già fatto proprio dal legislatore: cfr. l'art. 1, comma 5, della legge n. 219/2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») che considera trattamenti sanitari «la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». La riconducibilità di tali forme di sostegno vitale alla nozione di trattamento sanitario è stata oggetto di un vivace confronto negli anni immediatamente seguenti al «caso Englaro», in concomitanza al dibattito parlamentare avviato per introdurre una disciplina in tema di «testamento biologico»: per una sintesi delle diverse posizioni sul tema, cfr. U. ADAMO, *Alcune osservazioni critiche a proposito delle prospettive de jure condendo nella legislazione italiana in tema di direttive anticipate di trattamento*, in *Consulta OnLine*, 2016, 403 ss., spec. 424 ss. ed ivi nt. 102 per ulteriori riferimenti dottrinali; v. anche F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008, 270 ss., nonché B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano 2014, 304 ss.

te conto, sempre, si ribadisce, dalla particolare (e limitata) prospettiva del diritto costituzionale alla salute.

2. *Libertà di cura e rifiuto di trattamenti sanitari, anche se necessari per il mantenimento in vita.* – Nell'ottica prescelta, deve anzitutto notarsi che l'ordinanza n. 207/2018 costituisce la prima occasione per la Corte costituzionale di radicare espressamente nell'art. 32 Cost. non solo la libertà di cura genericamente intesa ma, più specificamente, il connesso diritto di rifiutare trattamenti sanitari (o di interrompere quelli eventualmente già iniziati), pur se necessari al mantenimento in vita.

In realtà, non si tratta di posizioni giuridiche soggettive distinte: la libertà di curarsi, infatti, è anche libertà di non curarsi e include, quindi, la possibilità di rifiutare ogni trattamento che interessi la propria salute, non importa se finalizzato a riacquistare una condizione di equilibrio e di benessere psico-fisico, ad evitare l'aggravarsi di una patologia in atto, ad alleviare il dolore o, infine, a scongiurare la morte. Se il diritto alla salute assume la veste di diritto di libertà, deve ammettersi, conseguentemente, che l'ordinamento si disinteressa del comportamento (attivo o omissivo) tenuto da colui che ne è titolare: quest'ultimo sarà tutelato anche nell'inerzia o nella scelta di non inserirsi o non proseguire nel percorso terapeutico proposto, pur quando metta a repentaglio la propria esistenza.

Se in altre decisioni, ragionando di consenso informato ai trattamenti sanitari, la Corte aveva già avuto occasione di sottolineare che ogni individuo ha il diritto «di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative», rilevando che tali informazioni «devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di *garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente*» (così la sent. n. 438/2008, corsivo aggiunto; ma vedi anche la sent. n. 253/2009), era invece mancata l'occasione per affermare il permanere di tale libera scelta anche quando da essa possa derivare un pregiudizio fatale per il soggetto che dissente dal trattamento proposto o che opti per la sua interruzione.

Nella giurisprudenza appena ricordata, com'è noto, il consenso informato veniva radicato negli artt. 2, 13 e 32 Cost.³, al pari di quanto ritenuto dalla Corte

³ Nella sent. n. 438/2008 la Corte costituzionale ha individuato il fondamento costituzionale del consenso informato, «inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», e dunque «vero e proprio diritto della persona», «nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione [...] La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute[...]».

Rispetto al fondamento costituzionale così individuato, chi scrive ha già avuto occasione di sviluppare talune perplessità: v., se si vuole, D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale*

di Cassazione nella (di poco) precedente sentenza sul “caso Englara”⁴. Tuttavia, nell’affermare la possibilità di dissentire dalle cure proposte, la Corte costituzionale non si era spinta fino a ravvisare esplicitamente la liceità di un dissenso al trattamento quando quest’ultimo abbia valore condizionante per le prospettive di sopravvivenza del soggetto.

Ora invece, nell’ordinanza n. 207/2018, tale profilo viene portato alla luce, probabilmente sull’onda della sopravvenuta disciplina, introdotta con la legge n. 219/2017, in tema di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, che offre una chiara indicazione sul diritto (della persona capace di agire) di rifiutare trattamenti sanitari anche se necessari alla propria sopravvivenza. Quando ciò accada, infatti, la legge prevede che il medico debba prospettare «al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove[re] ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica» (art. 1, comma 5). La previsione di forme di affiancamento e sostegno nei confronti di colui che intenda rifiutare un trattamento necessario per il mantenimento in vita non potranno tuttavia scalfire il dovere del medico di «rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», con conseguente esenzione da responsabilità civile o penale (art. 1, comma 6)⁵. Probabilmente, dunque, l’approvazione della legge n. 219/2017 – intervenuta dopo anni di dibattito, anche lacerante, sulle tematiche del fine-vita – offre alla Corte una prima “sponda” legislativa per soffermarsi, con relativa tranquillità, sull’ampiezza del contenuto del diritto di rifiutare le cure.

Deve tuttavia osservarsi che, all’interno del labirintico procedere delle argo-

per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale, in Giur. cost., 2008, 4970 ss.

⁴ Cfr. Corte Cass., sez. prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748. In tale pronuncia, si afferma che «il principio del consenso informato – il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell’art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell’art. 13, che proclama l’inviolabilità della libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell’art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l’esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze».

⁵ Lo stesso art. 1, comma 6, nel delineare i reciproci obblighi sussistenti all’interno della relazione terapeutica, specifica poi che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Ancora una volta, il profilo di libertà coinvolto nel rifiuto delle cure assume un rilievo del tutto autonomo rispetto al diritto a ricevere trattamenti sanitari o altre prestazioni che incidano sulla salute del soggetto: una cosa è rifiutare trattamenti proposti dal medico anche se necessari per mantenersi in vita, altra cosa è richiedere al medico trattamenti non appropriati o addirittura illeciti.

mentazioni della Corte, il rifiuto di trattamenti sanitari, anche se necessari per il mantenimento in vita, si nasconde nelle pieghe di un ragionamento che si rivolge a fattispecie profondamente diverse che concernono, da un lato, l'intervento attivo di terzi per porre fine alla propria vita, e, dall'altro, il diritto di rifiutare forme di mantenimento in vita, eventualmente anche con il distacco di dispositivi di sostegno vitale.

È nel punto 8 delle considerazioni in diritto, anzitutto, che la Corte chiama in causa l'art. 32 Cost. (che pure non era stato incluso dal giudice *a quo* nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, come la stessa Corte fa notare)⁶, quando – asserita la non incompatibilità dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio con la Costituzione – si sofferma sui progressi compiuti dalla scienza medica e dalla tecnologia che consentono di «strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali».

Il perimetro della fattispecie che interessa la Corte viene quindi a disegnarsi nel modo seguente: si tratta delle ipotesi in cui il soggetto si identifichi «in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». In queste ipotesi, prosegue la Corte, «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.» (corsivo aggiunto).

Ora, è di tutta evidenza che qui non è in gioco solo il diritto alla salute nella sua veste di diritto di libertà ma qualcosa di più e di ontologicamente diverso. Il dilemma infatti non si incentra più (soltanto) sulla pretesa a non essere impediti o costretti rispetto ad una scelta di trattamento sanitario (nel senso di acconsentire, dissentire, rifiutare o interrompere un trattamento, anche con il distacco di macchinari), ma sulla pretesa a che un terzo intervenga per rendere possibile una materiale corrispondenza tra la personale, soggettiva, percezione e convinzione sulla vita ritenuta “degnata di essere vissuta” e l'oggettiva condizione psicofisica in cui il progresso della medicina consente di sopravvivere mantenendo funzioni vitali.

⁶ Sulla diversa formulazione del *petitum* della Corte d'Assise di Milano v. M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, 6; per un'analisi dettagliata dell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, cfr. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 139 ss. Per uno sguardo d'insieme sulle molteplici questioni poste dall'ordinanza di rimessione v. i contributi raccolti in A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, ottobre 2018.

L'espressione utilizzata nell'ordinanza, nel passo sopra citato, non aiuta però a chiarire tale distinzione perché mantiene ancora una certa ambiguità, peccando sul piano della chiarezza espositiva.

È solo nel successivo punto 9 delle considerazioni in diritto che il ragionamento della Corte si dipana ulteriormente, precisando l'ampiezza del diritto a rifiutare le cure. In questo passaggio si riconosce che «il cardinale valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari» e si specifica che tale obbligo di rispettare la volontà del paziente permane «anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quali il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)».

Dunque, dall'ordinanza emerge una graduale, sebbene non perspicua, complessità nel riconoscimento del diritto a rifiutare le cure, che suggerisce all'interprete di procedere in modo altrettanto graduale.

In questa prospettiva, a voler sinteticamente riepilogare il perimetro del diritto a rifiutare le cure *in sé e per sé considerato*, senza il coinvolgimento (a qualunque titolo) di terzi, può affermarsi in prima battuta che: *i*) anzitutto, esiste sempre il diritto di rifiutare le cure in base al secondo comma dell'art. 32 Cost. (con il limite dell'obbligatorietà di trattamento imposta dalla legge), qualunque sia la condizione del soggetto che esprime il rifiuto, la gravità della sua malattia, l'entità delle sofferenze patite, l'ampiezza dei vantaggi ricevuti dalla terapia in atto, e così via; *ii*) in secondo luogo, tale diritto comprende il rifiuto di cure necessarie per la sopravvivenza del soggetto e dunque anche dei rimedi per il mantenimento artificiale in vita.

La regola della volontarietà dei trattamenti sanitari, desumibile dal secondo comma dell'art. 32 Cost. (per tutte le ipotesi in cui non si ricada, come già osservato, nell'obbligo di trattamento disposto dalla legge), non sopporta – dunque – apprezzamenti sulle motivazioni che spingono il soggetto a non curarsi, né consente valutazioni sulle conseguenze della mancata sottoposizione ad un trattamento, anche qualora ne derivi il pericolo per la sua stessa vita.

Non può nascondersi che a tale conclusione dovesse già approdarsi dall'interpretazione della disciplina costituzionale sul diritto alla salute.

Tuttavia, l'importanza di un'esplicita affermazione della Corte che disegna a tutto tondo il rifiuto di trattamenti sanitari, agganciandolo all'art. 32, merita di essere sottolineata e valorizzata, se solo si consideri che non sono mancate, nei primi settant'anni di vigenza della Costituzione, interpretazioni volte a disconoscere la possibilità di rifiutare cure o trattamenti necessari per la vita del soggetto, ora in nome di un generico *dovere di curarsi*, ora in ossequio ad un non ben identificato *dovere di vivere*, entrambi idonei a “prosciugare” l'ambito materiale della libertà di cura⁷.

⁷ Da ultimo, v. A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio di tecniche decisorie*

Ma di tutto questo, a seguito dell'ordinanza n. 207/2018, si è definitivamente – e opportunamente, a parere di chi scrive – sgombrato il campo.

3. *Diritto all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e terapia del dolore.* – Come già accennato, per completare la ricognizione sull'estensione del diritto al rifiuto di trattamenti sanitari, resta da soffermarsi sull'ipotesi in cui tale rifiuto comporti il distacco da dispositivi finalizzati al sostegno vitale del paziente: ad esempio, macchinari destinati alla ventilazione artificiale o sondini per la nutrizione e l'idratazione artificiali. Si tratta di ipotesi in cui è necessario l'intervento di un terzo, e dunque – innanzitutto – del personale medico, per procedere materialmente a realizzare la volontà dell'interessato che esprima, nella piena capacità di intendere e di volere, la scelta di non prolungare la propria esistenza attraverso le forme di sostegno vitale ora richiamate.

Su questo profilo, la giurisprudenza, prima, e la legge n. 219/2017, poi, hanno offerto indicazioni convergenti, contribuendo a superare dubbi interpretativi che pure avevano affollato il dibattito dentro e fuori le aule parlamentari.

La stessa Corte costituzionale, nell'ordinanza in esame, dopo aver ricordato la drammaticità delle condizioni che caratterizzavano la vicenda oggetto del giudizio *a quo*, afferma con nettezza che «in simili casi, la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua». E ciò, dice la Corte «segnatamente in forza della recente legge» n. 219/2017 che a sua volta «recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria», in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby⁸ ed Englaro⁹.

nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018), in Consulta OnLine, 1/2019, 93-94, il quale, muovendo proprio dal «valore fondamentale della solidarietà, del legame cioè che unisce ogni individuo agli altri, ovunque essi si trovino e che proprio in talune circostanze drammatiche, che vedono alcune persone esposte a rischi e minacce per la loro stessa sopravvivenza, deve farsi azione e sostegno fraterno», ritiene che «se la vita umana è un bene prezioso e imperdibile, se ne ha che la prima espressione della solidarietà che ciascuno di noi ha verso gli altri sta proprio nel tenersi in vita, sta cioè nel dovere di vivere».

⁸ Si tratta della sentenza del Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049, sulla quale si rinvia a N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul «caso Welby»*, in *Giur. cost.*, 2007, 2366 ss. Rinviene nell'art. 32, comma 2, Cost., il pieno fondamento del diritto della persona, capace di intendere e di volere ma incapace di agire fisicamente, di essere aiutata per esercitare il diritto di rifiutare la prestazione sanitaria, anche nell'ipotesi in cui dall'interruzione del trattamento derivi la sua morte (con conseguente esclusione della punibilità del medico che, su richiesta dell'interessato, procedesse in tal senso), G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 92 ss.

⁹ Cfr. la già citata Cassazione, sez. prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, nella quale si afferma, tra l'altro, che il diritto alla salute, «come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto

Il riferimento è all'art. 2 della legge n. 219/2017, dove si afferma che, anche in caso di rifiuto delle cure o di revoca del consenso a terapie indicate dal medico, quest'ultimo debba comunque adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, ricorrendo altresì ad un'appropriata terapia del dolore con l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38/2010¹⁰. Nel caso, poi, di pazienti «con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» e laddove necessario, in presenza di «sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari», sempre col consenso del paziente, può ricorrere alla sedazione palliativa profonda in associazione con la terapia del dolore (art. 2, comma 2, legge n. 219/2017)¹¹.

Il rifiuto delle cure, dunque, non giustifica sofferenza che si aggiunga a sofferenza. L'alleanza terapeutica medico-paziente, se è vera alleanza, si dipana anche nella fase finale della vita e non può non comprendere la possibilità, per il paziente medesimo, di rinunciare a forme di mantenimento artificiale in vita e di ottenere il distacco da dispositivi e macchinari attraverso l'intervento materiale del personale medico.

Non v'è dubbio che tale disciplina trovi fondamento nell'art. 32 Cost. ed in una interpretazione della tutela del diritto alla salute finalmente approdata, senza esitazioni, ad accogliere l'idea che il benessere psico-fisico della persona, l'equilibrio tra soma e psiche, declinato nelle diverse fasi della vita, della malattia, del dolore, dell'imminenza della morte, possa e debba essere perseguito anche con la terapia del dolore e con forme di sedazione profonda che leniscano le sofferenze. Così, pur con fatica, anche l'ordinamento italiano sembra accorgersi che l'art. 32 della Costituzione ha rigettato ogni concezione funzionalistica della salute, ha escluso ogni visione paternalistica della tutela della stessa e ha riconosciuto che il valore della dignità accompagna la persona anche nei momenti conclusivi dell'esistenza, senza abbandonarla mai né arretrare in funzione delle preferenze altrui o del comune sentire del gruppo sociale.

negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

Ai due precedenti giurisprudenziali segnalati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018, può aggiungersi, per l'interesse rispetto al diritto di rifiutare le terapie salvavita, anche il più recente "caso Piludu" sul quale cfr. F. G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del "caso Piludu" fra principi costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2017, 219 ss.

¹⁰ Sulla nozione di cura palliativa e sulla distinzione tra "modello curativo" e "modello palliativo" di assistenza medica, v. C. A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano 2011, 581 ss., spec. 596 ss.

¹¹ Tale disposizione, sottolinea la Corte, «non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte».

4. *Oltre il diritto alla salute: l'intervento del medico per porre fine alla vita.* – Si fuoriesce, invece, dall'ambito dell'art. 32 Cost., e dunque dal diritto alla salute, quando si affronti il diverso tema dell'intervento materiale del medico per la somministrazione di sostanze finalizzate alla morte.

La sfera di lecito materiale presidiata dal diritto alla salute non sembra infatti estendersi fino a comprendere la pretesa ad ottenere dal medico comportamenti tesi a porre fine alla propria esistenza o a consentire una "morte rapida": e questo può affermarsi, ad avviso di chi scrive, in relazione sia al profilo della libertà di cura sia a quello della pretesa a ricevere prestazioni per la tutela della salute, entrambi riconducibili all'art. 32 Cost.

Ciò non significa – può sin d'ora anticiparsi – che dalla disciplina costituzionale sul diritto alla salute derivi un divieto per il legislatore di normare forme di aiuto al suicidio, escludendone la sanzione penale, al verificarsi di talune condizioni soggettive ed oggettive (come quelle consistenti nella presenza di patologie irreversibili che determinano sofferenze intollerabili a chi è capace di intendere e di volere e venga mantenuto in vita attraverso forme di sostegno vitale), ma soltanto che tale regolamentazione non appare costituzionalmente imposta dall'art. 32 Cost.

Pernangono, infatti, molteplici perplessità sulla possibilità di ricondurre all'art. 32 Cost. la pretesa a porre fine alla propria esistenza attraverso l'assistenza di un terzo, sia pure individuato nella figura del medico¹².

Anzitutto, non convince l'automatismo insito nella considerazione (già richiamata *supra*, § 2, e contenuta nel punto 9 *cons. dir.*) che tenta di omologare la decisione del malato di «porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione di trattamenti sanitari» (anche con il distacco o lo spegnimento materiale di macchinari da parte del personale sanitario, la somministrazione di sedazione profonda continua e la terapia del dolore) alla richiesta del malato stesso «di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». La Corte non individua una ragione convincente che possa, a suo avviso, spiegare il diverso regime giuridico relativo alle due fattispecie: se il «cardinale rilievo del valore della vita» non esclude l'obbligo di rispettare la scelta del paziente di rifiutare le cure, non vi sarebbe motivo perché lo stesso debba diventare un «ostacolo assoluto, penalmente presidiato,

¹² Sulla rilevanza della distinzione tra rifiutare le cure (anche fino alle estreme conseguenze e dunque fino a lasciarsi morire) e chiedere di essere uccisi o aiutati a morire, v. A. D'ALOIA, voce *Eutanasia* (*Dir. Cost.*), in *Dig. disc. pubbl.*, agg. V, Torino 2012, 300 ss. Su posizioni contrarie, da ultimo, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, spec. 51-53. Per una rassegna delle molteplici posizioni emerse nel dibattito dottrinale sulla "copertura costituzionale" del diritto a morire e ad essere aiutati a morire, da un lato, e di quello al rifiuto delle cure fino a lasciarsi morire, dall'altro, v. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004, 117 ss.

all'accoglimento della richiesta del malato» di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri.

Dunque – e senza entrare nel merito della distinzione tra “vita” e “salute” che l'ordinanza trascura, considerando le due nozioni quasi come sinonimi – la Corte sembra affermare quanto segue: ridurre le sofferenze attraverso il distacco dei meccanismi di sostegno vitale con la prestazione di cure palliative e sedazione profonda, da un lato, e determinare la morte attraverso la somministrazione di una sostanza atta a provocarla rapidamente, dall'altro, devono considerarsi scelte equivalenti (sempre dal punto di vista del “valore” della vita). Pertanto, sarebbe preclusa al legislatore la strada di una valutazione differenziata sul piano della liceità o illiceità dei relativi comportamenti.

Tale assimilazione operata dalla Corte sembra confondere ciò che è protetto dall'art. 32 Cost. con ciò che invece la Costituzione lascia alla valutazione del legislatore.

Vi è infatti una considerazione di fondo che a riguardo appare dirimente e che può essere tratta dalla *nozione di salute* oggetto di protezione costituzionale. Per quanto possa estendersi questa nozione, fino a comprenderne i profili non solo biologici ma anche sociali, relazionali, ambientali¹³, e per quanto possa accogliersi una concezione dinamica della stessa salute, che considera quest'ultima non come una condizione ma come un processo, un equilibrio psico-fisico in divenire, che si atteggia diversamente nello spazio e nel tempo e che si sostanzia anche della percezione soggettiva: per quanto, insomma, ci si allontani, e condivisibilmente, dalla nozione di salute come mera sanità o integrità¹⁴, non v'è spazio per comprendere in essa anche la nozione di morte.

E così, analogamente, gli interventi di *tutela della salute*, per quanto comprensivi non solo di trattamenti curativi in senso stretto ma anche di quelli volti alla riduzione delle sofferenze, del dolore, dell'inutile medicalizzazione, non possono spingersi fino a comprendere qualcosa di significativamente diverso e cioè la produzione della morte.

Da questa prospettiva, non può non segnalarsi un uso lessicalmente “distorso” della parola “terapia”, o forse una arbitraria risemantizzazione del termine, che si ritrova nell'ordinanza in esame dove si afferma (sempre in relazione allo specifico ambito considerato e cioè alle condizioni soggettive ed oggettive sopra richiamate) che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la *libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie*, com-

¹³ Sulla salute «oltre la dimensione biologico-fisica», cfr. A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2014, 87 ss., spec. 91-93; sulle molteplici dimensioni del concetto di salute, muovendo dall'art. 32 Cost., e sull'evoluzione della nozione, v. già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 ss., e M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 6.

¹⁴ Sulla distinzione tra dimensione statica e dimensione dinamico-funzionale della salute e sulla distinzione tra salute e integrità, si rinvia a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 27 ss.

prese quelle *finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., *imponendogli* in ultima analisi *un'unica modalità di congedarsi dalla vita*, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive» (corsivi aggiunti).

Nelle parole della Corte, quindi, assume carattere terapeutico anche il "trattamento" finalizzato a determinare la morte o, se si preferisce, la liberazione dalle sofferenze attraverso una fine rapida o quantomeno più rapida rispetto al decorso conseguente all'interruzione del sostegno vitale, con annessa sedazione profonda e terapia del dolore. Ad avviso di chi scrive, invece, come già ampiamente sottolineato, sarebbe opportuno procedere ad una regolazione della materia che distingua i diversi profili e diritti coinvolti, lasciando alla nozione di salute e a quella di terapia il significato che è loro proprio, senza opache sovrapposizioni con il diverso ambito in cui deve collocarsi il diritto a congedarsi dalla vita in maniera dignitosa. In altre parole, l'art. 32 Cost. non frappone ostacoli assoluti ad una regolazione delle ipotesi e delle modalità attraverso le quali "istituzionalizzare" la possibilità di ottenere la somministrazione di sostanze in grado di determinare la propria morte: ma questo non autorizza l'interprete ad appiattare la nozione di salute su quella di morte, né a "forzare" la sfera di lecito materiale presidiata dal diritto alla salute, pretendendo di trarre direttamente dalla Costituzione decisioni che è compito del legislatore assumere responsabilmente.

ABSTRACT

Maria Alessandra Sandulli, *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione*

Il saggio trae spunto dalla presentazione di alcuni recenti scritti sulla rilevanza delle c.d. “Character skills” nella formazione scolastica delle nuove generazioni per riflettere in termini più ampi sull’importanza della cultura e del carattere nella formazione (anche a livello universitario). Accanto all’importanza dei profili caratteriali e personali nell’ottica della proiezione nel mondo del lavoro, si evidenziano le difficoltà insite nella valutazione di queste nuove dimensioni di crescita della persona e l’inadeguatezza delle tradizionali forme di verifica delle capacità intellettive.

Culture and Character Skills in Education. A Starting Point for a Discussion

Starting from the presentation of some recent volumes on the relevance of the so called “Character skills” in the school education of the new generations, the essay focuses on the prominent role of culture and personal skills in education (also at University level). Emphasising the relevance of personal and character skills in the work perspective, the Author spotlights the difficulties related to the evaluation of these new dimensions of knowledge and the inadequacy of traditional tools of evaluation (such as the I.Q. test).

Giancarlo Monina, *I caratteri della Repubblica: aspetti della transizione*

La fragile ricezione pubblica della nostra Costituzione si può in parte ricondurre ad alcuni limiti della storiografia sulla genesi della repubblica democratica. Per lungo tempo ha prevalso un approccio etico-politico che, privilegiando la dimensione dei *valori*, ha prodotto una tendenziale discordanza tra la storia e la memoria “ufficiali” e l’effettiva problematicità e varietà dei fenomeni che emersero allora in Italia. L’uso della categoria di “transizione” ha invece consentito di spostare l’attenzione dai *valori* ai *caratteri* allontanando il rischio di rappresen-

tazioni teleologiche e restituendo la complessità e la contraddittorietà di quella fase di passaggio.

The Characters of the Republic: Aspects of the Transition

The fragile public reception of our Constitution can partly be traced back to some limits of historiography on the genesis of the democratic republic. For a long time it has prevailed an ethical-political approach which, favoring the dimension of *values*, produced a tendential discordance between “official” history and memory, on one side, and the actual problematic and variety of the phenomena that emerged at that time in Italy, on the other. The use of the “transition” category, on the other hand, made it possible to shift attention from *values* to *characters*, removing the risk of teleological representations and restoring the complexity and the contradictory nature of that phase of transition.

Andrea Zanotti, *Le autonomie nell'ordinamento giuridico*

Il saggio esplora i possibili significati del termine autonomia nell'ordinamento giuridico. Traccia, all'inizio, l'origine e lo sviluppo dei confini che distinguono il diritto pubblico dal diritto privato, in confronto anche con il diritto canonico. L'Autore illustra la nozione di autonomia nella percezione di uno scienziato del diritto pubblico, Fabio Roversi Monaco, giurista di grande importanza a cui il saggio è dedicato. In particolare, il contributo spiega le innovazioni introdotte dagli studi di Fabio Roversi Monaco sull'autonomia della gestione della pubblica amministrazione, il decentramento e le autonomie locali. L'articolo illustra quindi, sempre attraverso la figura di Fabio Roversi Monaco, le dinamiche ultime del sistema giuridico italiano, per le quali alcune istituzioni pubbliche cercano di utilizzare gli strumenti più incisivi e rapidi del diritto privato, mentre il settore privato (soprattutto associazioni e fondazioni) persegue, molto più che in passato, l'interesse generale. Infine, il contributo si chiude sull'idea di autonomia delle università, a cui, come Rettore dell'Università di Bologna (1986-2000) e in particolare in occasione del IX Centenario di fondazione (1988), Fabio Roversi Monaco ha dedicato così tanti sforzi ed energie.

The Autonomies in the Legal System

The essay explores the possible meanings of the term autonomy in a legal system. It traces, in the beginning, the origin and development of the borders that distinguish public law from private law, in comparison also with canon law. The Author illustrates the notion of autonomy in the perception of a scientist of the public law, Fabio Roversi Monaco, a jurist of great importance to whom the essay is dedicated. In particular, the contribution explains the innovations introduced by the studies of Fabio Roversi Monaco regarding the autonomy of public administration management, decentralization and the local autonomies.

The article then illustrates, again through the figure of Fabio Roversi Monaco, the ultimate dynamics of the Italian juridical system, for which some public institutions try to use the more incisive and rapid tools of private law, while the private sector (above all associations and foundations) pursues, much more than in the past, the general interest. Finally, the contribution closes on the idea of autonomy of the Universities, to which, as Rector of the University of Bologna (1986-2000) and specially on the occasion of the IX Centenary of foundation (1988), Fabio Roversi Monaco has dedicated so many efforts and energy.

Simone Lucattini, *Le leggi razziali tra esecuzione amministrativa e interpretazione giudiziale*

Il saggio mira a gettare luce sull'esecuzione amministrativa e sull'interpretazione giudiziale delle leggi razziali adottate dallo Stato fascista.

Dall'analisi svolta emerge come l'amministrazione dello Stato fascista abbia scrupolosamente applicato il *corpus* razziale, mentre il giudice amministrativo abbia, spesso, fornito interpretazioni non ispirate allo spirito politico delle leggi, bensì ai canoni dell'ermeneutica giuridica e ai principi dello Stato liberale.

The Anti-Jewish Legislation between Administrative Enforcement and Jurisprudential Interpretation

The essay aims at highlighting the administrative enforcement and jurisprudential interpretation of the fascist anti-Jewish legislation.

The analysis demonstrates how the administration of the fascist State has meticulously enforced this legislation, the administrative judge, instead, often provided a non-political interpretation, inspired by juridical hermeneutics and the principles of the liberal State.

Giovanni Barozzi Reggiani, *Servizi di pubblica utilità, regolazione e ambiti territoriali ottimali: l'evoluzione di un modello*

Il contributo effettua una ricostruzione concernente l'evoluzione che ha interessato i servizi di pubblica utilità, con specifico riferimento al livello territoriale (ottimale) di allocazione delle funzioni di organizzazione, affidamento e gestione degli stessi. Il particolare assetto del settore, che vede la compresenza di più Enti, distribuiti su diversi livelli territoriali e titolari di specifiche funzioni (anche regolatorie), pone il tema della definizione di strumenti che garantiscano che fra gli Enti medesimi si instaurino rapporti bilanciati, nell'ottica della salvaguardia dell'equilibrio del settore e della effettività del quadro normativo (che prevede una regolazione c.d. multilivello).

Public Services and Regulation in the Italian Legal Framework: the State of the Art

The paper aims to illustrate the state of the art of the public services within the Italian legal framework, focusing on the analysis of the various public authorities entrusted with the task of organizing and providing those services and considering the developing perspectives of the topic and the issues that are still on the table.

Sabrina Tranquilli, *La promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Italia e Germania: un confronto per riflettere sulla fragilità dell'european research area*

Il contributo analizza l'impatto dello Spazio Europeo della Ricerca (SER) nei sistemi di ricerca italiano e tedesco. Dopo una ricostruzione dei principali passaggi che hanno spinto l'Unione Europea a superare, tramite lo Spazio Europeo della Ricerca, la frammentazione interna della comunità scientifica, il contributo ne analizza l'evoluzione e i progressi nell'ambito degli otto programmi quadro. La scelta del metodo di coordinamento aperto su base volontaria ha infatti lasciato libertà agli Stati sull'allineamento delle politiche nazionali, senza pregiudicare l'autonomia nell'organizzazione interna della ricerca. Sebbene il sistema italiano si sia recentemente avvicinato ai principi sanciti dalla Carta europea dei ricercatori, i continui tagli ai finanziamenti destinati alla ricerca lo mantengono lontano dagli obiettivi sovranazionali stabiliti dalla Strategia di Lisbona. A differenza dell'Italia, la Germania, anche nel pieno della crisi economica, ha adottato una strategia anticiclica, investendo nella ricerca e considerando lo Spazio Europeo della Ricerca non come uno strumento sostitutivo o sussidiario rispetto alle proprie politiche nazionali, ma come un mezzo di rafforzamento e consolidamento delle stesse. L'analisi evidenzia, in conclusione, che la crescente corsa ai finanziamenti europei e la prevalente funzionalizzazione delle politiche europee agli obiettivi di sviluppo economico, in assenza di una parallela implementazione degli aspetti riguardanti la professionalità dei ricercatori e, in ambito nazionale, dei singoli sistemi di ricerca, mettono a rischio il raggiungimento degli obiettivi dello Spazio Europeo della Ricerca.

The Promotion and Organization of Scientific Research in Italy and Germany: a Comparison to Look at the Brittleness of the European Research Area

The essay analyses the impact of the European Research Area (ERA) in the Italian and German research system. After a general overview on the main steps that pushed the Member States of the European Union to overcome the fragmentation of the scientific community by a common research area within the Union, the study analyses its evolution and progress during the eight Research Framework Programmes. The Open Method of Coordination leaves the

EU States free to align national policies without compromising their autonomy. Although the Italian system has recently approached the principles enshrined in the European Charter for Researchers the continuous cuts in research funding's make the European objectives established by the Lisbon Strategy far removed. On the contrary, even during the economic crisis, Germany adopted an anti-cyclical strategy, investing in research and considering the ERA not as a substitute for its national policies, but as a means of strengthening and stabilising national research development. The analysis shows that without a parallel implementation of social aspects of research careers and national research systems, the growing rush to EU funding and the prevailing functionalization of EU policies to the economic development, threaten the achievement of the objectives of the ERA.

Camilla Storace, *Prime riflessioni sulle disposizioni anticipate di trattamento tra tutela della riservatezza e riparto di competenze Stato-Regioni*

Il contributo affronta due diverse questioni: la prima riguarda il rapporto tra la tutela del diritto alla riservatezza e la conservazione dei dati personali nei registri contenenti le disposizioni anticipate di trattamento (DAT); la seconda attiene invece alla compresenza della banca dati nazionale e dei vari registri tenuti dagli enti locali per la raccolta delle DAT. Nell'approfondire questa seconda questione vengono proposti alcuni spunti di riflessione in merito all'opportunità di intervento dello Stato, delle Regioni e degli enti locali nella disciplina delle modalità di conservazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

Reflections on Advance Medical Directives (AMDs) in the Context of Privacy Protection and Responsibility Division between the State and the Regions

The article addresses two different issues: the first concerns the protection of the right to privacy in relation to the personal data stored in the AMD Registries; the second refers to the coexistence of various AMD databases owned by Local Authorities and the National AMD Registries. Expanding on the latter issue, it suggests possible courses of action the State, Regions and Local Authorities could undertake in the regulation of data storage procedures in AMD Registries

Tatiana Guarnier, *Ancora sul caso Ilva... sotto la lente della Corte di Strasburgo*

L'articolo analizza l'impatto della pronuncia *Cordella e a. c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. Più precisamente, si studiano partitamente gli effetti delle due condanne: quella per la violazione dell'art. 8 CEDU e quella per la violazione dell'art. 13 CEDU. Quanto al primo profilo, pur sottolineando i limiti e le contraddizioni della giurisprudenza di

Strasburgo in materia ambientale (con riferimento all'individuazione del fondamento convenzionale della tutela e alle connesse problematiche probatorie) si verificano le importanti conseguenze della dichiarazione del mancato rispetto del "giusto equilibrio" fra diritti ed interessi da parte delle politiche pubbliche nazionali riferite al caso Ilva, con particolare riguardo alle divergenze rispetto alla pronuncia n. 85 del 2013 del nostro Giudice costituzionale.

Circa il secondo profilo, si sottolinea come la rilevata mancanza di rimedi interni effettivi a tutela dell'ambiente e della salubrità ambientale si radichi profondamente nell'impianto processuale domestico e prospettivi, perciò, problemi di natura strutturale difficilmente risolvibili. D'altra parte, le questioni poste dalla Corte di Strasburgo si presentavano già da tempo come ineludibili e lo scritto cerca di avanzare alcune proposte e soluzioni percorribili.

Again on the Ilva Case ... Under the Lens of the Strasbourg Court

The article analyzes the impact of the decision of the European Court of Human Rights *Cordella and Others v. Italy* in the Italian legal system. More precisely, it studies the effects of the two violations there identified: that of art. 8 ECHR and that of art. 13 ECHR. With regard to the first one, while underlining the limits and contradictions of the Strasbourg case-law on environmental matters (with reference to the identification of the conventional foundation of environmental protection and the related probative issues), the article verifies the important consequences of the declaration of failure to respect the "right balance" between rights and interests by national public policies on the Ilva case, with particular regard to the divergences with the decision n. 85 of 2013 of the Italian Constitutional Court.

With regard to the second profile, the writing shows that the lack of effective internal remedies to protect the environment is deeply rooted in the domestic procedural structure and, therefore, that it poses problems of a systemic nature that are difficult to solve. On the other hand, the issues posed by the Strasbourg Court have long appeared as unavoidable and the writing tries to propose some viable solutions.

Donatella Morana, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*

Lo scritto analizza una recente pronuncia della Corte costituzionale (ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato") relativa al reato di aiuto al suicidio (art. 580 codice penale), evidenziando i profili che riguardano la disciplina costituzionale sul diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Gli aspetti presi in considerazione sono principalmente tre. Anzitutto, si apprezza la scelta della Corte di affermare in modo esplicito la libertà di curarsi e di rifiutare i trattamenti sanitari anche quando siano necessari per il manteni-

mento in vita. In secondo luogo, si sottolinea come, in modo altrettanto condivisibile, l'ordinanza lasci trasparire l'idea che il concetto di cura vada inteso estensivamente e includa anche la terapia del dolore e i trattamenti di sostegno vitale; pertanto, anche qualora il paziente rifiuti un trattamento "salva-vita", egli non perde il diritto a ricevere gli ulteriori trattamenti necessari per lenire le sofferenze. Infine, è oggetto di critica l'equivalenza, ravvisata dalla Corte, tra diritto a rifiutare i trattamenti sanitari e diritto a ricevere, a certe condizioni, la somministrazione di sostanze che determinino la morte: si tratta, infatti, di una equivalenza strutturalmente erronea, poiché il concetto di cura (terapia) ben difficilmente può essere esteso fino a includere qualcosa di radicalmente diverso, ossia la produzione della morte. Si ammette, comunque, che spetti alla discrezionalità del legislatore regolare la possibilità di congedarsi dalla vita in maniera dignitosa, senza coinvolgere il diritto alla salute.

The Italian Constitutional Court's Decision n. 207/2018 ("Cappato Case") in The Light of The Right to Health: Brief Remarks on The Refusal of Medical Treatments

The article examines a recent decision by the Italian Constitutional Court (n. 207/2018, in the "Cappato case") related to the crime of assisted suicide (art. 580 of the Criminal Code), focusing on its significance for the constitutional interpretation of the right to health.

The article deals with three main issues: (i) first, it discusses the explicit recognition of the individual right to accept or refuse healthcare, even when it concerns life-sustaining treatments. Then (ii) the article emphasizes the commendable broad interpretation given by the Court to the notion of healthcare, deemed as encompassing also pain management and life-sustaining care. Although refusing a life-sustaining treatment, the patient nonetheless enjoys the right to further healthcare necessary to relieve pain. Finally (iii) the article challenges the equivalence envisaged by the Court between the right to refuse medical treatments and the right to obtain, under certain conditions, medical assistance and administration of medicines with the aim of termination of life. This equivalence is indeed wrong, because the concept of healthcare can hardly be interpreted as encompassing something totally different, i.e., an activity aimed at causing the death. The article concludes therefore that an appropriate regulation of a decent termination of life falls within the discretionary power of the legislation, and does not involve the scope of application of the right to health.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre

GIANCARLO MONINA, Professore ordinario di Storia contemporanea, Università degli Studi Roma Tre

ANDREA ZANOTTI, Professore ordinario di Diritto canonico, Università di Bologna

SIMONE LUCATTINI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Siena

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI, Professore a contratto di Diritto dell'ambiente e del governo del territorio, Università di Bologna

SABRINA TRANQUILLI, Dottore di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti e regolazione, Università degli Studi della Tuscia

CAMILLA STORACE, Dottoranda di ricerca in Governo e istituzioni, Università degli Studi Roma Tre

TATIANA GUARNIER, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino

DONATELLA MORANA, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in www.editorialescientifica.com, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Zanotti, Lucatini, Barozzi Reggiani, Tranquilli, Storace, Morana.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2019: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di marzo 2019
da *La Buona Stampa* – Napoli