

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 3/2020

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 3/2020

saggi

- Fabio Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica* 395
- Gladio Gemma, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica* 427
- Barbara Gagliardi, *Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute* 477
- Annalaura Giannelli, *Indennizzi da attività illecite delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?* 509
- Pietro Acri, *Differenti profili delle "società miste": figura soggettiva e attività svolta su incarico della pubblica amministrazione* 549

osservatorio

- Andrea Bonomi, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?* 581

attualità

- Pier Francesco Bresciani, *Ordini professionali e interesse di categoria (un'ipotesi di rilettura delle teorie istituzionaliste dopo Corte cost., sent. n. 259 del 2019)* 629

SAGGI

Fabio Saitta

IL «DIRITTO ALLA CITTÀ»: L'ATTUALITÀ DI UNA TESI ANTICA*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Il «diritto alla città» secondo Henri Lefebvre: il contesto storico e teorico; l'approccio filosofico e sociologico; la tesi di fondo ed i suoi capisaldi. – 3. Gli sviluppi delle teorie lefebvriane: in particolare, il contributo di David Harvey. – 4. L'approccio giuridico di Bernard Auby: il «diritto della città». – 5. Le alterne fortune delle opere di Lefebvre: dopo l'eclissi, la parziale riapparizione ed il fraintendimento, le ragioni del rinnovato interesse per il «diritto alla città». – 6. Dalla teoria alla prassi: esperienze concrete di gestione «dal basso» degli spazi urbani. – 7. La persistente attualità delle tesi di Lefebvre (pur nel mutato contesto urbano) nelle più importanti interpretazioni del suo pensiero. – 8. Mezzo secolo dopo, quali prospettive per il «diritto alla città»? Ovvero come «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre?

1. *Premessa introduttiva*

L'esigenza di ripensare l'idea di città ed il suo rapporto con il territorio e con la comunità, fortemente avvertita soprattutto in periodo di Covid-19 e di crisi economica, intercetta numerose tematiche, che il Convegno organizzato dall'A.I.D.U. si ripropone di trattare nelle diverse sessioni. Uno dei temi che ci è stato, alquanto esplicitamente, proposto è il diritto alla città: si ritiene, infatti, che la risposta alla crisi economica acuitasi per effetto della pandemia debba necessariamente tradursi nell'elaborazione di «un nuovo 'diritto alla città', costituito da un fascio di diritti (una nuova socialità urbana, in linea con la Carta di Quito e il Patto di Amsterdam) da garantire a ciascuno in ogni parte del

* Testo, rielaborato ed aggiornato, della relazione al XXIII Convegno nazionale dell'A.I.D.U. su: «Ripensare la città e il suo diritto» – Padova, 1-2 ottobre 2020.

territorio, da porre al centro del dibattito sorto all'indomani dell'emergenza sanitaria»¹.

Tra i temi attuali e da risolvere, si elenca il «massimo coinvolgimento dei privati, non limitato ai profili finanziari, ma esteso, attraverso le molteplici forme di programmi complessi, alla individuazione delle scelte che consentano di sentire la città come propria, come cioè un bene comune (la casa comune dei cittadini)», e si evocano «forme di partecipazione degli abitanti volte ad avere una città (o, se la città è grande, un quartiere) sentita come propria e come luogo di contatto e di scambio sociale»: una partecipazione – dice Paolo Stella Richter – «soprattutto di idee, di proposte e di iniziative collettive per aumentare il senso di appartenenza. Il quartiere deve diventare la casa comune, un nuovo tipo di bene comune, sentito come luogo che non si dimentica, nelle cui strade si è giocato da ragazzi e si è pienamente vissuto, al quale quindi si resta legati psicologicamente per tutta la vita anche se le vicende della stessa ci hanno portato a vivere altrove, perché è lì che sono le proprie radici»².

A queste felici intuizioni devo lo stimolo a riprendere il tema del c.d. «diritto alla città», provando a comprendere, innanzitutto, il significato che tale formula assume originariamente nella teoria politica dello spazio ideata da Henri Lefebvre e, quindi, in quale solco sia possibile attualizzarla nel terzo millennio senza travisare il quadro da lui delineato ormai più di mezzo secolo fa.

2. *Il «diritto alla città» secondo Henri Lefebvre: il contesto storico e teorico; l'approccio filosofico e sociologico; la tesi di fondo ed i suoi capisaldi*

La circostanza che la più celebre opera in cui Lefebvre espone le sue teorie sul c.d. «diritto alla città»³ venne pubblicata per celebrare il centenario del primo volume dell'*opus magnum* di Karl Marx, considerata il testo chiave del marxismo⁴, ed in coincidenza con alcuni testi di riferimento della tradizione marxista francese induce a ritenere che il pensiero del filosofo e sociologo francese possa essere meglio compreso con qualche riferimento al suo contesto storico e teorico ed alla luce della

¹ Così nella *call for papers* pubblicata nei mesi scorsi al fine di stimolare le comunicazioni.

² P. STELLA RICHTER, *Relazione generale*, 1, 5 e 6 del *paper*.

³ *Le droit à la ville*, Paris 1968.

⁴ *Das Kapital*, Hamburg 1867.

biografia politica ed intellettuale dello studioso, saldamente ancorata alla tradizione marxista⁵.

Non è certo mia intenzione narrare a tutto tondo la vita, peraltro alquanto lunga⁶, di Lefebvre, compito peraltro egregiamente svolto di recente in una pregevole monografia sulla quale avrò modo di soffermarmi nel prosieguo⁷. Basti qui tener presente che egli, nato da genitori borghesi, dopo avere conseguito il dottorato in filosofia alla Sorbonne ed essersi dedicato, in linea con gli aderenti al Surrealismo, alle letture di Rabelais, Pascal, Schelling, Nietzsche e Freud, si unì al Partito Comunista Francese e, anche dopo averlo lasciato, trent'anni dopo, a causa di svariate divergenze politico-teoriche, rimase per tutta la vita un marxista rivoluzionario.

Il suo orientamento politico – socialista, indipendente e, appunto, rivoluzionario – è la chiave per comprendere i suoi contributi alla teoria critica, compreso il concetto di spazio⁸. Pochi anni dopo aver interpretato la Comune di Parigi del 1871 – descritta come una rivoluzione urbana⁹ – non soltanto in chiave storico-politica, ma particolarmente dal punto di vista urbano e spaziale¹⁰, Lefebvre, ormai da tempo divenuto professore carismatico dell'Università di Nanterre, fu coinvolto negli eventi del maggio 1968, che rappresentarono uno spartiacque per la sua prassi rivoluzionaria e crearono le condizioni per il concepimento del «diritto alla città», concetto sul quale gli eventi sessantottini lasciarono un'impronta indelebile, concentrando il pensiero politico del filosofo francese su questioni spaziali strategiche delle quali aveva già da tempo iniziato ad occuparsi¹¹.

È stato, peraltro, recentemente dimostrato, con dovizia di argomentazioni, che, ancorchè l'origine de *Le droit à la ville* sia da rinvenire – come ho appena detto – nel volume sulla Comune, il suo sviluppo è parte

⁵ K. GOONEWARDENA, S. PETRASEK, *Henri Lefebvre e il diritto alla città: storia, teoria, politica* (trad. di G. Borelli), in *Soc. urb. e rur.*, 2019, 12-13.

⁶ Nato ad Hagetmau il 16 giugno 1901, egli morì a Navarrenx il 29 giugno 1991.

⁷ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Milano 2019.

⁸ K. GOONEWARDENA, S. PETRASEK, *op. cit.*, 14.

⁹ H. LEFEBVRE, *La proclamation de la Commune*, Paris 1965.

¹⁰ F. BIAGI, *op. cit.*, 45. Fu lo stesso filosofo francese a spiegare, qualche anno dopo, che con quel libro aveva «tentato di stabilire che gli operai parigini, cacciati dal centro città da Hausmann, avevano voluto riprendersi lo spazio da cui erano stati cacciati, il loro spazio»: H. LEFEBVRE, *Il tempo degli equivoci*, Milano 2015 (ed. orig. *Le temp des méprises*, Paris 1975), 96.

¹¹ K. GOONEWARDENA, S. PETRASEK, *op. cit.*, 19, ai quali si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

di una «tetralogia inscindibile», di cui fanno parte tre successivi volumi pubblicati alcuni anni dopo¹².

Vediamo, dunque, qual'è l'idea di città di Lefebvre facendo riferimento, per comodità, alle più recenti traduzioni italiane dei due libri nel cui titolo compare espressamente la formula «diritto alla città»¹³.

Va detto, innanzitutto, che, secondo l'autore francese, la città è «la società nella sua declinazione spaziale»¹⁴, la «proiezione della società sul territorio»¹⁵. È muovendo da questa fondamentale premessa che egli si ripropone di indagare lo spazio dell'organizzazione e del governo degli uomini, rintracciando nella dimensione spaziale il luogo in cui più che mai l'economia capitalista modella il sociale: di indagare, cioè, la città e l'organizzazione dell'urbano. Sta qui l'originalità del contributo di Lefebvre: nel «vedere nella città e nella produzione dello spazio urbano un'opera umana che riproietta il sociale nella dimensione spaziale»¹⁶.

Egli prende atto che, a differenza di quanto era accaduto nell'800 conosciuto da Marx ed Engels, quando l'industrializzazione aveva creato l'urbanizzazione e determinato lo sviluppo delle città, negli anni '50 e '60 del secolo successivo era, al contrario, la stessa produzione dello spazio urbano a determinare la produzione industriale, i consumi ed i flussi economici dell'ascesa del capitalismo come forma economica tipica della società occidentale¹⁷. Con il radicarsi dell'economia capitalista e dei processi di industrializzazione, la città diviene anch'essa oggetto di profitto e di scambio¹⁸: essa si costituisce nell'immagine e nella capacità di attrazione di capitale, turisti ed investitori, gli stili di vita tendono ad omogeneizzarsi attraverso i consumi standardizzati e la vita quotidiana dell'uomo viene messa completamente a valore¹⁹. La constatazione di tale radicale

¹² Così F. BIAGI, *op. cit.*, 199 ss., il quale cita: *La révolution urbaine*, Paris 1970; *Espace et politique. Le droit à la ville II*, Paris 1972; *La production de l'espace*, Paris 1974.

¹³ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città* (trad. di G. Morosato), Verona 2014; Id., *Spazio e politica. Il diritto alla città II* (trad. di F. Pardi, rivista da G. Morosato e F. Biagi), Verona 2018.

¹⁴ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte". Note di teoria critica urbana*, in *The Lab's Quarterly*, 2019, 3, 13.

¹⁵ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 63.

¹⁶ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 13-14.

¹⁷ F. LEFEBVRE, *Du rural a l'urbain*, Paris 1970.

¹⁸ Su queste vicende, ampiamente, G. DELLA PERGOLA, *Diritto alla città e lotte urbane*, 2ª ed., Milano 1976. Sull'inizio dell'espansione delle città e sulla conseguente esigenza di pianificarne lo sviluppo, resta fondamentale l'insegnamento di G. DE CARLO, *La città e il territorio. Quattro lezioni*, a cura di C. Toscano, Macerata 2010, 176 ss.

¹⁹ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 14.

cambiamento induce Lefebvre a rovesciare la relazione tra industrializzazione ed urbanizzazione ed a sostenere che, piuttosto che di «società industriale», sia più corretto parlare di «società urbana in formazione», essendo «il processo induttore» l'industrializzazione e «l'effetto indotto» l'urbanizzazione progressiva dell'intera società mondiale²⁰.

Il filosofo francese vede, dunque, nella città una tensione dialettica riassumibile nella formula «tracollo *versus* opportunità di salvezza»²¹: da un lato, la morte della città per mano dell'industrializzazione capitalista; dall'altro, nuove opportunità di cambiare rotta al corso urbano dell'intera società²².

In siffatto contesto, in cui prevalgono le logiche economiche di mercato e le città sono state trasformate in un prodotto attraente e desiderabile per i capitali ed i grossi gruppi finanziari, in cui il valore di scambio dello spazio s'impone autoritativamente sul valore d'uso della cittadinanza, che è totalmente estromessa da qualsiasi processo decisionale, anche «l'urbanistica diventa valore di scambio»²³.

La fuga dalle campagne ha, poi, un duplice esito: nei paesi in via di sviluppo, i contadini senza terra, desiderosi di cambiamento, vengono accolti dalla *bidonville*, che assume «il ruolo (insufficiente) di intermediario tra la campagna e la città»; in altri paesi, specie quelli socialisti, la manodopera reclutata nelle campagne si riversa nelle città, determinando sovraffollamento, costruzione di quartieri o settori residenziali il cui rapporto con la vita urbana è quantomeno oscuro²⁴.

La conclusione è a dir poco tragica: «La città storicamente formata non è più vissuta, non la si coglie più praticamente, È solo un oggetto di consumo culturale improntato all'estetismo rivolto a turisti avidi di spettacoli e di pittoresco. Anche per coloro che cercano di comprenderla affettuosamente, la città è morta»²⁵.

Spetta agli uomini risolvere questa duplice crisi e, siccome sarebbe vano proporsi di ricostruire la città antica, l'unico modo per farlo è «creando con la città nuova la vita nuova nella città»²⁶.

Inizia così a prendere forma la felice formula del «diritto alla cit-

²⁰ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 17; ID., *Spazio e politica*, cit., 69.

²¹ F. BIAGI, *ibidem*.

²² F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 22; ID., *Spazio e politica*, cit., 249.

²³ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 37.

²⁴ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 79, secondo cui, in pratica, la crisi mondiale dell'agricoltura finisce per aggravare la crisi mondiale della città tradizionale.

²⁵ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 102.

²⁶ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 104.

tà», alla quale Lefebvre perviene muovendo dalla constatazione che da qualche anno il diritto alla natura (*id est*, alla campagna ed alla natura incontaminata) era divenuto una pratica sociale grazie al tempo libero, che, una volta commercializzato, industrializzato ed organizzato in modo istituzionale, aveva finito per distruggere la naturalezza, alterarla e mercanteggiarla²⁷. A fronte di una campagna che aveva, dunque, perduto il fascino della vita contadina, «il *diritto alla città* si presenta come un appello, come un'esigenza»; esso «non può essere pensato come un semplice diritto a visitare o ritornare alle città tradizionali. Può essere formulato solo come *diritto alla vita urbana*, trasformata e rinnovata»²⁸.

Alla città capitalista che ha creato il centro di consumo, a cui il neo-capitalismo ha poi sovrapposto il centro direzionale, va dunque contrapposta la centralità ludica, l'arte di vivere nella città come opera d'arte: ecco, allora, che «[i]l diritto alla città si presenta come forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'*habitat* e all'abitare. Il diritto all'*opera* (all'attività partecipante) e il diritto alla *fruizione* (ben diverso dal diritto alla proprietà) sono impliciti nel diritto alla città», che il filosofo francese colloca tra «i diritti che definiscono la civiltà» e che non è un diritto «alla città antica, ma alla vita urbana, alla centralità rinnovata, ai luoghi d'incontro e di scambio, ai ritmi di vita e ai modi di utilizzare il tempo che consentano un *uso* pieno e completo di momenti, luoghi ecc.»²⁹.

Si conclude così *Le droit à la ville*, ma – com'è stato anticipato – è nel successivo *Espace et politique* che, quattro anni dopo, Lefebvre chiarisce lucidamente il significato della celebre formula, precisando meglio i temi che aveva iniziato a trattare e dichiarando esplicitamente che l'opera era stata scritta per i lavoratori allontanati dai centri urbani: «È pensando a questi abitanti delle periferie, è pensando alla loro segregazione, al loro isolamento, che parlo in un libro di “diritto alla città”»³⁰.

L'eredità marxiana è di tutta evidenza: il soggetto sociale del proletariato di Marx, chiaramente legato alla situazione della classe operaia ottocentesca, viene problematizzato da Lefebvre guardando a tutti i lavoratori che abitano nelle periferie e vivono in concreto la segregazione

²⁷ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 112.

²⁸ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 113.

²⁹ F. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 125-127, 130 e 136.

³⁰ F. LEFEBVRE, *Spazio e politica*, cit., 121.

sociale dei grandi edifici progettati a partire dal modello funzionalista nella riorganizzazione della *banlieue* fordista³¹.

Le categorie marxiane vengono, però rinnovate in una prospettiva diversa, in quanto Lefebvre, riprendendo gli studi di Engels sul proletariato inglese, che mettevano in evidenza l'importanza delle contraddizioni di classe che si sviluppano nella dimensione spaziale, elabora soprattutto l'idea di una costruzione comune e collettiva della città da parte degli oppressi, ossia «la città come opera d'arte». Cogliendo la centralità della realtà urbana nei conflitti di classe ed il trasferimento dello scontro dallo spazio chiuso della fabbrica a quello aperto della città, il filosofo francese, dunque, supera le analisi di Marx³², che non aveva compreso che la città era diventata «il luogo in cui cresce il proletariato e diviene classe per sé, e in cui si prospetta tendenzialmente il superamento definitivo della tensione tra capitale e lavoro»³³.

Per quanto specificamente attiene al c.d. «diritto alla città», Lefebvre chiarisce adesso che «[n]on si tratta di un diritto nel senso giuridico del termine, ma di un diritto assimilabile a quelli della celebre Dichiarazione dei diritti dell'uomo, atto costitutivo della democrazia. Questi diritti non sono mai formalmente realizzati, ma vi si fa continuamente riferimento per definire la situazione della società»³⁴. In coerenza con quanto aveva già scritto nel 1968 («il *diritto alla città* si presenta come un appello, come un'esigenza») ³⁵, l'autore ribadisce, dunque, che non intende aggiungere un nuovo diritto alla lunga lista di nuovi «diritti umani», bensì indicare un percorso di lotta, di conflitto sociale. Com'è stato recentemente notato, «[n]on siamo, dunque, di fronte a una questione giuridica, ma filosofico-politica. Con il concetto di "diritto alla città" Lefebvre immagina una teoria politica dell'emancipazione nel contesto spaziale, la cui forza propulsiva si scontra, tuttavia, con la volontà predatrice delle logiche economico-politiche del capitalismo»³⁶. Per lui, in definitiva, «[i]l diritto

³¹ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 17; nello stesso senso, S. DE SIMONI, *La Comune di Parigi come archetipo della rivoluzione urbana*, in *Il Ponte*, 2018, 3, 107-110, il quale pone più l'accento sullo scenario bellicoso e mostruoso della moltitudine che si ribella ai dispositivi di coercizione della metropoli post-fordista.

³² A. CRICONIA, *Introduzione. Progetto della città e democrazia urbana*, in ID. (a cura di), *Una città per tutti. Diritti, spazi, cittadinanza*, Roma 2019, 11.

³³ A. PETRILLO, *Periferiche: Henry Lefebvre, centri e periferie*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 24.

³⁴ F. LEFEBVRE, *Spazio e politica*, cit., 131.

³⁵ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 113.

³⁶ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 18.

alla città è una domanda, un grido, un appello fomentato da una spinta alla lotta, una istanza oppositiva attraverso cui le persone, tutte, possano riappropriarsi della città per “inventare il quotidiano”³⁷.

È opinione diffusa, del resto, che, se la parola «diritto» può significare sia norma che garantisce al relativo titolare determinate prestazioni o privilegi o condizioni, sia aspirazione, tensione, rivendicazione di qualcosa che ancora non è riconosciuto dal sistema di regole sociali in atto, bensì il risultato sperato di un’azione che si sente necessaria, quando parliamo del «diritto alla città» immaginato da Lefebvre ci riferiamo al secondo significato del termine³⁸.

Secondo la lezione del filosofo francese, «*droit à la ville*» significa in pratica intervenire direttamente nelle questioni dello spazio, prenderne possesso, conformarlo e/o riconfigurarli secondo le esigenze delle classi popolari, mettere la città al servizio dei subalterni; si tratta di un diritto che coinvolge la vita quotidiana di tutti noi e che, assumendo come priorità la riappropriazione sociale degli spazi di vita, «offre spiragli per la costruzione di utopie concrete, di utopie *situate* nel territorio. Il diritto alla città è un diritto situato. Relativo alla vita nel luogo»³⁹.

Esso indica un cambiamento del soggetto legittimato a chiedere che tipo di città desideriamo, che tipo di persone vogliamo essere, a quali rapporti sociali aspiriamo, che rapporto vogliamo instaurare con la natura e con la tecnologia: è, dunque, un diritto collettivo (sociale) e non individuale (civile) e si traduce nell’esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione⁴⁰. È, in sostanza, «il rovesciamento della città come “merce” da parte di chi è escluso, oppresso, e la dialettica ricostruzione di un essere in comune della *polis* come “opera” di coloro i quali la abitano»⁴¹.

Se, poi, vogliamo ritagliargli una dimensione individuale, possiamo pure dire che, in senso soggettivo, il diritto alla città è «il diritto dell’individuo a partecipare all’organizzazione complessa, alla complessità»⁴².

³⁷ R. MENNA, *Diritto alla città*, in *www.doppiozero.com* (giugno 2018).

³⁸ Così, ad es., E. SALZANO, *Diritto alla città, ieri e oggi e domani* (Relazione al Seminario del Dottorato in Pianificazione territoriale e urbana – Roma, 8 marzo 2012), in <https://lists.peacelink.it>.

³⁹ I. AGOSTINI, *Spiragli di utopia. Lefebvre e lo spazio rurale*, in *www.casadellacultura.it* (febbraio 2019).

⁴⁰ Henry Lefebvre, “Il diritto alla città”, in *tempofertile.blogspot.com* (maggio 2018).

⁴¹ F. BIAGI, *Henry Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 204.

⁴² Così R. CAVALLO PERIN, *L’ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, 378.

3. *Gli sviluppi delle teorie lefebvriane: in particolare, il contributo di David Harvey*

In questa sede, non è certo possibile passare in rassegna tutte le interpretazioni del pensiero di Henri Lefebvre.

Tra i primi contributi all'introduzione delle sue teorie, corre l'obbligo, però, di dedicare almeno un cenno a David Harvey, che è stato uno dei primi ad aver gettato le premesse per la traduzione delle sue opere in inglese.

La sua lettura del «diritto alla città» si colloca nella prima fase dell'interpretazione e ripresa degli studi lefebvriani e precisamente nell'ambito della corrente dei critici urbani «politico-economici», cioè coloro che vedono in Lefebvre un acuto interprete delle trasformazioni geografico-economiche dell'urbano: non a caso, Harvey è un geografo (oltre che antropologo, sociologo e politologo) e s'interessa dell'economia politica della geografia urbana, cioè dell'economia politica dello spazio, ed utilizza il filosofo francese soprattutto per svolgere una critica dell'economia politica dell'urbano⁴³.

In un testo edito nel 2012, Harvey ha raccolto una serie di articoli pubblicati in precedenza, ma riestesi ed aggiornati, in cui aveva analizzato il recente risveglio di forti movimenti sociali a livello internazionale all'interno della cornice teorica lefebvriana del «diritto alla città»⁴⁴. A distanza di pochi mesi, è stata edita in italiano una breve raccolta di suoi scritti contenuti anche nel testo del 2012, raccolta che è poi stata ripubblicata alcuni anni dopo con l'aggiunta di un'intervista sulla «rivoluzione urbana»⁴⁵. L'obiettivo del geografo inglese è stato quello di sottoporre a verifica empirica l'ipotesi secondo cui l'urbanizzazione svolge un ruolo attivo nell'assorbire l'eccedenza di capitale prodotta dalla continua ricerca di plusvalore, basandosi sull'assunto marxista per cui il capitalismo si fonda sulla produzione di profitto⁴⁶.

Nel rileggere Lefebvre, Harvey torna sull'espressione «diritto alla città» e, nel ricordare che essa rappresentava per il filosofo francese una provocazione intesa ad esprimere tanto un «grido» quanto una «richie-

⁴³ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 75-76.

⁴⁴ *Rebel Cities. From the right to the city to the urban revolution*, London 2012.

⁴⁵ *Il capitalismo contro il diritto alla città* (trad. di C. Vareschi), Verona 2016 (1^a ed. 2012).

⁴⁶ L. BENVENGA, *Il Diritto alla città di Henri Lefebvre e le tendenze all'anti-coartazione del suo valore di scambio. Ipotesi di lettura e analisi*, in *www.tuncturae.eu* (maggio 2018), 3.

sta», assume che nel grido si racchiudevano le sofferenze di una crisi che si viveva quotidianamente nelle città, mentre la richiesta era in realtà un ordine di guardare in faccia alla crisi per ricostruire «una vita urbana alternativa, meno alienata, ricca di significato e giocosa ma anche, come sempre in Lefebvre, conflittuale e dialettica»⁴⁷.

Harvey riprende, poi, l'idea del «diritto alla città» come diritto collettivo (a suo avviso, «reinventare la città dipende inevitabilmente dall'esercizio di un potere collettivo sui processi di urbanizzazione»⁴⁸) per precisare che, in quanto tale, tutti possono chiederlo e, soprattutto, esercitarlo: dagli investitori immobiliari agli immigrati irregolari; si tratta, dunque, di riconoscerne la natura conflittuale e materiale⁴⁹.

Muovendo da una prospettiva definita «strutturalista», che legge i movimenti sociali urbani in relazione ai processi di ristrutturazione del capitalismo che trovano in quella urbana la scala privilegiata di accumulazione e regolazione⁵⁰, e riconducendo, quindi, tutti i suddetti fenomeni alle dinamiche di accumulazione del capitale, Harvey ritiene che anche le città fungano semplicemente da «contesto» di tale processo di accumulazione globale e, conseguentemente, divengano «contenitori» dell'opposizione dialettica tra sistema e movimenti dal basso: in questo quadro teorico, il «diritto alla città» si configura per opposizione alle disegualianze del capitalismo come risposta dal basso da parte di chi la città la abita e vive quotidianamente, respingendo la supremazia del valore di scambio sul valore d'uso. Per il geografo inglese, in sostanza, il concetto di diritto alla città «è intrinsecamente e alla fine anti-capitalista»⁵¹.

Ciò non significa, tuttavia, che esso sia prerogativa esclusiva dei poveri. Per Harvey, infatti, «"diritto alla città" è un significativo vuoto, ma pieno di possibilità immanenti, non trascendenti»; esso, inoltre, «non è un diritto esclusivo, ma un diritto mirato. Include non solo i lavoratori edili ma anche tutti coloro che facilitano il riprodursi della vita quotidiana: ba-

⁴⁷ D. HARVEY, *Il capitalismo*, cit., 42. Sul rapporto tra «diritto alla città» e festa in Lefebvre, anche F. CHIODELLI, *La cittadinanza secondo Henri Lefebvre: urbana, attiva, a matrice spaziale*, in *Territorio*, n. 51 (2009), 103 ss.

⁴⁸ *Op. ult. cit.*, 8.

⁴⁹ *Op. ult. cit.*, 49.

⁵⁰ C. DE FELICIANTONIO, *Spazi di contesa. Città e movimenti sociali*, in *Zapruder*, 2014, 3, 137-138. Si tratta di uno dei temi-chiave della c.d. Urban Political Economy, su cui cfr. U. ROSSI, A. VANOLO, *Geografia Politica Urbana*, Bari-Roma 2010.

⁵¹ Ciò si trova ribadito in L. MAGALHÄES, *Il diritto alla città e la rivoluzione urbana anti-capitalista* (Intervista a D. Harvey – Quito, 7 febbraio 2014), in <https://comitatocarlosfonseca.noblogs.org>.

danti e insegnanti, addetti alle fognature e alla metropolitana, idraulici ed elettricisti, lavoratori ospedalieri e conducenti di camion, autobus e taxi, lavoratori dei ristoranti e intrattenitori, impiegati di banca e amministratori pubblici. È una ricerca di unità all'interno di un'incredibile varietà di spazi frammentati»⁵².

Quanto ai contenuti concreti, il «diritto alla città» è, per Harvey, «molto più che un diritto di accesso [...] alle risorse che la città incarna: è il diritto di cambiare e reinventare la città in modo più conforme alle nostre esigenze. [...] una forma di potere decisionale sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le nostre città sono costruite e ricostruite»⁵³. Esso, oggi, «è confinato in un ambito troppo ristretto, nella maggior parte dei casi nelle mani di una piccola *élite* politica ed economica che si trova nella posizione di poter modellare la città in base ai propri bisogni e desideri»⁵⁴. Per cambiare le cose, è, quindi, necessario, costruire «meccanismi democratici alternativi (diversi, cioè, dalle attuali democrazie fondate sul potere del denaro) per decidere come rivitalizzare la vita urbana al di fuori dei rapporti di classe dominanti e seguendo i “nostri” (dei produttori di urbanizzazione e urbanesimo) più intimi desideri»⁵⁵.

4. *L'approccio giuridico di Bernard Auby: il «diritto della città»*

Mi sia adesso consentita una breve digressione per ambientare il pensiero di Lefebvre in un contesto più giuridico.

Nella seconda parte della sua attività scientifica, Jean-Bernard Auby, oltre ad aprire la scienza amministrativistica francese alle grandi novità di fine '900, ha operato un'originale riconsiderazione di alcuni temi trattati in precedenza secondo la tradizione: emblematico – com'è ben stato notato – il caso del diritto urbanistico che si sviluppa nel «diritto delle città», nel «diritto alla città» ed anche nel diritto delle nuove tecnologie e procedure che portano alle *smart cities* di cui adesso tanto si parla⁵⁶.

Alcuni anni fa, pensando agli studenti di diritto pubblico di forma-

⁵² *Op. ult. cit.*, 104 e 106.

⁵³ *Op. ult. cit.*, 8-9.

⁵⁴ *Op. ult. cit.*, 37.

⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 105.

⁵⁶ M.P. CHITI, *Jean-Bernard Auby e il diritto comparato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 927.

zione non giuridica, egli ha scritto un bel libro sui problemi giuridici posti dal funzionamento delle città, sul modo in cui il diritto le «riveste»⁵⁷.

In quest'opera, muovendo dalla considerazione che il diritto urbanistico tradizionale si sarebbe rivelato inadeguato a guidare la gestione dei problemi delle città, lo studioso francese ha elaborato il concetto giuridico di «diritto della città» attraverso un metodo definito «di gius-realismo»⁵⁸: in un seminario dottorale svoltosi sul tema⁵⁹, egli stesso ha dichiarato di non essere sicuro di cosa sia il diritto urbanistico, ma di sapere cos'è una città. Egli, in sostanza, ha cercato di spiegare cos'è la città per il diritto e che posto occupa quest'ultimo nel funzionamento concreto delle città.

È nell'ambito della riflessione conclusiva sulle politiche della città che emerge il tema del «diritto alla città», che Auby rielabora in chiave giuridica partendo dal presupposto che i diritti fondamentali trovano voce nel contesto urbano. A suo avviso, il diritto alla casa, il diritto alla mobilità urbana, il diritto ai servizi pubblici locali essenziali, il diritto alla sicurezza trovano la loro sintesi nel «diritto alla città» e ne determinano il contenuto: da qui l'idea che le «droit à la ville» consista in pratica nella pretesa ad un accesso minimo ai servizi resi dalle città, sia che si tratti di prestazioni offerte che di protezioni assicurate, ed in un dispositivo generale teso a limitare la segregazione urbana⁶⁰.

Non è compito mio – ripetesì – individuare i pregi ed i limiti del contributo di Auby⁶¹, il quale è tornato recentemente sul tema, ponendo l'attenzione sullo sviluppo della democrazia diretta urbana. A suo avviso, infatti, da un lato, le città si impongono sempre di più come laboratorio privilegiato di una possibile rinascita della democrazia rappresentativa in crisi; dall'altro, la formula del «diritto alla città» pone sotto una diversa luce il rapporto tra il cittadino ed i beni offerti dalla città (abitazione, sicurezza, mobilità, accesso ai servizi domestici essenziali), un accesso minimo ai quali dev'essere garantito a tutti gli abitanti⁶².

⁵⁷ J.B. AUBY, *Le droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris 2013.

⁵⁸ M. BOTTIGLIERI, *Dal "diritto della città" al "diritto alla città"*, in Id. (a cura di), *OPAL – Osservatorio per le autonomie locali*, n. 3/2013, numero monografico di *POLIS WorkingPapers*, n. 209 (dicembre 2013).

⁵⁹ «La città nel diritto amministrativo» – Torino, 24 aprile 2013.

⁶⁰ M. BOTTIGLIERI, *ibidem*.

⁶¹ Di questi ultimi, peraltro, sembra essere consapevole lo stesso Autore «laddove preferisce parlare di "un'idea del diritto alla città" più che di un diritto *tout court*»: M. BOTTIGLIERI, *ibidem*.

⁶² J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo* (trad. di C. Silvano

A ragione, dunque, si è detto che «il *diritto alla città*, contrapposto al *diritto della città*, indica una politica funzionalistica in cui l'*individuo* ed i *corpi sociali* si riappropriano della città tramite pratiche partecipative e di amministrazione condivisa»⁶³.

Si tratta di un aspetto del «diritto alla città» molto importante, sul quale avremo modo di soffermarci nel prosieguo⁶⁴: è un dato di fatto, d'altronde, che la realtà delle città italiane manifesta una chiara preferenza per un approccio «dal basso», in cui grande spazio è riservato all'autonomia locale; i regolamenti comunali in tema di cura, manutenzione e rigenerazione dei beni comuni urbani costituiscono un'esperienza assai significativa in tal senso⁶⁵.

5. *Le alterne fortune delle opere di Lefebvre: dopo l'eclissi, la parziale riapparizione ed il fraintendimento, le ragioni del rinnovato interesse per il «diritto alla città»*

Per decenni, di «diritto alla città» si è parlato molto – peraltro, spesso svuotando di senso il concetto⁶⁶ –, ma se n'è praticato poco; solo di recente la formula è stata riutilizzata nel solco originario ed attualizzata⁶⁷. Per molti anni, Lefebvre è stato praticamente dimenticato: *in primis*, proprio in Francia, dove molti dei suoi libri non sono più stati stampati ed

de *La ville, nouvelle frontière du droit administratif?*, in *AJDA*, n. 37/2014), in *Riv. giur. urb.*, 2019, 24.

⁶³ A. BARTOLINI, *Recensione al volume a cura di E. FONTANARI, G. PIPERATA, Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città, Bologna, 2017*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 157.

⁶⁴ *Infra*, §§ 7 e 8.

⁶⁵ F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 2, IX. Nel senso che, anche in ragione dell'ampiezza qualitativa e quantitativa dei tessuti urbani da rigenerare nelle città italiane, non sembrano allo stato possibili forme di rigenerazione calate meccanicamente dall'alto, né sembra realistica e praticabile l'ipotesi di imporle coattivamente, T. BONETTI, *Recensione al volume a cura di F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 708. In tema, da ultimo, G. IACOVONE, *Città e spazi urbani: prospettive di cittadinanza trasversale*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli 2019, I, 805 ss., spec. 819-822; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, ivi, III, 2005 ss.

⁶⁶ Lo stesso Lefebvre lamentava: «Mi plagiano senza citarmi» (C. PULGAR PINAUD, *Redonner son sens révolutionnaire au droit à la ville. Entretien avec Jean-Pierre Garnier*, in *De quoi le droit à la ville est-il le nom? Représentations, usages et instrumentalisation du droit à la ville*, a cura di C. Mathivet, Paris 2016, 22).

⁶⁷ I. AGOSTINI, *op. cit.*

oggi sono difficilmente reperibili, ma anche in Italia, dove, dopo l'iniziale interesse che, tra la fine degli anni '60 e gli inizi degli anni '70 del secolo scorso, ha portato a tradurre i suoi lavori più importanti, c'è stato almeno un ventennio di sostanziale disinteresse per il suo pensiero e soltanto negli anni '90 c'è stato un parziale recupero della sua produzione grazie alle prime traduzioni in inglese⁶⁸.

Le ragioni di tale temporanea eclissi sono state individuate sia nel minore fascino, nel mondo accademico, dell'impostazione militante e critica di Lefebvre, il quale voleva comprendere il mondo per trasformarlo⁶⁹, sia, più in generale, nel declino delle prospettive marxiste nelle scienze sociali registratosi negli anni '80 del secolo scorso, sia, infine, nella preferenza accordata, rispetto alle posizioni critiche assunte dal filosofo francese nei confronti dei mutamenti in atto nelle città, ad «interpretazioni che invece insistevano sulle *magnifiche sorti e progressive* della città prossima ventura»⁷⁰.

Dopo essere rimasta inascoltata per molti anni, all'inizio del terzo millennio l'analisi dello spazio di Lefebvre sembra essere stata riattualizzata dalla constatazione che l'intensa urbanizzazione del pianeta non ha portato ad una crescita economica dei paesi poveri, le cui città sono divenute enormi megalopoli al cui interno si annidano esclusione e povertà⁷¹. Oggi, in sostanza, ci confrontiamo con gli esiti di quelle direttrici di sviluppo che il filosofo francese aveva tracciato oltre mezzo secolo fa: l'attuale epoca dell'urbanesimo planetario è, infatti, caratterizzata dall'esplosione della marginalità urbana, dovuta al fatto che i tassi di urbanizzazione sono cresciuti e, nei paesi poveri, continueranno a crescere ulteriormente, e dalla diffusione delle logiche della valorizzazione economica sui territori, sia urbani che rurali⁷².

Più in generale, la crisi economica ed il conseguente impoverimento,

⁶⁸ S. PAONE, *Il diritto alla città. Storia e critica di un concetto*, in *The Lab's Quarterly*, 2019, 3, 24, la quale sintetizza in tre fasi le alterne fortune del pensiero lefebvrino: «l'iniziale successo, l'eclissi e l'attuale diffusione che possiamo definire planetaria».

⁶⁹ L. COSTES, *Le Droit à la ville de Henri Lefebvre: quel héritage politique et scientifique?*, in *Espaces et sociétés*, 2010, 140-141 e 177-191.

⁷⁰ S. PAONE, *op. ult. cit.*, 30.

⁷¹ S. PAONE, *op. ult. cit.*, 31.

⁷² S. PAONE, *Prefazione*, in F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 11-12. Come ha rilevato S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nella economia globale*, Bologna 2015, nel contesto rurale, la messa a valore del suolo ha prodotto forme brutali di espansione dalla terra dei contadini poveri dei paesi in via di sviluppo, a causa dell'accaparramento di terreni fertili da parte di Stati e multinazionali.

la crescita del disagio sociale, i fenomeni migratori, il crescente bisogno di sicurezza nelle città sono tutti fattori che, nel primo decennio di questo secolo, hanno contribuito ad un ritorno di attenzione nei confronti delle periferie urbane⁷³, alle quali Lefebvre ha dedicato ampi spazi della sua produzione, individuandole come ambito elettivo del nuovo proletariato urbano. Il concetto di «diritto alla città» si è rivelato, quindi, molto utile, specie per coloro che lavorano sulle condizioni di vita nelle città, per ragionare degli spazi urbani e per interpretare i movimenti sociali che ne contestano la chiusura e/o le limitazioni all'accesso che impoveriscono la qualità della vita dei cittadini⁷⁴.

Per evidenti ragioni di spazio, non è possibile ricostruire in questa sede le fasi che hanno contraddistinto la ripresa degli studi lefebvriani, ciò che peraltro è stato fatto con esiti non del tutto univoci anche in ragione della diversa prospettiva da cui hanno preso le mosse gli interpreti del pensiero del filosofo francese, spesso provenienti da discipline diverse⁷⁵. Sia sufficiente prender atto che la *Lefebvre Renaissance* degli ultimi anni non consiste nell'utilizzo di certe versioni «addomesticate» del «diritto alla città» che erano circolate in precedenza, ma nella valorizzazione del nucleo irriducibile del pensiero lefebvriano per indagare le trasformazioni della città contemporanea, ed in particolare del rapporto centro-periferia, nella piena consapevolezza che lo scenario è radicalmente mutato rispetto a mezzo secolo fa⁷⁶.

6. Dalla teoria alla prassi: esperienze concrete di gestione «dal basso» degli spazi urbani

Dal 1968 ad oggi, grazie a movimenti sociali e lotte, il «diritto alla cit-

⁷³ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli 2018, 110.

⁷⁴ C. BELINGARDI, *Diritto alla città e beni comuni*, in *Contesti. Città, Territori, Progetti*, 2016, 1-2, 67. Sull'utilità di una rilettura del pensiero lefebvriano per una diversa comprensione delle periferie contemporanee, A. PETRILLO, *La periferia nuova. Disuguaglianza, spazi, città*, Milano 2018.

⁷⁵ Sul punto, *amplius*, F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 74-78, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

⁷⁶ A. PETRILLO, *Periferiche*, cit., 21-22; M. MAYER, *Recht auf die Stadt-Bewegungen in historisch und räumlich vergleichender Perspektive*, in *Initiativen für ein Rechtauf Stadt Theorie und Praxis städtischer Aneignungen*, a cura di A. Holm e D. Gebhardt, Hamburg 2011, 52 ss.

tà» ha acquisito una dimensione politica, contribuendo al raggiungimento di alcune conquiste [tanto per restare all'estero, innanzitutto, negli Stati Uniti, dal 2004, il movimento e l'alleanza *Il diritto alla città*; *Habitat II* (1996-2010); la *Carta mondiale per il diritto alla città* (2004); la I e la II *Carta europea della città* (1992 e 2008)]⁷⁷, che Peter Marcuse ha così riassunto: «la priorità più alta è affidata ai bisogni immediati e fondamentali – acqua, terra, lavoro, casa, salute – e alla *leadership*, nelle decisioni, di persone che appartengono ai ceti più bassi [...]. L'impatto della giustizia come obiettivo è chiaro [...]; parole come “uguale” e “giusto” sono quelle che prevalgono [...]. I diritti devono essere stabiliti e implementati democraticamente [...] e devono essere visti come inseparabili sia dalla collettività sia dall'individuo»⁷⁸.

La constatazione che il futuro è urbano (com'è noto, la popolazione che vive nelle città è passata dai 751 milioni del 1950 ai 4 miliardi e 200 milioni attuali, secondo un *trend* che riguarda anche le città europee) ha indotto le agende internazionali ed europee a puntare ad un incremento dell'inclusione sociale per tentare di arginare le disuguaglianze sociali prodotte dagli squilibri ambientali⁷⁹. A ciò si aggiunga l'impiego delle tecnologie digitali, che, al contrario di quanto si sarebbe indotti a pensare, non ha attenuato l'esigenza della prossimità fisica di persone e risorse per lo svolgimento dell'attività di produzione e di scambio di beni e servizi, tipica di un'economia di tipo industriale: la nuova economia digitale è, anzi, un fenomeno, oltre che fortemente in crescita, principalmente urbano⁸⁰.

Dal punto di vista prettamente normativo, va, in primo luogo, menzionato l'art. I della *Carta europea dei diritti umani nella città*, adottata a Saint Denis il 18 maggio 2000 dalla Seconda Conferenza Europea delle città per i diritti umani, rubricato proprio «Diritto alla città», che così recita testualmente:

«1. La città è uno spazio collettivo che appartiene a tutti gli abitanti, i quali hanno il diritto di trovarvi le condizioni necessarie per appagare

⁷⁷ K. RASHIDZADEH, *Un glossario su tre concetti: diritto alla città, giustizia spaziale e città giusta*, in U. ISCHIA, *La città giusta. Idee di piano e atteggiamenti etici*, a cura di M. Bianchettin del Grano, Roma 2012, 132.

⁷⁸ *From Just City to Right to the City*, in *Searching for the Just City*, a cura di P. Marcuse ed altri, New York 2009, 248.

⁷⁹ G. PAVANI, *From smart to sharing? Presente e futuro delle città (al di là delle etichette)*, in *Ist. fed.*, 2019, 850.

⁸⁰ G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Ist. fed.*, 2019, 891 ss.

le proprie aspirazioni dal punto di vista politico, sociale ed ambientale, assumendo nel contempo i loro doveri di solidarietà.

2. Le autorità comunali agevolano con ogni mezzo a loro disposizione il rispetto della dignità di tutti e la qualità della vita dei loro abitanti».

Più recentemente, di «diritto alla città» si è parlato nel corso della conferenza dell'O.N.U. sugli insediamenti umani e lo sviluppo urbano sostenibile *Habitat III*, svoltasi a Quito (Ecuador) nell'ottobre 2016, nella quale, pur non essendosi approdati ad una formula definitiva, si è chiarito come non si tratti di un principio astratto, ma di precisi impegni che dovrebbero costantemente assumere i governanti di tutte le città al fine di garantire la piena realizzazione del diritto ad un alloggio adeguato, la parità d'accesso a tutti i servizi pubblici essenziali, il diritto alla partecipazione ed all'impegno civico, a spazi pubblici sicuri, inclusivi, accessibili e verdi, nonché assicurare una gestione del territorio della città che sia sostenibile, integrata ed equilibrata⁸¹. La *New Urban Agenda* sottoscritta all'esito dell'incontro da 193 stati membri muove da una visione condivisa della «città per tutti» che è espressione del «diritto alla città» e si propone, quindi, come modello alternativo per ripensare le città e l'urbanizzazione⁸².

Il «diritto alla città», l'idea di una visione condivisa di città per tutti, i cui abitanti possano godere e produrre città ed insediamenti umani equi, sicuri, salubri, accessibili, resilienti e sostenibili, sta al centro anche dell'*Agenda 2030*, che attribuisce grande importanza alle questioni legate all'urbanizzazione sostenibile: l'Obiettivo n. 11.3, in particolare, consiste nel «potenziare un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificare e gestire in tutti i paesi un insediamento umano che sia partecipativo, integrato e sostenibile».

Pur non volendo sottovalutare l'attenzione delle istituzioni, anche sovranazionali, per il «diritto alla città», si ha, però, la netta sensazione che abbia ragione Jean-Bernard Auby quando afferma che la città tende ad eludere il diritto, che si deforma e modifica davanti a «*la pression de la ville*» ed alle richieste degli attori urbani, in quanto capace di tradursi in regole malleabili ed indicative piuttosto che rigide ed imperative⁸³. Si

⁸¹ M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 801.

⁸² Così, da ultimo, G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2020, 45 e 83.

⁸³ *Le droit de la ville*, cit., 8. Nel senso che l'ordinamento generale subisce le naturali pressioni di gruppi d'interesse e di una pluralità di ordinamenti giuridici originari, R.

vuol dire, cioè, che, al di là del riconoscimento formale, il «diritto alla città» pensato da Lefebvre va inteso soprattutto come riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la città: si tratta, in altri termini, di un cambiamento che richiede necessariamente degli sforzi da parte dei cittadini, che non può far a meno del cittadino attivo teorizzato da Feliciano Benvenuti⁸⁴, un cittadino che, superato il principio della delega, si riscopre non solo come portatore di bisogni e diritti, ma anche come co-costruttore della cosa pubblica e responsabile del suo funzionamento⁸⁵.

In questo contesto, alcune città, sull'onda della *sharing economy*, hanno iniziato a collaborare reciprocamente per condividere i principi ispiratori per un governo dell'economia digitale⁸⁶ e, più in generale, per sperimentare una nuova strategia tra città che condividono un tessuto socio-economico e/o un'esperienza storica di partecipazione popolare ai processi decisionali dell'ente locale⁸⁷. Com'è ben stato notato, la novità di tali fenomeni, che proiettano le città verso nuovi scenari, è che è tutto improntato ai temi della solidarietà sociale: il diritto della città scavalca quello statale e delle comunità autonome, poiché le città si fanno carico dei problemi globali e non solo di quelli locali⁸⁸.

Merita menzione addirittura maggiore il fenomeno delle pratiche di rigenerazione del tessuto urbano esistente nate dalle iniziative di cittadini che, in accordo con le istituzioni municipali di riferimento, si sono attivati per produrre in forma autonoma spazi più democratici, inclusivi, accessibili e culturalmente attivi: numerosi sono gli esempi di pratiche promosse direttamente dai cittadini che, sotto la forma dell'utilizzo temporaneo o del riuso di un edificio esistente o di un'area in stato di abbandono, hanno prodotto nuovi modi di vivere e lavorare, offerto servizi innovativi alla collettività, spazi per le comunità locali, la cultura e le attività creative,

CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *www.ijpl.eu*, 2013, 2, 307 ss.

⁸⁴ *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994.

⁸⁵ P. TEANI, *Abitare nella crisi. Movimenti per il diritto alla città a Milano e Barcellona* (tesi di dottorato, a.a. 2016/17), 231.

⁸⁶ Tra i documenti più recenti merita menzione la *Sharing Cities Declaration Cities Common Principles and Commitments for City. Sovereignty Regarding the Platform Economy*, sottoscritta nel novembre 2018 a Barcellona da trentadue città di tutto il mondo ed aperta alla firma di altre.

⁸⁷ Si pensi all'accordo firmato dai sindaci di Bologna e di Barcellona nel novembre 2018.

⁸⁸ T. FONT I LLOVET, *Relazione* al Convegno su: «Autonomie Regionali e Locali tra passato presente e futuro» – Bologna, 15-16 novembre 2019. Per l'idea di una città che va «oltre il Comune», R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*

l'avvio di nuove realtà professionali (postazioni di *co-working*, unità da affittare, caffetterie, laboratori artigianali, mercati locali), in nome di un «diritto alla città» inteso come il diritto collettivo di plasmare e produrre lo spazio urbano nel suo valore d'uso⁸⁹.

Sperimentazioni sicuramente interessanti di riqualificazione degli spazi che muovono dall'idea lefebvrina, sulle quali la dottrina ha iniziato da tempo ad indagare, sono pure la *street art* e gli orti urbani⁹⁰, nonché, più in generale, la riscoperta di percorsi agro-alimentari urbani⁹¹.

Si è, dunque, in presenza di una domanda di partecipazione alla gestione dei beni territoriali diffusi, che testimonia di una ben precisa volontà di gruppi di cittadini di essere parte attiva nei processi di rigenerazione aventi ad oggetto spazi e/o edifici degradati o abbandonati; esperienza di cittadinanza attiva che senza dubbio configura un nuovo modello di gestione dei beni comuni che merita di essere studiato e monitorato⁹².

⁸⁹ In tal senso, con specifico riguardo alle pratiche di rigenerazione urbana nei contesti delle città di Londra e Milano, S. GALATEO, *La Terza Città. Il Diritto alla Città: strategie di rigenerazione urbana attraverso pratiche autonome e creative di produzione dello spazio* (tesi di dottorato, febbraio 2018); con riferimento al collettivo Macao, che dal 2012 rappresenta l'esempio milanese più rilevante di movimento sociale per il «diritto alla città», N. BERTOLINO, *Riappropriarsi dei luoghi dell'abbandono: la comunità creativa come epicentro della rigenerazione urbana sostenibile*, in *www.cittacreative.eu* (ottobre 2017); ulteriori casi studio in P. TEANI, *op. cit.*, 70 ss.. Volgendo lo sguardo all'estero, con riguardo ai movimenti sociali spagnoli, cfr. G. AVALLONE, S. TORRE, *Conquistare lo spazio politico. I movimenti sociali spagnoli, il diritto alla città e la politica nel nuovo secolo*, in *Historia Actual Online*, 40 (2), 2016, 129 ss.; con riferimento, infine, ad alcune città africane, M. MORANGE, A. SPIRE, «Diritto di fatto alla città». *Soggettività dei cittadini sfollati o ricollocati e riordino neoliberale dello spazio a Città del Capo e Lomé*, in *Afriche e Orienti*, 2016, 2-3, 97 ss.. Per un inquadramento generale del tema, da ultimo, F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il comune*, in E. CARLONI, F. CORTESE, *Diritto delle autonomie territoriali*, Milano 2020, 267 ss.; A. BIANCHI, *La rigenerazione urbana: un nuovo modo di pensare la Città*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2020, 139 ss., il quale segnala, in particolare, la dichiarazione *Sulla rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle Città europee*, sottoscritta a Toledo il 22 giugno 2010 dai ministri europei responsabili dello sviluppo urbano, che ha indicato l'importanza strategica della «rigenerazione urbana integrata» per realizzare la quale è necessaria un'«alleanza urbana condivisa da tutti gli attori coinvolti nel processo di *city-building*, basata sul consenso e legittimata da nuove forme di *governance*» (*ivi*, 141).

⁹⁰ Cfr. A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 31 ss.

⁹¹ G. PIZZANELLI, *La rigenerazione degli spazi urbani attraverso percorsi agro-alimentari*, in *Ri-conoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, a cura di M. Passalacqua, A. Fioritto e S. Rusci, Rimini 2018, 289 ss.

⁹² L.C. DE LUCA, *La ri-generazione urbana come laboratorio di cittadinanza attiva*, in M.

7. *La persistente attualità delle tesi di Lefebvre (pur nel mutato contesto urbano) nelle più importanti interpretazioni del suo pensiero*

Dopo aver provato a comprendere il significato della formula «diritto alla città» teorizzata da Lefebvre, occorre adesso vedere se e come la stessa possa essere utilizzata, riattualizzandola, nell'epoca attuale.

È a tutti evidente come la città contemporanea sia ben diversa dalla città del capitalismo industriale del filosofo francese, caratterizzata dalla zonizzazione, dalla standardizzazione degli edifici, dalla crescita a dismisura delle periferie che colonizzavano la campagna: la città di oggi è quella del capitalismo finanziario, con il centro che continua a svuotarsi e ad essere vetrinizzato/museificato e gli abitanti che sono stati sostituiti da uffici e strutture per turisti (c.d. «*gentrification*»); di contro, zone residenziali ai margini in espansione, progressiva cementificazione del territorio ed aumento del consumo di suolo⁹³. Gli spazi urbani sono sempre più spesso terreno fertile dei detentori del potere economico e politico e si è persa l'idea di città come bene comune e coacervo di diritti, si è spezzato il legame tra la comunità degli uomini e la città materiale, che non viene più immaginata e modellata dai primi, ma è nelle mani di speculatori senza scrupoli (palazzinari e via discorrendo), cui amministratori conniventi consentono di appropriarsi di ampi spazi pubblici: è per questo che – come ci ha recentemente ricordato in un bel libro Salvatore Settis – il «diritto alla città» è il rilancio di un «orizzonte dei diritti civili» che ci riguarda tutti da vicino, spingendoci ad interrogarci su che tipo di città vogliamo, a farne il «teatro della democrazia»⁹⁴.

A fronte di un modello di città connotato dall'esproprio del potere decisionale (tutto è gestito da app commerciali e tramite servizi privati, il linguaggio della *governance* politica è sempre più tecnocratico, per cui su questioni centrali i cittadini-utenti devono accettare quanto stabilito dai governanti), dall'affermazione del c.d. «capitalismo della sorveglianza»⁹⁵ (in cui la nuova «industria della securitizzazione»⁹⁶ dà vita ad un modello fondato sull'accesso su base reddituale e, soprattutto, etnica alla stregua

PASSALACQUA, A. FIORITTO, S. RUSCI (a cura di), *op. cit.*, 309 ss.; da ultimo, A. SIMONATI, *La trasparenza e la partecipazione a livello territoriale*, in E. CARLONI, F. CORTESI, *op. cit.*, 369 ss.

⁹³ C. BELINGARDI, *op. cit.*, 70.

⁹⁴ *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Torino, 2017.

⁹⁵ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (trad. it. di P. Bassotti), Roma 2019.

⁹⁶ J. HALPER, *La guerra contro il popolo. Israele, i palestinesi e la pacificazione globale* (trad. it. di E. Garau), Novi Ligure 2017.

del quale la città non è per tutti) e dall'incombente minaccia del *social score* (all'avanguardia soprattutto in Cina, ma ormai diffuso anche in Occidente), battersi per il «diritto alla città» significa oggi riappropriarsi di tutti i livelli della vita urbana strappandoli alla logica di mercato e al controllo securitario, rifiutare il ricatto tecnocratico che sta alla base del monopolio nella produzione di dati e riaffermare un'idea di abitante che decide liberamente cosa fare della propria esistenza insieme agli altri⁹⁷.

Insomma, anche se la situazione attuale è certamente molto diversa rispetto a quella della Francia di Lefebvre, il suo appello al «diritto alla città» risulta oggi forse ancora più importante di allora a causa dell'acuirsi della polarizzazione sociale per via della crisi economica, dell'urbanizzazione di massa dei paesi del sud, del ritiro dello Stato dalla gestione della vita sociale, ora sempre più svolta da privati: tutti fattori che certamente contribuiscono al graduale esproprio dei poteri decisionali dei cittadini, sempre meno in grado di incidere sulle decisioni pubbliche⁹⁸. Da un certo punto di vista, la situazione è, dunque, addirittura peggiorata rispetto a quando scriveva Lefebvre, per cui è necessario proporre un'attualizzazione del suo pensiero ed a tal fine – al di là del fatto che si opti per una declinazione «radicale» ovvero «riformista» del «diritto alla città» – bisogna avere ben chiaro che non ci si può limitare a predisporre delle liste di diritti che astrattamente compongono tale diritto, ma occorre contestare fermamente qualsiasi atto di governo del territorio – *in primis*, lo strumento urbanistico che, ad es., preferisca ulteriore saccheggio del verde pubblico al riutilizzo degli edifici abbandonati – che sottragga utilità alla collettività in termini di salute, libertà, socialità, dignità del vivere, felicità⁹⁹. Per Lefebvre, d'altronde, i diritti umani, come il «diritto alla città», sono questioni «polemiche» che provocano un «disaccordo» nell'arena politica e rompono il velo d'ipocrisia dell'uguaglianza formale dei regimi cc.dd. «democratici»¹⁰⁰.

Ciò premesso, va pure detto che, mentre mutava radicalmente il contesto urbano, anche il concetto di «diritto alla città» assumeva una vita propria rispetto all'analisi di Lefebvre.

Dopo essere stato oggetto, tra la fine degli anni '70 e gli anni '90 del secolo scorso, di una sorta di *récupération* dall'alto da parte delle stesse

⁹⁷ *Diritto alla città e riappropriazione. Come decostruire il modello Milano*, in *napoli-monitor.it* (gennaio 2020).

⁹⁸ A. CASAGLIA, *Prefazione*, in H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 11.

⁹⁹ C. BELINGARDI, *op. cit.*, 79.

¹⁰⁰ J. RANCIÈRE, *Il disaccordo* (trad. it. di B. Magni), Milano 2007.

classi dirigenti francesi contro le quali era stato dapprima ideato, soltanto nell'ultimo ventennio le «*droit à la ville*» è stato attualizzato in modo originale¹⁰¹.

Oltre ai contributi di David Harvey – di cui ci siamo già occupati¹⁰² e con riguardo al quale sono state recentemente rilevate alcune criticità¹⁰³ – e del suo allievo Andy Merrifield – che, nel sostenere che i concetti di Lefebvre sono ormai superati alla luce della morte della città e della gestazione di un'inedita società urbana¹⁰⁴, finisce però per abbandonare le categorie lefebvrine ed intraprendere strade che non hanno più alcun legame con il filosofo francese¹⁰⁵ – va ricordata l'analisi di Peter Marcuse. Il noto giurista-urbanista si è interrogato a lungo su che tipo di diritto sia il «diritto alla città» ed a quale tipo di città esso si riferisca, ravvisando una certa continuità tra il modello di città neoliberale e le ristrutturazioni economico-politiche avvenute finora e giungendo alla conclusione che il «diritto alla città» deve re-intendersi come molteplicità di rivendicazioni e battaglie concentrate non più soltanto sul lavoro, ma sull'urbano come contenitore di tutte le nostre relazioni vitali¹⁰⁶. Senza la benché minima pretesa di completezza, merita, infine, una notazione anche Mark Purcell, che ha evidenziato come il «diritto alla città» non possa essere separato dai principi di autogestione e riappropriazione dal basso dello spazio sociale¹⁰⁷, per poi dedicare qualche cenno ad un recente contributo che, nell'ambito del dibattito italiano, che si muove sulla medesima linea interpretativa di Harvey o non sfugge ad una certa genericità, presenta spunti originali.

¹⁰¹ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 211-228.

¹⁰² *Supra*, § 3.

¹⁰³ Con riguardo, soprattutto, alla definizione del «diritto alla città» come «significante vuoto»: F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 230-232.

¹⁰⁴ *The Politics of the Encounter: Urban Theory and Protest under Planetary Urbanization*, Athens 2013.

¹⁰⁵ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 234-238.

¹⁰⁶ *Whose right(s) to what city?*, in N. BRENNER, P. MARCUSE, M. MAYER, *Cities for people, not for profit. Critical Urban Theory and the right to the city*, London-New York 2012, 24 ss.; *From Critical Urban Theory to the Right to the City*, in *City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Politics, Action*, n. 13 (2009), 185 ss.

¹⁰⁷ *Possible worlds: Henri Lefebvre and the right to the city*, in *Journal of Urban Affairs*, 2013, 1, 141 ss.. In termini analoghi, ancorchè da una diversa prospettiva di analisi, P. CHATTERTON, *Seeking the Urban Common. Furthering the Debate on Spatial Justice*, in *City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Politics, Action*, n. 14 (2010), 625 ss., secondo cui un progetto di giustizia spaziale intorno al «diritto alla città» può essere realizzato privilegiando i beni comuni urbani (*urban commons*).

A quest'ultimo occorre premettere che la formula «diritto alla città» non può essere circoscritta in ambito esclusivamente giuridico e/o nelle teorie del governo del territorio. Anche se tra gli urbanisti v'è chi ritiene che il «diritto alla città» sia un tentativo di ampliare i diritti sociali «per costituire una sorta di diritto universale»¹⁰⁸, si è già detto che, in realtà, il «*droit à la ville*» immaginato da Lefebvre si annuncia come appello, come esigenza, un'aspirazione che non può essere concretamente realizzata senza una critica radicale del sistema capitalista. Il relativo dibattito è, dunque, filosofico-politico più che giuridico.

Ciò premesso, mi è parso interessante l'approccio tendente a valorizzare la lettura dell'ultimo Lefebvre, che, pur essendo alquanto sfiduciato circa le reali possibilità di ribaltare ancora i rapporti di forza della produzione dello spazio¹⁰⁹, esorta a «ridare centralità a forme che ben conosciamo, ma alquanto trascurate, come la vita associativa o l'autogestione, che assumono nuovo contenuto se applicate all'urbano. Si tratta, dunque, di sapere se il movimento sociale e politico possa formularsi e riarticolarsi attorno a questioni specifiche, ma ciò nonostante concrete, riguardanti tutte le dimensioni della vita quotidiana»¹¹⁰. Orbene, secondo una lettura che mi è parsa del tutto convincente, l'eredità lasciata ai posteri dal filosofo francese è ben riassunta nelle surriportate parole, che sostanzialmente racchiudono un invito a perseverare nelle pratiche politiche rivoluzionarie proprie del «diritto alla città»: l'appello utopico alla costruzione di nuove situazioni possibili, insomma, non è venuto meno¹¹¹. Spetta all'azione politica, alla vita associativa dell'autogestione, spezzare il dominio lineare del tempo mercificato, ricomponendo la dissociazione tra «cittadino e abitante della città (*citoyen/citadin*)»¹¹².

Dalle riletture del filosofo francese sembra, dunque, emergere la rivendicazione di un nuovo «diritto alla città», che comprende quelli delle rivendicazioni del secolo scorso, le integra e arricchisce con nuove rivendicazioni¹¹³.

Nell'attuale scenario di crisi, il «diritto alla città» – la cui funzione,

¹⁰⁸ Così L. MAZZA, *Spazio e cittadinanza. Politica e governo del territorio*, Roma 2015, 159.

¹⁰⁹ «L'urbano, inteso e vissuto come pratica sociale, si sta deteriorando ed è probabilmente in via di estinzione»: H. LEFEBVRE, *Quando la città si dissolve nella metamorfosi planetaria* (trad. it. a cura di N. Coppini), in *Scienza e politica*, n. 56 (2017), 236.

¹¹⁰ H. LEFEBVRE, *op. ult. cit.*, 238.

¹¹¹ F. BIAGI, *op. ult. cit.*, 246-247.

¹¹² H. LEFEBVRE, *ibidem*.

¹¹³ E. SALZANO, *op. cit.*

secondo lo stesso Lefebvre, «è aprire il pensiero e l'azione» – risulta, insomma, quantomai utile, purché sia chiaro che il valore d'uso della città a cui alludeva il filosofo francese non può ritenersi assicurato da «qualche bel parco, un patrimonio storico-artistico ben conservato e, al più, un programma di locazione popolare dignitosa»: esso è lo strumento per demolire un complesso assemblaggio economico-istituzionale che della città definisce il valore di scambio, un insieme di pratiche conflittuali che mirano al godimento collettivo delle possibilità di vita garantite dal massimo grado di sviluppo storicamente raggiunto¹¹⁴. Del resto, anche coloro che, probabilmente non a torto, dubitano che si possa parlare di un ben identificato e azionabile «diritto alla città» (sostenibile) – diritto peraltro affermato, come si è visto, in alcuni ordinamenti e/o dichiarazioni universali –, affermano che lo stesso può concepirsi come «sufficientemente definito obiettivo di stemperamento delle usuali tensioni tra pluralismo territoriale e diritti sociali»¹¹⁵.

La più autorevole conferma della persistente attualità della teorizzazione del «diritto alla città» ce la dà in fondo lo stesso Harvey. Dopo aver scritto che, anche se la nostra situazione è molto diversa da quella degli anni '60 del secolo scorso e le strade di Mumbai, Los Angeles, San Paolo e Johannesburg sono molto diverse, ad es., da quelle di Parigi, il «metodo dialettico di ricerca critica immanente» di Lefebvre può essere di ispirazione per rispondere al grido di aiuto ed alla richiesta di sostegno provenienti da popoli oppressi in tempi disperati¹¹⁶, in un'intervista di qualche anno fa ha detto di credere «che sia una buona idea che il concetto non sparisca mai» perché «in tutto il mondo c'è una richiesta per il Diritto alla Città. [...] Credo che allo stesso modo le persone in un quartiere vogliano avere una specie, un senso di, non esattamente di proprietà del quartiere, ma una specie di contributo, di essere qualcuno lì, e fare qualcosa lì; la stessa cosa avviene nelle città. Io credo che questo sia un concetto intuitivo che non scompare»¹¹⁷.

Ecco, l'attualità del «diritto alla città» sta proprio in queste parole del geografo inglese.

¹¹⁴ S. DE SIMONI, *Alla conquista della città*, in *archivio.commonware.org* (dicembre 2014).

¹¹⁵ Così M.G. DELLA SCALA, *La 'città sostenibile' tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. De Giorgi Cezzi e P.L. Portaluri, Firenze 2016, 338-339.

¹¹⁶ *Il capitalismo*, cit., 46.

¹¹⁷ L. MAGALHÃES, *op. cit.*

8. *Mezzo secolo dopo, quali prospettive per il «diritto alla città»? Ovvero come «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre?*

È muovendo dalla consapevolezza che la città «in un certo senso è la scoperta di un meccanismo attraverso cui consentire la coesistenza degli essere umani»¹¹⁸ che ci accingiamo adesso a tirare le somme nel tentativo di vedere come si possa (richiamo qui il titolo del Convegno) «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre.

Che un siffatto ripensamento sia necessario, invero, forse non è a tutti evidente, nel senso che, se nessuno ha difficoltà a comprendere che il declino della biodiversità è conseguenza della deforestazione, delle modifiche nell'uso del suolo, dell'inquinamento dei terreni, dell'acqua e dell'atmosfera, insomma dell'aumento sconsiderato del consumo di risorse limitate e dell'insostenibilità dei nostri sistemi di produzione, «[m]eno intuitivo è il fatto che, per alleggerire la nostra impronta dannosa sul pianeta e garantire un futuro alla nostra come alle altre specie, il luogo sul quale bisogna agire è la città. Oggi l'uomo concentra la sua popolazione, e conseguentemente le sue attività, soltanto su una minuscola parte della superficie del pianeta: quella occupata dai centri urbani. [...] le città, essendo diventate il luogo dell'uomo, sono anche i principali motori della nostra aggressione all'ambiente»¹¹⁹. In altri termini, essendo le società sempre più urbane, la questione del futuro delle città è diventata centrale nella prospettiva di uno sviluppo sostenibile del pianeta; per essere «sostenibili», le città dovranno essere attente, soprattutto, agli effetti globali, in termini ecologici, dei comportamenti dei loro abitanti, i cui modi di vita dovranno, quindi, cambiare profondamente¹²⁰. Trasformare le città in luoghi a misura d'uomo significa, infatti, trasformare noi stessi¹²¹.

La gestione dell'ambiente urbano, però, non dev'essere intesa come una questione meramente tecnica, risultando essenziali le dimensioni umana e sociale: la qualità dell'ambiente urbano non si esaurisce negli elementi ecologici, per cui, ad es., la qualità della vita degli abitanti di un centro urbano potrebbe essere valutata tenendo conto del grado di mescolanza sociale¹²². Ed allora, se si conviene sul fatto che il «diritto

¹¹⁸ D. LEONE, *Palermo: la multietnia chiave di lettura della città post-moderna*, in *Nuovi abitanti e diritto alla città. Un viaggio in Italia*, a cura di F. Lo Piccolo, Firenze 2013, 81.

¹¹⁹ S. MANCUSO, *Serve una nuova idea di città*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2020.

¹²⁰ J. VÉRON, *L'urbanizzazione del mondo* (trad. di F. Grillenzoni), Bologna 2008, 93.

¹²¹ M.A. CICLISTA, *La città e l'urbanizzazione di oggi*, in *Oikonomia*, 2018, 1, 39.

¹²² J. VÉRON, *op. cit.*, 99.

alla città», avendo profonde implicazioni con gli elementi primari della nostra vita, non presenta esclusivamente aspetti materiali, economici e concreti, ma anche aspetti immateriali, relazionali ed affettivi, legati ai rapporti che abbiamo con gli altri¹²³, ci si rende conto che ripensare la città non significa inventare in modo tecnocratico un nuovo modello di città, bensì incoraggiare, a tutti i livelli, le iniziative che rendono possibile conciliare le aspirazioni ed i comportamenti delle popolazioni urbane con gli imperativi economici imposti dalla globalizzazione¹²⁴.

È muovendo da questa premessa – secondo la quale il «diritto alla città» è, in sostanza, una «sintesi di socialità, memoria e qualità ambientale»¹²⁵ – che l'intuizione di Lefebvre dev'essere ripresa e riletta, *in primis*, nella prospettiva costituzionale, cioè nella prospettiva di una città pensata e costruita come luogo dell'interazione sociale e dello sviluppo della persona umana¹²⁶. In un recentissimo e suggestivo saggio, si è, infatti, riflettuto sulle ricadute che le diseguaglianze all'interno delle città e tra città hanno in termini di effettivo godimento dei diritti costituzionali¹²⁷ e si è evidenziato come un'analisi critica di tale fenomeno debba partire dalla considerazione di quei bisogni essenziali allo sviluppo della persona umana la cui soddisfazione non può essere lasciata alle sole leggi del mercato (artt. 32, 34, 36, 37 e 47 della Costituzione) ed indagare, da un lato, sul «diritto all'abitare» – che non si riduce alla disponibilità materiale di una qualsivoglia abitazione, dovendosi considerare il contesto socio-urbani-

¹²³ V.C. FARINA, *La città creativa. Il progetto dello spazio pubblico come affermazione politica*, in *www.cittacreative.eu* (ottobre 2017), 613.

¹²⁴ J. VÉRON, *op. cit.*, 111.

¹²⁵ F. POMPEO, *Il "modello orientale": scenari e conflitti della superdiversità romana nell'era dell'identitarismo alemanniano*, in F. LO PICCOLO (a cura di), *op. cit.*, 207.

¹²⁶ F. INDOVINA, *Dalla città diffusa all'arcipelago metropolitano*, in ID., *Dalla città diffusa all'arcipelago metropolitano*, Milano 2009, 18 ss. Proprio alla luce della Carta costituzionale, ed in specie dell'art. 117, comma 2, lett. m), P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio* (Relazione al LXV Convegno di studi amministrativi su: «Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino» – Varenna, 19-21 settembre 2019), 12 del *paper*, sostiene che, attraverso la soggettivazione dei «diritti» riferibili all'intera collettività insediata, i l.e.p. «possono tranquillamente declinarsi lungo un *climax* che muova da valori come la dignità abitativa, il decoro architettonico, la rivitalizzazione delle zone degradate, la sicurezza, il recupero o l'attribuzione di un'identità dei luoghi, per dirigersi verso mete ultime».

¹²⁷ Nel senso che oggi la «nuova questione urbana» – termini di disuguaglianze sociali e loro capacità di generale evidenti forme di ingiustizia spaziale – si gioca principalmente nella città esistente, B. SECCHI, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, 6^a ed., Roma-Bari 2018, *passim*.

stico in cui si trova l'abitazione ed i servizi fruibili nello spazio urbano in cui la stessa è collocata – e, dall'altro, sul concetto di «sicurezza urbana», la cui abnorme dilatazione può indurre ad attuare misure che finiscono per andare a discapito dei diritti delle persone, di cui si criminalizza la condizione di marginalità e di disagio¹²⁸.

Consentitemi, innanzitutto, alcune riflessioni su quest'ultimo aspetto, che mi sembra di grande attualità.

Com'è stato da più parti osservato, anche recentissimamente, un edificio dismesso o un quartiere degradato sono contesti fertili per la criminalità, mentre, ove rivitalizzati, diventano ambiti nei quali si possono innescare meccanismi di presenza costante dei cittadini, *ergo* di controllo spontaneo, idonei a fungere da deterrente per le attività criminali¹²⁹. Si allude a quel tipo di controllo informale che può aversi soltanto in una città vitale le cui strade siano frequentate, in cui la presenza di spazi pubblici ben curati ispiri fiducia e senso di appartenenza; una città fatta, insomma, di luoghi che i cittadini amino, sentano come propri e, perciò, siano pronti a proteggere¹³⁰. Di queste tematiche si è occupato financo Papa Francesco, il quale ha osservato che «l'estrema penuria che si vive in alcuni ambienti privi di armonia, ampiezza e possibilità d'integrazione, facilita il sorgere di comportamenti disumani e la manipolazione delle persone da parte di organizzazioni criminali. Per gli abitanti di quartieri periferici molto precari, l'esperienza quotidiana di passare dall'affollamento all'anonimato sociale che si vive nelle grandi città, può provocare una sensazione di sradicamento che favorisce comportamenti antisociali e violenza»¹³¹.

Si tratta di un fenomeno globale strettamente connesso al generale

¹²⁸ E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 1/2020, *passim*.

¹²⁹ M. BROCCA, *Nuove frontiere del diritto urbanistico: le intersezioni con la sicurezza urbana*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2020, 14. Si pensi, ad es., al c.d. «controllo di vicinato» di cui alla l.r. Veneto n. 34/2019, su cui è intervenuta Corte cost., 12 novembre 2020, n. 236, in *www.giustamm.it*, n. 11/2020.

¹³⁰ C. CARDIA, C. BOTTIGELLI, *Progettare la città sicura. Pianificazione, disegno urbano, gestione degli spazi pubblici*, Milano 2011, 1. In argomento, cfr. anche A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana*, cit., *passim*, la quale evidenzia come l'attenzione per la sicurezza sociale nei centri abitati impatti inevitabilmente sul governo del territorio, inducendo ad ampie politiche di inclusione sociale intese ad evitare la formazione di quartieri ghetto e di aree inaccessibili ad intere categorie di persone.

¹³¹ *Lettera enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano 2015, 145-146. In ambito giuridico, il tema è stato recentemente affrontato da G. TROPEA, *Periferie e sicurezza urbana*, in *Nuove autonomie*, 2017, 5 ss.. Nel

processo di periferizzazione del mondo: dappertutto, nei luoghi in cui allignano povertà e disagio sociale, fioriscono le economie criminali e questa dinamica si proietta nell'uso dello spazio pubblico, dove emerge un conflitto tra l'uso ordinario da parte degli abitanti e lo svolgimento di attività criminose, tra cui *in primis* lo spaccio della droga¹³².

L'approccio del nostro legislatore al tema della sicurezza urbana, però, non è stato dei più sereni ed equilibrati, tanto da indurre taluno a parlare di «ossessione securitaria» tradottasi in politiche di controllo del territorio urbano nelle quali l'attività di vigilanza, preventiva e repressiva, ha prevalso di gran lunga sulla promozione della convivenza e della coesione sociale, dando vita a disparità di trattamento incidenti sulla sfera di libertà delle persone¹³³. Ciò si verifica anche a causa di interventi rigenerativi uniformanti del tutto avulsi dalle peculiarità delle situazioni locali ed ispirati piuttosto alla logica semplicistica del «fare ad ogni costo»¹³⁴.

Si tratta di un discorso al quale non sono estranee le problematiche del decoro urbano, se è vero che il particolare degrado di determinati spazi pubblici determina l'insorgere istintivo della percezione della paura, che porta a disertare gli spazi stessi, i quali vengono progressivamente abbandonati e finiscono per diventare terreno ideale per attività illecite o, comunque, dimora di chi vive ai margini della società: una spirale perversa, «in cui la paura genera progressiva diserzione rispetto a spazi pubblici che vengono così sempre più abbandonati generando altra paura e, quindi, altro abbandono»¹³⁵. Per fortuna, non mancano – come nota ancora una volta Papa Francesco – persone che, pur vivendo in luoghi «dove le

senso che le periferie possono essere luoghi d'accoglienza delle diversità, ma al tempo stesso di separazione, R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento*, cit., 379.

¹³² C. CELLAMARE, *Riappropriazione della città e autorganizzazione*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 87.

¹³³ E. OLIVITO, *op. cit.*, 31-32, la quale evidenzia il rischio che le misure volte ad assicurare la sicurezza urbana «vadano a discapito dei diritti delle persone di cui si criminalizza la condizione di marginalità e di disagio».

¹³⁴ A. ANGIULI, *Rigenerazione identitaria e semplificazione nel governo del territorio*, in *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, Napoli 2017, I, 48.

¹³⁵ Così C. VIDETTA, *Il decoro urbano tra le ragioni di protezione del patrimonio storico-artistico e il perseguimento di obiettivi di sicurezza urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 46-47, la quale conclude la propria indagine lamentando che, mentre «il decoro avrebbe potuto (e dovuto) costituire un valore trasversale nelle politiche relative alla vivibilità della città, strumentale alla realizzazione di obiettivi di inclusione e quindi uguaglianza sociale tra i cittadini (e più in generale tra i suoi fruitori) in ogni parte della città, non può che rilevarsi (non senza rammarico) come continui a prevalere una visione segmentata della città stessa, in cui la divisione tra zone di pregio e le altre è sempre più netta» (*ivi*, 64).

facciate degli edifici sono molto deteriorate, [...] curano con molta dignità l'interno delle loro abitazioni, o si sentono a loro agio per la cordialità e l'amicizia della gente. La vita sociale positiva e benefica degli abitanti diffonde luce in un ambiente a prima vista invivibile. [...] La sensazione di soffocamento prodotta dalle agglomerazioni residenziali e dagli spazi ad alta densità abitativa, viene contrastata se si sviluppano relazioni umane di vicinanza e calore, se si creano comunità, se i limiti ambientali sono compensati nell'interiorità di ciascuna persona, che si sente inserita in una rete di comunione e di appartenenza. In tal modo, qualsiasi luogo smette di essere un inferno e diventa il contesto di una vita degna»¹³⁶.

Nell'attuale dibattito sul «diritto alla città» assumono, poi, un rilievo centrale lo sviluppo di nuove pratiche deliberative, l'affermarsi di relazioni giuridiche e meta-giuridiche inedite nei rapporti tra istituzioni e comunità¹³⁷.

L'abbandono delle periferie urbane e la carenza di servizi alla persona ed al territorio sono, del resto, il riflesso dell'inadeguatezza dei poteri pubblici ad interpretare per tempo, con l'esercizio dei tradizionali poteri autoritativi, le esigenze dei cittadini, per cui è fisiologico che questi ultimi abbiano rivendicato in modo sempre più forte il diritto di partecipare alla gestione del potere pubblico per la tutela e la rigenerazione dei beni comuni urbani¹³⁸. È, dunque, «dalle reti territoriali dell'attivismo sociale e dei corpi sociali intermedi che emerge un nuovo *diritto alla e della città* che mette in tensione il rapporto tra spazi pubblici e spazi privati, in una nuova relazione tra diritto e politiche cittadine, con la possibilità di pensare la città come *spazio di diritti e di produzione del diritto*»¹³⁹. Una nuova collaborazione tra amministrazioni pubbliche e cittadini (tradottasi, ad es, nell'adozione di regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni) volta «a conciliare il principio di legalità con quello di autoprodotto sociale», *ergo* a far confluire le prassi sociali in un dialogo paritario con i pubblici poteri¹⁴⁰. Una condivisione progettuale sicuramen-

¹³⁶ *Op. cit.*, 145.

¹³⁷ C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2019, 4-5, anche in nota.

¹³⁸ P. URBANI, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzie dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 309.

¹³⁹ Così P. URBANI, *op. cit.*, 310. Cfr., altresì, G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Ist. fed.*, 2018, 5 ss.; F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, *ibidem*, 39 ss.; V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea*, Napoli 2017.

¹⁴⁰ P. URBANI, *op. cit.*, 312.

te idonea a creare o rafforzare la «coscienza dei luoghi» e, con essa, quel senso di appartenenza ed attaccamento ai luoghi che genera, a sua volta, la propensione alla mobilitazione spontanea per la difesa degli stessi¹⁴¹.

Da questo punto di vista, reinterpretare le tesi di Lefebvre significa «ri-concettualizzare la città come luogo di espressione della comunità politica *activa*», ricentrarle «nel campo democratico del disaccordo e del pluralismo», trovare in esse «lo spazio pubblico necessario [...] all'espressione del dissenso e delle differenze, quali indicatori della vita vissuta nelle città e delle diseguaglianze da rimuovere»¹⁴². Ciò postula il riconoscimento della partecipazione come fondamentale elemento dei processi di trasformazione urbana, alla ricerca di soluzioni idonee a consentire l'effettiva soddisfazione del «diritto alla città»¹⁴³. Una formula, quest'ultima, in grado oggi di aprire uno spiraglio di luce su «un “mondo nuovo” nel quale le istanze e pretese partecipative che si declinano nelle arene pubbliche vanno spesso ben oltre i tradizionali confini del procedimento amministrativo»¹⁴⁴. Le attuali forme di negoziazione sociale, infatti, travalicano spesso le dinamiche meramente procedurali, aprendo a forme mutevoli, ma costantemente tendenti «verso un'informalità di processo e una provvisorietà di soluzioni che in molti casi si ritengono più produttive e fertili»¹⁴⁵.

A ragione, dunque, si afferma che, per assicurare a tutti il «diritto alla città», non è sufficiente migliorare l'organizzazione degli spazi e dei servizi; resta il fatto che si vive in città non desiderate, che, per divenire «aperte», richiedono modificazioni degli spazi scelte, anche conflittualmente, attraverso percorsi decisionali altrettanto aperti: il «diritto alla città» postula, dunque, il diritto di partecipare alla sua costruzione¹⁴⁶. Le istituzioni devono, quindi, consentire ai cittadini di prendersi cura in prima persona della propria città, così da contribuire al miglioramento delle loro capacità individuali e sociali ed alla costruzione di reti di solidarietà, cooperazione sociale e reciprocità¹⁴⁷.

¹⁴¹ M. BROCCA, *op. cit.*, 15.

¹⁴² E. OLIVITO, *op. cit.*, 55.

¹⁴³ F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 151.

¹⁴⁴ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo. Un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 221.

¹⁴⁵ D. DONATI, *Le città collaborative: forme, garanzie e limiti delle relazioni orizzontali*, in *Ist. fed.*, 2019, 957; in termini, F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3 ss.

¹⁴⁶ P. BARBIERI, *Città aperte*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 67.

¹⁴⁷ C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *www.aedon.mulino.it*, n. 1/2013, 5.

Il tramonto dell'idea di città come «creatura degli stati» e la conseguente configurazione delle città come «creature delle comunità»¹⁴⁸, che non applicano il diritto calato dall'alto, ma lo creano, implica evidentemente una cooperazione con i cittadini. Si tratta di vedere, però, come tutto ciò incida sull'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, che sicuramente contribuisce a determinare la qualità e la quantità del «diritto alla città» che spetta ad una particolare popolazione insediata¹⁴⁹. Si allude alla circostanza che, mentre molti sostengono il superamento della centralità dello strumento urbanistico per promuovere lo sviluppo urbano¹⁵⁰, recentissima dottrina, nel ripensare la città e l'urbanizzazione in base al modello lefebvrino, manifesta seri dubbi sulle potenzialità dell'urbanistica consensuale, che «si traduce spesso in soluzioni che tendono a scavalcare la pianificazione urbanistica», ed afferma che «[l]o strumento che più di ogni altro garantisce "il diritto alla città" [...] continua ad essere il piano regolatore, espressione del livello di governo più vicino alla realtà da regolare, ossia il comune»¹⁵¹. Il pensiero è rivolto, ovviamente, ad «[u]na pianificazione strategica, inclusiva dei diversi interessi differenziati, aperta alla partecipazione dei privati nelle diverse fasi della impostazione e attuazione, ma soprattutto *pubblica*», ritenuta «l'unico modo per riportare all'interno del circuito democratico le scelte fondamentali riguardanti il territorio, evitando le pericolose derive dell'urbanistica contrattata»¹⁵². Idea – si badi bene – che non è soltanto dei giuristi, se è vero – com'è vero – che anche un urbanista come Edoardo Salzano ha recentemente ribadito che la pianificazione della città e del territorio è l'unico strumento capace, ove correttamente impiegato dai governanti, di raggiungere gli obiettivi d'interesse comune sottesi al diritto alla città¹⁵³.

Una rivalutazione, dunque, del ruolo delle istituzioni, in coerenza con la ritenuta necessità di salvaguardare il principio di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi ed armonizzi quelle minori in cui essa si specifica, in tal modo rappresentando l'interesse generale¹⁵⁴. Ma – *ça va sans dire* – anche una rivalutazione del ruolo dei cittadini, nella misura

¹⁴⁸ Così F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*, 20.

¹⁴⁹ F. CHIODELLI, *op. cit.*, 108.

¹⁵⁰ Così G. PIZZANELLI, *op. cit.*, 295.

¹⁵¹ G. GARDINI, *op. cit.*, 83-84.

¹⁵² G. GARDINI, *ibidem*.

¹⁵³ *La città dei proprietari*, in *Discussendo intorno alla città del liberalismo attivo*, a cura di G. De Luca, Firenze 2008, 98.

¹⁵⁴ In questi termini, richiamando Santi Romano, M.G. DELLA SCALA, *La 'città sostenibile'*, cit., 347.

in cui invocare il «diritto alla città», predicare come *commons* lo spazio urbano, significa anche contestare radicalmente la legittimità di qualsivoglia atto di governo del territorio che precluda la concreta realizzazione di tali legittime aspirazioni¹⁵⁵. Ripensare la città attraverso Lefebvre vuol dire, dunque, anche valorizzarne l'aspetto, implicito nel concetto di «diritto alla città», di «diritto all'opera (all'attività partecipante)»¹⁵⁶. Ancora una volta, risultano illuminanti le parole del Sommo Pontefice: «Data l'interrelazione tra gli spazi urbani e il comportamento umano, coloro che progettano edifici, quartieri, spazi pubblici e città, hanno bisogno del contributo di diverse discipline che permettano di comprenderne i processi, il simbolismo e i comportamenti delle persone. Non basta la ricerca della bellezza nel progetto, perché ha ancora più valore servire un altro tipo di bellezza: la qualità della vita delle persone, la loro armonia con l'ambiente, l'incontro e l'aiuto reciproco. Anche per questo è tanto importante che il punto di vista degli abitanti del luogo contribuisca sempre all'analisi della pianificazione urbanistica»¹⁵⁷.

È questo il mutamento di prospettiva indispensabile per ripensare la città, sempreché non si preferisca uscirne e dibattere, piuttosto, di «diritto alla campagna», come, del resto, ormai fanno anche alcuni tra gli urbanisti più avveduti¹⁵⁸.

La strada per l'affermazione del «diritto alla città» è sicuramente lunga e passa attraverso la trasformazione degli abitanti da meri amministrati e subordinati alla potestà pubblica in attori: il «diritto all'opera» ed il «diritto alla fruizione» predicati da Lefebvre presuppongono un cittadino collaborativo ed un'amministrazione più partecipata e trasparente. Considerato che facciamo fatica anche soltanto a fare quanto occorre per la raccolta differenziata dei rifiuti¹⁵⁹, direi che è giunto il momento di rimboccarsi le maniche.

¹⁵⁵ C. BELINGARDI, *op. cit.*, 79.

¹⁵⁶ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 130.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, 146-147.

¹⁵⁸ Cfr., ad es., I. AGOSTINI, *Il diritto alla campagna: rinascita rurale e rifondazione urbana*, Roma 2015.

¹⁵⁹ Sul punto, provocatoriamente, S. GIACCHETTI, *Decreto legislativo n. 33/2013: pubblica amministrazione al servizio del cittadino o cittadino al servizio della pubblica amministrazione? Ai posteri l'ardua sentenza*, in *Giurisd. amm.*, 2013, IV, 55, scettico circa un controllo diffuso dell'amministrazione pubblica totalmente rimesso al senso civico dei cittadini.

DIRITTI DELLE GENERAZIONI FUTURE:
NECESSITÀ E LIMITI DI UNA LORO TUTELA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Enunciazione del tema e delle tesi che saranno sostenute. – 2. Fondamento etico-politico dei diritti delle generazioni future. – 3. Irrilevanza della distanza nel tempo delle generazioni future. – 4. Canoni per l'accertamento degli interessi delle generazioni future. – 5. Tipologia degli interessi delle generazioni future. – 6. Natura giuridica degli interessi delle generazioni future. – 7. Tutela dei diritti delle generazioni future. – 8. Proposte avanzate per la tutela degli interessi dei posteri. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *Enunciazione del tema e delle tesi che saranno sostenute*

Il tema dei diritti delle generazioni future è stato oggetto di una diffusa trattazione da parte sia di filosofi della morale o del diritto sia di giuristi, *in primis* (ma non solo) di costituzionalisti od internazionalisti¹. Ciò è naturale poiché si è trattato, e si tratta, di un tema che involge principî di carattere etico-politico e che investe la possibilità o l'opportunità di una prefigurazione giuridica (costituzionale o di altra natura) dei medesimi.

Dalla lettura di vari scritti dedicati all'argomento e dalle riflessioni, che sorgono nella materia *de qua*, scaturiscono due interrogativi di fondo: si possono configurare a livello costituzionale il riconoscimento e la tutela di diritti delle generazioni future? La costituzionalizzazione, a livello di principî, dei diritti delle generazioni future ha una ricaduta notevole

¹ Ci limitiamo a rinviare per un quadro della letteratura filosofica e giuridica sull'argomento, a A. D'ALOIA, R. BIFULCO, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in A. D'ALOIA, R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli 2008, IX ss. (con bibliografia prospettata alla fine dello scritto, XXXII ss.); R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008, 42 ss.; A. D'ALOIA, Voce *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, Milano 2016, 331 ss.

nella protezione di questi ultimi oppure ha un impatto limitato sul piano pragmatico? Enunciamo le tesi di fondo cheosterremo nel prosieguo:

- a) i diritti delle generazioni future hanno un fondamento etico-politico;
- b) i diritti delle generazioni future possono essere riconosciuti a livello di principî costituzionali senza controindicazioni;
- c) l'impatto della configurazione dei diritti delle generazioni future in termini di principî costituzionali sembra essere limitato sul piano della loro tutela.

2. *Fondamento etico-politico dei diritti delle generazioni future*

Se il discorso, che sarà svolto nello scritto, riguarderà il versante giuridico, soprattutto costituzionalistico, del tema in oggetto, un'incursione nella sfera etica e filosofica è necessaria, poiché, per riprendere le felici parole di uno studioso della materia *de qua*, sussiste il "carattere decisivo di una riflessione etica di base e della correlata necessità di un'interrogazione in cui più che mai ne va della questione di sapere se e in quali termini il primato di una temporalità presente e dei presenti possa essere propriamente estesa in vista della legittimazione di una responsabilità genuinamente votata agli abitanti del pianeta in un futuro lontano"². Con l'incursione in ambito filosofico, con alcune notazioni tratte dal ricco panorama della multiforme cultura filosofica nella materia *de qua*, cercheremo di motivare in positivo la configurabilità morale dei diritti dei posteri.

A) A favore del fondamento filosofico ed etico-politico dei diritti delle generazioni future militano due osservazioni, una seppur non decisiva, nondimeno rilevante, l'altra, ci sembra, invece costituente un motivo più rigoroso.

La prima osservazione riguarda il panorama culturale. Tralasciando affermazioni occasionali relative ai diritti delle future generazioni e che si possono riscontrare anche in tempi più lontani³, si registra un'ampia messe di riflessioni ed orientamenti filosofici relativi al tema in oggetto

² Cfr. F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma 2016, 36, 37.

³ V., a titolo indicativo, il richiamo di considerazioni di Jefferson e Madison nel XVIII secolo in tema di diritti delle generazioni future riportate da G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, in A. D'ALOIA, R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto*, cit., 11.

nel XX secolo (e nel nostro attuale) e *pour cause*, poiché il progresso tecnologico è apparso suscettibile di compromettere la soddisfazione di esigenze ed aspettative dei posteri⁴. Ebbene, se non ci inganniamo, si riscontra in questo panorama un orientamento nettamente maggioritario a favore della configurabilità, in termini etici, dei diritti delle generazioni future. In base ad una recente esposizione delle diverse teorie filosofiche sul tema, si verifica una convergenza, sul riconoscimento di diritti dei posteri, da parte di correnti di ispirazione contrattualistica, utilitarista, metafisico-giusnaturalista, libertaria, ecc.⁵. Vero è che, nell'ambito dell'indirizzo nettamente maggioritario, sussiste una diversità di opinioni circa l'esigenza di tutela degli interessi dei posteri (cioè se solo di quelli delle generazioni ravvicinate nel tempo oppure delle generazioni di tutti i tempi)⁶. Ma questa diversità di idee circa la rilevanza del fattore temporale in relazione allo statuto etico delle generazioni future non fa venir meno il riconoscimento di interessi di esseri umani che vivranno in futuro.

Al panorama della cultura filosofica specializzata può aggiungersi il quadro di una pur meno raffinata e più rudimentale opinione etica sui diritti delle future generazioni, quale si desume da documenti di valenza politica (e non giuridica), riscontrabili soprattutto a livello internazionale⁷. In tali testi, soprattutto rilevanti nella materia ecologica, è frequente il richiamo della tutela (anche) delle generazioni future quale componente della motivazione dei comportamenti da tenere e delle politiche da adottare per la realizzazione degli obiettivi prefigurati. Il riferimento alla giustizia inter-generazionale può avere anche venature retoriche, nondimeno tale carattere non fa venir meno, in mancanza di prove contrarie

⁴ A titolo indicativo si può rinviare ad alcune opere, che danno conto del panorama filosofico nella materia *de qua* e che contengono una ricca bibliografia: v. G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Bari, 1995, 26 ss.; F. G. MENGA, *Lo scandalo*, cit., soprattutto 19 ss.

⁵ V. F.G. MENGA, *Lo scandalo*, cit., 39 ss.

⁶ Sulla differenza di concezioni etiche circa la vicinanza o lontananza nel tempo delle generazioni future, v. G. PONTARA, *Etica*, cit., 46 ss. (sono dell'Autore le parole riportate nel testo: ivi, 49); F.G. MENGA, *Lo scandalo*, cit., 79 ss.

⁷ Per un quadro delle dichiarazioni internazionali, che propugnano "il rispetto dell'equità inter-generazionale, intesa come soddisfacimento della generazione presente, senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie", v., a titolo indicativo, L. PINESCHI, *Equità inter-generazionale e diritto internazionale dell'ambiente: principio meta-giuridico o regola di diritto?*, in A. D'ALOIA, R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto*, cit., 113 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino 2016, 80 ss.; A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 347 ss. (sono della Pineschi le parole virgolettate nella nota: *op. cit.*, 113).

(inesistenti), la convinzione dei sottoscrittori di dette dichiarazioni circa la necessità di tutela delle esigenze della posterità.

Se le considerazioni precedenti hanno un valore indiziario (se è consentito l'uso di tale termine), l'argomento forte è costituito da una motivazione di natura logica. Un discorso etico, improntato alla razionalità, deve avere il "pregio" della "sua universalizzabilità"⁸. Orbene alla luce di questo canone di razionalità etica risulta pienamente fondata la giustizia inter-generazionale e la conseguente attenzione alla soddisfazione delle esigenze dei posteri. Per riprendere parole autorevoli, "il discorso razionale *non può* tener conto del carattere futuro (*futureness*) delle generazioni che verranno come una circostanza che *escluda* le generazioni future dalle nostre preoccupazioni razionali di *giustizia*" e sarebbe "moralmente insensato che proprio questa circostanza sia moralmente rilevante"⁹. Il fattore temporale ha una "irrilevanza morale", poiché "la giustizia non sopporta in sé distinzioni derivate dal momento in cui ciascuno di noi deve vivere e quindi dev'essere considerata indipendentemente da esso"¹⁰.

Questa motivazione di ordine rigorosamente filosofico può essere ben integrata da una "intuizione comune" che può corroborare l'argomentazione avanzata poc'anzi¹¹. Assumendo l'ipotesi che venga innescata una bomba, che esploderà in un futuro (in ipotesi 30 anni), sussiste una responsabilità di chi ha innescato l'ordigno nei confronti dei bambini oggi non ancora nati, vittime dell'esplosione, responsabilità simile a quella che è configurabile nei confronti di bambini, già nati, che siano colpiti dall'esplosione oggidi¹². Tale esemplificazione ben conferma che "(il momento della) nascita è solo un accidente"¹³, il quale non ha rilevanza nella ricostruzione di una regola morale.

Quanto sostenuto in precedenza comporta quindi l'irrilevanza morale di fattori incidentali – oltre il momento della nascita è irrilevante il

⁸ Per riprendere le parole di un filosofo del diritto: cfr. G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 10.

⁹ Cfr. G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 10.

¹⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 11. Le considerazioni dell'Autore in oggetto hanno un retroterra in prese di posizione di altri filosofi. A riprova si possono riprendere le parole di un filosofo dell'inizio del XIX secolo, secondo cui "da un punto di vista universale il tempo in cui un essere umano esiste non può incidere sul valore della sua felicità": cfr. H. SIDWICK, *The Method of the Ethics*, citato adesivamente da G. PONTARA, *Etica*, cit., 37.

¹¹ Riprendiamo sia le parole virgolettate, sia le successive osservazioni, dello scritto di G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 10.

¹² L'esempio è addotto da G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 10.

¹³ *Ibidem*.

luogo della stessa nonché della vita di un individuo – ai fini di una teoria della cura degli esseri umani.

B) Prima di passare in rassegna e sottoporre a critica le obiezioni alla configurabilità, in termini etici, dei diritti delle generazioni future, sembra necessaria una duplice precisazione. Anzitutto sussistono argomenti di natura morale accanto ad altri di carattere giuridico. In questo momento ci occuperemo solo dei primi.

In secondo luogo, nell'ambito dell'argomentazione etica analizzeremo partitamente i gruppi di argomenti (di natura strettamente morale, oppure di natura pragmatica), utilizzando l'ordine espositivo seguito da uno dei più importanti studiosi della materia *de qua* e riprendendo anche spunti di confutazione da parte di quest'ultimo dei vari argomenti in oggetto¹⁴.

a) V'è in primo luogo, l'argomento della "rilevanza etica del presente e dell'irrilevanza etica del futuro"¹⁵. In virtù di tale ragione, "non è irrazionale sacrificare un qualsiasi proprio vantaggio o bene futuro, al fine di godere di un vantaggio o bene, per quanto minore, *hic et nunc*" e "se ciò vale per ogni individuo, esso vale anche per una collettività di individui, ivi compresi quelli appartenenti alla stessa generazione"¹⁶. Sembra agevole cogliere il vizio di un siffatto ragionamento sotto il profilo etico. Ammesso – e si può discutere sul punto – che sia razionale perseguire un beneficio minore nel presente con la rinuncia ad uno maggiore nel futuro, ben diverso è il discorso sul piano morale quando si confrontino interessi di soggetti diversi. La comparazione e l'assunzione di una preferenza nell'ambito degli interessi del medesimo soggetto sono moralmente lecite, ma la preferenza del perseguimento di un proprio vantaggio a scapito di un vantaggio altrui è ben altra cosa e moralmente inaccettabile. Per dirla con il filosofo citato "ciò che è...moralmente permesso fare nei confronti di se stesso e del proprio futuro io, non è necessariamente razionale e moralmente giustificato farlo quando sono in gioco anche gli interessi di altri esseri umani, esistenti ora o in futuro"¹⁷. Altrimenti,

¹⁴ L'Autore richiamato nel testo è G. PONTARA, *Etica*, cit., 26 ss. Non prenderemo in considerazione due argomenti, che l'Autore citato espone per completezza, ma che giustamente vengono liquidati velocemente per la loro inconsistenza. Si tratta, infatti, dei motivi costituiti dalla non necessità di preoccuparsi della sorte delle generazioni future in quanto interverrà, a tutela delle stesse, o la "divina provvidenza" oppure (ancor peggio) la "astuzia della ragione" di hegeliana memoria: v. *op. ult. cit.*, 33-34.

¹⁵ Si riprende qui la formula di G. PONTARA, *Etica*, cit., 34.

¹⁶ Cfr. G. PONTARA, *Etica*, cit. 35.

¹⁷ Cfr. G. PONTARA, *op. ult. cit.*, 35.

ricorrendo all'argomento apagogico, sarebbe moralmente lecita qualunque scelta egoistica a danno di altri contro la regola etica dell'altruismo.

b) C'è poi l'argomento della "assenza di empatia". Esso si sostanzia nell'affermazione secondo cui può sussistere un obbligo morale verso altri solo se ci si identifica con altri e si possiede "una capacità di vedere le cose ponendosi dal loro punto di vita, dal punto di vista dei loro interessi o dei loro desideri o del loro bene"¹⁸. Posta l'empatia come fondamento dell'obbligo morale, quest'ultimo viene negato nei confronti delle generazioni future. Come ben riportato, "possiamo identificarci, almeno in certa misura, con coloro che ci sono più vicini per legami di affetto, o per legami culturali, e magari anche, in certa misura, con coloro che ci sono vicini nello spazio e nel tempo", ma non sarebbe ipotizzabile una identificazione "con coloro che vivranno sul pianeta tra cento o trecento o tremila anni", in quanto un'identificazione non può avvenire nei confronti di "esseri «potenziali»...troppo astratti"¹⁹ aventi interessi non definibili oggi.

Contro questo argomento possono valere, a tacere d'altro, due forti obiezioni.

In primo luogo, se può operare l'empatia nell'atteggiamento verso gli altri, non è meno vero che "l'empatia nei confronti degli altri non è l'unico fattore in grado di motivare un nostro comportamento morale nei loro confronti"²⁰. Un individuo può compiere azioni utili ad altri non solo per empatia nei loro confronti, ma anche, o principalmente (in certi casi) per un senso del dovere. Aggiungiamo che ciò non solo avviene in via di fatto (come rileva il filosofo citato), ma, in termini prescrittivi, deve avvenire in virtù di un imperativo etico, poiché prendersi cura di altri non deve tanto fondarsi su un sentimento di empatia del benefattore quanto sull'utilità del beneficio di chi lo riceve. L'empatia o meno non può determinare o meno la doverosità etica di comportamenti altruistici e di cura altrui. Con parole sintetiche, dobbiamo prenderci cura dei bisognosi perché hanno bisogno, non perché (e solo in quanto) sentiamo empatia nei loro confronti (liberi di trascurarli se manca l'empatia).

In secondo luogo, la non esistenza attuale, la "potenzialità" degli individui futuri non è un argomento probante. Come ben osservato ci sono individui "meramente possibili", che potranno venire o meno ad esisten-

¹⁸ Cfr. G. PONTARA, *op. ult. cit.*, 38.

¹⁹ Cfr. G. PONTARA, *op. ult. cit.*, 38. Si rammenta che le parole riportate nel testo rappresentano bene un'opinione, che peraltro l'Autore dell'opera citata non condivide.

²⁰ Cfr. G. PONTARA, *op. ult. cit.*, 38.

za per circostanze varie (ad es. i figli che una coppia può procreare sono certo più di quelli che detta coppia abbia effettivamente procreato ed i figli non procreati vanno considerati “meramente possibili”). Ci sono invece gli “individui futuri”, i quali esisteranno (in base ad un’ipotesi ragionevole). Tali individui “a differenza di quelli meramente possibili...di fatto esisteranno in questo o quel lasso di tempo futuro” e “sono altrettanto poco «potenziali» quanto lo sono quelli distanti da noi nello spazio”²¹.

c) Altro argomento è costituito dalla “relazionalità degli obblighi morali”.

Secondo tale argomento, che presenta qualche aspetto comune con quello precedentemente esposto, requisito della configurazione di obblighi morali (pur non solo di questi) è la sussistenza di una relazione eticamente rilevante fra individui. Per esemplificare c’è l’obbligo di mantenere le promesse se ci sono soggetti a cui sono state fatte, oppure c’è l’obbligo di gratitudine se qualcuno ha fatto sacrifici per il nostro bene²². È ritenuta una “particolare versione di siffatta teoria, quella per cui ogni obbligo morale che abbiamo verso altri lo abbiamo in forza dell’appartenere noi ed essi ad una stessa «comunità morale»”, vale a dire “una comunità caratterizzata da una condivisa concezione di ciò che è bene per l’uomo”²³. Mancando questo requisito della relazionalità, mancherebbero nel caso delle generazioni future obblighi morali nei loro confronti.

L’argomento in oggetto può essere confutato osservandosi che gli obblighi morali si fondano non su relazioni fra soggetti, ma sugli interessi moralmente rilevanti dei beneficiari degli eventuali obblighi. L’argomento della “relazionalità degli obblighi morali” si fonda “su di una teoria degli obblighi morali che appare limitata in modo piuttosto gratuito” in quanto “vi sono cose che, almeno *prima facie*, è proibito fare agli altri” a prescindere da “ogni particolare relazione che intercorra tra noi ed essi”²⁴.

Il triplice ordine di argomenti, riportati in precedenza, è di natura strettamente morale. Riportiamo ora i motivi costituiti da un intreccio tra valutazioni morali e di fatto.

a) L’argomento della “nostra ignoranza” è il primo, e riteniamo il più

²¹ Per riprendere le parole di G. PONTARA, *Etica*, cit., 39.

²² Per questi, ed altri, esempi, v. G. PONTARA, *op. ult. cit.*, 40, 41.

²³ Cfr. *op. ult. cit.*, 41.

²⁴ Cfr. G. PONTARA, *Etica*, cit., 42, il quale rileva che c’è il divieto morale di uccidere altri o di farli soffrire, anche in mancanza di minacce o danni ricevuti dagli stessi, cioè di una qualsiasi relazione con i medesimi individui.

consistente (seppur non divisibile), di questa categoria di argomentazione. Riprendendo anche sul punto qualche icastica frase espositiva, gli attuali viventi non sanno “quali saranno gli interessi, le preferenze, i desideri, i valori, la concezione del proprio bene che avranno i futuri abitanti del pianeta” e, anche qualora gli attuali viventi sapessero “qual è il...bene” dei posteri “nulla [saprebbero] circa i modi in cui le [loro] azioni possono incidere su di esso”²⁵. Quindi la non conoscenza sia di interessi, valori e preferenze delle generazioni future sia dei modi con cui soddisfare le istanze delle stesse giustificano il mancato obbligo di promuovere il loro bene. Inoltre l’argomento della non conoscenza delle esigenze dei futuri abitanti della terra viene talora aggravato dal paventato rischio di un paternalismo dei viventi che, nella preoccupazione per la sorte dei posteri e nella loro tutela, finirebbero per designare e favorire una condizione umana delle generazioni future in base non ai loro valori od interessi, ma a quelli della generazione presente.

Tralasciando l’infondato discorso sul rischio del paternalismo – per assurdo, sarebbe paternalistica qualunque tendenza a preoccuparsi del futuro altrui (anche) nell’interesse altrui – ci sembra che la constatazione della ignoranza, pur fondata, non conduce alla negazione della necessità di tutela delle generazioni future. Riprendendo per analogia un canone della vita comune, la non conoscenza non obbliga affatto ad agire per il bene altrui, ma ciò non vale solo nei limiti in cui sussista l’ignoranza. Con un esempio banale, un individuo in tanto non sarà tenuto ad aiutare un altro nella ricerca e nel conseguimento di un posto di lavoro in quanto non conosca l’attitudine e l’aspirazione lavorativa di quest’ultimo, ma, allorché queste ultime divengano note, può sorgere un eventuale obbligo morale di aiuto. Possiamo ora applicare questi ragionamenti al caso delle generazioni future.

Vero è che noi non possiamo conoscere quali saranno i valori, gli interessi, i bisogni, ecc. delle generazioni future, cioè tanti aspetti della desiderabile condizione umana dei posteri. Ma nessuno ritiene o può ritenere che le generazioni viventi si preoccupino di soddisfare tutte, od anche solo la maggior parte, delle esigenze di quelle future. L’obbligo della generazione vivente è assicurare il godimento di alcune condizioni di vita ed attualmente conoscibili o comunque prevedibili (in quanto probabili) delle generazioni future. In questa prospettiva si possono riprendere al-

²⁵ Cfr. G. PONTARA, *Etica*, cit., 42.

cune puntuali osservazioni di una ripetutamente citata dottrina filosofica, che si è occupata della materia *de qua*.

Come replica alla impossibile conoscenza delle esigenze delle generazioni future si è osservato che occorre ben distinguere tra fini – valori, preferenze, ecc. – e necessità strumentali di dette generazioni. Più esattamente noi viventi possiamo ignorare “le preferenze, i desideri, i valori intrinseci degli individui che abiteranno il nostro pianeta in un futuro remoto”, ma sappiamo, o quanto meno possiamo ragionevolmente supporre che “essi avranno bisogno di certe cose fondamentali” per realizzare preferenze, valori, ecc. e che “vi sono buone ragioni per ritenere che beni strumentali o primari fondamentali saranno assai simili a quelli di cui abbiamo bisogno noi: un ambiente non radioattivo, cibo a sufficienza, acqua non avvelenata, aria respirabile, risorse naturali”²⁶, ecc.

Per quanto riguarda l’obiezione, secondo cui noi viventi non possiamo conoscere gli effetti delle nostre azioni nei confronti dei discendenti, è possibile confutarla con questa motivazione. L’ignoranza degli effetti dei nostri comportamenti sul futuro non è totale, poiché i rischi, anzi i danni, indotti da certi fenomeni macroscopici attuali sono ben valutabili. Sulla falsariga della dottrina già citata possiamo esemplificare richiamando il caso della produzione di scorie radioattive o dell’effetto serra, che ben possono avere conseguenze negative (anche) per le generazioni future²⁷.

b) Da ultimo si può menzionare “l’argomento dell’asimmetria tra sacrifici richiesti alla generazione presente e il numero indefinito delle generazioni future”²⁸. In estrema sintesi poiché si debbono contemperare i benefici, con relativi sacrifici e costi, della generazione vivente con quelli delle generazioni future, sussisterebbe un’asimmetria sfavorevole ai presenti abitanti della terra, in quanto i posteri sarebbero in numero assai maggiore. Per dirla con icastiche parole, secondo tale impostazione, “ogni generazione dovrebbe sacrificare i suoi interessi presenti per garantire benefici agli uomini futuri”²⁹.

²⁶ Cfr. G. PONTARA, *Etica*, cit., 44. L’A. ha soggiunto che “i bisogni fondamentali dell’uomo, nei tremila e più anni di storia umana di cui abbiamo buona conoscenza, sono sempre stati sostanzialmente gli stessi e che, fino a prova contraria, ciò costituisce una buona ragione per ritenere che tali rimarranno anche per i prossimi trecento o tremila anni”: *ibidem*.

²⁷ V. G. PONTARA, *Etica*, cit., 44.

²⁸ L’argomento e le parole virgolettate si rinvengono in R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 53, in quanto tale motivo (riportato, ma non condiviso dall’Autore) non rientra nel complesso di argomenti esposti da Pontara.

²⁹ Cfr. R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 53.

A tale argomento è stato ben replicato che, come ben lumeggiato, la giustizia intergenerazionale significa sì riconoscimento e tutela dei diritti delle generazioni future, ma non prevalenza degli interessi di queste ultime nei confronti degli attuali viventi. Come detto efficacemente, “se consideriamo le generazioni future titolari di diritti, i nostri doveri verso di esse non sono astrattamente minori né maggiori di quelli che abbiamo verso i nostri contemporanei”³⁰. Al che si può aggiungere che, sulla base di quanto sostenuto in precedenza, il compito delle generazioni viventi è sostanzialmente un uso oculato di risorse, senza sperpero o dilapidazione delle stesse, in modo tale da garantire anche alle generazioni future il godimento di una condizione umana simile a quella degli attuali abitanti della terra.

3. *Irrelevanza della distanza nel tempo delle generazioni future*

A conclusione di quanto scritto in precedenza sugli aspetti etici e filosofici dei diritti delle generazioni future si possono fare alcune sintetiche considerazioni.

a) Nelle pagine precedenti non abbiamo tenuto conto di un problema e di una distinzione, che pure sono diffusamente richiamati dalla dottrina filosofica. Più esattamente si è posto l'interrogativo: la responsabilità verso le generazioni future riguarda queste a tempo indeterminato, cioè per tutte le epoche future, oppure riguarda solo le generazioni più vicine a noi nel tempo?³¹. Esiste infatti una corrente filosofica, secondo la quale sussisterebbe una “responsabilità attenuata verso le generazioni future”, vale a dire il fattore temporale può differenziare la cura delle generazioni future. Tale teoria della diversa intensità della responsabilità verso le generazioni future in relazione alla maggior o minor distanza di tempo fra i viventi ed i posteri si distingue nettamente dalla tesi dominante di una responsabilità senza limiti temporali ed ovviamente è stata oggetto di dibattito etico e filosofico³². L'omissione di tale tematica ha una precisa, sia pur opinabile, motivazione.

A tacere della ingiustificabilità, in termini meramente etici, di una dif-

³⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 27, 28.

³¹ Sul tema e sulla divergenza di posizioni, v., a titolo indicativo, G. PONTARA, *Etica*, cit., 46 ss.; F.G. MENGA, *Lo scandalo*, cit., 79 ss.

³² Sulla dottrina, che ha limitato la tutela nei confronti delle generazioni future più vicine a noi, v., a titolo indicativo, G. PONTARA, *Etica*, cit., 46 ss.; F.G. MENGA, *Lo scandalo*,

ferenza fra esseri umani secondo i tempi in cui si trovino a vivere (come si è sostenuto in pagine precedenti), c'è una considerazione di ordine pragmatico. Salvo difetto di fantasia di chi scrive, non vediamo quali effetti pratici possano scaturire da una distinzione di natura temporale, in quanto la tutela delle generazioni prossime giova anche a quelle lontane. Per esemplificare, la conservazione di risorse come l'aria o l'acqua, con protezione dall'inquinamento, giova alle generazioni future prossime o lontane senza differenza alcuna. Ciò in base a quanto possiamo valutare e disporre oggidì. Se poi determinate forme di tutela non saranno più necessarie in secoli futuri, le generazioni viventi in secoli futuri (e non la nostra) potranno abbandonare tali forme. Per esempio, se per un'ipotesi quanto mai improbabile oggidì, fosse inventata qualche tecnica biologica che consentisse ad abitanti futuri della terra di respirare aria altamente inquinata senza alcuna conseguenza di natura biologica e patologica, potranno essere dismesse le misure contro l'inquinamento atmosferico. Ma, in assenza di una (dimostrata) alta probabilità di certe trasformazioni di natura biologica, l'aria andrà (tutelata e) depurata (se inquinata).

b) In precedenza ci siamo soffermati diffusamente sul dibattito etico relativo alle generazioni future. In verità, dato che abbiamo seguito, nella trattazione di questa tematica, in prevalenza le orme della dottrina filosofica dominante e che la giustificazione etica e filosofica è accolta dalla netta maggioranza dei giuristi che si sono occupati dei diritti delle generazioni future, potrebbe sembrare sovrabbondante la riproposizione dei motivi favorevoli, delle obiezioni e repliche ad esse che già sono stati ben lumeggiati nella letteratura *ad hoc*. Ma c'è un motivo che può giustificare, a nostro parere, tale trattazione.

Se l'orientamento a favore della tutela degli interessi delle generazioni future appare nettamente maggioritario nella cultura, filosofica e non, che si è occupata della tematica *de qua*, sembra che sia nettamente dominante nell'opinione pubblica un atteggiamento sfavorevole nei confronti dei futuri abitanti della terra e che è stato definito *presentismo*, in quanto volto a soddisfare le esigenze delle generazioni viventi al presente ai danni di quelle future³³. La netta preponderanza del presentismo... nel presente ci sembra giustificare la riaffermazione (anche) della argomentazione etica e filosofica addotta a favore degli interessi delle generazioni future.

cit., 79 ss. (si ritrovano in quest'opera le pagine virgolettate nel testo, e più esattamente nel titolo del IV capitolo).

³³ Su tale presentismo si spenderà qualche parola più diffusamente nel paragrafo 6.

4. *Canoni per l'accertamento degli interessi delle generazioni future*

Esaurito il discorso filosofico ed etico, si può passare al piano giuridico. In questo ambito si pongono due interrogativi: gli interessi dei posteri possono avere una configurazione ed una tutela di natura giuridica? In caso di risposta affermativa al primo quesito, possono essere configurati come diritti? Cercheremo di rispondere, allineati con autorevoli giuristi, ai due interrogativi, con il preavvertimento che affronteremo la tematica sul versante del diritto costituzionale³⁴.

Possiamo assumere come premessa un'impostazione generale circa il rapporto fra morale e diritto. È spesso accaduto che interessi e regole di natura morale si siano tradotti in norme giuridiche³⁵. Questa traduzione di interessi e regole di natura morale in ambito giuridico ha una sua validità perché, quando sussista su di essi un favore concorde (cioè di correnti religiose, ideologiche, ecc., pur divergenti tra di esse), è bene realizzare al massimo grado, quindi anche a livello di diritto, interessi e regole moralmente giustificati. Questa impostazione riteniamo valga anche nel campo del riconoscimento degli interessi e della tutela delle generazioni future.

Ciò premesso, è necessario spendere qualche parola circa la soggettività delle generazioni future e gli interessi, che si possono configurare in capo alle stesse.

A) Per quanto riguarda la soggettività delle generazioni future, non è mancata una tendenza dottrinale volta a configurare queste ultime, come un soggetto, distinto dai suoi componenti individuali, ricorrendo alla figura della finzione giuridica³⁶. Orbene, non condividiamo tale orientamento, poiché ci sembra che si fondi su un equivoco. A tacere della discutibilità della nozione di finzione giuridica³⁷, riteniamo che non abbia alcuna utilità la configurazione di una soggettività delle generazioni futu-

³⁴ È superfluo far presente che il discorso costituzionalistico è soltanto una parte di un'analisi e di una ricostruzione giuridica dei diritti delle generazioni future.

³⁵ Assumiamo la figura lata del concetto di norma, ricomprendendovi sia le norme-principio, sia le norme-regole secondo la nota distinzione.

³⁶ V., in particolare, R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 79 ss.. Sul tema, con posizione ci sembra divergente, v. M. LUCIANI, *Generazioni future. Distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto*, cit., 425-427; A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 365 ss.

³⁷ Non riteniamo utile tale concetto di finzione giuridica, aderendo con ciò ad uno degli orientamenti dottrinali sul concetto *de quo*: sul punto v. Autori citati da F. TODESCAN, *Diritto e realtà*, Padova 1979, 232 ss.

re, posto che l'attribuzione di una soggettività ad un'entità può avere un senso se quest'ultima ponga in essere comportamenti od atti (ad esempio nel caso delle persone giuridiche). Nel caso delle generazioni future si tratta di una (quanto mai) ampia sfera di destinatari di possibili benefici ricevuti da altri, sono cioè di entità passive che non necessitano di una entificazione giuridica. Per usare una similitudine, sussistono ipotesi di categorie di destinatari di prestazioni e di tutela da parte di altri, pur essendo entità allo stato diffuso, es. categorie di minori, di portatori di handicap, ecc. Nel nostro caso le generazioni future sono costituite da un ampio ed indeterminato numero di futuri abitanti della terra che hanno esigenze ed interessi simili a quelli della nostra generazione³⁸.

B) Riprendendo, in termini giuridici, considerazioni già svolte in precedenza in termini etici, sussistono interessi dei posteri, che possono e debbono essere riconosciuti nel "diritto per il futuro"³⁹ di oggi.

Per configurare interessi costituzionalmente rilevanti si debbono individuare bisogni e strumenti. Più esattamente, per strumenti si intendono "beni e possibilità"⁴⁰, cioè assenza di impedimenti o disponibilità di risorse (economiche, biologiche, ecc.) funzionali alla soddisfazione dei bisogni e necessitanti di misure di ordine negativo o positivo da parte degli ordinamenti attuali. Ad esempio, l'interesse costituzionale alla salute (individuale) è costituito da un bisogno di salute e dalla necessità di beneficiare di cure ed istituzioni sanitarie funzionali a detto bisogno. Come individuare gli interessi delle generazioni future?

Per quanto riguarda i bisogni dei nostri discendenti, vale il discorso avanzato da autorevole cultura filosofica⁴¹ e giuridica⁴², la quale ha, come s'è visto, confutato l'"argomento dell'ignoranza", affermando che si può ben assumere che, pur mutando specifici bisogni degli uomini del futuro, questi ultimi avranno pur sempre esigenze basilari simili a quelli attualmente viventi. Per dirla con le parole di un costituzionalista, le no-

³⁸ La scissione di specifiche generazioni in diversi tempi non ha particolare rilevanza.

³⁹ Riprendendo la formula del titolo di un'opera collettanea più volte citata.

⁴⁰ Riprendiamo le parole di un Autore che ha sinteticamente espresso il discorso di un altro filosofo: cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, Torino 2020, 335 (il quale richiama uno scritto di H. JONAS, *Il diritto di morire*, Genova 2006, 7 ss.).

⁴¹ V. gli scritti già citati, G. PONTARA, *Etica*, cit., 44; G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 7 ss.

⁴² V., a titolo indicativo, A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto*, cit., 78; A. D'ALOIA, *Generazioni*, cit., 373; R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 52.

stre “somiglianze con gli esseri umani che verranno sono molto maggiori delle differenze”⁴³. I bisogni fondamentali di natura fisica, psicologica o culturale, ivi compresa la libertà, il cui appagamento può generare benessere fisico o psichico degli individui, possono essere assunti come propri anche dei nostri discendenti. Si tratta certo di una presunzione (relativa), di una previsione avanzata con margini di incertezza e di aleatorietà, eppure dotata di un consistente fondamento empirico.

Per quanto riguarda gli strumenti si può fare un discorso in qualche modo speculare a quello relativo ai bisogni. Vero è che le generazioni dei viventi non possono prevedere quali saranno i mezzi con cui i discendenti potranno soddisfare le loro esigenze. Noi possiamo però prevedere che, in linea di massima, saranno necessari, anche in futuro, strumenti impiegati od impiegabili al presente, vale a dire che si possono configurare dei dati della realtà che saranno funzionali all'appagamento dei bisogni dei posteri. Rimanendo sempre sul piano generale, si può ritenere che, qualora si voglia garantire il godimento della libertà dei posteri, si dovrà prevenire la crescita incontrollata di fattori, che determinino impedimenti di difficile rimozione in futuro, con l'introduzione (anche) di istituzioni che consentano detta opera di prevenzione. Qualora, in altra direzione, si intenda consentire alle generazioni future l'appagamento di bisogni mediante godimento di risorse (naturali od economiche), sarà necessaria l'adozione di strumenti che non solo prevenivano l'ulteriore depauperamento delle risorse stesse, ma anche ricostituiscano le medesime, con azioni in positivo.

Prima di passare all'analisi degli ambiti nei quali si sono sviluppate, o si possono sviluppare, riflessioni sui bisogni e relativi strumenti di appagamento delle generazioni future, sembra necessario delineare alcuni canoni per una corretta configurazione degli stessi.

Il primo canone, rilevante in materia, è di carattere generale ed è costituito dal così detto “principio di precauzione”, prospettato diffusamente nel settore del diritto ambientale⁴⁴, ma poi esteso ad altri ambiti⁴⁵.

⁴³ Cfr. R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 52.

⁴⁴ La bibliografia circa l'adozione del canone di precauzione in campo ambientale è sterminata. Sul tema in oggetto, a titolo indicativo, ci limitiamo a rinviare a qualche scritto (ed alla bibliografia ivi citata): v. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000, 169 ss.; R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 110, 111; N. DE SADELEER, *Gli effetti del tempo, la posta in gioco e il diritto ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2001, soprattutto 598 ss.; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, II, 9 ss.

⁴⁵ Anche su tale profilo del canone della precauzione, v., a titolo indicativo, L. SCAF-

Interessa non la traduzione specifica di questo canone, o principio che dir si voglia, nei diversi ambiti, bensì il senso generale di questo. Per riprendere una valida configurazione, con adattamento alla nostra tematica, “la precauzione non presuppone...la conoscenza perfetta del rischio: è sufficiente averne sentore, sospettare che possa accadere, presumerlo”, cioè si tratta “di anticipare [i rischi] che derivano dalla possibilità, dall’eventualità, dalla plausibilità, dalla probabilità”⁴⁶. Tale impostazione mira quindi a prevenire fenomeni negativi, che, pur non essendo “quasi sicuri, valutabili, calcolabili”⁴⁷, presentano un certo tasso di pericolosità.

Il canone generale della precauzione si sostanzia poi in canoni più specifici. Rinviando per una trattazione approfondita all’analisi ed alle riflessioni di un’autorevole dottrina statunitense⁴⁸, ci limitiamo a qualche sintetica notazione.

Anzitutto il principio di precauzione deve essere ricostruito sulla base non di una paura irrazionale, vale a dire sotto l’impulso dell’emozionalità, ma di preoccupazioni razionali, che trovino un qualche riscontro su fatti od ipotesi empiriche. Alla luce di ciò, qualora si accolga la bipartizione fra versione forte e debole di detto principio, appare preferibile la seconda, pur con tutte le precauzioni del caso⁴⁹.

Venendo alla specificità più concreta, sembra possibile delineare i seguenti canoni.

a) Deve sussistere una gravità del danno. La gravità del danno può certo essere costituita da rischi di catastrofe, ma potrebbero sussistere rischi anche di minor gravità (come risulterà dal prosieguo).

b) Deve sussistere una irreversibilità, o reversibilità quanto mai ardua, del danno che subiscano le future generazioni, come ad esempio la distruzione dei beni non più ricostruibili come tali.

c) Deve sussistere un rilevante probabilità dell’effetto negativo deprecato.

d) Occorre che l’effetto dannoso e la sua probabilità siano ragionevolmente prevedibili, vale a dire che la previsione si fondi su sospetti ancorati a dati di fatto disponibili.

FARDI, *Principio di precauzione e ingegneria genetica nella catena alimentare*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 659 ss. e bibliografia ivi citata.

⁴⁶ Cfr. N. DE SADELEER, *Gli effetti*, cit., 599.

⁴⁷ Cfr. N. DE SADELEER, *Gli effetti*, cit., 599.

⁴⁸ V. l’opera di C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna 2010, contenente una ricca ed esaustiva trattazione del principio di precauzione.

⁴⁹ Su questa bipartizione ed opzione circa le due versioni, v. C.R. SUNSTEIN, *Il diritto*, cit., 31 ss.

e) Può essere opportuna una valutazione comparativa fra i vantaggi delle misure di precauzione ed i costi indotti dalle stesse, cioè un'analisi costi-benefici, tenendosi anche presente che, talvolta, gli effetti della precauzione potrebbero essere controproducenti per i fini perseguiti da quest'ultima⁵⁰.

Concludiamo queste notazioni sul principio di precauzione con una considerazione. È banale rilevare che i canoni specifici delineati sono inevitabilmente privi di rigore e possono avere applicazioni divergenti dato il margine di opinabilità che essi presentano. Nondimeno è (quasi) banale osservare che nella vita del diritto (e non solo di questo, ma anche nell'ambito dell'etica e della politica) è indispensabile ricorrere a concetti e canoni, che sono oggetto di valutazioni ed applicazioni controvertibili e divergenti: si pensi ad esempio all'impiego del principio (o canone) di ragionevolezza. Dinanzi a tale necessità è dovere della cultura giuridica (e non solo giuridica) non rifiutare l'impiego di detti principi (o canoni), ma elaborare una più approfondita concretizzazione, che consenta più agevolmente di giudicare la correttezza o meno della loro applicazione. Al che si aggiunga che sussiste già un materiale costituito da riflessioni ed esperienze circa l'applicazione dei canoni specifici dianzi richiamati e che, almeno in parte, consente di avere parametri di giudizio circa le azioni e misure informate al principio di precauzione⁵¹.

5. *Tipologia degli interessi delle generazioni future*

Delineati i canoni, mediante i quali si possono configurare bisogni e strumenti per il loro appagamento da parte dei posteri, si può operare una veloce ricognizione dei settori della vita collettiva nei quali la prevalente dottrina ha ravvisato interessi delle generazioni future⁵². Più esattamente sono almeno cinque gli ambiti in cui si è ritenuta necessaria una tutela dei posteri. Nel delineare tali cinque ambiti, li raggrupperemo in

⁵⁰ Per un approfondimento di questi canoni, v., a titolo indicativo, v. A. GRAGNANI, *Il principio*, cit., soprattutto 16 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Il diritto*, cit., soprattutto 151 s.

⁵¹ V., a titolo indicativo, i canoni specifici impiegati dalla giurisprudenza tedesca per la configurazione di danni o di loro probabilità in materia di sicurezza ambientale e sanitaria, quali descritti da A. GRAGNANI, *Il principio*, cit., 19 s.

⁵² Per un quadro dei settori nei quali rilevano interessi delle generazioni future, v. l'ampia esposizione di R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 27 ss.; A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 352 ss.

due categorie, includendo nella prima ambiti di minor controvertibilità delle problematiche e delle soluzioni, e nell'altra quelli in cui si manifestano più dubbi circa queste ultime.

A) Il primo ambito è costituito da quel complesso di beni, che costituiscono l'ambiente naturale, e che rischiano di essere compromessi da un incontrollato sviluppo tecnologico, foriero di inquinamento e di distruzione di quei beni ambientali che sono necessari per la salute e la vita umana⁵³. Sul rischio che una grave degradazione dell'ambiente comprometta l'appagamento di bisogni vitali delle generazioni future c'è una quanto mai diffusa opinione a livello non solo culturale (scientifico e giuridico), ma anche politico (come provano varie prese di posizione di istituzioni internazionali, statali ed intrastatali). A riprova è maturato un orientamento politico culturale che propugna uno "sviluppo sostenibile" onde preservare le risorse ambientali per le esigenze anche delle generazioni future⁵⁴. La validità di tale orientamento, se si tiene conto di quanto rilevato dalle più qualificate correnti scientifiche e del principio di precauzione, non sembra affatto contestabile⁵⁵.

Il secondo ambito è costituito dal complesso delle bellezze artistiche e naturali⁵⁶. Non è necessario dimostrare che si tratta di beni non rinnovabili, non sostituibili, la cui distruzione o compromissione provoca un mancato appagamento di bisogni, di ordine psicologico-culturale, dei discendenti e quindi una loro perdita. Vero è che tali bisogni non hanno l'intensità dell'interesse alla conservazione della vita od alla salute, posto che non riguardano le basilari esigenze esistenziali. Nondimeno il sentimento estetico ed il conseguente desiderio di godere delle bellezze artistiche e naturali sono un *quid* che è proprio di settori di una qualche consistenza delle società, soprattutto di quelli acculturati (che, sperabilmente, dovrebbero aumentare).

B) Veniamo ora ai tre ambiti ove, come s'è anticipato, appaiono più

⁵³ V. R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 27 ss.; A. D'ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 353.

⁵⁴ Senza diffonderci su questa impostazione, del resto nota, ci limitiamo a rinviare a R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 108 s.; A. D'ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 333 ss., cui *adde*, sempre a titolo indicativo, T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 44 ss.

⁵⁵ Che poi la presenza di interessi economici ed elettoralistici induca a negare, oppure a contraddirli nella prassi, quanto riportato nel testo non inficia la validità dell'impostazione sostenuta.

⁵⁶ Le bellezze naturali fanno parte dell'ambiente...naturale, ma possono essere distinte dalle risorse biologiche del medesimo per la loro finalità estetica, che le accomuna al patrimonio artistico.

controverse le problematiche e la necessità di tutela degli interessi delle generazioni future.

Il primo è costituito dalla “economia, o più esattamente da risorse produttive e finanziarie, il cui venir meno o la cui consistente diminuzione costituisce un sofferto impoverimento dei posteri”⁵⁷. In termini più specifici, è stata posta in luce l’esigenza delle generazioni future di “non ereditare un debito pubblico sproporzionato”, e di non essere costrette a “colmare il debito attraverso il prelievo fiscale o il congelamento del debito”⁵⁸.

Tale profilo delle esigenze e della tutela dei posteri presenta qualche differenza con gli altri aspetti delineati in precedenza. Infatti in questo caso appare, a prima vista, una minor gravità di effetti, poiché, come ben sottolineato, “è più difficile che i comportamenti aggressivi di beni economici a carattere «intertemporale» come il diritto alla pensione, alla stabilità economico-finanziaria, alla sicurezza sociale e del lavoro assumano il dato della definitività e della irreversibilità”⁵⁹. Nondimeno questa differenza non fa venir meno l’esigenza di non trasmettere alle generazioni future un certo tipo di indebitamento. Più esattamente può esservi un indebitamento leggero, fisiologico (negli ultimi due secoli) ed un altro invece “sproporzionato”⁶⁰, ed è questo secondo a risultare inaccettabile, poiché, può “produrre comunque effetti di pesante (e, almeno nel breve-medio periodo, non contrastabile e quindi non reversibile) condizionamento delle possibilità di scelta e di organizzazione delle risorse da parte delle generazioni di volta in volta successive”⁶¹ e quindi con carente appagamento dei loro bisogni. Vale anche con riferimento ai posteri “il principio di equità intergenerazionale, che solo la stabilità finanziaria, il risanamento del debito e la certezza del diritto possono contribuire a preservare”⁶².

⁵⁷ Su questo tema, v. R. BIFULCO, *Diritti*, cit., 37 ss.; A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 357 ss.; cui *adde*, a titolo indicativo P.A. VAGLIASINDI, *Problemi intergenerazionali nell’economia pubblica*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 443 ss.; T. BOERI, *Pensioni e divisione dei rischi fra generazioni*, *ivi*, 471 ss.. Si rileva che il discorso degli Autori citati riguarda soprattutto le risorse finanziarie, quindi il reddito piuttosto che le risorse fisiche che riguardano l’economia produttiva.

⁵⁸ Cfr. R. BIFULCO, *Diritti*, cit., 38.

⁵⁹ Cfr. A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit. 358.

⁶⁰ Per riprendere il termine richiamato in precedenza.

⁶¹ Cfr. A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 358. Non interessa la distinzione fra debito pubblico e pensioni (pur utilizzata dall’Autore in oggetto), poiché il disavanzo indotto dalle seconde è una componente del primo.

⁶² Cfr. A. BUSCEMA, *Conti pubblici e nuove generazioni*, in *Archivio giuridico* 2020, 24.

Il secondo ambito è costituito dal settore delle biotecnologie e dei rischi che possono derivare dalle stesse.

Della biotecnologia esiste un'accezione lata, in virtù della quale essa "comprende l'applicazione integrata di biochimica, microbiologia e tecnologia dei procedimenti industriali con lo scopo di sfruttare tecnologicamente il potenziale dei microorganismi della colture di cellule o di tessuti o di parti di essi"⁶³, ed in questo senso si tratta di un'attività umana registrabile nei secoli passati. Ma ciò che interessa è il significato più ristretto della biotecnologia dei tempi più recenti. Più esattamente c'è una biotecnologia che "interviene sulla sostanza genetica, cosicché ne risultano un nuovo DNA o DNS... ed esseri viventi artificialmente ricombinati" ed è "in questo senso sostanzialmente ingegneria genetica"⁶⁴.

La biotecnologia, quale ingegneria genetica, ha possibili applicazioni in vari campi, vale a dire nell'agricoltura (sulle piante), nella zootecnica e nella medicina (in particolare nella terapia genica)⁶⁵. In questo ambito però si registra una distinzione netta non solo per l'oggetto, ma anche, e

Incidentalmente, non sembrano probanti contro quanto riportato nel testo, due valutazioni di fatto di un autorevole costituzionalista, il quale ha osservato che non sappiamo "se i diritti dei nostri figli, appartenenti ad una generazione che era futura negli anni sessanta, sono stati tutelati meglio o peggio dalla politica di *deficit spending* di quegli anni" (cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto*, cit., 437) e che la preoccupazione per il benessere delle generazioni future è stato invocato da "chi predicava la riduzione della spesa pubblica per finalità di riduzione dello Stato sociale, ma al solo fine di avvantaggiare qualche ceto sociale a scapito d'altri" (*ibidem*). Alla prima osservazione critica si può obiettare che il *deficit spending* può arrecare dei vantaggi sì, ma solo se non supera certi limiti, perché l'indebitamento, sia nella sfera privata che in quella pubblica, non può mai raggiungere livelli che rendano molto difficile il rientro nell'equilibrio finanziario. Del resto, se non siamo male informati, l'economista invocato per giustificare il *deficit spending*, cioè Keynes, non ha propugnato un debito pubblico sproporzionato e fuori controllo. Alla seconda osservazione si può replicare che è possibile che l'obiettivo della riduzione del debito pubblico possa essere funzionale all'intenzione di avvantaggiare qualche gruppo sociale a detrimento di altri, ma tale strumentalizzazione non è l'unica motivazione di detto obiettivo, poiché un equilibrio della finanza pubblica è compatibile – e, secondo chi scrive, in armonia – con una politica volta a migliorare le condizioni dei ceti meno abbienti, con una corretta redistribuzione del reddito nazionale.

⁶³ Questa definizione, assunta dalla *European Federation of Biotechnology*, è riportata da A. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio*, in *Rivista di diritto civile* 1988, I, 207.

⁶⁴ Cfr. A. KAUFMANN, *Riflessioni*, cit., 208.

⁶⁵ Sui diversi versanti in cui operano la ricerca e le applicazioni biotecnologiche, si rinvia all'esposizione sintetica di A. ALBERTINI, *Voce Biotecnologia*, in *Enciclopedia italiana. Appendice* 2000, 227 ss.

ciò è più rilevante, per le valutazioni che possono riguardare gli interessi delle generazioni future.

Da un lato sussiste una biotecnologia, che concerne risorse naturali (usiamo in senso lato tale termine) esterne all'uomo, cioè, piante od animali⁶⁶. Tale settore della ingegneria genetica ha già applicazioni e, soprattutto per quanto riguarda il versante della botanica, ha destato preoccupazioni circa possibili ricadute negative ai danni delle generazioni future⁶⁷. Sui rischi, che possono scaturire da tale versante biotecnologico, si può dire che essi, pur se controvertibili scientificamente⁶⁸, sono riconducibili alla categoria dei pericoli di impoverimento e di degrado naturale e quindi all'ambito dell'interesse ambientale, che costituisce il primo degli interessi propri delle generazioni future richiamati in precedenza.

Dall'altro esiste una biotecnologia, che ha ad oggetto l'essere umano, cioè una ingegneria genetica che può trasformare la natura biologica di quest'ultimo⁶⁹. Sussistono alcune differenze di problemi e di atteggiamenti culturali circa questi due tipi di biotecnologie.

Anzitutto si registra, talora, una ben diversa attenzione nonché preoccupazione verso le due forme di ingegneria genetica. C'è chi ha posto l'accento sulla biotecnologia, che può modificare l'essere umano, prefigurando forti limiti⁷⁰. Altri, invece, non solo hanno dedicato l'attenzione alla biotecnologia applicata (od applicabile) all'agricoltura, ma hanno

⁶⁶ Si registra la creazione di piante transgeniche (resistenti a malattie infettive oppure ad erbicidi) o di topi transgenici: su tutto ciò, v. A. ALBERTINI, Voce *Biotecnologia*, cit., 229, 231.

⁶⁷ A titolo meramente indicativo, si può citare un volume collettaneo, con scritti di giuristi in misura prevalente (ma non solo di questi): v. L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino 2003. Di quest'opera, si possono citare (senza esaustività) quali scritti, che sia pur senza accenti catastrofistici e terroristi, esprimono preoccupazioni per effetti sfavorevoli che certi prodotti biotecnologici come gli organismi geneticamente modificati possono indurre a danno dei futuri abitanti della terra: v. L. CHIEFFI, *Biotecnologie e valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie*, cit., 9 ss.; G. COCCO, *Biotecnologie e valutazione dei rischi. Questioni di metodo e di merito*, *ivi*, 109 ss.

⁶⁸ Senza entrare nella tematica scientifica degli OGM, si deve tener presente che esiste una corrente che li ritiene utili e non pericolosi: v., a titolo puramente indicativo, L. MONTI, *Interventi di biotecnologie vegetali per la difesa e la valorizzazione dell'ambiente agricolo*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie*, cit., 35 ss., nonché ID., *L'utilità della ricerca biotecnologica*, *ivi*, 233 ss.

⁶⁹ Su questa tematica, v. R. BIFULCO, *Diritti*, cit., 33-34, e più diffusamente, 151 ss. (con particolare riferimento alla clonazione umana).

⁷⁰ V., ad esempio, l'orientamento espresso da Bifulco sulle trasformazioni genetiche dell'individuo: cfr. *op. ult. cit.*, 151 ss.

ritenuto che la “tecnica manipolatoria nel campo agro/alimentare...provoca serie preoccupazioni di ordine ecologico e sanitario”, diversamente dalle “applicazioni biotecnologiche applicate al corpo umano, per le quali esiste un generale apprezzamento per le enormi potenzialità terapeutiche e diagnostiche”⁷¹.

In secondo luogo, ci sembra sussista una differenza di (possibili) effetti dei due tipi di biotecnologia sulle generazioni future. Mentre se fossero fondati (sempre in ipotesi) i timori, che si nutrono verso le applicazioni biotecnologiche nel campo agroalimentare, ne deriverebbero danni per le generazioni future, per una riduzione ed impoverimento di risorse funzionali ai loro bisogni, non appaiono invece conseguenze dannose di simile natura per le possibili applicazioni biotecnologiche al corpo umano. A prescindere dai (grandi) vantaggi della terapia genica, non appare bene quale menomazione dell'appagamento dei bisogni dei posteri possa essere provocata da una modificazione del patrimonio genetico degli stessi. Per quanto ne possa capire chi scrive (incompetente in materia genetica), sembra che le critiche all'ingegneria genetica applicata all'uomo si fondino su assunti di sapore meramente filosofico, senza fondamento scientifico. Ai filosofi (tedeschi), che, in virtù di una teoria deontologica, hanno propugnato l'intangibilità della “identità del genere umano” è stato ben replicato che in essi “sembra prevalere un uso acritico ed intuitivo nei contesti etici e giuridici del riferimento all'umanità nel suo complesso e di una vera e propria identità dell'umanità come se questa fosse una nozione ovvia e niente affatto legata ad interpretazioni anche profondamente diverse”, aggiungendosi che la nozione di integrità ed identità umana non trova alcun supporto nelle scienze biologiche, ma “è il frutto di un'analisi concettuale di antropologia filosofica”⁷².

A tutto concedere si potrebbe ritenere pericolosa, per le generazioni future, la creazione, mediante biotecnologia, di individui dotati di gravi difetti morali, perversi o manipolabili come automi dai detentori del potere (pubblico, ma forse anche privato). Ma v'è a dire che questa ipotesi, al presente (se non ci inganniamo), appartiene alla fantascienza biologica e ci sembra che possa essere trascurata ai fini di un discorso di protezione dei discendenti.

⁷¹ Cfr. L. CHIEFFI, *Biotecnologie*, cit., 24, 25.

⁷² Le espressioni di cui nel testo, in replica alle posizioni di filosofi (pur autorevoli) quali Jonas ed Habermas, sono di uno dei più qualificati bioeticisti italiani: cfr. E. LECALDANO, *La responsabilità verso le generazioni future e l'etica della riproduzione e della ricerca genetica*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 293.

C) Da ultimo si può accennare ad un altro ambito, indotto dalla tecnologia. Più esattamente, a differenza della biotecnologia di cui s'è dianzi detto, possono, in via ipotetica, prefigurarsi, per le generazioni future, rischi indotti alla intelligenza artificiale e dalla robotica⁷³. La preoccupazione circa effetti pregiudizievoli per i posteri si fonda sulla dinamica del fenomeno in esame: una crescente operatività di macchine in sostituzione dell'uomo ed il pericolo, in ipotesi, costituito dalla perdita di controllo di quest'ultimo nei confronti delle prime, quale potrebbe verificarsi in futuro (a differenza di quanto si verifica oggidi), con conseguente irreversibilità (o difficile reversibilità).

Con i forti limiti comportati dalla ardua prevedibilità degli sviluppi dell'intelligenza artificiale e delle macchine "intelligenti" (ed autonome dall'uomo, come s'è detto) in futuro, sembra possibile – timidamente – prospettare due ordini di ipotesi.

In una prima direzione, si potrebbe ipotizzare un'incontrollata diffusione di macchine dotate di infernale intelligenza e potenza in grado di dominare e schiavizzare gli esseri umani. Si tratterebbe, in altre parole, di una moltiplicazione di robot e di androidi, che distruggerebbe o comprimerebbe irreparabilmente la libertà delle future generazioni. Ebbene non si può escludere nulla (anche) nel campo delle invenzioni umane, poiché spesso l'esperienza ci ha offerto la prova di tecniche e risultati (ottenuti) mediante queste, i quali apparivano impensabili non solo in secoli, ma perfino in decenni precedenti. Nondimeno, questo tipo di ipotesi, ci sembra, al momento appare più il frutto di fantascienza, di letteratura fantascientifica⁷⁴, che non di, sia pur audaci, previsioni su futuribili e non risulta, se non ci inganniamo, oggetto di preoccupazione della cultura competente in materia. Pertanto, più che segnalare (per scrupolo) tale fantomatico (attualmente) rischio per i posteri, non indugiamo a trattare dello stesso.

In un'altra direzione, potrebbe verificarsi il rischio di macchine autonome, pur in ipotesi astratta, governabili dagli esseri umani, che pro-

⁷³ Su tale fenomeno culturale e sociale in via di esponenziale espansione, ci limitiamo a rinviare a due voci enciclopediche di una qualche consistenza: v. D. PARISI, Voce *Intelligenza artificiale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, 9ss.; C. FREEMAN, Voce *Robotica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VII, Roma 1997, 515 ss. Per un'interessante lucida rassegna di problemi etici e giuridici del fenomeno in oggetto, v. G. TAMBURINI, *Etica delle macchine*, Roma 2020.

⁷⁴ In tema di letteratura attinente alla materia *de qua*, si rinvia, a titolo meramente indicativo, a G.P. PESERANI, *I falsi Adorni*, Milano 1969, con uno sguardo rivolto sia al passato che ai tempi più recenti e con bibliografia dedicata all'oggetto di cui ci occupiamo.

ducano effetti devastanti al di fuori del controllo umano. L'ipotesi, che è stata oggetto di riflessioni e di preoccupazione degli studiosi dell'intelligenza artificiale e della robotica, è costituita dalle armi autonome⁷⁵. In tal caso, a differenza dell'ipotesi fantascientifica cui s'è accennato in precedenza, si configura ancora in astratto un controllo umano e non un dominio delle macchine. Però nell'effettività potrebbe verificarsi in futuro (e non si tratta di ipotesi meramente fantascientifica) che gli esseri umani, più esattamente gli Stati (composti da questi ultimi), si ponessero in una incontrollata concorrenza tra essi per la costruzione di armi intelligenti sempre più autonome finendo per perdere il controllo in concreto e provocare, anche se non intenzionalmente, effetti disastrosi. Come esempio di questo rischio si può citare il "caso Petrov", pur fortunatamente senza conseguenze drammatiche per merito dell'ufficiale sovietico che è stato protagonista della vicenda⁷⁶. Il che ha determinato una pressione nella cultura che si è occupata di questo fenomeno, al fine di ottenere la messa al bando di tali armi autonome o comunque di favorire una disciplina restrittiva dell'impiego di tali armi, anche sulla falsariga di una disciplina dell'uso di strumenti bellici già avvenuta in passato⁷⁷, e tale atteggiamento merita condivisione ai fini della tutela delle generazioni future⁷⁸.

⁷⁵ Si richiamano, soprattutto per gli aspetti etico-politici, a titolo indicativo, due scritti: R. CORDESCHI, *Dalla cibernetica alla robotica bellica*, in P. BARROTTA, G.O. LONGO, M. NEGROTTI (a cura di), *Scienza, tecnologia e valori morali. Quale futuro?*, Roma 2011, 186 ss.; G. TAMBURRINI, *Etica*, cit., 77 ss.

⁷⁶ Ricordiamo concisamente il "caso Petrov". Questo era l'ufficiale responsabile di turno del sistema di allarme preventivo per gli attacchi nucleari, al momento in cui questo sistema sembrava registrare un lancio, in rapida sequenza, di missili balistici partiti dagli U.S.A. e diretti verso l'U.R.S.S. Convinto (giustamente) in base a varie prove che si trattasse di un falso allarme per difettoso funzionamento del sistema, detto ufficiale non comunicò la notizia ai superiori, evitando la possibilità di una risposta missilistica sovietica e di una guerra nucleare. Su questa vicenda, v. G. TAMBURRINI, *Etica*, cit., 107. Si può aggiungere che se fosse mancato il controllo umano su detto sistema difensivo, in quanto il controllo fosse stato affidato ad una...macchina intelligente, la conseguenza sarebbe stata drammaticamente contraria alla... intelligenza.

⁷⁷ Su questa tendenza, v. R. CORDESCHI, *Autonomia*, cit., soprattutto 197, 198, e, più diffusamente, G. TAMBURRINI, *Etica*, cit., soprattutto 97 ss.

⁷⁸ Quanto scritto nel testo non ha affatto una pretesa di esclusività. Riteniamo però opportuno giustificare una omissione.

Il pericolo che le macchine intelligenti possano essere strumento di dominio di poteri (anche occulti) pubblici o privati è stato ben rilevato (anche) da illustri studiosi. Per riprendere le parole emblematiche di uno di questi, "le applicazioni della I.A. potrebbero minare la democrazia se restano nelle mani di ristrette élite, rappresentate da governi, oligarchie finanziarie o da pochi giganti tecnologici che già governano l'economia mondiale, concentrano tutte le informazioni (oggi come non mai il sapere è potere) e plasmano

6. *Natura giuridica degli interessi delle generazioni future*

Delineati gli interessi delle generazioni future, si può rispondere al duplice interrogativo se essi abbiano natura costituzionale e se possano anche qualificarsi come diritti (costituzionali). Riteniamo che possa darsi risposta affermativa al duplice interrogativo.

A) Rispondendo al primo interrogativo, per la configurazione della natura costituzionale degli interessi delle generazioni future militano tre argomenti.

Il primo di questi è costituito dalla opinione quanto mai diffusa (non diciamo, per prudenza, unanime) della dottrina che si è occupata della problematica giuridica delle generazioni future. Tale dottrina ritiene che gli interessi dei futuri abitanti della terra meritevoli di tutela abbiano una valenza non solo giuridica (e non soltanto morale), ma anche, in termini più specifici, costituzionale. Lo comprova il fatto che tali interessi sono rinvenuti, attraverso un certo processo interpretativo, nella nostra costituzione (oltre che ovviamente in altri testi costituzionali, come ad esempio l'art. 20 della legge fondamentale tedesca)⁷⁹. Ovviamente tale argomento, pur utile in prima battuta, non è sufficientemente probante, poiché non può essere dimostrata una tesi solamente in base al numero od all'autorevolezza dei sostenitori e simile procedimento dimostrativo costituirebbe un'argomentazione *ad verecundiam* (o *ad auctoritatem*), la quale non è probante⁸⁰.

Di ben altro spessore e ben maggior forza dimostrativa ha un secondo argomento. Più esattamente, gli interessi, qui delineati, delle generazioni

la mentalità del numeroso "popolo del web" (cfr. R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, Bologna 2013, 331), con il rischio, per dirla con altre parole, di una "resa... a un'organizzazione sociale e quindi politica dominata dalla tecnoscienza e con *deminutio* dei suoi connotati democratici (v. P. GRECO, *Biotecnologie e nuove tecniche biomediche: quale umanità?*, Assisi 2004, 103). Si condividono i rischi e le preoccupazioni qui delineate. Non ne abbiamo peraltro trattato, poiché essi non solo riguardano la perenne (anche in passato, perciò) tendenza del potere a manipolare e dominare gli individui ad esso soggetti, ma soprattutto perché si tratta di effetti di fenomeni reversibili, vale a dire di disfunzioni che potrebbero essere corrette dalle generazioni future.

⁷⁹ Per il complesso degli interessi riconosciuti in capo alle generazioni future e per la loro riconduzione (anche) alla nostra costituzione, v. R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 118 ss.; A. D'ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 343 ss.

⁸⁰ L'argomento *ad verecundiam* (o *ad auctoritatem*), che può considerarsi speculare all'argomento *ad hominem*, costituisce una fallacia, poiché in esso "il legame concettuale e logico tra le premesse e la conclusione è solo apparente": cfr. F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino 2010, 109, 114 ss.

future sono strettamente correlati con interessi costituzionali riconosciuti come tali dall'opinione dominante della dottrina (e della giurisprudenza)⁸¹. Una sintetica verifica può comprovare che gli interessi dei posteri o coincidono con gli interessi costituzionali dei viventi, cioè dell'oggi, o sono in uno stretto rapporto logico con questi ultimi. Così, scendendo nel concreto, l'interesse dei discendenti alla preservazione dell'ambiente o del patrimonio culturale coincide con quello che è nostro nella materia *de qua*⁸². Così pure l'interesse delle generazioni future a poter beneficiare di risorse finanziarie, onde poter fruire di diritti sociali (*in primis*, del diritto alla pensione) si intreccia logicamente ed inscindibilmente con i diritti sociali (*in primis*, di quello alla pensione) che la Costituzione sancisce a favore degli attuali viventi⁸³. Infine, se proprio si voglia configurare l'interesse all'integrità del patrimonio genetico, si può riscontrare il riconoscimento della sua natura costituzionale da parte della cultura giuridica⁸⁴. Pertanto, portando a logica conclusione l'argomentazione qui sviluppata, qualora si ritenga con qualificata dottrina e giurisprudenza – italiana e non solo italiana – che gli interessi alla preservazione dell'ambiente, dei beni culturali, ecc. sono di natura costituzionale (e chi scrive concorda con tale orientamento), sarà giocoforza dedurre che anche gli interessi delle generazioni future qui delineati, per la stretta relazione logica che hanno con i primi, debbano ritenersi, a pieno titolo, di natura costituzionale.

A quanto fin qui detto va aggiunto un terzo argomento, anche questo, ci sembra, probante.

Il senso del costituzionalismo consiste non solo nel riconoscimento di valori e beni meritevoli di orientare la vita sociale e pubblica, ma anche nella prefigurazione di una loro tutela contro fenomeni di abuso di potere, contro soggetti (collettivi) dotati di un potere, del quale possono

⁸¹ Per evitare equivoci, non si confonda l'affermazione, che costituisce il primo argomento secondo cui la dottrina prevalente riconduce alla Costituzione gli interessi dei posteri, con l'affermazione, di cui sopra, secondo cui gli interessi dei viventi, che rilevano nel confronto, sono riconosciuti come costituzionali dalla dottrina (e giurisprudenza) dominante.

⁸² Non ci sembra opportuno diffonderci in citazioni circa la configurazione attuale in dottrina e giurisprudenza del diritto all'ambiente e si rinvia ai richiami della bibliografia citata nelle note precedenti.

⁸³ Anche in questo caso ci sembra superfluo il richiamo di bibliografia. Comunque è sufficiente quella indicata in note precedenti.

⁸⁴ Per il riconoscimento della natura costituzionale dell'integrità del patrimonio genetico con riferimento agli attuali viventi, v., a titolo indicativo, A. MUSUMECI, Voce *Bioetica*, in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, V., Roma 1988, 7, 8.

abusare a danno di altri. Ebbene anche nei rapporti intergenerazionali sussiste un consistente fenomeno di abuso di potere, in questo caso di generazioni viventi ai danni di quelle future.

Senza poterci diffondere su una tematica esplorata, ci limitiamo a rievocare un'analisi critica rivolta ai sistemi politici democratici (anche se, per altri motivi, questa può valere nei confronti di regimi autocratici, totalitari od autoritari), la quale si riassume in un termine: presentismo. Questa tendenza si sostanzia nel “favore pregiudiziale accordato alle generazioni presenti, a discapito di quelle future”⁸⁵, e, per riprendere le parole del politologo in oggetto, quanto mai rilevanti per il discorso qui svolto, “il presentismo si manifesta nelle leggi che trascurano i rischi ambientali a lungo termine, le conseguenze dell'ingegneria genetica, i problemi della crescita demografica”⁸⁶. Sussiste quindi una preponderanza degli interessi delle generazioni viventi ai danni di quelle future.

Peraltro la preponderanza di interessi indotta dal presentismo può essere ulteriormente specificata con riferimento all'esercizio del potere di soggetti determinati. Tralasciando la condotta di soggetti privati (collettivi) che, per interesse economico, possono danneggiare le generazioni future, limitiamo lo sguardo all'operato di soggetti pubblici (politici). È un fenomeno incontestabile – pur se rimosso od ignorato, malgrado l'evidenza, da molti individui (e da molti intellettuali) – che i politici, in democrazia, ricercano il consenso elettorale – e che l'acquisizione di questo costituisce la motivazione primaria. Orbene tale consenso viene espresso non dalle generazioni future, ma quelle viventi, le quali tengono conto dei loro interessi e valutano i governanti in base alla realizzazione di questi. Come ben osservato “c'è la naturale tendenza umana a preferire l'immediato al distante, sia nell'ambito dei timori sia nella sfera dei desideri” e “i politici, come i semplici cittadini, non sono inclini a posporre le gratificazioni”⁸⁷. Il che si traduce nella constatazione che “attori razionali autorizzati a governare attraverso un mandato *pro tempore* avranno interesse a favorire i loro elettori per essere rieletti e saranno in certa misura obbligati a guardare ai problemi del governo con la scadenza corta delle prossime elezioni” con la conseguenza che, poiché le “scelte di lungo pe-

⁸⁵ Cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, I, 2007, 13.

⁸⁶ Cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 13. Nel condividere l'essenza dell'affermazione dell'A., riteniamo opportuno precisare che il presentismo è denotato non solo da leggi, ma anche da atti di varia natura, giuridica e non.

⁸⁷ Cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 15.

riodo...rischiano di essere impopolari..., dinanzi ad esse governi dipendenti dal consenso delle maggioranze arretrano e finiscono per posporle, evitando in tal modo di pagare il prezzo di una perdita di consensi”⁸⁸.

Concludendo su quest’ultimo argomento, i detentori del potere politico, mirando a conservare quest’ultimo, ricercano il consenso elettorale, che può essere ottenuto solo dalle generazioni viventi e curando gli interessi di queste ultime. Pertanto, dinanzi a tali manifestazioni di potere nell’ambito delle generazioni viventi deve operare la *ratio* del costituzionalismo e gli interessi delle generazioni future debbono ricevere un riconoscimento ed una tutela a livello costituzionale, mediante non solo la formulazione di testi, ma anche l’interpretazione di detti testi (ivi compresa, ovviamente, la nostra costituzione).

B) La dimostrazione circa la natura costituzionale degli interessi delle generazioni future non comporta automaticamente la configurazione degli stessi quali diritti. Sussiste infatti una consistente e qualificata dottrina che li configura quali doveri (delle generazioni viventi) e non diritti (di quelle future)⁸⁹. Per riprendere una considerazione di fondo di un esponente di tale orientamento, le “generazioni successive non hanno diritti da vantare nei confronti di quelle... Il costituzionalismo dei diritti, senza rinunciare alla sua aspirazione centrale di essere al servizio della resistenza all’arbitrio, deve scoprire i doveri non semplicemente in quanto...contropartite dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria”⁹⁰. Prima di cercare di dimostrare che, come s’è anticipato, si possono configurare diritti dei posteri, sembra opportuna una precisazione.

Il tema più importante circa la configurazione degli interessi delle generazioni future è quello (affrontato in precedenza) della natura giuridica (costituzionale) o meno, poiché da una risposta od un’altra possono derivare conseguenze di rilievo. La discussione se si tratti di doveri o di

⁸⁸ Cfr. P. PASQUINO, *A proposito di regimi elettorali democratici*, in *il Mulino*, 2012, 1, 37. Si rinvia per ulteriori, acute, considerazioni nella materia *de qua*, ai due scritti citati di Thompson e Pasquino. Se è consentita una modesta autocitazione, chi scrive concorda con questo complesso di considerazioni: v. G. GEMMA, *Democrazia e generazioni future*, in *Bioetica*, 2016, 1, soprattutto 59 ss.

⁸⁹ Per una configurazione di doveri legali (costituzionali) dei viventi verso i poteri: v., R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 113 ss., ove c’è un paragrafo intitolato: “La natura degli interessi delle generazioni future: doveri e non diritti”; M. LUCIANI, *Generazioni*, cit., 441, che parla di “doveri autoimposti” in presenza di compiti imposti alla legislazione da fonti costituzionali sovraordinate”; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 84 ss.

⁹⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 87.

diritti, pur non irrilevante, ha un'importanza pragmatica inferiore. Infatti una volta configurato il grado costituzionale di certi interessi possono derivarne conseguenze circa le garanzie o la ricerca di garanzie per la loro tutela. La questione più importante riguarda la natura, costituzionale o non, degli interessi *de quibus* e non tanto la specifica situazione soggettiva dei medesimi.

Ciò premesso, veniamo al discorso circa la configurabilità degli interessi dei posteri quali diritti, iniziando dai motivi addotti per la negazione di tale configurabilità. A tal fine si possono distinguere due categorie di argomenti. Si assume che “la categoria del diritto soggettivo, in ogni sua variante di significato (diritti di, da, negativi, positivi, di prestazione, ecc.), è inutilizzabile tutte le volte in cui è rotta l'unità di tempo”⁹¹. Più concretamente può configurarsi un diritto soggettivo solo allorché ci siano soggetti esistenti contemporaneamente, con pretese nei confronti di altri soggetti, con responsabilità da parte di questi ultimi per lesioni delle pretese dei primi in caso subite da questi e con possibilità di far valere in giudizio la responsabilità per i danni arrecati⁹². Assunta questa accezione di diritto soggettivo diviene naturale la negazione della sua applicabilità agli interessi delle generazioni future: mancherebbero i soggetti esistenti, mancherebbe la conoscenza dei danni arrecati e soprattutto la responsabilità per essi e la sanzione, posto che in un momento temporale i danneggiati non esisterebbero e non potrebbero agire in giudizio e in un momento futuro non ci sarebbero i responsabili dei danni (si verificherebbe necessità di un'autosanzione dei danneggiati, in assenza dei colpevoli). Insomma l'impiego della figura del diritto soggettivo nella materia *de qua* comporterebbe il riferimento a “strumenti concettuali” ed a “categorie giuridiche evanescenti”⁹³.

Non si può negare il rigore argomentativo di questa tesi. In contrapposizione si può però richiamare, ai fini della negazione della... negazione, un'impostazione storicistica, che pur è stata seguita nella storia del pensiero giuridico e che è stata anch'essa prospettata da illustri sostenitori⁹⁴. Ridotta all'osso, quasi a slogan, tale impostazione significa relativismo

⁹¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 87.

⁹² Per questo quadro e per l'impossibilità di far valere queste categorie giuridiche nella materia *de qua*, v. M. LUCIANI, *Generazioni future*, cit., 423 ss., e 440, 441; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 86 ss.

⁹³ Per riprendere le parole di M. LUCIANI, *Generazioni future*, cit., 428.

⁹⁴ A titolo indicativo si richiama il notevole saggio di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus* 1960, 148 ss. (riprodotto in ID., *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978, 115 ss.).

concettuale, cioè negazione dei concetti giuridici quali entità di natura reale, rigide ed immutevoli, e concezione degli stessi invece in funzione dell'esperienza reale, cioè delle esigenze sociali proprie di quest'ultima e perciò mutevoli, multiformi ed adattabili in relazione all'esperienza giuridica ed alle funzioni che si rinvergono in essa.

Il relativismo concettuale può tradursi in due atteggiamenti, all'apparenza (ma solo all'apparenza) divergenti, ma sostanzialmente in armonia.

Da un lato si verifica una sollecitazione a non far uso di un concetto per denotare una realtà ben diversa da quella comunemente correlata al concetto. Per addurre un esempio di diritto costituzionale, oggidì si designa quale semipresidenziale quella forma di governo che, in passato, era denominata governo parlamentare a tendenza presidenziale⁹⁵. Dall'altro si registra l'impiego di un concetto che di per sé è utile a una realtà ben diversa da quella correlata a detto concetto ed avendo ben coscienza dell'estensione dell'area ricoperta da quest'ultimo. Proprio il concetto di diritto soggettivo ci offre una variegata esperienza. A titolo di esemplificazione possiamo citare l'impiego del concetto in esame nella prefigurazione di diritti costituzionali, cioè di situazioni giuridiche soggettive ben diverse dai diritti di natura privatistica: il diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost. è ben diverso da un diritto di eredità quale può essere riconosciuto dal codice civile o da leggi civilistiche. Così, con riferimento al diritto privato, c'è stata una dilatazione della figura del diritto soggettivo, volta a ricomprendere realtà ben diverse: ci limitiamo, esemplificando, a ricordare il superamento della nozione di diritto soggettivo quale "potere della volontà" di un soggetto avvenuta mediante la configurazione del medesimo quale "interesse giuridicamente protetto", onde consentirne l'attribuzione anche a soggetti incapaci⁹⁶. Orbene, riteniamo che tale impostazione relativistica, contraria ad una configurazione rigida di concetti e volta a conferire significati diversi agli stessi se ricorrano ragioni funzionali, sia valida e possa essere opposta al rifiuto di configurare diritti in capo alle generazioni future.

⁹⁵ Per questa tradizionale figura di forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale, v., nella dottrina italiana, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1974, 201, 202. Per l'adozione della figura di governo semipresidenziale, basta scorrere qualsiasi manuale di diritto costituzionale o di diritto pubblico: a titolo meramente esemplificativo, v. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2016, 270 ss.

⁹⁶ Sulla vicenda concettuale del diritto soggettivo nella storia del pensiero giuridico, si rinvia al magistrale saggio di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., 148 ss. Per una esposizione sintetica delle vicende del diritto soggettivo, v. V. FROSINI, Voce *Diritto soggettivo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1968 (soprattutto il par. 3), 1048 ss.

b) Una dottrina, che nega la configurabilità di diritti dei posteri, ha avanzato motivi di ordine pragmatico, che ci sembrano, malgrado il valore di chi li ha esposti, di minor spessore della motivazione teorica, di cui s'è dato conto poc'anzi. Si possono elencarli molto concisamente, con altrettanto concise obiezioni.

Si è detto che non si può “sottrarre alle generazioni presenti” il potere di introdurre “modificazioni irreversibili”, poiché ciò condurrebbe a conseguenze eccessive, data l'astensione dei beni soggetti a trasformazioni irreversibili⁹⁷. A ciò può obiettarsi che i fenomeni di irreversibilità sono di diverso grado. Ad esempio, un bene artistico può permanere nei secoli, pur con deterioramento e necessità di restauro. Ma una cosa è la permanenza di un affresco, sia pur con restauro, altro è la sua distruzione. Quando ci riferiamo a risorse o beni da conservare alludiamo a modifiche irreversibili e radicali, non alle modificazioni con conservazione degli elementi essenziali.

Si è poi obiettato che i sostenitori dei diritti delle generazioni future “esaltano il diritto internazionale”, ma il “potenziamento” di tale diritto può provocare la “espropriazione dei diritti sovrani dei popoli”⁹⁸. Questa obiezione suona strana in bocca di un costituzionalista di cultura liberaldemocratica ed internazionalista, alieno da suggestioni “sovraniste”. Comunque si può controbattere che il diritto internazionale sta investendo tanti settori della vita interna degli stati e dei diritti in via specifica, e ciò non sembra preoccupare la cultura giuridica (e politica) largamente dominante⁹⁹.

Infine, si è rilevato che “il riferimento ai diritti delle generazioni future, come quelle del patto intergenerazionale, ha dimostrato di sapersi prestare ad uso improprio”¹⁰⁰, anche forse non intenzionale. Si può discutere se si sia verificato un “uso improprio” e certo è “non manifestamente infondata” un'opinione in tal senso (pur se, almeno sulla spesa pubblica non ci troviamo, forse, d'accordo con la dottrina in oggetto).

⁹⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Generazioni*, cit., 440, il quale sostiene che anche la “modificazione di un paesaggio agrario o urbano” è “inesorabile”.

⁹⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Generazioni*, cit., 440.

⁹⁹ Non c'è bisogno di citare il *favor* della cultura giuridica (e non solo di quella) per il ruolo positivo del diritto internazionale nell'attuale costituzionalismo. Comunque, a titolo indicativo, si può richiamare N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, soprattutto *Introduzione*, *ivi*, XII ss., e *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 16 ss.

¹⁰⁰ Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 411. L'A. cita quali inconvenienti una “drastica limitazione della ricerca scientifica” e la “riduzione della spesa pubblica...al solo fine di avvantaggiare qualche cetto sociale a scapito d'altri” (*ibidem*).

La controobiezione è però un'altra. Tutte le tesi (ivi ben comprese quelle relative ai diritti) possono "prestarsi ad un uso improprio" (anche non intenzionale). Quindi questa preoccupazione non è decisiva, sul piano logico, per contestare una tesi (giuridica), pena il rifiuto di tante soluzioni, pur ritenute valide dalla *communis opinio*.

c) Dopo la *pars destruens* deve venire la *pars construens*.

Una figura giuridica può (o, forse, deve) essere concepita ed impiegata per una ragione di opportunità, di convenienza. Già tale elaborazione ed utilizzazione può verificarsi con riferimento al diritto inteso in senso oggettivo. Quale esempio storico può richiamarsi la vicenda delle norme regolatrici i rapporti fra Stati, che in un lontano passato erano ritenute di natura etico-politica, ma che poi furono ritenute, per convenienza, di carattere giuridico e vennero a costituire il diritto internazionale¹⁰¹. Ma esempi significativi si riscontrano a livello di diritti soggettivi.

Con riferimento agli interessi meritevoli di tutela (morale) degli animali una filosofa del diritto ha espressamente giustificato la configurazione di detti interessi quali diritti. Per riprendere, adesivamente, le sue icastiche parole, ella ha affermato che "l'attribuzione di diritti agli animali" costituisce "uno strumento giuridico molto efficace per la loro salvaguardia", poiché "all'idea di diritto soggettivo si collega... quella di una protezione immediata e sicura da parte dell'ordinamento giuridico e dei suoi organi". Ha soggiunto poi l'Autrice che l'idea di diritto (soggettivo) "fa scattare grazie anche a secoli di condizionamento e di educazione, una specie di inibizione a livello psicologico, più o meno conscio, che ci fa istintivamente desistere dal commettere azioni lesive del diritto di un altro soggetto, o quanto meno tende abitualmente a farci desistere"¹⁰². Abbiamo riportato queste riflessioni sull'utilità di una nozione giuridica – nella fattispecie diritto soggettivo – perché, *mutatis mutandis*, valgono anche nel nostro campo. Più esattamente, qualificare un interesse come diritto significa dare ad esso una maggior legittimazione psicologica e culturale, cioè fornirlo di forza di sollecitazione, nel nostro caso, nei confronti non solo dei cittadini, ma anche (ed ancor più) degli organi di

¹⁰¹ Sulla formazione, cioè sulla configurazione di un diritto internazionale (pubblico) onde garantire meglio la "legge naturale della coesistenza degli Stati" (che era di natura etico-politica), cfr., a titolo indicativo, F.P. CONTUZZI, Voce *Diritto internazionale*, in *Digesto Italiano*, IX, 1898-1901, Torino 1102 ss. (le parole virgolettate si rinvengono *ivi*, 1110); I. SCARABELLI, Voce *Diritto internazionale (pubblico e privato)*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, parte V, Milano 1912, 356 ss.

¹⁰² Cfr. S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Genova 1996, 144.

indirizzo politico o di garanzia, a prefigurarne strumenti di tutela. Effetti giuridici (favorevoli) non scaturiscono soltanto da premesse e ragionamenti formali, ma, sia pur indirettamente, da fattori di natura psicologica e culturali che alimentano questi ultimi. Solo chi, ignorando la dinamica reale, credesse che, in diritto, valgano soltanto le soluzioni che immediatamente producano effetti sugli operatori giuridici (normalmente i giudici) potrebbe negare quanto qui sostenuto.

La tesi esposta poc' anzi può essere corroborata da una ulteriore considerazione. Il costituzionalismo moderno è denotato da un riconoscimento nonché tutela di interessi qualificati come diritti e tale fenomeno si è ulteriormente dilatato a livello sia costituzionale sia internazionale, talché è stata lanciata la formula “età dei diritti”¹⁰³. Pertanto già negli ultimi anni del XVIII secolo, ma ancora, e molto di più, oggidi l’inclusione di interessi meritevoli di tutela nella sfera dei diritti può ben determinare un loro potenziamento psicologico e culturale, con possibili ricadute vantaggiose.

Sulla base di quanto scritto in precedenza ci accodiamo a quell’indirizzo dottrinale che configura gli interessi dei futuri abitanti della terra come diritti costituzionali¹⁰⁴, assimilabili con le necessarie precisazioni ai tanti altri, che vengono a costituire, per riprendere una bella espressione, una “costituzione infinita”¹⁰⁵.

7. Tutela dei diritti delle generazioni future

Configurati i diritti delle future generazioni, si deve verificare quale sia la tutela dei medesimi¹⁰⁶, ed a tal fine si effettuerà una sintetica ras-

¹⁰³ È naturale la citazione del volume di N. BOBBIO, *L'età*, cit., nonché dell’opera di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere dei diritti*, Bari 2012, particolarmente 3 ss. e 41 ss.

¹⁰⁴ V., fra gli altri, G. PALOMBELLA, *Ragioni*, cit., 19 ss.; A. GOSSERIES RAMALHO, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni è giustificato?*, in A. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 30 ss.; A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 365 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 175 ss.

¹⁰⁵ L’espressione si rinviene in M. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Bari 2006, 103 ss., la quale parla di “costituzioni infinite”, mentre viene ripresa al singolare (quale riportata nel testo) da S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 426.

¹⁰⁶ Nel porre questo problema della tutela dei diritti dei posteri abbiamo assunto implicitamente una posizione sul rapporto: diritti-garanzie. Più esattamente abbiamo seguito l’orientamento in virtù del quale non si deve verificare se esistano garanzie per eventuali diritti o poi negare la configurabilità di questi ultimi se non si rinvencono le prime, bensì, all’incontrario, si deve verificare se siano configurabili diritti e, in caso di risposta

segna dei diversi piani sui quali si sono prefigurate le garanzie, tenendo conto di un dato fondamentale (che non necessita dimostrazione): la protezione dei diritti delle generazioni future dipende dalla volontà dei viventi. Occorre però precisare che, se la dipendenza del riconoscimento e della tutela dei diritti dei posteri dalle opinioni dei viventi potrebbe di per sé non garantire la protezione degli interessi dei primi, nondimeno ci sono, e in misura quanto mai notevole, diritti delle generazioni viventi che valgono anche per quelle future in quanto possono, e debbono, essere estesi anche a beneficio di queste ultime. Verifichiamo dapprima quali diritti, riconosciuti e tutelati a favore dei viventi, valgano anche per i discendenti, e ciò alla luce dell'ordinamento e dell'esperienza italiani, non senza avvertire che il nostro Paese non costituisce un'isolata eccezione, ma si colloca in un *trend* che investe molte altre nazioni¹⁰⁷.

Come si è visto in precedenza gli interessi propri delle generazioni future sono costituiti, secondo la più diffusa opinione, dalla conservazione dell'ambiente naturale, delle bellezze naturali e delle opere d'arte, dell'equilibrio economico-finanziario, dell'integrità del patrimonio genetico (più contestato quest'ultimo interesse). Ebbene il riconoscimento della natura costituzionale di tali interessi (di diritti, secondo l'opinione qui accolta), con conseguente meritevolezza di tutela, è avvenuto a livello culturale, *rectius* dottrinale, ed è difficilmente contestabile. Per due categorie di detti interessi – integrità del patrimonio artistico e bellezze naturali, ed equilibrio economico-finanziario – c'è il riconoscimento fondato su due disposizioni costituzionali: gli artt. 9 e 81 (nel testo riveduto nel 2012, pur se ciò poteva dedursi da un'interpretazione, non affermatasi, del testo originario). Per quanto riguarda il diritto (qui il termine è impiegato più diffusamente che nelle altre ipotesi) all'ambiente, esso è stato oggetto di un'interpretazione degli artt. 9 e 32 (singolarmente e soprattutto in com-

positiva, ricercare e ricostruire la tutela, in quanto la mancanza di quest'ultima può solo essere una lacuna da colmare con tutti gli strumenti giuridici possibili: per l'impostazione qui seguita, v., per tutti, le lucide considerazioni di L. FERRAJOLI, *Una definizione formale del concetto di diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Bari 2001, 26 ss. (è dell'A, anche l'impiego del concetto di lacuna).

¹⁰⁷ Per un'indagine sugli interessi dei viventi ma propri anche dei posteri, v., oltre le citate opere di Bifulco e D'Aloia, anche G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, in *Politica del diritto* 2003, 581 ss.; T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, n. 1, 44 ss., 52 ss., con un'ampia panoramica delle costituzioni dei Paesi industrializzati oppure in via di sviluppo.

binato disposto), che ha condotto al netto riconoscimento costituzionale di tale interesse. È superfluo rilevare che, oltre tutto in un'ottica piuttosto presentista, detti interessi (o diritti) non sono stati configurati solo pensando al futuro ma, in primo luogo, a favore dei viventi¹⁰⁸.

Alla verifica di una riconduzione degli interessi *de quibus* alla Costituzione, si è poi accompagnata una tutela nell'esperienza giuridica concreta.

Senza spendere molte parole, si rammenta che, in materia ambientale, dagli anni '70 in poi (dacché è sorta la problematica ambientale) sono state adottate molte leggi in materia. Anche su sollecitazione delle istituzioni comunitarie, in detto arco di tempo sono state adottate normative in tutti i settori di reale (o possibile) degrado ambientale relativamente cioè all'inquinamento atmosferico, idrico, acustico, elettromagnetico, all'assetto idrogeologico, ai rifiuti, ai parchi, ecc.¹⁰⁹.

Pur in quantità assai inferiore, anche per la minore urgenza di un aggiornamento della disciplina in materia, non mancano certo importanti atti normativi nel settore dei beni culturali e del paesaggio. Fondamentale è il D. Legv. 22.1.2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, che detta una disciplina organica a tutela dei predetti interessi costituzionali¹¹⁰.

Per quanto riguarda la tutela delle generazioni future sul versante dell'equilibrio economico-finanziario si registrano, in termini concisi, due rilevanti innovazioni. La prima è costituita dalla proclamazione espressa dell'equilibrio tra entrate e spese del bilancio introdotta con riferimento sia allo Stato mediante revisione dell'art. 81, 1° c., sia alle pubbliche amministrazioni in generale tramite revisione dell'art. 97, 1° c., sia alle regioni ed altri enti locali attraverso il nuovo testo dell'art. 119, 1° c. Cosicché quel principio, che già era penetrato in via giurisprudenziale nell'area

¹⁰⁸ Con una battuta, il riconoscimento del diritto al godimento di un ambiente salubre, non inquinato, è avvenuto, in primo luogo, con il pensiero rivolto agli individui di oggi e per contrastare il degrado ambientale attuale.

Comunque, a titolo indicativo, v. C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 323 ss.; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2016, soprattutto 25 ss., con richiamo di giurisprudenza costituzionale.

¹⁰⁹ Per averne prova, se mai fosse necessario, si rinvia a M. FABRIZIO, P. FICCO (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Varese 2013 ed a B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto*, cit., soprattutto 135 ss.

¹¹⁰ Su questo importante atto legislativo, si rinvia all'ampia esposizione ed illustrazione del medesimo che si rinvergono in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012.

giuridico-costituzionale¹¹¹, è stato riconosciuto pure in sede normativa con la revisione costituzionale del 2012¹¹².

In secondo luogo, il riconoscimento del principio dell'equilibrio finanziario si è accompagnato a prescrizioni rigorose onde contenere l'indebitamento, le quali prevedono il ricorso a quest'ultimo solo "al verificarsi di eventi eccezionali" e una procedura legislativa aggravata allo scopo di garantire il rispetto del vincolo in esame (v. art. 81, secondo e sesto comma), talché si è rilevato che "l'art. 81 nuovo testo della Costituzione pone in maniera "forte" il principio del pareggio del bilancio"¹¹³. Pertanto, come è stato ben detto, con il nuovo regime costituzionale si è affermata la tendenza di far prevalere l'"interesse finanziario" nei confronti degli "altri interessi pubblici"¹¹⁴ ed a contrastare quei "meccanismi del processo politico democratico che rischiano di portare ad una espansione del disavanzo indipendentemente dalle esigenze dell'economia" inducendo a distribuire oggi ciò che sarà prodotto domani"¹¹⁵ con danno di chi verrà.

Anche sul versante della tutela del patrimonio genetico si registra un'importante normativa, mirante a porre in armonia l'ordinamento italiano con prescrizioni di origine europea (la Carta di Nizza). Esiste infatti l'art. 13 della l. 19 febbraio 2004 (relativa alla procreazione medicalmente assistita) il quale prevede una serie di limiti attinenti alla sperimentazione ed alla manipolazione genetica di esseri umani. Fra i numerosi divieti di tale disposizione, rilevano in particolare la proibizione di "ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, ovvero interventi che...tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete" e della "fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e...produzione di ibridi o di chimere" e di "interventi di clonazione". Che tali restrizioni siano tutte valide è opinabile, e non sono mancate critiche¹¹⁶. In questa

¹¹¹ V., a titolo indicativo con riferimento alla giurisprudenza costituzionale meno recente, R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in *Corte Costituzionale, Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano 1993, 184 ss.

¹¹² Sulle vicende, che hanno determinato la revisione del 2012 e l'introduzione del nuovo testo dell'art. 81 nella Costituzione, si rinvia per tutti a A. BRANCASI, *Voce Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*. VII, Milano 2014, soprattutto 170 ss.

¹¹³ Cfr. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino 2016, 227.

¹¹⁴ Su ciò si rinvia alle considerazioni di A. BRANCASI, *Voce Bilancio*, cit., 180.

¹¹⁵ Cfr. A. PISANESCHI, *Diritto*, cit., 228.

¹¹⁶ V., a titolo indicativo, le critiche a formule, contenute nella Carta di Nizza, circa

sede interessa rilevare che, a prescindere dall'opinione che si nutra sul patrimonio genetico da tutelare o sui divieti contenuti nell'art. 13 della legge n. 40 del 2004, una tutela, che può valere per le generazioni future, è stata posta in essere anche nei confronti di generazioni che, seppur non viventi, lo saranno anche in tempi brevi.

Fin qui si è volto lo sguardo al versante della politica legislativa. Con riferimento al versante giurisdizionale, per completare il quadro, si può verificare l'esistenza di una giurisprudenza che, particolarmente nei settori in cui sono sorte controversie, ha tutelato interessi quali quelli oggetto della presente indagine. Per citare la più significativa può richiamarsi la giurisprudenza costituzionale e comune relative al diritto sull'ambiente¹¹⁷.

8. *Proposte avanzate per la tutela degli interessi dei posteri*

La rassegna svolta in precedenza è non solo concisa, ma anche incompleta, forse disorganica, costituita piuttosto da *flash*. Nondimeno, pur con questi evidenti limiti, il quadro dipinto con poche pennellate può consentire di conoscere il retroterra delle proposte avanzate per la tutela dei diritti delle generazioni future con un *trend*, che involge gli interessi (costituzionali) dei presenti, e di verificare che, quanto meno in modo implicito, la cultura giuridica (e costituzionalistica in particolare) ha elaborato soluzioni, che possono giocare a favore delle generazioni future. Il quadro va però integrato con la prospettazione di proposte, che sono esplicitamente avanzate nell'interesse dei posteri e che possono apparire necessarie per l'insufficienza delle soluzioni dianzi riportate.

A) Il primo versante delle proposte di tutela degli interessi dei futuri abitanti della terra è quello politico-culturale. Più esattamente i diritti delle future generazioni potranno essere realizzati se matureranno una cultura politica ben diversa a quella oggidi egemone ed un indirizzo di governo (in senso lato del termine) informato a detta cultura. Volendosi

divieti di pratiche eugenetiche, in A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia; art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 812, 813. Con riferimento all'art. 13 della legge n. 30 del 2004, v., a titolo indicativo, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, Milano 2012, soprattutto, 151 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano 2016, soprattutto 100 ss. (con indicazioni circa le correzioni che la giurisprudenza costituzionale ha arrecato alla legge in oggetto).

¹¹⁷ Senza diffonderci in citazioni, ci limitiamo a rinviare B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto*, cit., 32 ss. e *passim*.

dire qualcosa di più preciso, pur sempre in termini generali, necessita una cultura politica che, senza negare i benefici della tecnologia, contesti un'accezione acritica e passiva, di quest'ultima e ne impedisca certi esiti. Accanto a questa diversa cultura deve maturare sul piano non solo culturale, ma anche di indirizzo politico l'idea di uno "sviluppo sostenibile", formula tanto diffusa quanto disattesa. Il concetto, che è maturato ed utilizzato nella materia ambientale, va inteso come necessità di conciliare le opposte esigenze della crescita connessa con lo sviluppo tecnologico e gli equilibri delle risorse naturali¹¹⁸. In senso più ampio (andando perciò oltre il pur fondamentale ambito ecologico), sviluppo sostenibile "significa... ricerca e costruzione di un ordine sociale...in cui (almeno) i bisogni elementari dell'esistenza umana siano soddisfatti, e in cui l'accesso alle risorse fondamentali per una vita dignitosa sia il più possibile effettivo e diffuso"¹¹⁹.

A completamento del quadro politico-culturale si deve aggiungere il superamento di quell'atteggiamento definito presentismo che, per definizione, privilegia le istanze dei viventi¹²⁰. Nell'ambito di questo atteggiamento in generale va poi inquadrata quella specifica versione della democrazia della quale si è parlato già nelle pagine precedenti. Senza ripetere quanto scritto in precedenza, ci limitiamo a rilevare che, se la democrazia liberale va mantenuta per le ragioni che ci offre il pensiero politico (e che sarebbe superfluo riprendere in questa sede), nondimeno è inaccettabile quella versione populista, che si sostanzia in una sacralizzazione del popolo¹²¹ e, ancor peggio, di quella, quanto mai fallace, espressione della supposta volontà di quest'ultimo che si manifesterebbe nelle (più ravvicinate) elezioni. Si possono richiamare le parole emblematiche di

¹¹⁸ Cfr. S. GRASSI, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà internazionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 183.

¹¹⁹ Cfr. A. D'ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 350. Ci siamo limitati a poche citazioni, ma è superfluo precisare che quanto richiamato nel testo è stato, ed è, oggetto di un grande e diffuso dibattito e quindi di una quanto mai ampia letteratura, la quale è citata (anche) negli scritti dei giuristi menzionati in precedenza, *in primis* quelli di Bifulco e D'Aloia.

¹²⁰ Si dovrebbe ricercare un termine contrario a presentismo. Il termine adatto sarebbe "futurismo", ma non può essere utilizzato perché evocherebbe un discusso orientamento artistico, che, oltre tutto, era volto all'esaltazione della civiltà tecnologica e non era certo favorevole ad uno sviluppo sostenibile.

¹²¹ Per lucide riflessioni critiche su tal tipo di versione populistica della democrazia, v., per citare uno scritto recente di un autorevole costituzionalista, alieno da suggestioni demagogiche, A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista A.I.C.* 2018, n. 1, 1 ss.

un illustre costituzionalista, secondo cui esiste “un dato semistrutturale delle democrazie contemporanee: tutto si gioca sul presente, sui sondaggi, sulla risposta immediata dell’opinione pubblica, sulla misurazione del consenso fatto giorno per giorno”¹²². Nel momento in cui viene concepita la democrazia come assenza di valori superiori alla medesima, a cui debbono ispirarsi i governanti (beninteso nel rispetto dei vincoli e dei procedimenti liberaldemocratici) e viene legittimata la ricerca del consenso elettorale come obiettivo etico-politico primario¹²³, è naturale la propensione a realizzare soltanto gli interessi delle generazioni viventi (e votanti) a grave detrimento delle esigenze dei futuri abitanti della terra (e futuri elettori). Ecco perché una concezione non elettoralistica della democrazia è una svolta necessaria per la tutela dei diritti dei posteri¹²⁴.

B) Il secondo versante della tutela è costituito dalla politica istituzionale. Prima di fornire un quadro sintetico delle soluzioni istituzionali prospettate dalla cultura giuridica (e politologica) e, in qualche caso, realizzate in alcuni ordinamenti, ci sembrano opportune due precisazioni.

Anzitutto, le soluzioni avanzate investono sia il diritto internazionale che quello costituzionale¹²⁵. Nel prosieguo ci occuperemo solo delle soluzioni attinenti al secondo, non solo perché il presente scritto riguarda il diritto costituzionale, ma anche perché ci sembra che, in questo ambito, si possano ottenere rimedi più probabili (o meno improbabili) per la tutela dei diritti delle generazioni future¹²⁶.

In secondo luogo non si effettuerà un’esauriente esposizione delle numerose proposte avanzate o soluzioni attuate, oltre tutto o di improbabile realizzabilità le prime o di poca efficacia le seconde. Ci limitiamo

¹²² Cfr. G. AMATO, *Noi in bilico, Intervista a cura di F. Torquet*, Bari 2005, 112.

¹²³ È stato ben rilevato, criticamente, che “la democrazia, essendo un metodo politico, non può, come ogni altro metodo, divenire fine a se stessa” (cfr. J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Bologna 1994, 232).

¹²⁴ Per considerazioni interessanti sui rapporti fra democrazia e tutela dei diritti delle generazioni future, v., oltre gli scritti citati nelle pagine precedenti di Thompson, P. Pasquino e, allineato con questi, il nostro *Democrazia*, cit., si può richiamare, quale opera più recente, A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 336.

¹²⁵ V., a titolo indicativo, R. BIFULCO, *Diritti*, cit., 169 ss.; A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 379 ss.

¹²⁶ Nell’ambito internazionale sembra ancor più difficile realizzare istituzioni e procedure condizionanti le condotte degli stati nazionali. Sulla “limitata forza giuridica vincolante del diritto internazionale” per mancanza di “adeguate garanzie giurisdizionali a livello internazionale” (e non solo per quest’ultima ragione), v., le lucide considerazioni di T. GROPPPI, *Sostenibilità*, cit., 48.

a dar conto di una tipologia astratta delle medesime, con un inquadramento in categorie.

Infine, lo sguardo alla politica istituzionale riguarderà gli organi e le funzioni di indirizzo politico e di controllo, mentre si spenderà solo qualche parola sulla giurisdizione.

Veniamo alla rassegna delle soluzioni prefigurate.

a) Un primo ordine di soluzioni è costituito dalla istituzione di organi investiti di “rappresentanza delle generazioni future”¹²⁷, ora *ex novo*, ora all’interno di organi già esistenti. Un modello di organo è costituito dall’*ombudsman*, o definito da qualcuno, su ispirazione romanistica, “tribuno della posterità”. Tale soluzione è stata oggetto di proposte a livello sia dottrinale¹²⁸, sia politico¹²⁹. Si può rilevare che, nella prospettiva di dette proposte, pur non intendendosi “spodestare il potere legislativo o esecutivo”¹³⁰, il compito di un simile tipo di *ombudsman* sarebbe notevole in quanto dovrebbe creare “un’arena ufficiale e decisiva in cui riflettere e decidere sugli effetti dei vincoli che la politica presente impone alle capacità democratiche di chi in futuro deterrà la sovranità politica”¹³¹ o, per richiamare altre parole, il ruolo del guardiano sarebbe “*to introduce a new dimension – that of the time horizon – into the resolution of issues traditionally confined to the here and now*”¹³². Accanto alle proposte, non sono mancati casi, peraltro assai sporadici, di previsione, in disposizioni costituzionali, di un simile tipo di organi¹³³.

Altre volte per la “rappresentanza delle generazioni future” è stata prefigurata l’istituzione di organi operanti all’interno di altri, già esistenti

¹²⁷ Cfr. A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 385. Può essere richiamata anche, nella materia *de qua*, la formula “amministrazione fiduciaria democratica” per denotare “come il futuro può venire rappresentato nel presente”: cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 13, 22 ss.

¹²⁸ V., in tal senso, THOMPSON, *op. ult. cit.*, 25, al quale si deve la definizione di “tribuno della posterità”; A. D’ALOIA, Voce *Generazioni*, cit., 385.

¹²⁹ V., in tal senso, la proposta del Governo di Malta, nella Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo, tenutasi nel 1992, dell’istituzione, che ha proposto l’istituzione di un “*guardian...entitled to appear before institutions whose decisions could significantly affect the future of species*”: v. in L. PINESCHI, *Equità inter-generazionale e diritto internazionale dell’ambiente: principio metagiuridico o regola di diritto?*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 130.

¹³⁰ Cfr. D. THOMPSON, *op. ult. cit.*, 26.

¹³¹ Cfr. D. THOMPSON, *op. ult. cit.*, 26.

¹³² Cfr. L. PINESCHI, *Equità*, cit., 130.

¹³³ Per informazioni sull’introduzione, mediante norme legislative o costituzionali, di *ombudsman* delle generazioni future, v. T. GROPPI, *Sostenibilità*, cit., 60 ss.

e funzionanti. Più frequentemente organi di tale natura sono stati designati all'interno di parlamenti. Ne sono esempi, ma anche in tale ambito si tratta di casi sporadici, comitati intraparlamentari come il *Committee for the Future* del Parlamento finlandese, oppure *ombudsman* operanti in stretto contatto con il parlamento come il *Commissioner for Future Generation* dell'ordinamento israeliano¹³⁴.

Onde completare il discorso relativo ai soggetti cui riconoscere la "rappresentanza delle generazioni future", si deve ricordare il ruolo attribuito ad entità esterne allo Stato-apparato e ad altri enti pubblici. I soggetti privati, cui ha pensato la dottrina, sono state le organizzazioni non governative¹³⁵, le quali agiscono per interessi di ampia portata, entro e fuori gli stati, come ad esempio la tutela dell'ambiente, e perciò sono funzionali alle esigenze delle generazioni future.

b) La seconda serie di proposte istituzionali è costituita dalla prefigurazione di funzioni e compiti di organi, per lo più già esistenti, finalizzati alla tutela dei posteri.

La più significativa funzione è costituita dall'analisi dell'"impatto sulla posterità"¹³⁶. Si tratta della riproposizione di una soluzione, già prospettata ed operante (anche) nell'ordinamento costituzionale italiano con riferimento agli effetti ed alle ricadute di atti di governo (*in primis* delle leggi) sull'economia. La proposta, che ha ispirato anche una legge della Regione Calabria¹³⁷ mira all'introduzione della previsione degli effetti intergenerazionali in caso di misure che possono incidere su beni delle generazioni future.

Intrecciato con quello dei compiti e funzioni degli organi c'è il complesso di proposte relative alle innovazioni procedurali. Più esattamente,

¹³⁴ Su tali organi, nonché su altri non menzionati nel testo, e sulle vicende travagliate di alcuni di questi, v. T GROPPi, *Sostenibilità*, cit., 60 ss.; A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 386 ss.

¹³⁵ Sul ruolo delle ONG nella difesa di interessi universalistici e delle generazioni future, v., in particolare D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 28, 29; C. PITEA, *Chi rappresenta le generazioni future? Il contributo della convenzione di Aarhus allo "status" giuridico delle ONG ambientali a livello nazionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un futuro*, cit., 245 ss.

¹³⁶ Per usare la felice formula di D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 26. Su questa linea, anche, P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 710 ss.; R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 175; A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 388.

¹³⁷ V. la legge n. 8 del 2010 richiamata da A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 388, nota 449.

si è avanzata l'istanza, circa l'adozione di atti legislativi o comunque di governo, di una partecipazione consultiva di soggetti, pubblici o, ancor più, privati (soprattutto di natura associativa) ai procedimenti decisionali, oppure l'acquisizione di certe informazioni, come quelle relative all'"impatto sulla posterità", onde decidere se adottare o meno un atto oppure con quale contenuto¹³⁸.

C) Accanto a quanto scritto circa gli organi di indirizzo politico e amministrativo, qualche cenno può essere fatto con riferimento ai compiti della giurisdizione¹³⁹. Sul punto ci limitiamo a due rapide notazioni.

Anzitutto il compito degli organi giurisdizionali nel decidere controversie, che investono interessi delle generazioni future, consiste fondamentalmente in una verifica di ragionevolezza, di un bilanciamento di interessi (nel nostro caso di diverse generazioni nel tempo), già effettuato, di regola da organi di soggetti pubblici. Più rara ci sembra l'ipotesi in cui il giudice si trovi a valutare direttamente, in controversie che vertano su atti di soggetti privati, quale equilibrio di interessi intergenerazionali debba essere realizzato.

In secondo luogo, e questa notazione si intreccia con la considerazione precedente, per il tipo di valutazioni che spettano alla giurisdizione, gli organi giurisdizionali, che possono risultare i più adeguati, sono le corti costituzionali. Il riconoscimento di tale maggiore idoneità dei giudici costituzionali si fonda sulla constatazione che il contrasto di interessi intergenerazionali si manifesterà prevalentemente su atti legislativi, o comunque di governo, e quindi detti giudici, anche per la posizione e la forza che hanno nell'ordinamento, possono svolgere con minor disagio

¹³⁸ Sulle possibili forme di partecipazione all'attività di governo (nel senso lato del termine), v., con riferimento a certe norme internazionali, v. C. PITEA, *Chi rappresenta*, cit., 249 ss.; R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 173, A. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 387, 388.

Nel testo si è parlato dell'"impatto sulla posterità", con riferimento sia alle funzioni che alle procedure, ma non si tratta di una ripetizione. Infatti l'accertamento di tale impatto potrebbe essere operato anche in processi non decisionali, come ad esempio, in relazioni periodiche trasmesse agli organi di governo, pur se l'introduzione di tale strumento di analisi prevedibilmente sarebbe impiegato nel corso di procedimenti decisionali.

¹³⁹ Sul ruolo della giurisdizione, costituzionale o comune, nella materia *de qua*, v. R. BIFULCO, *Diritto*, cit., 175 ss.; R. D'ALOIA, *Voce Generazioni*, cit., 382 ss., con adduzione di molteplici motivi, non ultimo dei quali, ma non l'unico, l'esistenza di "una indipendenza istituzionale dalle maggioranze politiche e dalle ragioni del consenso", che mette i giudici "in una condizione di maggiore idoneità a trasferire nei propri ragionamenti principi e valori...come quelli legati alla tutela degli interessi di chi non c'è ancora" (*ivi*, 382).

la funzione di verifica del bilanciamento di interessi intergenerazionali di quanto avvenga per i giudici comuni¹⁴⁰.

9. *Considerazioni conclusive*

Alla fine del presente scritto, sono necessarie alcune considerazioni conclusive, che mettano in luce il senso di quanto scritto in precedenza. Infatti, se qualche osservazione avanzata qua e là può essere (forse) originale, le tesi di fondo, con i vari argomenti a supporto, non hanno, come risulta anche dalle citazioni della dottrina costituzionalistica, che si è occupata dei diritti delle generazioni future (*in primis* Bifulco e D'Aloia), una particolare originalità, sono un *déjà vu* e, per giustificare uno scritto, esigono un supplemento di considerazioni circa gli effetti che esse possono avere nonché sul *quantum* di utilità delle medesime.

Ricapitoliamo, in termini telegrafici, le tesi di fondo sostenute.

Sono configurabili sul piano etico, interessi dei posteri. Tali interessi hanno una valenza non solo etica, ma anche giuridica in generale e costituzionale in modo specifico. Tali interessi si possono configurare non solo quali doveri, ma anche quali diritti costituzionali (pur se la qualificazione della situazione giuridica soggettiva ha una rilevanza assai limitata). La tutela dei diritti costituzionali delle generazioni future si deve realizzare a livello sia dell'indirizzo politico (ed amministrativo) sia della giurisdizione (costituzionale o comune). Già nell'ambito di settori della dottrina, della politica e della giurisprudenza sono stati riconosciuti diritti (*in primis*, quello all'ambiente), dei quali si ritengono titolari anche i futuri abitanti della terra. Nondimeno gli attuali strumenti di tutela di detti diritti non sono apparsi sufficienti e perciò sono state avanzate proposte per integrare le lacune della protezione degli stessi.

L'interrogativo e le riflessioni circa l'utilità della configurazione dei diritti in oggetto richiamano un dibattito diffuso nel tempo, in Italia ed altrove, relativamente alla validità sostanziale di diritti e norme a contenuto vago. Più esattamente ci riferiamo al senso ed all'opportunità di introdurre disposizioni costituzionali programmatiche e di conferire un significato alle stesse¹⁴¹. Ora, in questo ambito, si delineano due contrap-

¹⁴⁰ Sembra su tale posizione sia R. BIFULCO, *Diritti*, cit., 176, 177.

¹⁴¹ Si tratta di vicende troppo note, che meritano solo un richiamo. Con riferimento all'Italia, cioè al dibattito sull'utilità dell'inserimento in costituzione di norme simili e sulla loro efficacia (soprattutto prima della fondamentale sentenza n. 1 del 1956 della Corte

posti orientamenti su due diversi problemi. Esiste la contrapposizione esplicita di orientamenti, a favore od a sfavore di dette norme e diritti ad esse inerenti. Nell'ambito poi dell'orientamento favorevole, si possono cogliere due tendenze, più implicite che esplicite, che si possono tradurre in questi termini: la prima si sostanzia nella configurazione di una moderata portata di norme programmatiche e diritti, mentre la seconda enfatizza portata e effetti di questi.

Stante quanto poc'anzi scritto, si può ritenere che il dibattito sulla configurabilità o meno di diritti delle generazioni future ricalchi il dibattito sulla validità e la portata delle norme programmatiche e diritti da esse prefigurati. Ne consegue che, se si ritengono configurabili diritti fondati su norme (norme-principio) programmatiche in generale, si dovrà addivenire per i tanti profili comuni e le loro interrelazioni, alla medesima conclusione per i diritti dei posteri. Rievochiamo i motivi di fondo, che supportano la derivazione di diritti da norme programmatiche, ben più vaghe di quelle precettive.

Anzitutto, in negativo, non vale l'argomento critico addotto contro i diritti fondati da norme programmatiche.

Più esattamente la svalutazione delle norme programmatiche è stata fondata sulla vaghezza delle stesse, la quale sarebbe in contrasto con la precisione dei precetti normativi e quindi con l'esigenza della certezza del diritto, propria dello stato di diritto¹⁴². Inoltre è stata richiamata la concezione classica, di natura sostanzialmente privatistica, secondo la quale, per riprendere le parole di un'autorevole dottrina francese, con riferimento ai nuovi diritti dell'uomo, "*un droit ne peut exister sans un objet précise et possible; il doit, de plus, être opposable à des personnes individualisables*"¹⁴³, pena altrimenti una svalutazione dei diritti, la quale può tradursi in uno "*scepticisme*" che investe il complesso dei medesimi.

All'incontrario, si può opporre che, anche nella dinamica classica del diritto, si è verificato il ricorso a figure giuridiche, con vaghezza ed

costituzionale), ci limitiamo a rinviare, a titolo meramente indicativo, a M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982, soprattutto 29 ss.; V. ONIDA, Voce *Costituzione italiana* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1989, 323 ss., 327 ss.; per un quadro, che trascende il nostro Paese, v., sempre a titolo indicativo, S. BARTOLE, Voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, *ivi*, soprattutto 311 ss.

¹⁴² Per una citazione indicativa di tale orientamento v. E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge ed al diritto (art. 20 comma 3 G)*, in *Id.*, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, soprattutto 298 ss.

¹⁴³ Cfr. J. RIVERO, *Les libertés publiques, I. Le droits de l'homme*, Paris 1978, 130.

imprecisione di contenuto, come ad esempio, i principî¹⁴⁴. La vaghezza di contenuto prescrittivo di norme non è perciò motivo per negare la derivazione di diritti da esse. Inoltre, come già sostenuto in precedenza, con adesione ad una autorevole dottrina che ha configurato una relatività ed una storicità di figure giuridiche, se può affermarsi che una cosa è la nozione classica del diritto soggettivo, avente oggetto puntuale ed opponibile da parte di un titolare di un ben determinato soggetto, nozione che certamente dà luogo alla sua più efficace realizzazione, altro è sostenere che non si possono configurare diritti soggettivi, pur in base ad interessi meritevoli di tutela, solo perché non esistono i requisiti classici dei diritti quali assunti dalla tradizione privatistica.

In secondo luogo, in positivo, ci sono motivi ben precisi che giocano a favore della configurabilità di diritti fondati su norme programmatiche.

Il primo motivo è costituito dal rafforzamento che le istanze etico-politiche e i valori che le ispirano ricevono dalla proclamazione delle stesse in testi costituzionali. Senza diffonderci in una documentata dimostrazione sembrano sufficienti due dati. Il più rilevante di tale dato è costituito dall'impiego (anche) della prima parte della Costituzione nelle battaglie politiche da parte di partiti (*in primis* quelli di sinistra, con prevalenza del vecchio PCI), per l'affermazione dei principî sanciti dalla carta fondamentale (libertà, eguaglianza ecc.)¹⁴⁵. L'altro dato è costituito dall'invocazione di norme costituzionali da parte di intellettuali, esperti di discipline non giuridiche, nel propugnare la realizzazione di obiettivi di natura politica o sociale¹⁴⁶.

Il secondo motivo è costituito dall'efficacia concreta delle norme programmatiche. La vaghezza di contenuto non ha affatto precluso una concretizzazione di tali norme, con effetti soprattutto sulla giurisprudenza costituzionale e comune. Non c'è bisogno di comprovare con ampia

¹⁴⁴ V., in tal senso S. BARTOLE, Voce *Costituzione*, cit., 314.

¹⁴⁵ Ci asteniamo, come detto nel testo, da una documentazione perché trattasi di fenomeno storico assai noto. A titolo indicativo, possiamo comunque richiamare gli «scritti «militanti»» di un costituzionalista (allora militante nel PCI): v. V. CRISAFULLI, *Politica e Costituzione*, Milano 2018, soprattutto 79 ss. facendo notare che vari interventi dell'A. si rinvencono non in riviste giuridiche, ma, in tal caso, sul quotidiano l'Unità o su una rivista comunista, quale *Rinascita*.

Si può pure notare, *en passant*, che le più agguerrite forze politiche, le quali usavano anche la carta costituzionale per le loro azioni politiche – i partiti di sinistra – si ispiravano ad un orientamento ideologico – il marxismo – che non brillava certo per la valorizzazione del diritto e dei fenomeni giuridici.

¹⁴⁶ A titolo meramente indicativo, v. S. SETTIS, *Paesaggio, Costituzione, cemento: la battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino 2010.

documentazione tale affermazione: basta scorrere qualche commentario della Costituzione, in modo specifico delle sue disposizioni programmatiche – art. 3, 2° c., 31, 32, 36, 38 ecc. – per verificare l'applicazione di tali norme¹⁴⁷. Pertanto l'introduzione, con successiva interpretazione e valorizzazione, delle norme programmatiche e la configurazione di diritti in base alle medesime hanno avuto un ricaduta di natura non solo culturale (etico-politica), ma anche giuridica.

Concludendo queste note, riteniamo che il discorso sui diritti (costituzionali) delle future generazioni presenti, particolarmente per la parte in cui contiene indicazioni programmatiche, un'assonanza con la tematica dei diritti fondati su norme programmatiche della Costituzione¹⁴⁸ e quindi riceva una convalida dalle vicende storiche dell'efficacia e dell'utilità di dette norme. In qualche modo può dirsi che la configurazione di diritti (costituzionali) dei posteri è una continuazione della ricostruzione dei diritti dei viventi e dall'affermazione di questi riceve anche una verifica positiva sul piano empirico.

Veniamo ora alla verifica se le tesi sostenute in precedenza hanno una portata rilevante o se non vada affatto enfatizzata la sua efficacia concreta. Come enunciato in precedenza, gli effetti concreti della tesi esposte sono limitati e cercheremo di darne dimostrazione.

I diritti costituzionali delle generazioni future possono essere realizzati attraverso l'indirizzo politico ed amministrativo oppure la giurisdizione.

A livello di indirizzo politico (ed amministrativo) debbono sussistere un orientamento politico-culturale ed una volontà politica di tutela degli interessi dei posteri. Questi fattori oggidi sono, se non assenti, assai deficitari.

In via preliminare riteniamo che, ad onta di chi enfatizza la portata delle dichiarazioni di principi (nei diversi campi del diritto), le norme costituzionali non costituiscono il fattore più rilevante della dinamica politica. I politici, i governanti, possono ben effettuare la realizzazione di ideali e di fini costituzionalmente rilevanti – l'eguaglianza, la massima occupazione, la salute collettiva, ecc. – ma la motivazione principale non è mai

¹⁴⁷ A titolo indicativo, si può menzionare un commentario: S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, in particolare la trattazione dedicata alle norme programmatiche, dall'art. 32 a quelle relative ai diritti sociali.

¹⁴⁸ A riprova può rilevarsi che il diritto più importante dei posteri, cioè la pretesa alla tutela dell'ambiente, trova già un riconoscimento nella sfera dei diritti deducibili da norme costituzionali programmatiche (pur in base ad una certa interpretazione delle stesse).

costituita dall'intento dell'attuazione di norme costituzionali (e non solo costituzionali). Con una battuta, i conflitti e l'intendimento di realizzare determinate istanze (quali quelle, per concretizzare il discorso, risultanti dagli artt. 3, 2, 4, 31 ss. della Costituzione) si sarebbero verificati anche in assenza di dette disposizioni costituzionali. Lo comprova il fatto che, in altri Paesi ed in Italia prima del 1948, ci sono state spinte ed iniziative politiche per realizzare valori e finalità sancite oggigià dalla Costituzione¹⁴⁹. Al massimo partiti ed uomini politici hanno rafforzato la motivazione per le soluzioni perseguite invocando (anche) argomenti giuridici e di diritto costituzionale. Ma una cosa è un'argomentazione per il rafforzamento di soluzioni, fondate su ben più influenti ragioni etico-politiche, altro è una prevalenza od una pari forza di un'argomentazione giuridica in rapporto alla motivazione etico-politica.

Ciò premesso, sussistono due fattori ostativi allo svolgimento di una efficace politica volta a realizzare i diritti delle generazioni future.

Il primo di questi è l'economicismo, inteso come attribuzione, nella cultura e nella prassi politica e di governo, della priorità agli interessi economici. Questa tendenza ha le sue radici non solo negli interessi e nell'ideologia del potere economico finanziario, ma anche nella cultura e nel modo di sentire della grande maggioranza della popolazione (almeno) dei paesi industrializzati, quindi non è solamente l'esito della supposta "dittatura della finanza". C'è stato, per riprendere qualche icastica espressione, un "passaggio dalla cittadinanza democratica ad un modello più individualizzato di *"cittadinanza di consumo"* e una gerarchizzazione della morale che perpetua una rozza credenza che riduce la felicità al consumo materiale"¹⁵⁰, cioè "la mera accumulazione di cose materiali e l'incremento del prodotto materiale lordo" sono divenuti i fini primari della vita sociale e della politica¹⁵¹. Ora è un dato di esperienza comune, senza bisogno di dimostrazione, che questa tendenza economicistica è in netto contrasto con l'altruismo ed il solidarismo, cioè con quegli ideali

¹⁴⁹ Le varie correnti del cattolicesimo sociale, del liberalismo di sinistra e del socialismo (in diverse versioni) non hanno atteso l'approvazione di testi costituzionali per sollecitare o realizzare certe correzioni dell'economia di mercato per la tutela dei ceti meno abbienti: nei Paesi scandinavi, in Gran Bretagna, nell'Italia prefascista non esistevano (e nemmeno sono state introdotte in seguito) norme quali gli artt. 3, 2° c., 4, 31 s. della nostra carta fondamentale.

¹⁵⁰ Cfr. M. FLINDERS, *In difesa della politica*, Bologna 2012, 128, 129.

¹⁵¹ V., per alcune citazioni, M. FLINDERS, *In difesa*, cit., 103, che riporta anche la felice battuta di R. Kennedy, secondo cui "il prodotto nazionale lordo misura tutto tranne ciò per cui vale la pena vivere".

che possono favorire la realizzazione degli interessi costituzionali dei posteri ad opera degli attuali viventi (basti pensare, ad esempio, al degrado ambientale provocato dall'intento di dare vantaggi a questi ultimi a danno dei primi).

Il secondo, rilevante, fattore è costituito dal presentismo, cioè la tendenza a perseguire gli interessi dell'oggi, prevalentemente quelli di natura economica, come poc'anzi rilevato, trascurando "gli interessi dei cittadini del futuro", cioè "i rischi ambientali a lungo termine, le conseguenze dell'ingegneria genetica", ecc.¹⁵². Per denotare tale fenomeno con altre efficaci (ed autorevoli) parole, "il presentismo... diventato il riferimento delle prospettive e delle decisioni individuali e collettive [è] il fenomeno più sottilmente pericoloso che sia in corso: porta infatti a un appiattimento di crescita; porta alla generale propensione a impostare comportamenti «sull'oggi sull'adesso»; porta un po' tutti a non fare memoria del passato e previsioni sul futuro"¹⁵³. Orbene, il presentismo è in relazione stretta anche con la cultura e la dinamica politico-istituzionale del regime democratico. Come già si è registrato in precedenza, il presentismo è strettamente connesso con la degenerazione elettorale della democrazia, per la quale è divenuta una finalità assolutamente imprescindibile e prioritaria l'acquisizione del consenso elettorale nella prossima consultazione popolare, con il che le forze politiche concorrenti debbono tener conto dei desiderata e degli interessi degli elettori, che voteranno tra breve. Ne consegue quindi che tale impronta presentista del regime democratico compromette lo svolgimento di politiche ed indirizzi di governo, che siano volti alla tutela degli interessi delle generazioni future¹⁵⁴.

Di quanto scritto poc'anzi può trarsi conferma da un dato riscontrabile nella materia *de qua*. Come si è visto sono state avanzate proposte istituzionali per dar voce, in qualche modo, ai futuri abitanti della terra, cioè l'istituzione di organi o di procedure funzionali a tale scopo. Ebbene, si può ben verificare, senza indagini approfondite, quale scarso, o nullo, interesse tali proposte suscitino nel mondo politico e come esse

¹⁵² Cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 13 (circa l'ingegneria genetica, si richiama la precisazione precedentemente avanzata).

¹⁵³ Cfr. G. DE RITA, A. GALDO, *Prigionieri del presente*, Torino 2018, 91.

¹⁵⁴ Si rinvia, per tali considerazioni critiche, agli scritti già citati di Thompson, Pasquino ed al nostro, volendosi, *Democrazia*, cit., 58, 59 ss., che ha tratto ispirazione e supporto per l'affermazione di una "antitesi fra etica intergenerazionale e democrazia" (*ivi*, 59).

sembrino più una bizzarria che non, come dovrebbe essere, idee meritevoli di riflessione e di attuazione.

Venendo alla giurisdizione, si può affermare che essa ha un ruolo limitato relativamente a questioni come quelle della tutela dei diritti dei posteri, poiché i giudici costituzionali e comuni non possono essere caricati di un “compito eccessivo” e “chiamati a difficili bilanciamenti”¹⁵⁵. Detto in termini sintetici, giudici (anche costituzionali) non sono in grado di realizzare interessi (pur di natura giuridica), che esigono valutazioni e scelte politiche di ampio respiro e ciò per un duplice motivo. Anzitutto la giurisdizione incontra limiti costituzionali nella sfera della potestà di indirizzo politico (e amministrativo), non può valicare detti limiti pena una violazione della sfera costituzionale attribuita agli organi di indirizzo politico-legislativo. In secondo luogo i giudici non hanno nemmeno la forza politico-istituzionale per imporre un loro orientamento, allorché quest’ultimo incontra l’opposizione della grande maggioranza del corpo sociale e delle *élites* politiche e culturali che le esprimono. La storia della giurisprudenza costituzionale (*in primis* quella statunitense) comprova ampiamente questa tesi. Al massimo la giurisdizione può operare una correzione di orientamenti politici dominanti e la vicenda delle norme programmatiche della nostra costituzione lo comprova ampiamente¹⁵⁶.

In chiusura dello scritto si può riassumere il quadro culturale e giuridico della problematica della tutela delle generazioni future.

Sta maturando, a livello di istituzioni nazionali ed internazionali nonché di cultura giuridica, la propensione al riconoscimento, in termini di principio o di direttive programmatiche, della doverosità della tutela di interessi delle generazioni future. Per quanto riguarda l’ottica costituzionalistica prescelta in questa sede, si può registrare una consistente tendenza a ricondurre la tutela di detti interessi ad imperativi di natura costituzionale.

In secondo luogo, dinanzi all’insufficienza dimostrata dalle istituzioni costituzionali presenti nell’ordinamento, non sono mancate proposte *de iure condendo* di introduzione o di nuove istituzioni o di nuove procedure all’interno di quelle esistenti. In questo campo si ha la sensazione di un duplice ritardo. Da un lato occorre un maggior affinamento delle

¹⁵⁵ Si richiamano le felici parole di T. GROPPI, *Sostenibilità*, cit., 64.

¹⁵⁶ Senza diffonderci in una superflua documentazione, possiamo limitarci ad un test: si verifichi la ben diversa ricaduta sulla giurisprudenza costituzionale (e non solo su quella) del primo e del secondo comma dell’art. 3, cioè delle due differenti versioni del principio costituzionale d’eguaglianza.

soluzioni proposte, meglio verificando quale sia il probabile rendimento dell'una o delle altre ed evitando proposte che appaiono irrazionali¹⁵⁷. In altra direzione, non sembrano aver avuto molta risonanza varie proposte istituzionali in oggetto, malgrado la loro serietà, un po' per pessimismo, dato che implicano pur sempre una competenza degli attuali viventi¹⁵⁸, un po' (e ancor più) perché manca una forte spinta politica per la protezione degli interessi dei posteri.

Da ultimo, e ricollegandosi a quanto scritto poc'anzi, sussiste non tanto un ritardo, quanto piuttosto una tendenza di fondo ostativa all'affermazione delle soluzioni giuridiche relative alla tutela degli interessi delle generazioni future. Il deterioro democraticismo elettoralistico ed il presentismo, di cui si è detto, alimentano l'attenzione nei confronti degli interessi dei viventi (e votanti), ai danni delle esigenze delle generazioni future.

In questo contesto si configurano compiti per i giuristi, assunto il dovere di protezione dei posteri. In una direzione, essi debbono raffinare e rafforzare (mediante diffusione delle stesse) le soluzioni pragmatiche prospettabili a vantaggio delle generazioni future. In altra direzione, proprio al fine di realizzare dette soluzioni, i giuristi debbono rimarcare i fattori ostativi prima menzionati e contrastarli unitamente ad altri settori della cultura extragiuridica (sociologi, filosofi, ecc.). Inoltre essi debbono, se credono nelle idee professate, operare, anche come cittadini, al di fuori della sfera degli addetti ai lavori (del diritto), onde far sì che le istanze etico-politiche avanzate divengano un convincimento diffuso nell'opinione pubblica. Anche in questo (e particolarmente in questo) ambito i giuristi, per realizzare istanze di diritto, non debbono fare solo i giuristi.

¹⁵⁷ Quale incredibile – data la consistente qualità intellettuale di chi l'ha formulata – soluzione irrazionale avanzata può segnalarsi l'attribuzione, “ai genitori di più voti” onde favorire la tutela delle generazioni future, con il ritorno al voto diseguale sulla falsariga della negazione del principio: “un uomo, un voto”: cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza*, cit., 27.

¹⁵⁸ V. uno spunto in tal senso di G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 91, 92.

SAGGI

Barbara Gagliardi

IL SINDACATO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE SULL'ORGANIZZAZIONE SANITARIA TRA AUTONOMIA REGIONALE E DIRITTO ALLA SALUTE*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'organizzazione sanitaria tra legge statale e legge regionale. – 2. I principi in materia di tutela della salute. – 3. Spesa sanitaria e principi di coordinamento della finanza pubblica. – 4. L'ordinamento civile. – 5. Organizzazione sanitaria e principio del concorso pubblico. – 6. Spunti conclusivi: il ruolo della Corte costituzionale a contenimento delle diseguaglianze territoriali.

1. *Introduzione: l'organizzazione sanitaria tra legge statale e legge regionale*

L'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa all'organizzazione sanitaria si incentra di necessità sul contenzioso in materia di riparto delle competenze legislative e, pertanto, su un sindacato che è prevalentemente per violazione dell'art. 117 della Costituzione, ferma restando la legittimazione dello Stato a invocare nel controllo di legittimità sulle leggi regionali anche altri parametri, primi fra tutti i principi in materia di organizzazione pubblica (artt. 97 e 98, Cost.).

L'organizzazione sanitaria non afferisce soltanto alla “tutela della salute”, cioè all'ambito di potestà concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost.¹, ma a un coacervo di materie elencate dalla Costituzione: alcune

* Il presente contributo è una versione aggiornata e rivista di quello destinato al ciclo di incontri “Come decide la Corte dinanzi a questioni tecniche” organizzato presso l'Università di Torino a cura di M. Losana e V. Marcenò nei mesi di marzo-giugno 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione nella collana dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza di Torino (Rubettino Editore).

¹ Esclude espressamente che l'organizzazione sanitaria possa costituire una materia a sé stante, attribuita alla competenza esclusiva regionale, riconducendola viceversa alla tutela della salute «assai più ampia rispetto alla precedente materia “assistenza sanitaria e ospedaliera”»: Corte cost., 14 novembre 2008, n. 371.

come oggetto di competenza legislativa esclusiva statale, come la profilassi internazionale², i livelli essenziali di assistenza³, l'ordinamento civile; altre attribuite alla competenza concorrente, come le professioni⁴, il coordinamento della finanza pubblica e l'alimentazione. Non può inoltre trascurarsi la competenza c.d. "residuale" delle Regioni sulla propria organizzazione amministrativa, che si correla al carattere delle aziende sanitarie quali enti strumentali dei medesimi enti territoriali. Tutto ciò senza far menzione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, ove la rilevanza costituzionale del bene ambientale, come noto, ha trovato storicamente fondamento nel riconoscimento costituzionale del diritto alla salute e a un ambiente "salubre" (art. 32, Cost.)⁵.

La disciplina dell'organizzazione sanitaria si correla d'altra parte strettamente alla tutela dei diritti "umani"⁶, o "fondamentali" che dir si vogliano: primo fra tutti quello alla salute⁷, ma anche alla dignità e all'autodeterminazione individuale, diritti tutti che l'ordinamento assicura in concreto attraverso le prestazioni di servizio pubblico⁸ erogate dalle organizzazioni pubbliche e private del servizio sanitario nazionale,

² Citata ad es. a fondamento di norme di polizia veterinaria da Corte cost., 13 giugno 2014, n. 173, oppure per l'obbligo vaccinale in Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

³ Ad es. si veda da ultimo Corte cost., 2 novembre 2017, n. 231, per l'attinenza ai livelli essenziali di assistenza di questioni relative al personale delle professioni sanitarie.

⁴ Viola i principi statali in materia di professioni una legge regionale che riserva lo svolgimento di prestazioni di «mantenimento di efficienza fisica, socializzazione e prevenzione» ai laureati ISEF omettendo i fisioterapisti: Corte cost., 23 aprile 2018, n. 172; *idem* per una legge regionale che istituisce il "clown di corsia": Corte cost., 6 dicembre 2018, n. 228; Corte cost., 15 maggio 2014, n. 126 relativa ai medici specializzandi.

⁵ In tema si veda R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., Torino, 2020, 127, ove si ricordano altresì la tutela della concorrenza, la sanità militare e la determinazione delle funzioni fondamentali degli enti locali.

⁶ Da ultimo in tal senso A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 22 ss.; ID., *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 127 ss.

⁷ Come si legge in Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, relativa al diritto all'istruzione e ai limiti derivanti dal c.d. numero chiuso: «Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione», sicché l'analisi dell'organizzazione deve sempre «considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi».

⁸ In tema si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di R. Cavallo Perin, L. Lenti, G.M. Racca, A. Rossi, Napoli 2009, 13 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli 1993, 55 ss.; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a

secondo norme di organizzazione poste anzitutto dalla legge in virtù della riserva relativa di cui all'art. 97, comma 2, Cost. È di tutta evidenza che le norme di organizzazione determinano le modalità di erogazione delle prestazioni, e dunque incidono sulla loro qualità e capacità di assicurare l'effettività dei diritti la cui soddisfazione è compito delle istituzioni repubblicane⁹.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale sembra in certa misura confermare quella che taluno ha definito "deferenza" del giudice rispetto alle scelte del legislatore in tema di organizzazione¹⁰: le norme in materia sono infatti difficilmente dichiarate costituzionalmente illegittime, se non per violazione del riparto di competenza Stato/Regioni¹¹, tutelandosi per l'effetto la discrezionalità del legislatore, specie se statale, nel definire i principi sull'organizzazione pubblica, e ciò anche ove gli stessi si tradu-

cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Milano 1995, 25 ss.; da ultimo: A. CAUDURO, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019.

⁹ Sull'amministrazione anche «come effettività in concreto dei diritti soggettivi, affinché non ne resti sovrachia la giurisdizione», con un'affermazione la cui rilevanza non è limitata ai diritti sociali, ma può ben essere spesa per proprietà e libertà personale: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze 2016, 14 ss.

¹⁰ Da ultimo A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 402 ss. Sull'ampio strumentario di cui la Corte si è dotata per risultare "rispettosa" della discrezionalità del legislatore in materia di disciplina dell'amministrazione pubblica: F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss. Evidenzia la "passività" della Corte costituzionale rispetto alle scelte del legislatore in ambito sanitario: V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino 2008, 64 ss.

¹¹ Ferma restando la differenza di sindacato sulle leggi statali e su quelle regionali: come noto, le prime possono essere dichiarate costituzionalmente illegittime in via principale solo per violazione del riparto di competenza, che è l'unico vizio che la Regione è titolata a denunciare innanzi alla Corte [più precisamente le Regioni possono evocare parametri diversi dal riparto di competenza quando le violazioni siano potenzialmente idonee a ripercuotersi sulle loro attribuzioni], mentre lo Stato può lamentare la violazione di ulteriori parametri costituzionali, ergendosi dunque a custode della legittimità costituzionale rispetto alle leggi regionali in senso più ampio, con funzioni di «polizia costituzionale» (in tal senso: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 330). Da ultimo riconoscono la "ridondanza" sulle attribuzioni regionali del vizio di legittimità della legge statale in violazione di un parametro sostanziale: Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 247; Corte cost., 24 luglio 2019, n. 194 e n. 195; vedi anche Corte cost., 16 luglio 2012, n. 187; Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22; Corte cost., 28 aprile 2011, n. 156; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 42; Corte cost., 2 febbraio 2011, n. 33.

cano in decisi tagli alle risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e dunque la stessa effettività del diritto alla salute. È cioè difficile rinvenire delle ipotesi di annullamento delle norme di legge per violazione di parametri a carattere sostanziale, con la sola, rimarchevole eccezione del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, comma 4, Cost.), che la giurisprudenza degli ultimi vent'anni ha affermato con peculiare vigore a limite di un legislatore che si è dimostrato spesso "refrattario" alla sua applicazione, in particolare a livello regionale¹².

La medesima cautela nei confronti della discrezionalità del legislatore si riflette nell'uso frequente di sentenze interpretative di rigetto: non sono rari i casi in cui la Corte interpreta la legislazione regionale in materia di organizzazione sanitaria comunque riconducendola nelle maglie dei principi posti dal legislatore statale¹³. La stessa tecnica è talora usata per salvaguardare discipline statali di apparente eccessivo dettaglio, e dunque in violazione della competenza regionale sulla tutela della salute, ove il giudice costituzionale ne indica il carattere non vincolante, chiarendo come esprimano una mera "facoltà" aperta al legislatore regionale¹⁴.

Più numerose forse le ipotesi in cui si perviene all'annullamento di leggi regionali che violano i "principi" statali in materia di tutela della salute (par. 2), o quelli "di coordinamento della finanza pubblica" (par. 3). Del pari incide in materia sanitaria la disciplina in tema di "ordinamento civile", che pesantemente condiziona la stessa nozione di "organizzazione amministrativa", determinandone una lettura riduttiva rispetto a quella tradizionale, poiché ad essa sottrae tutti i rapporti d'impiego (par. 4). A tal riguardo merita una speciale menzione il contenzioso in tema di concorsi in sanità, atteso che, come anticipato, si tratta sicuramente del

¹² Si veda per un esempio Corte dei conti, Sez. riun. in sede di controllo, *Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 2012, 145, per una critica dell'estensione – con leggi regionali – delle procedure di stabilizzazione a beneficio di personale dirigenziale sanitario assunto a tempo determinato, «malgrado il fenomeno sia stato specificamente stigmatizzato dalla Corte costituzionale».

¹³ Ad es. Corte cost., 29 novembre 2018, n. 219: su una legge della regione Calabria in ambito di igiene alimentare, di cui si afferma il carattere non derogatorio rispetto alle norme procedurali dello Stato che attribuiscono le relative competenze d'autorizzazione alle Asl; Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 249: sulla disciplina lombarda in tema di scuole di specializzazione; Corte cost., 18 luglio 2014, n. 209: sulla legge della regione Campania in materia di accreditamento delle strutture sanitarie; Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199: su una legge sarda sul riordino degli Istituti zooprofilattici sperimentali.

¹⁴ Così ad es. Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 89, ove s'interpreta come introduttiva di una "facoltà" per le Regioni (e non di un obbligo) una disposizione in materia di riduzione delle spese di personale.

parametro sostanziale più frequentemente utilizzato come limite al potere delle Regioni di definire la propria organizzazione (par. 5).

2. I principi in materia di tutela della salute

Non sono rari i casi di annullamento di leggi regionali per violazione dei principi in materia di tutela della salute, attribuiti – come già ricordato – alla potestà legislativa statale (art. 117, comma 3, Cost.), imponendosi una rilettura – almeno parziale – della “*vulgata*” secondo cui la riforma del Titolo V avrebbe significativamente esteso la competenza legislativa regionale in materia rispetto a quella definita dalla previgente “assistenza sanitaria e ospedaliera”¹⁵. Benché un ampliamento della competenza regionale ci sia stato, esso sembra da imputarsi precipuamente alla regionalizzazione – a “Costituzione invariata” – del servizio sanitario nazionale, che non a caso si definisce ormai sempre più spesso come la “somma” dei servizi sanitari regionali¹⁶.

È infatti con le riforme degli anni '90¹⁷ che si assiste all'attrazione delle competenze gestionali dal livello comunale a quello regionale, con l'istituzione delle Unità sanitarie locali “in forma d'azienda” che assumono la configurazione di enti strumentali delle regioni – talora ricondotte

¹⁵ In tal senso ad es. Corte cost., 15 aprile 2019, n. 87; Corte cost., 1° luglio 2015, n. 125; Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181; Corte cost., 31 marzo 2006, n. 134; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 270. Suggestisce un «forte ridimensionamento» della conclusione circa l'ampliamento della competenza legislativa in ambito sanitario: D. MORANA, *Tutela della salute*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, pt. spec., vol. I, Milano 2006, 280.

¹⁶ D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, art. 1. In tema: R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 130-131, ove si evidenzia come la riforma costituzionale del 2001 avrebbe sostanzialmente «operato una ricognizione della situazione pregressa, sebbene con forme e soluzioni non sempre perspicue, spingendo verso una più formale e positiva sistemazione costituzionale la complessa e complicata realtà che si era sedimentata nel corso degli anni», senza «aver davvero “inventato” qualcosa di nuovo sul campo»; C. TUBERTINI, *Cinquant'anni di organizzazione sanitaria: dall'uniformità alla differenziazione, e ritorno*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 71 ss.; F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Dir. reg.*, 2020, 356 ss. Da ultimo per una riflessione sulle principali differenze organizzative tra modelli regionali, con attenzione in particolare all'integrazione socio-sanitaria: C. BOTTARI, *Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario regionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 2 (www.cortisupremeesalute.it).

¹⁷ In particolare d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517; d.lgs. n. 229 del 1999, cit.

al *genus* degli enti pubblici economici¹⁸ – in luogo delle preesistenti unità sanitarie viceversa attribuite ai comitati di gestione di livello comunale¹⁹.

Nello stesso periodo inoltre è avviata la ridefinizione – in chiave riduttiva – del ruolo del finanziamento statale delle prestazioni, superandosi il modello elaborato dalla legge istitutiva del SSN che s'incentrava sulla devoluzione delle risorse del Fondo sanitario nazionale (Fsn) al sovvenzionamento di livelli "uniformi" di assistenza²⁰. L'introduzione delle diverse nozioni di livelli "essenziali" e prestazioni "ulteriori" si accompagna a un tentativo di responsabilizzazione delle regioni anche sul piano finanziario, all'insegna del c.d. "federalismo fiscale" con introduzione di modelli di finanziamento basati sul gettito derivante da imposte regionali, che finiscono con l'attribuire al Fsn un carattere "aggiuntivo"²¹, pur se allo stato attuale la riforma permane incompiuta e la determinazione delle risorse resta devoluta alla «prassi della concertazione e della contrattazione fra lo Stato e le regioni»²².

Ad oggi non mancano, anche in assenza, o in attesa, di forme di c.d. "regionalismo differenziato" (art. 116, Cost.)²³, sistemi regionali che si

¹⁸ Si vedano ad es. Cass., sez. III, 27 giugno 2018, n. 16914; Cass., sez. III, 2 dicembre 2016, n. 24640. In dottrina: R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 2502 ss.; ID., *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 170.

¹⁹ L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 13 e ss.

²⁰ L. 23 n. 833 del 1978, cit., art. 3: «La legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale (...), fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini», art. 4: «Con legge dello Stato sono dettate norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale». Per l'evoluzione del modello di finanziamento delle prestazioni: N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi e G. Carpani, Bologna 2013, 371 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Santarcangelo di Romagna 2013, 159 ss.; G. GIARELLI, *1978-2018: quarant'anni dopo. Il Ssn tra definanziamento, aziendalizzazione e regionalizzazione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, 456 ss.

²¹ Il finanziamento sarebbe ripartito per quote tendenzialmente corrispondenti tra Stato e Regioni secondo G. GIARELLI, *1978-2018: quarant'anni dopo. Il Ssn tra definanziamento, aziendalizzazione e regionalizzazione*, cit., 456 ss.

²² Così R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 155.

²³ In tema si vedano da ultimo: A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istit. Fed.*, 2020, 37 ss.; F. BILANCIA, *Differenziazione, diseguaglianze, asimmetrie. L'autonomia regionale nella dimensione della democrazia e la tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, 5 ss.; L. RONCHETTI, *Differenziazione e diseguaglianze: il regionalismo asimmetrico nella Repubblica una e indivisibile*, *ivi*, 19 ss.; F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2019; AA.VV., *L'attuazione in concreto*

discostano, e non poco, dal modello nazionale delineato dalle norme di “riordino della materia sanitaria” (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i.). Il riferimento è anzitutto alla sanità lombarda, che si segnala in particolare per il superamento del c.d. modello “integrato”²⁴, in cui l’azienda sanitaria svolge simultaneamente il ruolo di soggetto finanziatore ed erogatore delle prestazioni attraverso i presidi ospedalieri. In Lombardia, viceversa, l’azienda sanitaria – ora Agenzia di Tutela della Salute (ATS) – è infatti esclusivamente soggetto “pagatore” di prestazioni erogate da diversi soggetti pubblici e, ancor più, privati, secondo un modello che si vuole ispirato alla tutela del diritto di scelta dell’utente (oltreché alla «parità di diritti e doveri tra soggetti pubblici e privati che operano all’interno del servizio sanitario lombardo»)²⁵.

In generale, tuttavia, i “principi” in tema di tutela della salute condizionano in maniera assai significativa la disciplina d’organizzazione degli enti pubblici e privati cui è affidata l’erogazione delle prestazioni, confermando come la definizione dei modelli organizzativi sia indissociabile dalla tutela in concreto del diritto, attese le sicure ricadute delle condizioni di erogazione delle prestazioni sulla qualità delle stesse.

Come è stato evidenziato anche in altri ambiti – a partire dal “coordinamento della finanza pubblica” del pari attribuito alla potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.) – le norme di principio in materia di tutela della salute non sono affatto il prodotto di un’astrazione generalizzante e formulata in termini che lascino ampio spazio all’indeterminatezza, ma piuttosto si tratta prevalentemente di disposizioni puntuali, enunciati particolari, norme di dettaglio, assunti come limiti rispetto agli

dell’art. 116, terzo comma, della Costituzione: a partire dalle istanze della Regione Piemonte, in Il Piemonte delle Autonomie, n. 1/2019 (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>); E. DI CARPEGNA BRIVIO, L’applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche, in Dir. reg., n. 3/2019, 2 ottobre 2019; G. ROLLA, L’evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un’autonomia asimmetrica dei territori, in Le Reg., 2019, 177 ss.; R. BALDUZZI e D. SERVETTI, Regionalismo differenziato e materia sanitaria, in Riv. AIC, n. 2/2019, 1 ss.

²⁴ Si veda F. TOTH, *La sanità in Italia*, Bologna 2014, 63 ss.

²⁵ Cfr. l.r. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, *Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità*, art. 2, c. 1°, lett. b, come modificato, in particolare, dalle l.r. 11 agosto 2015, n. 23 e l.r. 22 dicembre 2015, n. 41. Non è un caso che inizialmente alla legge fosse attribuito carattere “sperimentale”, prescrivendosene la valutazione dei risultati, in collaborazione con il Ministero della Salute, dopo 5 anni (l.r. n. 33 del 2009, cit., art. 1 bis, introd. dalla l. n. 41 del 2015, cit., art. 2 e poi abrogato dalla l.r. 25 gennaio 2018, n. 5 art. 2, c. 1, lett. b, num. 79).

ordinamenti autonomi al fine di ricomporre ad unità un sistema plurimo, policentrico e “disordinato”²⁶.

Ciò si coglie ad es. nella decisione della Corte sulla disciplina di riordino degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS), in cui oggetto del sindacato sono molte disposizioni a carattere organizzativo, che giungono sino all’attribuzione al Ministro di poteri d’amministrazione nei confronti degli enti di nuovo conio, non a caso definiti “a rilevanza nazionale”. Ed è tal proposito che si evidenzia come «il potere del legislatore nazionale di determinare i principi fondamentali (...) risente naturalmente in modo significativo della complessità e delicatezza dell’oggetto da disciplinare», sicché lo Stato può «andare al di là di quanto possono disciplinare ordinariamente le leggi cornice»²⁷.

Più di recente, in tema di obbligo vaccinale, si ricorda come si siano ritenute «*coessenziali ai principi fondamentali* disposizioni *pur specifiche* che prevedono sanzioni amministrative e regolano il procedimento volto a irrogarle, e ancor prima ad accertare le trasgressioni»²⁸. Del pari, sono state assunte al rango di principi della materia norme relative all’ambito di applicabilità, i termini o le fasi dei procedimenti di autorizzazione o accreditamento delle strutture sanitarie, con annullamento di leggi regionali che consentivano, ad es., di stipulare accordi contrattuali con soggetti “in via di” accreditamento²⁹, di prorogare i termini previsti per gli adeguamenti strutturali imposti in sede di autorizzazione³⁰, di derogare parzialmente all’obbligo di previo accreditamento per talune organizzazioni con peculiari caratteristiche³¹, o ancora, di accreditare in via definitiva un soggetto subentrante a un altro già accreditato in via provvisoria e poi fallito³².

Il legame tra organizzazione e diritti risulta di peculiare evidenza nel contenzioso costituzionale in materia farmaceutica, ove sono ritenuti

²⁶ Si veda R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2015, 644 ss. Per il riferimento ai “principi dettagliati”, si veda: M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Milano 2012, 168 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna 2008, 226.

²⁷ Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 36.

²⁸ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

²⁹ Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 238.

³⁰ Corte cost., n. 238 del 2018, cit.

³¹ Corte cost., 1° luglio 2015, n. 124; Corte cost., 16 aprile 2015, n. 59.

³² Corte cost., 7 giugno 2013, n. 132.

principi fondamentali le norme che pongono i criteri sulla distribuzione territoriale e il contingentamento delle farmacie, che individuano il livello di governo competente al rilascio dei titoli abilitativi, che fissano i requisiti di partecipazione ai concorsi, definiscono illeciti e sanzioni in materia di circolazione dei farmaci o indicano gli esercizi abilitati alla somministrazione di prestazioni analitiche o di medicinali soggetti a prescrizione (escludendo, ad es., parafarmacie, esercizi di vicinato e strutture medio-grandi di vendita)³³. Tutte infatti sono norme di organizzazione del servizio farmaceutico volte ad assicurarne anzitutto il sistema di contingentamento e dunque quella distribuzione capillare sul territorio che è elemento essenziale del servizio pubblico universale e garanzia dell'accesso al farmaco³⁴.

Più di rado anche norme sul rapporto di lavoro dei medici e delle altre professioni sanitarie sono considerate espressione di principi fondamentali in materia di tutela della salute inderogabili dalle regioni: così si afferma l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che estenda il c.d. regime “*intra moenia*” agli infermieri³⁵, o di un'altra che consenta il conferimento di “incarichi convenzionali a tempo indeterminato” per il servizio di emergenza-urgenza territoriale 118 a personale medico sprovvisto del richiesto diploma di specializzazione in medicina generale (pur avendo maturato pregresse esperienze sul campo)³⁶. E sulla disciplina del personale sanitario non si può far a meno di osservare come l'insoddisfazione rispetto alle condizioni di impiego e la cronica carenza di dipendenti in numero adeguato – evidenziata dalla difesa regionale e rivelatasi recentemente nei fatti in tutta la sua gravità³⁷ – non abbiano comunque indotto il legislatore nazionale a elaborare soluzioni strutturali e permanenti, capaci di rendere superflue le “fughe in avanti” delle regioni³⁸.

³³ Corte cost., 31 ottobre 2013, n. 255; Corte cost., 20 novembre n. 261.

³⁴ Vedi da ultimo A. CAUDURO, *L'accesso al farmaco*, Milano 2017, 98 ss., ove in particolare si evidenzia come l'attività di programmazione della distribuzione dei farmaci sia «elemento costitutivo di servizio pubblico». Si vedano inoltre R. FERRARA, *Farmacia*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, vol. XIV, 5 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di D. De Pretis, Trento 2006, 5 ss.

³⁵ Corte cost., 31 marzo 2015, n. 54.

³⁶ Corte cost., 6 marzo 2020, n. 38.

³⁷ Negli ultimi dieci anni il personale a tempo indeterminato del SSN è fortemente diminuito. Al 31 dicembre 2018 era inferiore a quello del 2008 per circa 41.400 rispetto al 2008: Corte dei conti, sez. contr. riun., *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, 2020, 299.

³⁸ Le soluzioni organizzative adottate in occasione dell'emergenza pandemica au-

Viceversa è infondata la questione sollevata in via incidentale nei confronti di un'altra legge che vietava ai veterinari-dipendenti pubblici di esercitare l'attività professionale nell'ambito territoriale dell'Asl, ma l'infondatezza è argomentata precisamente evidenziando nella norma un carattere attuativo del principio d'incompatibilità dettato dalla legge statale³⁹.

Tale individuazione dei "principi" anche in norme di organizzazione minute, di cui si assume l'inderogabilità assoluta, circoscrive la possibilità di ammettere una protezione del diritto fondamentale alla tutela della salute che sia a geometria variabile⁴⁰, ponendo in risalto la già richiamata correlazione tra disciplina organizzativa e diritti fondamentali, che è *ratio* della stessa rilevanza giuridica esterna delle norme d'organizzazione ormai riconosciuta da tempo⁴¹. Sembrerebbe, così, che le norme di dettaglio assurgano alla qualità di principi in quanto elementi coesenziali alla protezione di un diritto che il principio di unità della Repubblica impone di garantire secondo standard omogenei, coerentemente con l'affermazione di livelli essenziali di tutela che debbono essere assicurati in modo uniforme su tutto il territorio (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)⁴².

torizzano sì l'assunzione di personale sprovvisto del titolo di specializzazione, ma esclusivamente a tempo determinato: d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, c.d. "Cura Italia", art. 2 bis, 2 ter, 2 quinquies.

³⁹ Corte cost., 12 aprile 2005, n. 147.

⁴⁰ Si veda Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 361, in materia di divieto di fumo, ove la salute è definita come un «bene che per sua natura non si presta a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate». Ritiene che la disciplina della salute come «diritto fondamentale» non ammetta di per sé diversificazioni regionali: V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, a cura di M. Andreis, Milano 2006, 85 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit.

⁴¹ Per la configurazione delle norme di organizzazione come norme interne si vedano: G. ZANOBINI, *Regolamento*, in *N. Dig. It.*, XI, Torino 1939, 316; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano 1897, 125 e ss.; più di recente per una sistematizzazione del dibattito: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 44, spec. nt. 59.

⁴² Sui lea come standard "minimi", volti ad evitare che gli utenti «debbero assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»: Corte cost., 10 giugno 2010, n. 207; Corte cost., 2 luglio 2009, n. 200.

Ciò si afferma specialmente ove le soluzioni elaborate in sede regionale si configurino come una diminuzione delle garanzie organizzative di stampo pubblicistico (ad es. in materia di requisiti per l'assunzione del personale o delle strutture private che concorrono all'erogazione delle prestazioni di servizio pubblico, ma anche sui limiti massimi dell'orario di lavoro del personale⁴³), pur ove le stesse norme regionali in deroga siano volte a sopperire a carenze strutturali di risorse umane e strumentali, e perciò in ultima analisi (apparentemente) utili a una migliore protezione in concreto del diritto alla salute. Soltanto la recente emergenza pandemica ha indotto il legislatore statale ad adottare – in ogni caso per tutto il territorio nazionale – simili soluzioni d'eccezione, attribuendo tuttavia alle stesse un'efficacia provvisoria, ove è la situazione d'urgenza ad aver reso proporzionata la rinuncia alle suddette garanzie d'organizzazione, rendendola necessitata ai fini di una più efficace protezione del diritto alla salute, secondo soluzioni che a regime rischiano viceversa di tradursi in una diminuzione di tutela⁴⁴.

Si assume dunque che un'eccessiva differenziazione nella configurazione dell'organizzazione sanitaria a livello regionale sia di ostacolo a una protezione omogenea del diritto alla salute, capace di salvaguardarne quel nucleo "incomprimibile" che non pare assoggettabile a condizionamenti di sorta⁴⁵, atteso che l'unitarietà dell'ordinamento giuridico della Repubblica è correlata alla «effettività di fruizione dei livelli essenziali dei diritti sociali» (art. 120, comma 2, Cost.)⁴⁶. Non mancano d'altra

⁴³ In tema vedi *infra*, nt. 92.

⁴⁴ Sulla possibilità di stipulare contratti con strutture private non accreditate (benché autorizzate) per l'acquisto di prestazioni sanitarie utili al contrasto della pandemia, con cessazione di efficacia al termine del periodo di emergenza: d.l. n. 18 del 2020, cit., art. 3, c. 2 e 4. Per le deroghe in tema di titoli di specializzazione o procedure di reclutamento del personale vedi *supra* nota 38. Su poteri d'emergenza e limiti di proporzionalità e temporaneità si vedano da ultimo R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, 21 aprile 2020, *osservatorioaic.it*.

⁴⁵ Corte cost., 8-23 luglio 1992, n. 356, ove si evidenzia come la spesa sanitaria vada determinata «tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute»; Corte cost., 7-16 luglio 1999, n. 309: «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come *ambito inviolabile della dignità umana*» (corsivi aggiunti).

⁴⁶ In tal senso R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 124-125; C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3 (*www.cortisupremeesalute.it*).

parte nella definizione dei livelli essenziali di assistenza elementi di organizzazione o di processo, che si tratti, ad es., dell'obbligo di garantire un accesso "unitario" ai servizi sociali e sanitari, secondo un approccio multidimensionale che assicuri una presa in carico individualizzata⁴⁷, o della definizione dei servizi o delle strutture incaricate di determinate prestazioni (es. fornitura di farmaci, di dispositivi medici, ecc.)⁴⁸, evidenziandosi come le determinazioni circa il "come" di tutela dei diritti siano un corollario – oltretutto una garanzia – del "quantum" definito in sede di individuazione dei livelli essenziali⁴⁹.

Alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di livelli essenziali corrisponde – come già evidenziato – il potere sostitutivo del governo nei confronti degli «organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni» che può essere esercitato «quando lo richiedono la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», anche con provvedimenti normativi in via d'urgenza capaci di incidere con previsioni di estremo dettaglio sull'organizzazione sanitaria regionale (art. 120, comma 2, Cost.)⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza*, art. 21.

⁴⁸ Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, cit., art. 8, 9, 11, all. 11. Sul collegamento «molto stretto» tra le «norme sulle prestazioni in senso stretto» e quelle «sulle strutture destinate a erogarle», ove se le prime contribuiscono alla definizione del "quanto" dei diritti civili e sociali, le seconde concorrono a quella del "come": M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino 2011, 27 ss.; A. PIOGGIA, *La gestione della sanità tra pubblico e privato*, *ivi*, 67, secondo cui i vincoli organizzativi posti dalla legislazione statale si giustificano solo in quanto necessari a garantire il contenuto essenziale del diritto alla salute, in guisa di competenza legislativa statale "indiretta"; F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, *ivi*, 47 ss.; C. TUBERTINI, *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell'organizzazione del servizio sanitario*, in *Oltre l' aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitavecchia Matteucci, Milano 2008, 447 ss., ove tra gli esempi di elementi «lato sensu organizzativi» nei lea si citano le previsioni sulle liste d'attesa.

⁴⁹ Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 138 ss.; V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, n. 2/2019, 45, ove si evidenzia come «l'introduzione di indicazioni organizzative – da intendersi anche come parametri di efficienza – all'interno dei Lea può essere vista come una modalità per mitigare la diversità regionali non solo nell'offerta sanitaria, ma anche nel costo delle prestazioni a carico degli utenti»; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 8 ss.

⁵⁰ L'eccezionale contrazione della competenza concorrente regionale in materia di tutela della salute, in favore di quella dello Stato, «è ammessa nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di

Non solo, esso è ammesso altresì «nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», pur se nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, con l'attribuzione di un potere non a caso da ultimo invocato a fronte della diversa capacità di risposta evidenziata dai sistemi sanitari regionali in occasione dell'emergenza pandemica⁵¹, che sembra aver rimesso in discussione la stessa opportunità di mantenere la differenziazione dei servizi sanitari regionali⁵² – e ancor più quella di dare ulteriore slancio alle spinte autonomistiche, come auspicato dai progetti di “regionalismo differenziato” avanzati da talune Regioni⁵³ – specie ove si tratti di reagire a un fenomeno “globale”⁵⁴, che sollecita una capacità di coordinamento delle risposte organizzative anche in sede sovranazionale.

assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato», come nel caso della Regione Calabria, la cui esperienza è in particolare caratterizzata «dagli impatti negativi del saldo della mobilità, i ritardi nei tempi di pagamento dei fornitori e il risultato della griglia dei LEA, peggiore di quello di ogni altra Regione» (Corte cost., 13 novembre 2019, n. 233, ove si richiama Corte cost., 1° luglio 2015, n. 125). In tema S. VILLAMENA, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2019.

⁵¹ Cfr. in particolare S. CASSESE, intervista *Il Messaggero*, «Palazzo Chigi usi il potere sostitutivo nel pericolo bisogna agire da nazione», 9.5.2020.

⁵² Secondo S. CASSESE (intervista a *Il Messaggero*, «Le Regioni fanno troppe cose e male il servizio sanitario dev'essere nazionale», 3.4.2020): «il servizio sanitario è definito nazionale perché deve avere un'organizzazione e un funzionamento uniforme sul territorio».

⁵³ Ne auspica il definitivo superamento, a beneficio della riaffermazione della sanità pubblica come “valore di coesione nazionale” R. BALDUZZI, nell'intervista *Dieci domande a Renato Balduzzi su Costituzione, servizio sanitario e rapporto Stato-Regioni al tempo del coronavirus – Unicost*, 3.5.2020, in *unicost.eu*; nello stesso senso: C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona “gialla”*, in *Lacostituzione.info*, 2.3.2020.

⁵⁴ Rileva il difetto di un rapporto di leale collaborazione e il “non-dialogo” tra Regioni e tra Regioni e Stato, a partire specialmente da alcune ordinanze emanate (o minacciate) da Presidenti di Regione (es. ordin. Pres. Reg. Lazio 17 aprile 2020, n. Z00030 sull'obbligo vaccinale): V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici e rischiosi*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 1334; F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, cit., 356 ss.; F. SEVERA, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, n. 1s/2020, 209 ss. Vi è stato viceversa anche chi ha rilevato «l'inizio di un cambio di paradigma» capace di mettere «a frutto e possibilmente a regime la “leale collaborazione” tra Regioni e Stato», con il contemporaneo emergere delle “comunità regionali”, ove tuttavia a suscitare maggior interesse sono iniziative spontanee portate avanti da start up, associazioni e altre simili realtà della “società civile”, che avrebbero al più trovato un “coordinamento” a livello istituzionale: U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1, 2020, in *www.forumcostituzionale.it*.

3. *Spesa sanitaria e principi di coordinamento della finanza pubblica*

Nell'ultimo decennio buona parte, se non la maggioranza, delle decisioni della Corte costituzionale in materia di organizzazione sanitaria ha riguardato il riparto di competenza legislativa sul coordinamento della finanza pubblica, ove a essere prevalenti sono le pronunce di annullamento delle leggi regionali per violazione dei principi posti dal legislatore statale. Per dare pieno conto della rilevanza delle politiche di contenimento della spesa sull'esercizio della competenza legislativa regionale, è d'altra parte sufficiente ricordare come a essere dedicata alla sanità sia larghissima parte del bilancio delle regioni⁵⁵, che tuttavia utilizzano a tal fine risorse prevalentemente trasferite dallo Stato⁵⁶.

Trattasi di un contenzioso articolato, cui in questa sede si può solo accennare, talora richiamato a supporto di quella definizione del diritto alla salute come “diritto finanziariamente condizionato”⁵⁷ di cui da tempo è discusso il valore descrittivo. Come è stato altrove evidenziato, qualunque diritto, a partire da quelli di proprietà e libertà personale – tradizionalmente individuati come archetipo delle libertà negative della tradizione liberale settecentesca e perciò contrapposti ai diritti a prestazione emersi nel XIX secolo – ha un costo in termini (anche) economici per la collettività, che lo sostiene precipuamente attraverso la fiscalità generale, con cui sono anzitutto finanziate le strutture e organizzazioni necessarie a garantirne protezione ed effettività, a partire dalle forze di polizia e dal sistema giurisdizionale⁵⁸.

⁵⁵ Le regioni a statuto ordinario dedicano alla sanità oltre l'80% del proprio budget: F. TOTH, *La sanità in Italia*, cit., 7.

⁵⁶ L'effetto è una dissociazione delle responsabilità politiche tra Stato e regioni, come rilevato da L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, 22 novembre 2017, 4, ove si evidenzia come «agli occhi dell'opinione pubblica» lo Stato finisca con il godere di una sostanziale “immunità” politica, pur essendo l'autore dei più significativi tagli alle risorse destinate al diritto alla salute. Sul defanziamento del SSN si vedano: Corte dei conti, sez. contr. riun., *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 288 ss.; upB – Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Focus tematico n. 6, Lo stato della sanità in Italia*, a cura di S. Gabriele, 2 dicembre 2019, 1 ss., in *www.upbilancio.it*.

⁵⁷ Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455: «(...) al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari (...) è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti».

⁵⁸ Da ultimo E. CHERMERINSKY, *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York 2018, 225 ss., ove l'osservazione è con-

È la stessa Costituzione a riconoscere come tutti i diritti, che si tratti di quelli “civili” tradizionalmente considerati nel novero delle libertà negative, o di quelli “sociali” detti di terza generazione, richiedano delle “prestazioni”, i cui livelli “essenziali”, che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, sono affidati alla determinazione dello Stato⁵⁹.

È ben noto che la *ratio* di contenimento del debito pubblico e di razionalizzazione della spesa ha ispirato la maggior parte delle riforme del settore sanitario degli ultimi anni, con pochissime eccezioni (tra cui ad es. le norme sull'obbligo vaccinale, o quelle sulle disposizioni anticipate di trattamento e sul consenso informato, o ancora la riforma della responsabilità di strutture e operatori sanitari)⁶⁰. Si tratta di previsioni minuziose che intervengono su diversi aspetti dell'organizzazione: dalla centralizzazione degli acquisti con la costituzione di appositi soggetti ag-

dotta anzitutto per il diritto al giusto processo e le ulteriori garanzie processuali di cui agli *Amend.* 5th, 6th e 7th della Costituzione americana; C. SUSTEIN, S. HOLMES, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999; C. SUSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York 2004, 20 ss. Sul diritto alla salute come “diritto finanziariamente condizionato” si veda inoltre F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30; più di recente una sistematizzazione è offerta da: R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, dir. da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2010, 34, ove si evidenzia precisamente come sia in occasione dell'endemico contenzioso su riparto di competenze e determinazione del volume complessivo della spesa sanitaria che si perviene a una riduzione del valore e della portata dell'art. 32 Cost.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 14 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Torino 2018, 52 ss.; L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino 2018, 83 ss.; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Sant'Arcangelo di Romagna 2012; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Padova 2007, 217, secondo cui «enfaticamente la formula del diritto finanziariamente condizionato si rischia di dire che spetterebbe, in ultima analisi, al bilanciamento finanziario definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni essenziali sono dovute in quanto tali e insiste sul legislatore il preciso dovere di garantire le risorse finanziarie necessarie». Sulle ambiguità della nozione di “diritto sociale”: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999, 52 ss.

⁵⁹ C. PINELLI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, cit., 195-196.

⁶⁰ Rispettivamente: d.l. 7 giugno 2017, n. 73, *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*, conv. in l. 31 luglio 2017, n. 119; l. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*; l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*.

gregatori⁶¹, ai limiti al *turn-over* del personale⁶², alla riduzione dei posti letto⁶³, ai vincoli che investono direttamente le imprese farmaceutiche per limitare il finanziamento di convegni e altre iniziative promozionali (i cui costi si riflettono su quello dei farmaci)⁶⁴, a quelle ancora che hanno previsto la rinegoziazione dei contratti d'appalto per acquisto di beni e servizi⁶⁵, la riduzione dei compensi degli organi di direzione e vigilanza⁶⁶, sino alle previsioni sul commissariamento e sui c.d. piani di rientro dal disavanzo⁶⁷.

Gli obblighi in tal modo imposti dalla legge statale con esercizio della competenza legislativa concorrente sul coordinamento della finanza pubblica hanno per lo più superato il vaglio di costituzionalità secondo tecniche argomentative molto simili a quelle già viste in precedenza. Come per la tutela della salute, anche in questo caso i “principi” sono molto spesso previsioni assai dettagliate che limitano l'autonomia finanziaria regionale in nome di un'unitaria visione della finanza pubblica⁶⁸, correlata a un'unitaria considerazione della Repubblica⁶⁹ che fa da *pendant* all'affermazione di standard omogenei di tutela dei diritti⁷⁰.

⁶¹ L. 28 dicembre 2015 n. 208, art. 1, c. 548.

⁶² Es. art. 2, c. 71, l. 23 dicembre 2009, n. 191.

⁶³ Art. 15, c. 13, lett. c, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

⁶⁴ Art. 52, c. 19, l. 27 dicembre 2002, n. 289.

⁶⁵ Art. 15, c. 13, lett. a, d.l. n. 95 del 2012, cit.; art. 17, c. 1, lett. a, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111.

⁶⁶ Art. 61, c. 14, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

⁶⁷ Art. 2, c. 77 ss., l. 23 dicembre 2009, n. 191.

⁶⁸ Da ultimo, per l'affermazione secondo cui anche norme “di dettaglio” possono integrare i principi di coordinamento della finanza pubblica rimessi alla potestà legislativa statale, si veda Corte cost., 24 aprile 2020, n. 78, relativa a una legge statale che pone puntuali adempimenti in capo alle Regioni al fine di verificare il rispetto dei termini di pagamento delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi in capo alle strutture del SSN: «il carattere finalistico che tipicamente caratterizza l'azione di coordinamento dinamico della finanza pubblica – per sua natura spesso eccedente le possibilità di intervento dei livelli territoriali sub-statali – giustifica l'esigenza che, in determinate ipotesi, attraverso l'esercizio del relativo titolo di competenza, il legislatore statale possa collocare a livello centrale anche poteri puntuali di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo, qualora questo sia indispensabile perché la finalità di coordinamento venga concretamente realizzata» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Si veda R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica*, cit., 643-644, ove in particolare si sottolinea come tale unitaria considerazione debba *a fortiori* comprendere anche l'Unione europea, di cui la Repubblica è a propria volta costitutiva.

⁷⁰ Il coordinamento della spesa finanziaria cede ove le risorse non siano state trasferite dallo Stato ma derivino dall'imposizione fiscale autonoma: Corte cost., 8 giugno 2015,

Il contenzioso, si è detto, riecheggia la qualificazione del diritto alla salute come “finanziariamente condizionato”, e dunque tutelato nei limiti della capacità finanziaria e organizzativa della Repubblica. A ben vedere, tuttavia, a essere rigettate sono le censure incapaci di dimostrare l'inadeguatezza del finanziamento statale rispetto a specifiche prestazioni dedotte nei livelli essenziali di assistenza, sicché il nucleo del diritto appare impregiudicato, a conferma del suo carattere fondamentale⁷¹. Viceversa, ove la Regione riesca nella *probatio*, seppur apparentemente “diabolica”, dell'insufficienza delle risorse per il finanziamento di una peculiare prestazione coessenziale alla tutela del diritto, la censura trova più facilmente accoglimento⁷². Non vale cioè addurre la generica insufficienza delle risorse a finanziare le prestazioni dedotte nei livelli essenziali delle prestazioni, ma occorre dimostrare “dati alla mano” la precisa impossibilità di mantenimento degli standard di qualità del servizio e con essa la concreta lesione del diritto alla salute, escludendosi per l'effetto un controllo giurisdizionale di livello “macro” sull'adeguatezza del finanziamento destinato alla tutela della salute.

I principi “dettagliati” individuati dal legislatore statale in sede di coordinamento della finanza pubblica investono l'organizzazione sanitaria⁷³

n. 125; Corte cost., 7 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 16 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 12 aprile 2010, n. 133; Corte cost., 16 dicembre 2009, n. 340.

⁷¹ Si veda Corte cost., n. 5 del 2018, ove la censura della Regione Veneto sull'inadeguatezza delle risorse a disposizione per l'erogazione dei vaccini è definita “apodittica” poiché priva di riferimenti a dati più analitici su entrate e uscite; Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83; Corte cost., 21 marzo 2017, n. 169. In tema si veda L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, cit., ove si evidenzia la «sostanziale impossibilità» per le Regioni di «dimostrare che il sotto finanziamento statale determina l'impossibilità di garantire adeguatamente i Lea e, quindi, che si sia in presenza di un sotto finanziamento della “spesa costituzionalmente necessaria” », risultandone per l'effetto impedito un «adeguato controllo “macro” sulla effettiva garanzia, in termini generali, del diritto alla salute», con il rischio che si formi una «prerogativa di immunità, non solo politica ma anche giuridica, per il legislatore statale che smantella il welfare sanitario».

⁷² Si veda in particolare Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, ove si dichiara illegittima una legge statale che condizionava a «generiche, insufficienti e indefinite previsioni di bilancio» il finanziamento delle spese sostenute dalle Province per il trasporto degli studenti con disabilità.

⁷³ Per l'illegittimità di una legge regionale che istituisce presso tutte le aziende sanitarie e ospedaliere il “Servizio delle professioni sanitarie” e il “Servizio sociale professionale”: Corte cost., 14 luglio 2017, n. 190; su una legge regionale che individua le attività odontoiatriche non soggette ad autorizzazione sanitaria o a segnalazione certificata di inizio attività: Corte cost., 11 maggio 2017, n. 106; è illegittima la legge regionale che consente la proroga del personale precario del Sistema sanitario regionale: Corte cost., 19

come il tipo di prestazioni erogate dai servizi sanitari regionali, specie ove siano idonee a interferire con i “piani di rientro” dal disavanzo⁷⁴. Talora si afferma per l’effetto una declinazione “al ribasso” del principio di eguaglianza, vietandosi l’erogazione di prestazioni ulteriori rispetto ai livelli essenziali, o a condizioni economicamente più favorevoli⁷⁵, ove nemmeno la titolarità esclusiva delle risorse riesce a porsi come argine alla potestà legislativa dello Stato, specie ove queste siano impiegate a integrazione del finanziamento statale dei Lea⁷⁶.

I vincoli in tal modo posti trovano in qualche modo compensazione nell’affermazione del principio di “transitorietà” del limite opposto all’autonomia⁷⁷, e nell’individuazione di modalità procedurali fondate sul principio di leale cooperazione istituzionale (art. 120 Cost.)⁷⁸. Così,

gennaio 2017, n. 14; quella che semplifica i procedimenti di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie e sociosanitarie: Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 227.

⁷⁴ Sui vincoli derivanti dai piani di rientro: Corte cost., 18 aprile 2019, n. 94; per l’illegittimità di leggi regionali che prevedevano misure di contenimento della spesa sanitaria «in modo del tutto disarmonico rispetto alle scelte commissariali»: Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 266; Corte cost., 28 maggio 2014, n. 141. Sono state inoltre dichiarate illegittime per l’idoneità a interferire con i piani di rientro leggi regionali che: prevedevano forme di assistenza a persone affette da disturbi dello spettro autistico e disturbi pervasivi dello sviluppo (Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 247); assicuravano assistenza a persone in età evolutiva con disturbi del neurosviluppo e patologie neuropsichiatriche e con disturbi dello spettro autistico (Corte cost., 15 novembre 2018, n. 199); incrementavano i livelli essenziali di assistenza (Corte cost., 1° giugno 2018, n. 117; Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104). In tema si vedano S. VILLAMENA, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, cit.; E. GRIGLIO, *Il legislatore dimezzato: i Consigli regionali tra vincoli interni di attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari ed interventi sostitutivi governativi*, in *Le Reg.*, 2012, 455 ss.

⁷⁵ Corte cost., n. 187 del 2012, cit., con nt. di S. DE GOTZEN, *La disciplina in materia di ticket incidente sui livelli essenziali di assistenza sanitaria. Divieto di differenziazioni in melius*, in *Le Reg.*, 2012, 1227 ss.; la sentenza richiede l’uniformità sul territorio nazionale delle condizioni di erogazione, ivi compreso il pagamento del ticket, che non può essere preso in carico dalla Regione.

⁷⁶ In tal senso Corte cost., n. 187 del 2012, cit.; Corte cost., 10 maggio 2012, n. 115, con nt. di N. LUPO e G. RIVOCCHI, *Quando l’equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, in *Le Reg.*, 2012, 1062 ss., che dichiara inammissibile una questione sollevata con riferimento alla disciplina dell’organizzazione e coordinamento di programmi di cura da finanziarsi con risorse regionali, ove se ne evidenzino l’estraneità rispetto alle prestazioni individuate come Lea nel medesimo settore (cure palliative e terapia del dolore); nel senso per cui i principi di coordinamento della finanza pubblica non possono essere opposti in sede di utilizzazione delle risorse proprie delle autonomie speciali: Corte cost., n. 125 del 2015, cit.; *idem* Corte cost., 30 dicembre 2009, n. 341.

⁷⁷ Corte cost., 23 maggio 2018, n. 103.

⁷⁸ Oltre alle sentenze citate nella nota successiva, si veda: Corte cost., 15 aprile 2010,

è la previa intesa in sede di Conferenza unificata o gli specifici accordi stipulati in occasione della redazione dei piani di rientro a fondare un potere d'intervento del commissario *ad acta* nominato dallo Stato che non tollera interferenze regionali, neanche con interventi di rango legislativo⁷⁹.

Nello stesso contenzioso è riconosciuta alla scienza la capacità di limitare la discrezionalità politica del legislatore, nel senso che le esigenze di contenimento della spesa non possono giungere sino a conculcare la piena espressione della professionalità medica, impedendo, ad es., la prescrizione di trattamenti sanitari autorizzati per mere esigenze di risparmio⁸⁰.

La vicenda è ben diversa da quella che ha investito trattamenti “non convenzionali” (es. di Bella, Stamina) talora erogati con decisione del giudice allocandone la spesa a carico della finanza pubblica, a prescindere dal mancato completamento dei relativi iter autorizzativi⁸¹. Può dirsi che in quelle ipotesi a confrontarsi erano diverse espressioni di “scienza”, o presunta tale, mettendosi per l'effetto in discussione la riserva di discrezionalità tecnica in capo all'amministrazione pubblica e agli organi a legittimazione tecnico-professionale da questa individuati.

Viceversa nel caso in esame il confronto è tra scienza e mera discrezionalità politica, che determina la limitazione delle prestazioni prescrivibili

n. 133. In tal senso da ultimo R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica*, cit., 648 ss.; F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istit. Fed.*, 2018, 805 ss., secondo cui il principio di leale collaborazione segna il “giusto equilibrio” tra le esigenze di uniformità di tutela del diritto della salute avanzate da un legislatore statale responsabile di un' “evidente” intrusione nella competenza regionale, e l'affermazione di modelli organizzativi differenziati. La rilevanza di «procedimenti e procedure di tipo negoziale e pattizio caratterizzati da crescente informalità, e nell'ambito dei quali è più il “movimento” in quanto tale, ossia il procedimento costruito come sede di incontro e di confronto, a contare, giocandovi il ruolo fondamentale, che il fatto (puramente formale, o quasi) che ad assumere la decisione finale sia un soggetto, piuttosto che un altro» è d'altra parte evidenziata anche in relazione all'ordinaria determinazione dei Lea e del relativo finanziamento in sede di adozione del piano sanitario nazionale da R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 140, che invero ne mette altresì in luce la derivazione da ideologie «di chiara derivazione neoliberista», cui si tende a sostituire tali modelli con quelli democratico-parlamentari fondati sul principio di legalità.

⁷⁹ Corte cost., 14 luglio 2017, n. 190; Corte cost., 12 dicembre 2014, n. 278; Corte cost., 28 maggio 2014, n. 141; Corte cost., 18 aprile 2012, n. 91; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 163; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 14 giugno 2007, n. 193.

⁸⁰ Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169.

⁸¹ Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 121; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274.

in ragione della patologia secondo un elenco predefinito in sede ministeriale (c.d. decreto appropriatezza). Con sentenza interpretativa di rigetto il giudice costituzionale disinnescava il supposto conflitto, a beneficio dell'«autonomia e responsabilità del medico» e – con essa della libertà di scienza, che mal tollera di essere coartata per mere esigenze finanziarie (c.d. principio di autonomia terapeutica⁸²). L'obbligo di prescrivere le sole prestazioni indicate dal decreto ministeriale è così letto come «mero invito al medico prescrittore di rendere trasparente, ragionevole e informata la facoltà di discostarsi dalle indicazioni», da intendersi dunque al più come un obbligo di motivazione rafforzato⁸³.

4. *L'ordinamento civile*

Come si è visto, la materia dei rapporti di lavoro del personale degli enti pubblici del servizio sanitario nazionale è talora ricondotta ai principi in tema di tutela della salute, più spesso a rilevare è la competenza legislativa esclusiva dello Stato sull'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.).

Ciò si deve alla contrattualizzazione dell'impiego pubblico d'inizio anni '90 che, come noto, ha determinato l'applicazione del codice civile e delle altre leggi speciali sui rapporti di lavoro alla maggior parte dei dipendenti pubblici⁸⁴, sicuramente a tutti i rapporti instaurati dalle regioni e dai relativi enti strumentali, e a maggior ragione a quelli delle aziende sanitarie ove se ne accolga la qualificazione come “enti pubblici economici” che rileva anzitutto ai fini della disciplina del lavoro (art. 2093 c.c.)⁸⁵. Per l'effetto, in applicazione di un criterio interpretativo di tipo “storico-normativo” – secondo cui il contenuto della norma costituzionale è ricavato dalla legislazione ordinaria vigente – la stessa nozione di “organizzazione amministrativa”, in uno con la corrispondente competenza

⁸² Cfr. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 223 ss.

⁸³ Corte cost., n. 169 del 2017, cit., ove la norma così reinterpretata è ritenuta di protezione del diritto alla salute del paziente, in quanto intende evitare che il medico sia ispirato da interessi altri (ad es. delle case farmaceutiche).

⁸⁴ Cfr. l. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 2 e poi il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, oggi sostituito dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁸⁵ Vedi *supra*, nt. 18. Per l'affermazione di un ruolo “maieutico” e anticipatore al settore sanitario (anche con riferimento ai rapporti d'impiego: R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 180.

legislativa, è definita al ribasso. Si supera così la visione tradizionale che attribuiva alle fonti del diritto pubblico (leggi e regolamenti d'organizzazione) la disciplina degli elementi costitutivi dell'ufficio, unità organizzativa elementare di qualsiasi organizzazione, che si identificano di norma in beni, persone e attività organizzativa (o competenza)⁸⁶.

L'evoluzione non incide, ovviamente, sulla riserva relativa di legge in materia di uffici pubblici (art. 97, comma 2, Cost.), ma si riflette viceversa sul perimetro della competenza legislativa c.d. residuale delle regioni sulla propria organizzazione, oltre che sulla capacità dei regolamenti adottati dai singoli enti di conformare i rapporti di lavoro. In altre parole, ad oggi la definizione dell'organizzazione attribuita alle fonti di diritto pubblico non include più la disciplina del personale, se non entro i ristretti limiti del reclutamento, atteso che soltanto l'assunzione mediante pubblico concorso è ritenuta espressione di un potere pubblico e perciò attribuita alla disciplina unilaterale di fonte pubblicistica, che si tratti della legge regionale o dei regolamenti di organizzazione della regione e degli enti strumentali. Il potere esclusivo delle regioni di conformare la propria organizzazione amministrativa non include dunque i rapporti di lavoro, poiché la competenza statale in tema di ordinamento civile si pone a limite dell'autonomia regionale⁸⁷, ove la nozione costituzionale è interpretata alla luce della scelta di unificazione del mercato del lavoro – ottenuta anzitutto con l'applicazione delle norme di diritto privato – effettuata dal legislatore ordinario⁸⁸.

⁸⁶ Fra molti: F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, pt. gen., Bologna 2005, 345; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Milano 2016, 173.

⁸⁷ Non vale viceversa l'assunto contrario, con cui si vorrebbe attirare all'ordinamento civile (e dunque alla competenza esclusiva statale) aspetti organizzativi inidonei a incidere sul rapporto di lavoro, come nel caso di una legge regionale volta a rafforzare l'organizzazione del servizio di continuità assistenziale senza incidere sul rapporto di lavoro tra medici di medicina generale e SSN: Corte cost., 13 marzo 2020, n. 53. In tema si vedano A. PIOGGIA, *Le fonti del rapporto di lavoro privato alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, n. 1/Speciale, www.ius-publicum.com; F. GHERA, *Pubblico impiego regionale e ordinamento civile*, in *Giur. cost.*, 2010, 4111 ss.; A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Istituz. Fed.*, 2009, 819 ss. Si consulti inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *Amministrazione regionale e pubblico impiego*, in *Lineamenti di Diritto Costituzionale della Regione Piemonte*, a cura di M. Dogliani, J. Luther, A. Poggi, Torino 2018, 277 ss.

⁸⁸ Interveniva in materia il disegno di legge di riforma costituzionale del 2016, ove si prevedeva una competenza esclusiva del legislatore statale in materia di «norme sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad

Allo stesso risultato si perviene nelle autonomie speciali, rispetto alle quali tuttavia la contrattualizzazione è inderogabile in quanto “norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica”⁸⁹.

Tale orientamento si riflette inesorabilmente sulla disciplina dei rapporti di lavoro del personale sanitario, che è per l'effetto riservata alla legge statale. L'esito d'altra parte tutela l'effettività del principio costituzionale di libera circolazione delle persone e del lavoro tra le regioni (art. 120, comma 1, Cost.), poiché una disciplina fortemente differenziata delle condizioni di impiego sarebbe sicuramente d'ostacolo alla mobilità interregionale, viceversa favorita dall'omogeneità della disciplina legislativa e dall'unitarietà del relativo comparto contrattuale⁹⁰. Si conferma, per l'effetto, una certa idea di unitarietà dell'amministrazione pubblica, che supera l'articolazione in singoli enti, benché dotati di autonoma soggettività⁹¹.

Così sono state di recente annullate le norme regionali di deroga ai limiti massimi di orario definiti dalla legge statale in attuazione dell'ordinamento dell'Unione europea⁹², o ancora la definizione del perimetro dei beneficiari delle c.d. stabilizzazioni, che l'ordinamento statale riserva al personale del comparto sanità e alla dirigenza medica e del ruolo sanitario, sicché la regione non può ricomprendervi la dirigenza del ruolo professionale, tecnico e amministrativo⁹³.

assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale» (Camera dei Deputati, d.d.l., 12 aprile 2016, art. 31).

⁸⁹ Si veda ad es. Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 314.

⁹⁰ Da ultimo per l'illegittimità di una legge regionale che riconosceva alla Regione autonomia nell'individuazione del contratto collettivo applicabile al personale iscritto all'albo dei giornalisti e operante presso gli enti del servizio sanitario regionale: Corte cost., 11 aprile 2019, n. 81. Secondo Corte cost., 15 maggio 2014, n. 126, non ogni norma sul personale va considerata pertinente all'ordinamento civile, potendo talora essere ritenuta prevalente la materia delle professioni o della tutela della salute (fattispecie relativa al rapporto di lavoro dei medici specializzandi).

⁹¹ Si veda R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 16 ss.; si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *“Al servizio dell'integrazione”*: il funzionario pubblico europeo, *ivi*, 570-571.

⁹² È di interesse rilevare come la legge statale non escluda del tutto la deroga, ma la autorizzi ove a prevederla sia la contrattazione collettiva: Corte cost., 12 aprile 2017, n. 72; sull'orario di lavoro vedi anche Corte cost. 2 novembre 2017, n. 231; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73. La deroga a tali limiti è autorizzata per il personale sanitario impegnato «a far fronte alla gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, (...) a condizione che venga loro concessa una protezione appropriata, secondo modalità individuate mediante accordo quadro nazionale»: d.l. n. 18 del 2020, cit., art. 5 sexies, c. 2.

⁹³ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 234.

Similmente per i rapporti di “parasubordinazione” dei medici di medicina generale e di continuità assistenziale (“guardia medica”) e dei pediatri di libera scelta, per i quali la regionalizzazione non è valsa a superare l’esigenza di uniformità di trattamento già imposta dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, con rinvio ad appositi accordi collettivi⁹⁴. Alla medesima conclusione si perviene sinanco per gli organi del c.d. “top management” sanitario (direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario) ove l’attrazione all’ordinamento civile è fondata sulla qualificazione offerta dalla legge ai contratti di lavoro autonomo che ne disciplinano il rapporto, definiti esplicitamente «di diritto privato», e stipulati «in osservanza delle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile» (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 3 bis, comma 8)⁹⁵.

In materia di organizzazione sanitaria l’ordinamento civile rileva, infine, anche rispetto al diritto di autodeterminazione e disposizione del proprio corpo e alle relative modalità di espressione, ove del pari ben si comprende la necessità di una disciplina uniforme sul piano nazionale a garanzia dell’unità della Repubblica (art. 5 Cost.), che è di per sé capace di investire anche le norme organizzative sulle modalità di manifestazione e documentazione delle dichiarazioni di volontà⁹⁶.

5. *Organizzazione sanitaria e principio del concorso pubblico*

Escluso dal perimetro dell’ordinamento civile resta il reclutamento del personale sanitario, che permane materia di organizzazione amministrativa coerentemente con l’impianto della stessa contrattualizzazione,

⁹⁴ L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 48: «L’uniformità del trattamento economico e normativo del personale sanitario a rapporto convenzionale è garantita sull’intero territorio nazionale da convenzioni, aventi durata triennale, del tutto conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati tra il Governo, le Regioni e l’Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in campo nazionale di ciascuna categoria»; vedi poi d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, c. 1. In tema Corte cost., 25 giugno 2019, n. 157.

⁹⁵ Corte cost., n. 78 del 2020, cit., ove si dichiara infondata la questione sollevata nei confronti di una legge statale che vincola parte della retribuzione di risultato del direttore generale e del direttore amministrativo al rispetto dei termini definiti dal diritto UE per il pagamento dei corrispettivi a terzi.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, relativa a una legge del Friuli Venezia Giulia che istituiva un registro per le donazioni di organi e tessuti e le “disposizioni anticipate di trattamento”. È noto che di lì a poco la materia è stata disciplinata con legge statale (l. n. 219 del 2017, cit.).

ove si è confermata l'attribuzione della disciplina sulle assunzioni alle fonti di diritto pubblico in attuazione del principio costituzionale del concorso (art. 97, comma 4, Cost.), derivandone per l'effetto la riserva del relativo contenzioso alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, comma 4).

Il reclutamento dunque, in quanto espressione di pubblico potere⁹⁷, è organizzazione, e perciò attribuito alla competenza legislativa residuale regionale.

Purtuttavia è probabilmente questa l'area in generale caratterizzata da una minor deferenza del giudice costituzionale rispetto alle scelte legislative d'organizzazione, ove il sindacato non si basa sul riparto di competenza, ma direttamente sulla violazione dei principi costituzionali sostanziali del concorso e dell'eguale accesso dei cittadini agli impieghi pubblici (art. 51, Cost.).

Numerose sono le pronunce di annullamento di leggi regionali che recano irragionevoli deroghe al principio concorsuale, ponendosi in violazione della Costituzione perché non trovano giustificazione in un diverso e preminente interesse pubblico, specie ove si tratti di previsioni che istituiscono canali privilegiati di accesso a beneficio di peculiari categorie di personale c.d. "precario"⁹⁸.

Fanno da *pendant* alle pronunce in materia di concorsi quelle sul c.d. *spoils system* degli organi del "top management" sanitario (direttore generale, direttore sanitario, direttore amministrativo), con cui è disposto delle disposizioni regionali per violazione dei principi costituzionali in materia di organizzazione pubblica⁹⁹. Più precisamente, a rilevare in questa

⁹⁷ In tal senso si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (dir.), *Autonomia amministrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor 2019, 399 ss.

⁹⁸ Si veda ad es. la vicenda pugliese, ove le norme regionali sulle stabilizzazioni sono state investite da plurime dichiarazioni di illegittimità (e ciononostante riproposte): Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68 e Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 42, ma anche Corte cost., 10 maggio 2005, n. 190; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 215; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67.

⁹⁹ Sullo *spoils system* degli organi del *top management* in sanità: Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 21 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104. In dottrina: R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., cit., 181 ss. Per altre ipotesi di *spoils system*, ove la Corte sviluppa analoghe argomentazioni: Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 30

sede sono diverse leggi regionali che prevedono la decadenza automatica degli organi di direzione delle aziende sanitarie al rinnovo delle giunte, leggi tutte di cui si evidenzia il contrasto con il principio di buon andamento dell'amministrazione inteso come continuità del servizio e giusto procedimento, oltre che con il principio d'imparzialità in ragione della designazione fiduciaria – dunque secondo logiche di consonanza politica – di organi a legittimazione viceversa necessariamente tecnico-professionale (art. 97, comma 2, Cost.).

Benché tali decisioni investano la disciplina del momento di cessazione dell'incarico, ne è evidente la correlazione con quelle sull'accesso, poiché in entrambe le ipotesi il giudice costituzionale tutela una selezione ispirata esclusivamente alla valutazione delle “virtù e dei talenti” dei candidati, secondo la tradizione costituzionale europea espressa sin dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (art. VI). Valutazione delle capacità e conoscenze che – ove si tratti di impieghi a legittimazione professionale e non in diretto rapporto con gli organi d'indirizzo – osta a sistemi di *spoils system* ispirati precipuamente alla considerazione della consonanza politica o ad altri elementi che diano fondamento a un rapporto di tipo “fiduciario”, così come impedisce di derogare al principio di pubblicità del concorso riservando l'accesso soltanto a taluni candidati per ragioni diverse dalla tutela dell'interesse pubblico, che si tratti del consolidamento di aspettative di carriera, o di motivazioni ispirate al principio di solidarietà (nei confronti, ad es., di quanti siano impiegati in posizioni “precarie”).

Le decisioni sullo *spoils system* come quelle sui concorsi si pongono per l'effetto a tutela della professionalità di operatori e *manager* del SSN¹⁰⁰, e dunque in guisa di garanzia della qualità delle prestazioni da

luglio 2012, n. 212; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103. Cfr. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli 2018, 183 ss.; L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, coord. da S. Battini e L. Fiorentino, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 1/2014, 79 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna 2012, 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, 135 ss.

¹⁰⁰ Sulla professionalità come elemento caratterizzante la dirigenza pubblica si consente il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli*

questi erogate, ove il prevalere della legittimazione tecnica su altri criteri (fiduciari o solidaristici che siano) pone tali norme d'organizzazione a protezione di quel nucleo essenziale del diritto alla salute che si vuole assicurato in modo omogeneo a livello nazionale, in quanto "costituzionalmente necessitato".

6. *Spunti conclusivi: il ruolo della Corte costituzionale a contenimento delle diseguaglianze territoriali*

L'analisi sin qui condotta sembra confermare l'arretramento del giudice costituzionale a fronte delle scelte di organizzazione, specie se espresse dal legislatore statale, secondo un approccio cui taluno allude usando il termine "deferenza": il sindacato infatti investe pressoché esclusivamente il riparto di competenza (art. 117 Cost.) e difficilmente si traduce nell'accoglimento di rilievi a carattere sostanziale, con la sola – seppur significativa – eccezione del contenzioso in tema di reclutamento.

Se lo sbilanciamento a favore del sindacato in via principale non va sopravvalutato in quanto correlato alla concretezza del giudizio costituzionale, di maggior interesse è la tendenza a ridurre e contenere l'autonomia regionale, con interpretazioni che in molti casi privilegiano la competenza del legislatore statale non solo in sede di identificazione delle prestazioni "essenziali", ma anche sul versante dell'organizzazione, che pure sembrerebbe quello più congeniale alla potestà legislativa regionale¹⁰¹. L'uso delle sentenze interpretative di rigetto, l'individuazione dei principi a tutela della salute o di coordinamento della finanza pubblica in norme organizzative minute, la lettura dei livelli essenziali di assistenza come involgenti aspetti organizzativi, così come l'interpretazione storico-normativa dell'organizzazione amministrativa e dell'ordinamento civile, sono tutti elementi che depongono nella medesima direzione di riduzione delle disomogeneità organizzative, specie ove le stesse paiano

amministrati, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 322 ss.; B. GAGLIARDI, "Al servizio dell'integrazione": il funzionario pubblico europeo, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, cit., 555 ss.; ID., *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Dir. amm.*, 2020, 178 ss. e spec. riferimenti in nt. 40 e 41.

¹⁰¹ Addebitano allo Stato l'«ossessiva compressione delle autonomie regionali», dimostrata dall'impugnazione innanzi alla Corte della quasi totalità delle leggi regionali: A. MORELLI-A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Dir. reg.*, 2020, 3.

idonee a compromettere il nucleo “essenziale” di un diritto fondamentale quale quello alla salute.

È forse superfluo evidenziare come i limiti opposti al legislatore regionale non possano tradursi in una totale uniformità d'organizzazione, capace di negare la stessa autonomia, pena la violazione del corrispondente principio costituzionale (art. 5 Cost.), oltretutto di quelli di differenziazione e adeguatezza (art. 118, comma 1, Cost.). Anzi, tali ultimi principi di per sé richiedono una differenziazione funzionale idonea a garantire la specializzazione delle strutture e l'aumento di professionalità che ne consegue¹⁰².

L'individuazione di un equilibrio tra tali contrapposte esigenze sconta ovviamente quella che è stata definita come una tensione “irriducibile” tra diritti sociali e federalismo¹⁰³, ove da tempo si è rilevato come il più facile prevalere di particolarismi in sede locale renda il livello superiore meglio posizionato per una tutela attenta ai bisogni di *tutte* le fasce di popolazione ed effettivamente ispirata al principio universalista, viceversa messo in discussione dalla differenziazione regionale¹⁰⁴, cui si addebita non solo la capacità di incidere sulla tutela della salute nella sua dimensione di diritto individuale, ma anche il potenziale pregiudizio della dimensione collettiva¹⁰⁵.

L'opera del giudice sembra rivendicare la funzione unificante e di costruzione dell'identità nazionale che i sistemi di *welfare* favoriscono con

¹⁰² In tema C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., 311 ss.

¹⁰³ In tal senso ad es. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, a cura di R. Balduzzi e G. Di Gaspare, Milano 2002, 87 ss.; F. TARONI, *Salute, sanità e Regioni in un Servizio sanitario nazionale*, in *L'Italia e le sue Regioni*, vol. 1, a cura di M. Salvati e L. Sciolla, Roma 2015, 425; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 27 ss., secondo cui eguaglianza e nazionalità si pongono in un rapporto “non lineare” che tuttavia non esclude possibilità di conciliazione.

¹⁰⁴ Si veda L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 727. Per analoghe osservazioni nell'ordinamento USA, nel confronto tra *federal government* e Stati: R. B. STEWART, *Federalism and Rights*, 19 *Ga. L. Rev.* 917 (1985); S. D. CASHIN, *Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities*, 99 *Colum. L. Rev.* 552 (1999).

¹⁰⁵ Da ultimo in tal senso L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Dir. reg.*, 2020, 407 ss.; D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost.*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, 4 ss., ove in particolare si evidenzia l'idoneità della differenziazione organizzativa ricercata con le proposte in attuazione dell'art. 116 Cost. a riverberarsi sulla tenuta dei Lea.

l'affermazione di vincoli di solidarietà tra persone e territori, ove la garanzia di condizioni omogenee di tutela dei diritti è elemento di coesione e di appartenenza nazionale insito nel principio di unità della Repubblica (art. 5 Cost.). E ciò benché non si tratti di “diritti di cittadinanza” in senso tradizionale, ma viceversa di posizioni ricollegate allo *status* di residenza, confermandosi così la pregnanza della nozione di “cittadinanza amministrativa”¹⁰⁶, che individua un legame con un determinato gruppo fondato sull'appartenenza alla medesima comunità, seppur locale, in ragione quindi di vincoli diversi da quelli di sangue. Tale vincolo di appartenenza alla comunità locale segnato dallo *status* di cittadinanza amministrativa giustifica alcune differenze minori nelle condizioni di erogazione delle prestazioni, o comunque l'adozione di modelli organizzativi che, seppur disomogenei – ad es. per la combinazione pubblico-privato, o i rapporti tra assistenza territoriale e ospedaliera, o ancora per il tipo di integrazione socio-sanitaria – non siano perciò suscettibili di tradursi in un abbassamento degli standard di qualità, ma piuttosto riflettano una diversa combinazione di fattori economici e sociali idonea al conseguimento di risultati analoghi in termini qualitativi¹⁰⁷.

In caso contrario si determina la violazione del carattere “fondamentale” del diritto alla salute e con essa quella dei principi di universalità ed eguaglianza che hanno ispirato l'istituzione del servizio sanitario nazionale¹⁰⁸ - con superamento del particolarismo delle mutue – e del

¹⁰⁶ In tema R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 202, ss.; ID., *L'ossimoro della locuzione “cittadinanza globale”*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli 2011, 3 ss.

¹⁰⁷ Così, si è in passato evidenziato come i più elevati standard qualitativi siano raggiunti da regioni che si distinguono proprio per i contrapposti modelli di erogazione, nel senso che gli standard di prestazione più elevati a livello nazionale sarebbero raggiunti da Lombardia, Emilia Romagna e Toscana, ove la prima è individuata quale idealtipo del modello sanitario c.d. separato, mentre le altre due assolvono a corrispondente ruolo per il modello c.d. integrato. Le valutazioni più recenti tuttavia hanno registrato un arretramento del servizio sanitario lombardo attribuendo le migliori performance a Emilia-Romagna, Toscana e Piemonte (Fondazione Gimbe, *4° Rapporto sulla sostenibilità del servizio sanitario nazionale*, giugno 2019, 89 ss.) o a Piemonte, Veneto, Emilia-Romagna (Ministero della Salute, *Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA*, Febbraio 2019, 27 ss., in *salute.gov.it*). Da ultimo sulle differenze in investimenti e livelli di garanzia del diritto alla salute: C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 1s/2020, 236 ss.

¹⁰⁸ L. n. 833 del 1978, cit., art. 1, c. 3: «Il servizio sanitario nazionale è costituito dal

corrispondente principio del “servizio universale” consacrato dal diritto dell’Unione europea, il quale impone una “fruizione diffusa” dei servizi essenziali, capace di raggiungere tutti gli utenti in condizioni omogenee e prescindere dalla collocazione geografica e dalle condizioni personali¹⁰⁹.

Coerentemente suscita perplessità la lettura del livello “essenziale” delle prestazioni in termini di standard “minimo”, parendo legittimare anche differenze sproporzionate nel *quantum* di protezione del diritto che mal si conciliano con la già richiamata funzione unificante dei sistemi di *welfare*.

Le possibilità offerte dalla mobilità interregionale dei pazienti non rendono meno rilevante il confine tra la differenziazione organizzativa “utile” e quella invece dannosa. La prima è espressione di specificità e “identità” locali¹¹⁰ che possono essere portatrici di migliori livelli di efficienza, efficacia ed economicità, proprio perché capaci di tener conto dei fattori economici e sociali che caratterizzano le singole realtà, mentre la seconda si traduce in prestazioni inidonee al raggiungimento dei livelli essenziali per qualità, tempi di erogazione e costi, nel sacrificio di irrinunciabili componenti dell’assistenza sanitaria, come avviene ad es. ove si privilegi la rete ospedaliera a discapito dell’assistenza territoriale¹¹¹, o qualora l’affidamento dell’erogazione delle prestazioni a soggetti privati non sia accompagnato dall’implementazione della funzione pubblica di direzione, coordinamento e controllo¹¹². Per non dire dei casi in cui,

complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di *tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali* e secondo modalità che assicurino *l’eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio*» (corsivo aggiunto). In tema da ultimo da G.G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l’eguaglianza territoriale*, in *Federalismi.it*, 1.4.2020, 273 ss.

¹⁰⁹ In tema si veda da ultimo R. CAVALLO PERIN, *Art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, dir. da R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova 2006, 612; A. CAUDURO, *Brevi note sul servizio universale*, cit., 142 ss.

¹¹⁰ Per la caratterizzazione delle politiche sanitarie come “politiche identitarie” locali: G.G. CARBONI, *op. ult. cit.*, 280 ss.

¹¹¹ Il sottoinvestimento nella sanità territoriale non compensa la scelta di concentrare le risorse su un’assistenza ospedaliera d’eccellenza. Sull’insufficiente investimento nell’assistenza territoriale, in cui si individua una delle principali cause della limitata capacità di risposta alla pandemia: Corte dei conti, sez. contr. riun., *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 286; upB – Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Focus tematico n. 6, Lo stato della sanità in Italia*, cit., 24 ss.

¹¹² In tal senso F. BILANCIA, *Differenziazione, diseguaglianze, asimmetrie. L’autonomia regionale nella dimensione della democrazia e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 13. Sulla diffusa assenza di adeguati sistemi di controllo della qualità delle prestazioni

come è stato recentemente osservato, la differenziazione arrivi sinanco a esprimere un diverso “modo di intendere” il diritto fondamentale alla salute¹¹³.

Seppur almeno parzialmente compensata in sede di distribuzione delle risorse¹¹⁴, la mobilità rimane un’opzione non sempre percorribile, perché può non essere autorizzata dalle amministrazioni regionali di provenienza dei pazienti o perché comporta costi accessori non sostenibili da tutti¹¹⁵, sicché solo in parte concorre all’affermazione della libertà di scelta del luogo di cura, rischiando viceversa di favorire lo scardinamento delle programmazioni regionali e l’ulteriore impauverimento dei sistemi più fragili, ma anche di segnare ulteriori livelli di iniquità e disegualianza nell’accesso alle prestazioni¹¹⁶.

Nella gestione della prima fase dell’emergenza pandemica da Covid-19 la differenziazione degli standard qualitativi espressi dai servizi sa-

rese nell’ambito delle residenze sanitarie assistenziali (RSA), prevalentemente gestite da soggetti privati: S. BARSANTI, *Coronavirus/ Ricetta per rivedere il modello delle Rsa*, in *Sanità24*, 29.04.2020. Per dati sul ruolo dei privati nelle RSA: M. BOBINI, A. RICCI, *Gli erogatori privati accreditati: inquadramento e performance economiche dei grandi gruppi sanitari italiani*, in *Rapporto OASI 2019, Osservatorio sulle Aziende e sul Sistema sanitario Italiano*, a cura di Cergas Bocconi, 2019, in www.cergas.unibocconi.eu.

¹¹³ Così A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, cit., 45 ss.

¹¹⁴ D.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 12, c. 3, lett. b; Conferenza permanente Stato Regioni Province Autonome, *Patto per la salute 2014-2016*, art. 9 (delib. 10 luglio 2014, n. 82/CSR).

¹¹⁵ Cfr. ad es. Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 296, è legittima una delibera regionale (del commissario *ad acta* per l’attuazione del piano di rientro in Campania) che subordina ad autorizzazione il rimborso di prestazioni erogate in regioni limitrofe; Cons. St., sez. III, 1° febbraio 2012, n. 498, ove si riconosce l’esigenza regionale di «governare quei processi di mobilità sanitaria fra le regioni che non sempre sono determinati dalla diversa qualità delle prestazioni rese (o dai tempi necessari per poter ottenere le prestazioni)», «tenuto conto dell’interesse, proprio di ogni regione, di soddisfare innanzitutto le esigenze sanitarie dei propri residenti».

¹¹⁶ Distingue tra una mobilità “fisiologica” perché verso i centri di elevata specializzazione, indice dell’unitarietà del SSN ed espressione della libertà di scelta del luogo di cura, oppure perché utilizzata da pazienti domiciliati in regioni diverse da quelle di residenza, o ancora perché a farvi ricorso sono quanti abitano al confine tra una regione e l’altra, e una mobilità invece “patologica”, in quanto determinata dall’incapacità di garantire i Lea da parte dei servizi sanitari regionali, specialmente del Sud del paese: Corte dei conti, sez. contr. riun., *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 360 ss. Sul carattere “non assoluto” del diritto alla scelta del luogo di cura: G. ASSIRELLI, M. BENZONI, *La mobilità sanitaria: inquadramento generale*, in *La “migrazione” sanitaria: tra libertà di accesso alle cure e sostenibilità del Servizio Sanitario Nazionale*, a cura di C. Tubertini, Bologna 2015, 8 ss., in www.spisa.unibo.it.

nitari regionali ha supportato la scelta – altrimenti difficilmente spiegabile – in favore di un trattamento uniforme a livello nazionale in termini di misure di contenimento e di limitazione delle libertà individuali, mentre è stato solo marginale l'intervento statale nella definizione di strumenti e modelli organizzativi¹¹⁷, pur se ciò sarebbe stato possibile a titolo di disciplina delle misure di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q, Cost.), o con esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. È anzitutto la *ratio* di protezione di sistemi presumibilmente incapaci di resistere alla crisi che ha determinato l'opzione per quella che è stata detta un'«applicazione ipostatizzante del principio di precauzione», a prima vista incapace di tener conto delle differenze nelle condizioni di partenza (es. densità demografica e relazioni economiche) e nella diffusione del contagio, con un sacrificio delle libertà (ed economie) regionali che taluno ha ritenuto sproporzionato¹¹⁸, ma che viceversa ha inteso assolvere a una finalità di tutela di realtà strutturalmente più deboli e dunque bisognose di misure solo apparentemente troppo severe.

¹¹⁷ Cfr. ad es. le norme del d.l. n. 18 del 2020, cit., c.d. “Cura Italia”, ove è previsto l'obbligo di istituzione delle “Unità speciali di continuità assistenziale” (U.S.C.A.) in capo a Regioni e Province autonome con definizione del relativo protocollo di funzionamento (art. 4 bis), oppure le norme sul reclutamento del personale che facoltizzano la stipulazione di contratti con medici specializzandi, personale in quiescenza e laureati in medicina e chirurgia (art. 2 bis, 2 ter, 2 quinquies) e altre ancora.

¹¹⁸ Così M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Dir. reg.*, 2020, 584 ss.

INDENNIZZI DA ATTIVITÀ ILLECITA
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI:
UNA NUOVA “RETE DI CONTENIMENTO”?

SOMMARIO: 1. Premessa: le coordinate del dibattito civilistico. Finalità punitiva o riparatoria del “ristoro” e tipicità o atipicità della condotta lesiva: sono questi i banchi di prova per mettere a fuoco la nozione di indennizzo? – 2. Il dibattito in corso in tema di principio indennitario e danni causati dall’esercizio del pubblico potere – 3. I progressivi mutamenti del contesto ordinamentale: i casi di indennizzo per i danni causati da condotte antiggiuridiche delle pubbliche amministrazioni – 3.1. L’indennizzo per danno da mero ritardo – 3.2. Indennizzo da inumana detenzione – 3.3. Indennizzo da illegittima precarizzazione del rapporto di lavoro di pubblico impiego – 4. Indennizzo e risarcimento: l’illusione ottica della *compensatio lucri cum damno* – V. Sintesi e ricostruzione

1. *Premessa: le coordinate del dibattito civilistico. Finalità punitiva o riparatoria del “ristoro” e tipicità o atipicità della condotta lesiva: sono questi i banchi di prova per mettere a fuoco la nozione di indennizzo?*

Osservando da una metaforica “distanza di sicurezza” il dibattito in corso tra i cultori del diritto civile in tema di indennizzo la prima impressione che si ritrae è quella di una sorta di tensione costante e insuperata rispetto alla nozione limitrofa (e secondo alcuni “assorbente”) di responsabilità.

Sarebbe sbrigativo ricondurre questa sorta di pregiudizialità logica (tra responsabilità e rimedi indennitari) all’assenza, nel diritto positivo, di una norma generale dedicata, per l’appunto, allo strumento dell’indennizzo. Si tratta di un dato incontrovertibile e di certo non privo di significato. Cionondimeno più profonde risultano essere le ragioni che rendono pressoché impossibile imbattersi in trattazioni dedicate all’indennizzo che non si cimentino nella dimostrazione, o viceversa nella negazione, della sua autonomia dogmatica rispetto alla nozione di risarcimento.

Tali ragioni hanno a che fare con la mutevolezza della teoria della

responsabilità civile, da cui si è originato un turbinoso gioco di fughe e riavvicinamenti.

Per ragioni di sintesi e chiarezza conviene limitarsi a prendere in esame due aspetti rilevanti sul piano teorico ma densi di implicazioni pratiche.

Il primo attiene alla funzione stessa della responsabilità, con particolare riferimento alla dicotomia tra funzione riparatoria e funzione punitiva. Finché, in un passato che sembra lontanissimo ma, invero, non lo è poi così tanto, circolava l'idea (consacrata dal codice civile del 1865) di una connotazione schiettamente sanzionatoria della responsabilità civile, nello strumento indennitario si è, per una sorta di compensazione, appuntata una visione che ne massimizzava la natura riparatoria¹: il carattere non antiggiuridico della condotta lesiva non poteva che depurare la fattispecie legale da ogni più o meno marcata finalità repressiva².

Come noto, molta acqua è passata sotto i ponti della teoria generale della responsabilità: all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942 ad essersi affermata, pressoché unanimemente, è stata l'idea della natura esclusivamente riparatoria della stessa³. Sono così iniziati i problemi di "ricerca di identità" della nozione di indennizzo, identità che essenzialmente è stata individuata nella natura lecita⁴ della condotta lesi-

¹ Riferisce di questa fase S. CICCARELLO, voce *Indennità* (dir. priv.), *Enc. dir.*, XXI, 1971, 1.

² Cfr. P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1071. In termini analoghi anche M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano 2007, 124, in cui afferma che «lo scopo dell'indennizzo non è di sanzionare e riparare, ma solo riparare».

³ Il superamento dell'idea arcaica si deve a pionieristici studi sviluppati in Italia negli anni '60 e '70. Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, 22; Id., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 598; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 435; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Nuov. dig. it.*, VIII, 1962, 595. Sulla natura riparatoria del risarcimento, in un'ottica di profonda perplessità rispetto ai danni punitivi: C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, II, 315 che inquadra la responsabilità civile come risposta alla «logica del ristabilimento di un corretto rapporto fra patrimoni».

⁴ In dottrina si riscontrano perplessità rispetto al carattere autenticamente lecito dell'attività fonte dell'obbligazione indennitaria prevista per legge. Vi è, infatti, chi preferisce parlare, per quanto riguarda le fattispecie indennitarie, di forme di ristoro che riguardano danni causati nell'esercizio di attività «non antiggiuridica»: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1980, 25.

va, pur abbinata ad una obbligazione di carattere riparatorio avente per l'appunto ad oggetto la lesione procurata.

Il ciclo, comunque, non si è concluso: oggi, per effetto della spinta della giurisprudenza e della netta presa di posizione del legislatore, l'idea della natura polifunzionale⁵ della responsabilità civile è ampiamente circolante, sia pure autorevolmente criticata⁶. In questo contesto occorre, dunque, interrogarsi sulla collocazione dell'indennizzo nel panorama della teoria generale, valutando in particolare se tale istituto sia destinato a restare immune da intenti punitivi anche laddove il legislatore preveda l'obbligazione indennitaria come conseguenza di condotte antigiusuridiche.

La seconda lente di ingrandimento attraverso cui mettere a fuoco l'identità (o, secondo alcuni, la mancanza di identità) della nozione di indennizzo non riguarda la miscela di finalità punitive o riparatorie, ma l'ulteriore tema, invero strettamente collegato a quest'ultimo, della tipicità/atipicità delle condotte da cui si origina l'obbligazione riparatoria o indennitaria. L'insegnamento classico, che a fini didattici si ripropone invariato da anni, è quella che vede contrapposta l'atipicità dell'illecito (e dunque della fonte dell'obbligazione risarcitoria) alla stringente tipicità delle fattispecie da cui l'ordinamento fa scaturire l'obbligazione indennitaria pur in assenza di una condotta *contra ius*. Questa simmetria è affascinante per la sua limpidezza, ma forse non restituisce la complessità dello scenario normativo odierno, in cui lo spartiacque della antigiusuridicità non è facilmente tracciabile, specie laddove l'autore della condotta

⁵ P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia tradito, La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Atti del Convegno di Siena 19-21 settembre 2007, a cura di Sirena, Milano 2011, 27. La natura polifunzionale della responsabilità emergeva già negli studi di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1961, 45, anche se nello specifico la funzione sanzionatoria non è mai stata accolta dall'Autore come compatibile con la logica ispiratrice del sistema della responsabilità civile.

⁶ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano 2018, 900; Id., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, 796; Id., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, a cura di Cerami-Serio, Torino 2011, 100; N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 6, 1817; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi è la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 531; A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo», ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, 2, 377; G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 495.

pregiudizievole sia il titolare di un potere pubblico (che in quanto tale è legittimato, entro limiti di sofisticata individuazione, a comprimere unilateralmente diritti dei singoli in funzione del perseguimento dell'interesse generale). In parole povere, occorre considerare se si possa ancora affermare con certezza che le fattispecie indennitarie costituiscono un catalogo chiuso⁷, e che tale stringente tipicità rappresenti il baluardo su cui contare per tracciare il confine con l'area della responsabilità⁸. La contrapposizione tra atipicità dell'illecito e tipicità della condotta lecita fonte di obbligazioni indennitarie può anche essere letta in termini del tutto antitetici rispetto a quelli prospettati. Si potrebbe, ad esempio, ritenere che proprio l'estrema plasticità della nozione di danno ingiusto consenta di ricondurvi anche le fattispecie dannose in cui, a prescindere dalla non riprovevolezza della condotta del danneggiante, vi sia un soggetto che ha immeritadamente subito un pregiudizio. Il che comporterebbe un notevole cambio di paradigma, riassumibile nel fatto che l'obbligazione indennitaria non andrebbe considerata alla stregua di una obbligazione *ex lege ex art. 1173 c.c.* ma come una peculiare fattispecie di illecito aquiliano, contrassegnata dal divorzio tra l'ingiustizia del danno (intesa in chiave estensiva) e la rintracciabilità del dolo/colpa.

In questo quadro, dunque, sembra utile verificare se le dicotomie appena evocate restino immutate o, al contrario, si "deformino" allorché il danneggiante sia un soggetto pubblico che agisce spendendo una situazione di autentico potere. In termini più pratici, occorre comprendere se l'indennizzo dovuto a fronte dell'esercizio dannoso della funzione pubblica manifesti apprezzabili elementi di identità con le fattispecie indennitarie del diritto civile (e con i connessi problemi di inquadramen-

⁷ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, I, 70; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna 2001, 1762; nonché recentemente G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino 2003, 35.

⁸ G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit., 123; ID., *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 171; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 861. Sempre sulla tipicità, ma in termini critici: A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino 2012, 48; ID., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7, 1688. Tra i civilisti si esprime nel senso della atipicità: A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 172, il quale ritiene che le fattispecie indennitarie previste dalla legislazione siano «tipizzazioni di un fenomeno la cui applicazione è più vasta di quella prevista normativamente».

to) ovvero si collochi, rispetto a queste ultime, in una posizione di eccentricità, se non addirittura di estraneità teorica.

2. *Il dibattito in corso in tema di principio indennitario e danni causati dall'esercizio del pubblico potere*

L'istituto indennitario estende il proprio ambito di applicazione oltre le fattispecie in cui danneggiato e danneggiante siano entrambi soggetti privati, e quindi agiscano nell'esercizio di situazioni giuridiche soggettive di (vero o presunto) diritto soggettivo.

Questo aspetto in realtà è alquanto banale, e non costringe a chiamare in causa i, pur riscontrabili, processi di de-specializzazione del diritto amministrativo. Se, infatti, secondo un certo tipo di sensibilità giuridica poteva risultare inconcepibile l'idea di un'amministrazione che cagiona un danno *ingiusto* esercitando un potere conferitole dalla legge, meno dirompente è l'idea che si possa ragionare sulla riparazione di un danno che, pur causato nell'esercizio di una condotta non anti-giuridica, meriti, per l'appunto, un qualche tipo di riparazione del sacrificio patito⁹. Questo, probabilmente, contribuisce a spiegare il minor interesse che nel dibattito scientifico ha suscitato il tema delle indennità pubbliche rispetto a quello della responsabilità civile dell'amministrazione per danni causati nell'esercizio del potere. Anche la legislazione su questo fronte ha fornito conferme chiare della compatibilità tra obbligazioni indennitarie ed esercizio (legittimo) del potere. Il caso più noto, al di là dell'indennizzo in tema di proprietà costituzionalizzato dall'art. 42 Cost.¹⁰, è rappresentato

⁹ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano 1901, 51-52.

¹⁰ L'indennizzo per il pregiudizio da esproprio senza dubbio rappresenta l'archetipo delle fattispecie indennitarie relative a ipotesi di esercizio non anti-giuridico (ma al contempo dannoso) del potere. La natura indiscutibilmente indennitaria del ristoro del danno da esproprio non deve tuttavia indurre a ritenere che in tema di riparazione dei danni da attività ablatoria vi sia ad oggi una piena chiarezza in termini di natura giuridica del ristoro e, conseguentemente, individuazione del giudice munito della giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto l'*an* e il *quantum* dello stesso. Le incertezze maggiori si registrano per quanto concerne un'ipotesi specifica di acquisto della proprietà, quella che corrisponde all'istituto della cd. acquisizione sanante *ex art. 42 bis* del d.P.R. n. 380/2001. A fronte di tale modalità di acquisto della proprietà, da parte dell'amministrazione, l'ordinamento, come noto, prevede un articolato sistema di riparazione. Quest'ultimo comprende: un indennizzo per il danno patrimoniale corrispondente al valore venale del bene (co. 3); un indennizzo per il danno non patrimoniale in misura pari al 10% del valore venale del bene (co. 1) mentre «per il periodo di occupazione senza titolo è computato a

dalla disciplina in tema di indennizzo per danni causati dalla somministrazione di vaccini¹¹, e dunque, sul lato del privato, dei danni patiti in conseguenza dell'assolvimento di un obbligo imposto mediante l'esercizio del pubblico potere.

In questo contesto occorre, tuttavia, registrare come, proprio nel volgere degli ultimi anni, l'attenzione al binomio potere pubblico-indenniz-

titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma» (co. 3). La natura di queste tre forme di ristoro è stata dibattuta, il che in parte si spiega in ragione del difficile inquadramento della fattispecie *de qua* rispetto alla dicotomia tra carattere lecito o illecito della condotta dannosa: la norma sulla acquisizione sanante, infatti, configura un peculiare e discutibile meccanismo di acquisizione della proprietà avente come premessa innegabile il compimento di un illecito (l'utilizzo di un bene immobile di proprietà altrui in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità). Rispetto alle prime due forme di ristoro (quelle relative al danno patrimoniale e non patrimoniale), la giurisprudenza ha affermato, in coerenza con il dato letterale della norma di riferimento, il carattere indennitario dell'obbligazione (Cass. civ., SS.UU., 29 ottobre 2015, n. 22096; nella giurisprudenza amministrativa si veda Cons. St., Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1272). Il che, come si è visto, risulta coerente con la *ratio* (pur di dubbia compatibilità costituzionale) dell'istituto dell'acquisizione sanante, consistente per l'appunto nel ricondurre nell'alveo della non anti-giuridicità un fenomeno di acquisto della proprietà avente come premessa storica una condotta originariamente illecita. Meno pacifico risulta l'inquadramento della terza voce di ristoro, quella avente ad oggetto il danno patito durante il periodo di occupazione *sine titulo*. Il legislatore, come riferito, qualifica tale ristoro in termini risarcitori, essendo orientato a riparare il danno direttamente cagionato dalla condotta illecita (quello patito in epoca pre-acquisizione *ex art. 42 bis*). A dispetto della chiara e, soprattutto, razionale formulazione della norma tuttavia si assiste, in giurisprudenza, ad una sostanziale riscrittura della stessa, volta ad attrarre anche il risarcimento per il danno patito nel periodo di illecita occupazione nella categoria concettuale dell'indennizzo, con le annesse conseguenze in punto di giurisdizione. In questo senso si esprime, ad esempio, il TAR Marche, Sez. I, 17 aprile 2019, n. 508, secondo cui il ristoro in questione «ad onta del tenore letterale della norma, costituisce solo una voce del complessivo “indennizzo per il pregiudizio patrimoniale” di cui al precedente comma 1, secondo un'interpretazione imposta dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale di concentrazione della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti ablatori; dette controversie sono devolute alla competenza, in unico grado, della Corte di appello». Le esigenze di concentrazione delle tutele, quindi, imporrebbero una distorsione del dato di diritto sostanziale, particolarmente opinabile non solo per ragioni di metodo, ma anche perché mediante essa si rimette subdolamente in discussione la collocazione del confine tra lecito e illecito.

¹¹ Sentenza del 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, n. 1874, in cui si riconosce la spettanza dell'indennizzo nonostante ad essere leso non fosse, nella fattispecie, un danno patrimoniale. Successivamente a questa storica sentenza è stata emanata la legge che, in termini generali, riconosceva l'indennizzabilità dei pregiudizi causati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati (l. n. 210/1992). Su questi temi si rinvia a: R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352.

zo abbia conosciuto nella letteratura scientifica una sensibile fioritura. Le ragioni di tale fenomeno sono molteplici, e sicuramente coinvolgono da un lato la persistente crisi economica e, dall'altro, una riscoperta della portata prescrittiva del principio di solidarietà sociale. Per rendere il discorso più concreto occorre, tuttavia, iniziare con il riferire quelle che in concreto sono state le tesi più rappresentative di questa odierna stagione di riconsiderazione dell'istituto indennitario.

I filoni lungo i quali si è dispiegato il dibattito odierno sono essenzialmente due, tra loro autonomi ma tutt'altro che contrastanti.

Il primo si contraddistingue in forza dell'idea della "atipicità" delle fattispecie indennitarie pubblicistiche¹².

L'interrogativo di partenza concerne l'esistenza di un generale e implicito principio indennitario che – al di fuori del perimetro delle fattispecie positivizzate, pur numerose anche in ambito pubblicistico¹³ – assi-

¹² G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 203; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli 2012. Affermazioni perentorie in senso contrario si rinvencono nella dottrina civilistica, ad esempio in A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 34, il quale afferma che «il danno, il quale non sia *contra ius*, solo eccezionalmente assume senso giuridico».

¹³ Il riferimento ovviamente è all'indennizzo da esproprio, all'indennizzo per il recesso dagli accordi pubblici e all'indennizzo per esercizio legittimo del potere di revoca. Rispetto a quest'ultimo il dibattito in dottrina ha visto confrontarsi tre tesi riguardanti la quantificazione dell'indennizzo, le quali a loro volta rispecchiano una precisa idea della collocazione del rimedio indennitario nel panorama degli strumenti di riparazione. Secondo una prima prospettiva l'indennizzo da revoca legittima dovrebbe quantificarsi in termini non dissimili da quanto avviene con riferimento alle fattispecie risarcitorie, ciò per l'appunto sulla base di una intuibile premessa: la sostanziale identità di natura giuridica tra il rimedio indennitario relativo alla fattispecie *de qua* (danno da revoca legittima) e il rimedio risarcitorio (in questi termini: G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 200; ID., *Indennità e principio indennitario*, cit., 128). Una seconda prospettiva, invece, ritiene che la quantificazione dell'indennizzo da revoca legittima debba compiersi utilizzando il medesimo parametro che in dottrina si ritiene utile per quantificare l'indennizzo da recesso dagli accordi amministrativi, criterio che si sostanzia nell'applicazione – a sua volta analogica – della disciplina prevista per la risoluzione disposta in un contratto di concessione di lavori (M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies, La revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino 2005, 515). Vi è, infine, una terza impostazione secondo cui l'indennizzo dovrebbe identificarsi con il solo danno emergente, preservandosi per questa via l'autonomia del rimedio indennitario rispetto a quello risarcitorio e al contempo l'autonomia dell'indennizzo da revoca rispetto a fattispecie specifiche e settoriali quale quella inerente la risoluzione della concessione di lavori (G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1514).

curi ristoro ai soggetti danneggiati dall'esercizio *secundum ius* del potere. Ipotesi – quest'ultima – cui si contrappone l'idea per cui le fattispecie indennitarie siano tipiche¹⁴, tanto nel diritto privato quanto (anzi si potrebbe dire *a fortiori*) nel diritto pubblico, in cui il potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui è (fermo il rispetto delle garanzie dello stato di diritto) del tutto fisiologico.

La letteratura recente propone una lettura in chiave atipica dell'istituto indennitario. Per questa via si assiste ad un avvicinamento ad uno dei tratti più caratterizzanti il sistema della responsabilità, fondato proprio sul carattere atipico della condotta fonte dell'obbligazione riparatoria. Non è questo (apparente) riavvicinamento, tuttavia, l'obiettivo che orienta e ispira i fautori della tesi in questione. L'elemento cruciale, in questo ordine di idee, è piuttosto, la valorizzazione dell'ermeneutica evolutiva dei principi, in particolar luogo di quelli costituzionali¹⁵. L'esistenza di un principio indennitario disancorato dalla tipizzazione delle condotte pregiudizievoli viene, quindi, presentata come risvolto necessario della tutela di alcuni diritti fondamentali, o, per la precisione, come risvolto della necessaria eguaglianza negli standard tutela di diritti fondamentali dotati di pari rango costituzionale. In concreto: se il diritto alla salute è presidiato da una norma *ad hoc* che assegna il diritto all'indennizzo per i danni derivanti da vaccini sarebbe “ingiusto” che una analoga protezione non venisse ad essere predisposta allorché ad essere lesi, per effetto del legittimo esercizio del potere pubblico, fossero altri diritti fon-

¹⁴ In questi termini sostanzialmente sono orientate le posizioni di A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938, il quale vede nel principio indennitario, in forza del quale chi ha patito il sacrificio di un diritto – anche in conseguenza di una condotta altrui lecita – deve poter godere di ristoro, un principio di natura essenzialmente etica, la cui emersione giuridica deve considerarsi strettamente confinata nell'ambito delle specifiche fattispecie tipizzate dal legislatore.

¹⁵ P. GROSSI, *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 935; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015; G. ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. e impr.*, 3, 2015, 646; ID., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, 25; V. SCALISI, *Per una ermeneutica “veritativa” orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1267; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli 2006, 5; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, 635; ID., *Il diritto quale crocevia tra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 7; ID., *I civilisti e la certezza del diritto*, ivi, 2015, 1115. Su posizioni, invece, dichiaratamente ispirate ad un approccio positivista: N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; ID., *I ‘cancelli delle parole’*, Napoli 2015, 49; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015.

damentali. Si pensi, ad esempio, al pregiudizio al diritto all'istruzione, conseguente a provvedimenti che dispongano la quarantena per soggetti in età scolare affetti da patologie altamente contagiose. La lista potrebbe proseguire, anche se inevitabilmente includerebbe situazioni in qualche modo "estreme", in ragione del semplice fatto che, in uno stato di diritto, sono o dovrebbero essere davvero eccezionali i casi in cui il potere pubblico possa legittimamente ledere diritti fondamentali. Sempreché, ovviamente, per lesione dei diritti in questione non si intenda ogni incisione rispetto alla massima potenzialità di espressione dello stesso, il che a sua volta dischiuderebbe il tema della sostenibilità – empirica prima ancora che giuridica – della tesi del principio indennitario implicito.

Riepilogando quanto precede può, dunque, dirsi che: a) il primo filone del dibattito in tema di indennizzo per esercizio del potere si appunta sulla atipicità delle condotte causative del pregiudizio indennizzabile e dunque sull'esistenza di un implicito e generale principio indennitario; b) il fondamento di tale principio risiederebbe nei principi di solidarietà sociale e di uguaglianza, i quali non tollerano che ad essere indennizzati siano solo i pregiudizi (legittimamente) arrecati dal potere a determinati diritti fondamentali, quelli per cui, appunto, sussista una norma *ad hoc* fonte dell'obbligazione indennitaria.

Non è solo il tema della tipicità/atipicità della condotta ad essere scandagliato dalla recente letteratura in tema di indennizzo dei danni causati dal potere. Un ulteriore percorso di ricerca (che invero condivide le premesse valoriali del primo) è quello che ha esaminato le potenzialità dell'istituto indennitario sul terreno delle tecniche di tutela dell'affidamento. Le modalità attraverso cui il legittimo esercizio del potere può tradursi nella lesione dell'affidamento sono numerose ed eterogenee. Tra queste in una posizione particolare si collocano le ipotesi in cui la lesione si produca per effetto dell'esercizio del potere legislativo. Se, infatti, rispetto ad un provvedimento amministrativo che frustri l'affidamento si può ragionare – anche in termini critici – sulla inquadrabilità della fattispecie in termini di legittimità/illegittimità dell'atto, molto più difficile risulta trasporre questo tipo di approccio nel terreno delle decisioni assunte in via legislativa. Il rischio, tutt'altro che virtuale, è, infatti, quello di condannare l'ordinamento a perpetuare lo *status quo*, anche a fronte di contingenze, soprattutto economiche, sensibilmente mutate. Il tutto a discapito non solo degli equilibri di finanza pubblica, ma ancor prima dello stesso principio democratico, che si concretizza anche nel diritto di imprimere un nuovo corso politico e dunque, in definitiva, di "cambiare

idea” tanto su questioni di macrosistema quanto su temi più circoscritti, che però spesso impattano con maggiore immediatezza sulla sfera giuridica dei singoli. È chiaro, allora, che la tutela dell’affidamento rispetto a scelte di natura politica non può che collocarsi sul piano della riparazione economica. Il che, evidentemente, dischiude il tema della qualificazione giuridica di tale riparazione, soprattutto nell’ottica della dicotomia risarcimento/indennizzo. È su quest’ultimo che si è appuntato il favore della recente dottrina¹⁶, che ha motivato tale opzione facendo leva sul carattere non anti-giuridico della scelta legislativa (pur pregiudizievole per importanti settori di mercato) di ridimensionare l’entità di determinati incentivi economici, la cui costante erogazione nel tempo pur aveva ingenerato oggettive situazioni di legittimo affidamento.

Così ripercorse, sia pur brevemente, le principali posizioni che in area pubblicistica animano il dibattito in tema di principio indennitario c’è da chiedersi se vi siano tra esse punti di contatto, ed eventualmente quali siano.

Le convergenze sono essenzialmente due, una di metodo (o meglio di approccio), l’altra più inerente aspetti di teoria generale.

La prima attiene al fatto che entrambe adottano una prospettiva disancorata dall’idea della rigida predeterminazione delle fattispecie indennitarie. Si potrebbe forse dire che entrambe si pongono in un’ottica “*de jure condendo*”, ma non sarebbe del tutto esatto: i due filoni ora illustrati non auspicano l’introduzione di norme puntuali che estendano l’area del pregiudizio indennizzabile, ma rinvergono già nel sistema adeguati spunti idonei a consentire il ristoro da attività pubblica lecita pur nel silenzio della legislazione di settore. Il fatto che il primo filone spinga con maggior enfasi sul tema più ampio della atipicità della fattispecie, mentre il secondo prenda in particolare considerazione il tema specifico della (non) responsabilità del legislatore per l’adozione di scelte che, nell’interesse generale, impongano “dolorosi cambi di rotta” non elide il dato di fondo: entrambe le prospettive si emancipano dal dogma della tipizzazione delle fattispecie indennitarie (quale fattore distintivo rispetto alla responsabilità civile propriamente intesa).

La seconda convergenza concerne la ragion d’essere dell’istituto indennitario. I due filoni condividono un’idea di base: quella per cui la presenza dell’indennizzo nel panorama ordinamentale serve ad amplia-

¹⁶ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 2/2018.

re l'area dei pregiudizi ristorabili, estendendola oltre i confini in cui ci si imbatterebbe se, per ipotesi, il sistema si affidasse – come strumento di riparazione dei pregiudizi incolpevolmente subiti – soltanto alla responsabilità in senso stretto (ossia come escludente le fattispecie indennitarie). In questo aspetto (a differenza di quanto si è detto in tema di tipicità/atipicità delle fattispecie) la continuità con il diritto civile è massima: la funzione dell'indennizzo consiste nel “portare” il ristoro laddove quest'ultimo non potrebbe arrivare, stante l'assenza dei presupposti di anti-giuridicità della condotta dannosa. In estrema sintesi l'indennizzo, in questa prospettiva, rappresenta un innegabile fattore di arricchimento del panorama delle tutele del danneggiato.

Alla luce di quanto precede si può quindi affermare che la tendenza prevalente sia quella orientata a valorizzare l'importanza dell'istituto, intravedendo in esso un fattore di mitigazione dei conflitti che si accompagnano all'esercizio del potere, essenzialmente quelli riconducibili alla dialettica tra interessi generali e interessi particolari.

3. I progressivi mutamenti del contesto ordinamentale: i casi di indennizzo per danni causati da condotte anti-giuridiche delle pubbliche amministrazioni

Il quadro descritto nel paragrafo precedente – quello di un indennizzo che dilata l'area della ristorabilità forzando i confini della responsabilità civile – si fonda sull'idea per cui l'indennizzo riguardi sempre e comunque i pregiudizi causati da attività non illecite. Questo presupposto, che rappresenta un vero e proprio architrave della teoria generale, deve, tuttavia, fare oggi i conti con una legislazione che ne mina la stabilità. Non è, infatti, difficile imbattersi in previsioni che assegnano al danneggiato dall'esercizio anti-giuridico del potere il diritto ad un ristoro qualificato come indennitario, e in quanto tale ancorato a criteri di quantificazione che non ambiscono a coprire interamente l'ammontare del danno effettivamente patito.

Gli esempi più significativi in tal senso sono tre e consistono rispettivamente: nell'indennizzo del danno da mero ritardo, nell'indennizzo per inumana detenzione e nell'indennizzo per illegittima precarizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Di seguito si esamineranno le caratteristiche di queste peculiari ipotesi, per porsi poi degli interrogativi inerenti le conseguenze che l'introduzione di

queste fattispecie, contrassegnate dal mancato abbinamento tra indennizzo e liceità della condotta, rischiano di condurre sul piano della teoria generale, con particolare riguardo anche agli eventuali riposizionamenti che la responsabilità civile potrebbe subire in conseguenza di questa nuova, ingombrante e peculiare presenza nel terreno delle tecniche di ristoro dei pregiudizi causati dal potere pubblico.

3.1. *L'indennizzo per danno da mero ritardo*

Il superamento dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, pur qualificati ormai unanimemente come ordinatori, rappresenta senza ombra di dubbio la violazione di un puntuale obbligo di legge e dunque una condotta contraddistinta da innegabili elementi di anti giuridicità. L'attuale art. 2 *bis* della l. n. 241/90, che dando seguito a tale premessa concettuale prevede uno strumento indennitario, è stato introdotto nel 2013 dal cd. decreto del fare¹⁷, che a sua volta ha ripreso un duplice tentativo predisposto qualche anno prima dal legislatore sempre allo scopo di assicurare ristoro, sempre attraverso il ricorso all'istituto indennitario, al danno derivante dalla mancata osservanza dei termini procedurali. Il primo tentativo è stato intrapreso con la cd. legge Bassanini¹⁸, la quale prevedeva per i casi di mancata o ritardata adozione del provvedimento ed indipendentemente dalla spettanza della stessa «forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento». La previsione, come noto, subordinava l'attuazione del principio indennitario all'adozione di regolamenti in concreto mai intervenuti.

Il carattere programmatico della norma non rende, tuttavia, quest'ultima priva di interesse. Prima ancora del profilo inerente la scissione del binomio indennizzo-liceità della condotta, il dato da esaminare, rispetto alla norma del 1997, è di tipo cronologico. Non si può, infatti, trascurare che la disposizione in questione sia anteriore a quello che in termini gergali si è soliti chiamare l'abbattimento del muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, avvenuto per effetto (o comunque grazie all'importante contributo) della celebre sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999¹⁹. Dunque, prima che in termini generali venisse accettata

¹⁷ Art. 7, co. 1, l. 18 giugno 2009, n. 69.

¹⁸ Legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 17, co. 1, lett. f). Su questi temi cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino 2013, 205.

¹⁹ È la storica sentenza del 22 luglio del 1999, su cui la dottrina ha prodotto una in-

l'idea della risarcibilità dei danni ingiusti causati dall'esercizio del potere ai titolari di situazioni di interesse legittimo, l'ordinamento affermava, sia pur in termini programmatici, il diritto ad un ristoro automatico (e in quanto tale non condizionato all'esistenza effettiva del danno) per i casi di illegittimo "non esercizio" del potere. Le considerazioni che, sul punto, si possono svolgere sono molteplici, tutte, purtroppo, non sottoponibili al banco di prova del riscontro pratico-applicativo. Quella più immediata, che tuttavia in parte esorbita dall'oggetto specifico del presente contributo, concerne la qualificazione delle situazioni giuridiche interessate dal pregiudizio. Viene, infatti, da pensare che nel 1997, quando ancora il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo riposava sull'idea civilistica della tipicità della nozione di danno ingiusto (da intendersi come danno arrecato a sole situazioni di diritto soggettivo), si fosse introdotto l'indennizzo del danno da ritardo partendo dall'idea, ad avviso di chi scrive ancora attuale, della natura di diritto soggettivo della situazione giuridica compromessa dall'illegittima osservanza dei termini di conclusione del procedimento²⁰. In altre parole, l'antiorità della norma sull'indennizzo da ritardo rispetto alla storica sentenza n. 500/99 denuncia una precoce consapevolezza circa la intrinseca differenza strutturale tra la consistenza delle situazioni giuridiche di natura procedimentale rispetto a quelle che si appuntano sul contenuto delle scelte nell'esercizio di situazioni pubblicistiche di potere. La critica, prevedibile e al contempo inevitabile, a quanto si è appena detto risiede proprio nella non attuazione della norma del 1997. Quest'ultima, in definitiva, ha rappresentato una fuga in avanti, un tentativo di far arrivare il ristoro da mancato o tardivo esercizio del potere (nelle forme peculiari dell'indennizzo) in un terreno (l'ordinamento dell'epoca) che ancora non aveva aperto la via neppure alla riparazione dei danni concreti causati da situazioni potenzialmente contrassegnate da maggior conflittualità, ossia quelle derivanti dall'esercizio illegittimo del potere, in tutte le sue possibili connotazioni (ablatorie, sanzionatorie, inibitorie, *etc.*).

commensurabile mole di note e contributi di commento, in questa sede non richiamabili per evidenti ragioni di sintesi.

²⁰ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano 1998, 966; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 557; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano 2008, 349. *Contra*: M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, 352.

Il tentativo intrapreso nel 1997 è stato replicato ad un decennio di distanza, in un contesto ordinamentale assai mutato ma con esiti altrettanto infruttuosi. Il riferimento è al cd. disegno di legge Nicolais²¹, il quale puntava ad introdurre nel testo della legge generale sul procedimento amministrativo una norma in forza della quale «indipendentemente dal risarcimento del danno (...) le pubbliche amministrazioni corrispondono ai soggetti istanti a titolo sanzionatorio del mero ritardo, una somma di denaro in misura fissa ed eventualmente progressiva, nei casi di inosservanza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi». Il disegno di legge in questione non si è poi tradotto in alcuna concreta iniziativa riformatrice, anche se, come noto, l'indennizzabilità del danno da ritardo ha poi visto la luce, due anni dopo, attraverso l'introduzione, ad opera del cd. "decreto del fare", dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/90.

Quest'ultimo rappresenta una sorta di versione "diminuita" rispetto al testo prospettato nel 2007. Prima di concentrarsi sulle differenze tra i testi che si sono susseguiti nel tempo conviene evidenziarne i tratti di continuità.

Essi, evidentemente, risiedono nella scelta di ricorrere allo strumento indennitario per assicurare ristoro alla lesione di una situazione soggettiva che, indipendentemente dalla lettura che se intenda dare in termini di diritto o di interesse legittimo, è stata incisa da una condotta antiggiuridica.

La scelta di abbinare lo strumento indennitario ad una condotta antiggiuridica si accompagna alla parziale rinuncia ad assicurare, sul piano quantitativo, il pieno ristoro del pregiudizio patito. Se, infatti, il legislatore si è con disinvoltura emancipato dall'assioma civilistico per cui l'attività illecita è fonte di risarcimento e non di indennizzo, la stessa disinvoltura non si è manifestata nel superare l'idea, altrettanto radicata nella dogmatica civilistica, per cui l'indennizzo non aspira a riparare a pieno i danni effettivamente subiti, accontentandosi di offrire un ristoro quantificato in base a criteri generi e astratti o rimesso all'equo apprezzamento del giudice. Il limite quantitativo dell'indennizzo si spiega, da un punto di vista generale, in forza della natura non illecita della condotta lesiva. È chiaro, dunque, che, allorquando ci si confronta con fattispecie eccentriche come quella in esame, in cui lo strumento indennitario ristora il

²¹ Disegno di legge S. 1859 – 15^a Legislatura. Si veda: A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 36, che parla in proposito di «indennizzo-multa».

danno causato da attività anti-giuridica, il tema del *quantum* del ristoro assume una inedita problematicità²².

Questa problematicità viene in qualche modo gestita dall'ordinamento attraverso un, invero non semplice e non sempre effettivo, regime di convivenza tra indennizzo e risarcimento. Si tratta, è scontato dirlo, di un fenomeno inedito per la teoria classica del diritto civile, rispetto alla quale le caratteristiche della condotta lesiva, in termini di liceità o illiceità, determinano in termini univoci il tipo di risposta riparatoria.

Il problema, ovviamente, non risiede di per sé nella distanza dal modello civilistico o, secondo un altro approccio lessicale, nel grado di *specialità* che si registra rispetto al panorama della responsabilità civile nei rapporti tra privati. Ad allarmare sono, piuttosto, le concrete modalità con cui questo peculiare regime di convivenza sembra destinato ad esprimersi.

Gli aspetti da mettere in luce, a tal proposito, sono almeno due.

Il primo riguarda l'esistenza stessa del danno, che nella fattispecie in esame è tutt'altro che scontata, a differenza di quanto ovviamente vale nelle ipotesi risarcitorie²³. Il co. 1 *bis* dell'art 2 *bis* della legge generale sul procedimento²⁴ non condiziona il percepimento dell'indennizzo alla prova dell'effettiva consistenza del danno patito²⁵ in conseguenza dell'inerzia

²² L. TORCHIA, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, p. generale, II, Milano 2003, 1486.

²³ Nell'ambito di una analisi ispirata dalle posizioni espresse dalla Corte di Cassazione in tema di lesione dell'affidamento A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, 2398, sottolinea il carattere imprescindibile, ai fini il configurarsi del diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'affidamento, di una adeguata prova della effettiva consistenza del danno patito in conseguenza dell'intervento in autotutela su un precedente provvedimento favorevole.

²⁴ All'indennizzo da ritardo previsto dal co. 1 *bis* dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/90 si affiancava, in base all'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, l'indennizzo di trenta euro giornalieri relativo alle ipotesi di ritardata conclusione dei procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa. La previsione in questione aveva carattere transitorio (cfr. co. 10) ed ha cessato di avere efficacia diciotto mesi dopo l'entrata in vigore. In dottrina: E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 6, 1775.

²⁵ Sotto questo profilo l'indennizzo da ritardo presenta delle affinità con l'istituto delle *astreintes* di cui all'art. 114, co. 3, c.p.a., con il quale – ad avviso di chi scrive – l'indennizzo da ritardata adozione del provvedimento condivide la natura sostanzialmente sanzionatoria. Questa natura sanzionatoria, invero, nel caso delle *astreintes* è in qualche modo attenuata dalla scelta del legislatore italiano di collocare tale misura nell'ambito del giudizio di ottemperanza, il quale evidentemente presuppone l'instaurazione da parte di un soggetto leso dalla mancata attuazione del giudicato. Come noto, invece, nel processo civile (art. 614 *bis* c.p.c.) le *astreintes* possono essere fissate, su richiesta di parte, già dal

dell'amministrazione. Né, sul punto, è verosimile ragionare in termini di danno presunto. Basti, in proposito, pensare all'ipotesi, tutt'altro che scolastica, di un soggetto che, durante il protrarsi dell'inerzia amministrativa, abbia illegittimamente intrapreso l'attività in relazione alla quale aveva rivolto l'istanza non tempestivamente evasa. Anche in questo caso l'indennizzo da ritardo – rispetto al quale si comincia a percepire l'adeguatezza della qualificazione in termini di *ristoro* – deve considerarsi dovuto, stante l'assenza di spunti normativi in senso diverso.

Nella circolare del Ministero della Funzione pubblica dedicata all'indennizzo da ritardo il carattere non riparatorio dell'istituto risulta ancora più evidente di quanto non emerga dal predetto co. 1 *bis*, laddove innanzitutto si puntualizza che il godimento dell'indennizzo «prescinde dalla dimostrazione dell'esistenza del danno». Circostanza, quest'ultima, coerente con la conclusione, cui la stessa circolare perviene espressamente, per cui la disposizione sull'indennizzo sia diretta a «sanzionare» la violazione di un obbligo, anziché a riparare una lesione (che, come si è appena visto, in concreto potrebbe anche non sussistere). Il tutto, peraltro, in linea di continuità anche con il passato, ed in particolare con il cd. disegno di legge Nicolais, in cui la natura sanzionatoria dell'indennizzo da ritardo era riconosciuta a chiare lettere, puntualizzandosi addirittura che la spettanza dell'indennizzo sarebbe stata riconosciuta «indipendentemente dal risarcimento del danno». Il che avrebbe avuto un duplice significato: precisare la spettanza dell'indennizzo anche in assenza di danno (il che in radice fa venir meno, rispetto a tale ipotesi, lo scenario della “convivenza” con eventuali azioni risarcitorie) e al contempo escludere, in caso di danno da ritardo, meccanismi di “bilanciamento” tra i due potenziali crediti derivanti dalla medesima condotta omissiva: il credito indennitario e quello risarcitorio.

Il profilo appena sfiorato, quello del regime di convivenza dei due potenziali crediti derivanti dalla medesima condotta (l'esercizio non tempestivo dell'azione amministrativa), è il secondo aspetto su cui ci si era riservati qualche osservazione. Il problema della convivenza in sé è indice di una situazione eccentrica rispetto al diritto civile, per l'ormai noto profilo della illiceità della condotta da cui sorge il credito indennitario.

giudice della cognizione, in una fase, quindi, in cui non vi è stato alcun giudicato né, giocoforza, alcuna lesione connesso alla sua inosservanza (in dottrina invero alcuni Autori ritengono che l'adozione delle *astreintes* da parte del giudice di cognizione non preclusa, grazie ad una applicazione estensiva dell'art. 34, lett. e), c.p.a.: A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli 2012, 217).

Nella sistematica classica un indennizzo e un risarcimento che ristorano il danno causato dalla medesima condotta non potrebbero esistere, perché la liceità/illiceità della condotta dannosa determinerebbe l'automatico "monopolio" di una delle due forme di ristoro (ciò non è smentito, come si dirà, dalle recenti posizioni giurisprudenziali in tema di *compensatio lucri cum damno*). Nel caso di specie tale incompatibilità strutturale non sussiste, per evidenti ragioni di diritto sostanziale. Il tema allora si sposta sul potenziale cumulo e sui rischi in termini di iper-protezione del privato, il quale, in assenza di una norma *ad hoc* che regoli questi scenari, potrebbe trarre dell'illecito protrarsi dell'inerzia un autentico guadagno, percepibile, da un punto di vista etico prima che giuridico, come a sua volta connotato da tratti di iniquità. Il rischio in questione, come noto, ha tuttavia carattere virtuale, dal momento che il legislatore si è premurato di disporre che le somme eventualmente percepite a titolo indennitario siano decurtate da un eventuale risarcimento del danno facente capo alla medesima situazione di inerzia. L'approccio del legislatore si contraddistingue per un indubbio pragmatismo, che non nega in termini di teoria generale la cumulabilità dei "ristori" ma si limita ad intervenire sul *quantum* per scongiurare situazioni di locupletazione della vittima.

Questo pragmatismo, che si coniuga con un tangibile intento di moralizzazione del sistema, tuttavia paga il prezzo di una sottile contraddizione logica. La regola dello scomputo sembra, infatti, trascurare le diverse identità dei due strumenti (indennità e risarcimento), trattando gli stessi come se condividessero una comune finalità riparatoria, come del resto avviene nel campo del diritto civile. La fattispecie di cui ci stiamo occupando, invece, manifesta una struttura molto differente, tanto da poter addirittura prescindere dall'esistenza stessa del danno. L'intento riparatorio dell'istituto, pertanto, è decisamente sostituito da un tangibile intento sanzionatorio.

Se, dunque, l'indennizzo è sostanzialmente una punizione (per le amministrazioni non solerti) occorre chiedersi che senso abbia ridimensionare l'entità dell'eventuale risarcimento del danno in ragione dell'avvenuta irrogazione della punizione medesima. La logica vuole che a questo interrogativo si dia risposta negativa. Cionondimeno non si può non dare atto di un elemento che attiva nell'interprete una più o meno consapevole resistenza rispetto al percorso logico appena descritto.

Tale elemento risiede nel fatto che a beneficiare dell'indennizzo/sanzione è il privato, ossia un soggetto che ove abbia patito un effettivo danno conseguente al ritardo è titolato ad ottenere un pieno ristoro pro-

ponendo una domanda risarcitoria. Si tratta di un dato non trascurabile, ma, ad avviso di chi scrive, non del tutto nuovo nel panorama dell'ordinamento e, soprattutto, non dotato di carattere dirimente in tema di qualificazione (sanzionatoria) dello strumento indennitario.

Il pensiero inevitabilmente corre all'art. 96, co. 3, c.p.c., in forza del quale il giudice, quando pronuncia sulle spese di lite, può, anche d'ufficio, condannare la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra di una somma equitativamente determinata. Il dibattito scientifico sulla natura di questo tipo di obbligazione è stato ricchissimo²⁶ e in questa sede non riassumibile, se non al rischio di compromettere la coerenza generale della trattazione. Ci si limita pertanto a ricordare che la Corte costituzionale²⁷, all'esito di una articolata analisi, ha riconosciuto la natura sanzionatoria della misura, sia pure attraverso un *iter* argomentativo che tenta di miscelare con tale natura componenti non trascurabili di natura riparatoria. In estrema sintesi, la Corte non ritiene preclusivo, ai fini di una lettura in chiave sanzionatoria, il fatto che a beneficiare delle somme in questione sia un soggetto diverso dal danneggiato, nel caso di specie lo Stato (in quanto gestore di un sistema di giustizia ingolfato da azioni temerarie). Questa affermazione viene però in qualche modo mitigata da una appendice argomentativa che, ad avviso di chi scrive, non appare altrettanto convincente. La Consulta, infatti, tenta di giustificare il fatto che la sanzione venga corrisposta alla parte processuale, anziché all'Erario, sostenendo che la natura privata del creditore renderebbe più incisiva e celere la riscossione del debito, a vantaggio dell'efficacia deterrente dell'art. 96, co. 3, rispetto a condotte processuali spregiudicate. In parole povere, attraverso questo complesso circuito argomentativo la Consulta giunge ad affermare che i beneficiari delle somme oggetto di condanna *ex art. 96, co. 3, c.p.c.* sarebbero sostanzialmente due: la parte processuale (in via diretta) e lo Stato (in via "indiretta", ossia in forza di una deterrenza irrobustita proprio dalla natura privatistica del creditore).

La posizione della Corte è convincente nel suo esito qualificatorio (il riconoscimento della natura sanzionatoria della previsione) ma non nel suo *iter* argomentativo/giustificativo. Per riconoscere con maggiore

²⁶ Si rinvia a G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli 2015, 396. L'Autore, in un'ampia disamina anteriore alla sentenza della Consulta richiamata nella nota che segue, si esprime in termini sostanzialmente favorevoli ad una lettura riparatoria dell'istituto in esame (si veda in particolare p. 411).

²⁷ Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1586.

serenità la natura non riparatoria della misura in questione si sarebbe potuto ragionare partendo dal fatto che la riparazione è, per forza di cose, indirizzata al soggetto leso. Nel caso di specie tuttavia ad essere destinatario della somma in questione è, ancora una volta, un soggetto rispetto al quale a norma dell'art. 96 c.p.c. non deve essere provata l'esistenza di uno specifico danno da "abuso del processo" (danno autonomo e ulteriore da quello eventualmente gestito attraverso la decisione giurisdizionale sulle spese di lite). Se, dunque, la riparazione non può che indirizzarsi in favore del danneggiato, un discorso simmetrico non può farsi per la sanzione, per il semplice fatto che quest'ultima non presuppone necessariamente un pregiudizio (a meno di intendere questo termine in modo blando, ossia come *vulnus* all'insieme dei consociati, che risentono della violazione di una o più norme o principi che regolano la vita civile).

Mentre, quindi, è scontato che ad essere ristorato debba essere il soggetto leso da una certa condotta, non è altrettanto scontato, o comunque imposto da implicite ragioni di sistema, che le eventuali sanzioni debbano essere necessariamente convogliate su un soggetto non riconducibile, neppure astrattamente, allo Stato inteso come titolare della potestà sanzionatoria.

In altri termini, è fuori dal sistema l'idea che il legislatore preveda forme di ristoro gravanti sulle finanze pubbliche (indennizzo da ritardo o condanna per lite temeraria) attivabili in assenza di lesione, mentre non è altrettanto inaccettabile l'idea di una sanzione stornata su un soggetto diverso dallo Stato titolare del potere sanzionatorio.

Si può, naturalmente, discutere sull'opportunità di scelte legislative che indirizzino le somme corrispondenti alle sanzioni pecuniarie in favore di soggetti privati (che potrebbero non aver subito alcun danno e che, in ogni caso, a loro disposizione hanno comunque il rimedio risarcitorio). Queste legittime perplessità devono, tuttavia, esprimersi nell'ambito di un dibattito di politica del diritto, senza trasformarsi in un pretesto per distorcere la natura di un istituto concepito per operare anche in assenza di un danno, e dunque strutturalmente inidoneo a svolgere una funzione riparatoria, indipendentemente dal *nomen juris* prescelto.

Senza danno non può esservi riparazione. Questa conclusione non è neppure incrinata dal proliferare delle, pur controverse, fattispecie di danno punitivo, nelle quali si prospetta una miscela di funzione riparatoria e funzione punitiva. Queste fattispecie, che la giurisprudenza oggi considera compatibili con l'ordinamento solo nel rispetto di un rigoroso

principio di tassatività²⁸, tuttavia non prescindono affatto dall'effettività del danno, ma semplicemente ne prescrivono una sovraquantificazione ispirata, per l'appunto, a obiettivi sanzionatori (che si affiancano a quelli, prevalenti, di tipo riparatorio)²⁹. Se non c'è danno, in parole povere, non può esserci neppure danno punitivo. Per questo l'indennizzo da ritardo (e le fattispecie affini cui si farà cenno nel prosieguo) deve trovare una collocazione sistematica estranea all'area del ristoro, e coincidente, per l'appunto, con quella della sanzione.

3.2. *Indennizzo da inumana detenzione*

La Corte europea dei diritti dell'Uomo, con la ormai celebre sentenza Torreggiani³⁰, ha imposto allo Stato italiano di prevedere misure di ristoro in favore dei detenuti che si trovassero a patire la violazione dei diritti umani in ragione delle condizioni carcerarie loro imposte, con particolare (ma non esclusivo) riferimento alle ristrettissime dimensioni delle celle carcerarie. Si tratta di una sentenza storica, innanzitutto perché ha risvegliato, non solo nel dibattito tra operatori del diritto ma, in una certa misura, anche presso l'opinione pubblica, l'attenzione verso l'urgenza di porre tra le priorità delle riforme pubbliche quelle inerenti il sistema carcerario, che (anche) in ragione delle indegne condizioni logistiche sofferte dai detenuti, spesso fallisce il primario obiettivo costituzionale della rieducazione del condannato.

Non è questo, tuttavia, il crinale di considerazioni coerenti con il tema del presente contributo. L'aspetto su cui, invece, occorre indirizzare la riflessione riguarda il fatto che la pronuncia in questione abbia condannato lo Stato italiano ad introdurre strumenti idonei a garanti-

²⁸ In origine, tuttavia, la Corte di Cassazione aveva ritenuto contrari all'ordine pubblico i cd. danni punitivi (Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460; nonché successivamente: Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, *ivi*, 2015, 12, I, 3951; in dottrina cfr. C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481). Successivamente le Sezioni Unite (5 luglio 2017 n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, e ancor prima 15 marzo 2016, n. 5072, *ivi*, 2016, 10, I, 2994) hanno legittimato la figura dei danni punitivi, sottoponendola, tuttavia, ad una rigorosa riserva di legge. La Corte, infatti, ha considerato tali ipotesi compatibili con il sistema generale di responsabilità solo a condizione che esse non si considerino come immanenti al modello aquiliano, dovendo piuttosto trovare un esplicito ancoraggio in una puntuale previsione normativa.

²⁹ P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, I, 2648.

³⁰ 8 gennaio 2013, Sez. II, *Torreggiani e a. c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 1, 11.

re una riparazione economica per coloro che avessero patito condizioni di gravi carenze logistiche (sia allude soprattutto al sovraffollamento) o trattamentali (assenza di occasioni ricreative o culturali, *etc.*)³¹. Questa condanna si è tradotta in un intervento di riforma della legge sull'ordinamento penitenziario³² all'esito del quale è stato riconosciuto al detenuto il diritto di ottenere, agendo dinanzi al giudice civile, un ristoro pari ad una somma di denaro corrispondente a otto euro per ciascuna giornata nella quale questi abbia subito le condizioni detentive stigmatizzate dalla Corte Edu³³.

La peculiare natura di questo istituto suscita riflessioni simili a quelle formulate in apertura del precedente paragrafo, dedicato all'indennizzo per il danno da ritardo. Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una condotta antiggiuridica da parte dell'amministrazione, alla quale fa seguito il riconoscimento, in capo al soggetto pregiudicato da tale condotta, di un ristoro che fatica ad essere ricondotto nell'archetipo del risarcimento del danno.

Vero è che nel caso del danno da ritardo il legislatore senza mezzi termini ricorre alla qualificazione indennitaria, sottoponendo così in termini evidenti agli interpreti il tema della "deformazione" dell'istituto indennitario (quando esso viene usato per "colpire" condotte poste in essere dal potere pubblico) o, secondo una diversa prospettiva, quantomeno di un uso disinvolto del lessico giuridico, ossia non coerente con le

³¹ La pronuncia imponeva l'introduzione di un "rimedio" (ma sulla natura dell'istituto vedi *infra*) volto ad operare a fronte della «inosservanza, da parte dell'amministrazione, di disposizioni previste dalla [legge di ordinamento penitenziario] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti», consistente, «per un periodo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 [Cedu], come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

³² La disciplina adottata in adeguamento alla sentenza Torreggiani è stata introdotta con il d.l. n. 92 del 2014, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 117 riguardante «disposizioni urgenti concernenti il risarcimento in favore dei detenuti, la custodia cautelare in carcere e ulteriori interventi in materia penitenziaria», il quale ha introdotto nella legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) un nuovo articolo (il 35-ter).

³³ Il ristoro in denaro è previsto per i casi in cui la pena sia già stata completamente scontata, mentre nell'ipotesi contraria, ossia di persona ancora detenuta, è prevista una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio di cui sopra. Nella sentenza *Stella and Others v. Italy*, n. 49169/09, 16 settembre 2014, par. 61-63 la Corte Edu si è espressa sul ristoro monetario previsto dall'art. 35 ter della legge sull'ord. penitenziario ritenendolo non irragionevole, in quanto conforme con il sistema giuridico nazionale e le sue tradizioni, oltre che con il livello di vita del Paese.

categorie che tradizionalmente hanno trovato riscontro nell'uso di determinati termini. Di contro, nel caso del ristoro per inumana detenzione il legislatore qualifica in termini di risarcimento la somma che, sulla scorta del giudicato alsaziano, deve essere corrisposta al detenuto in misura rigidamente parametrata alla durata della detenzione svoltasi in condizioni inumane. A questo dato lessicale, tuttavia, non si può assegnare un rilievo particolarmente significativo, sia per le ben note ragioni che, sul piano dell'ermeneutica giuridica, inducono a privilegiare la sostanza sulla forma³⁴ (e dunque a far scaturire la qualificazione di un istituto dalle caratteristiche peculiari dello stesso) sia in ragione del fatto che la norma italiana in qualche modo "traduce" una prescrizione concepita da Corte sovranazionale, quindi in un contesto strutturalmente indifferente alla tassonomia delle categorie che sul fronte interno in buona parte sorregge la dogmatica giuridica.

Prescindendo, dunque, dalle opzioni lessicali, non si può non registrare il fatto che il rimedio introdotto dal legislatore nazionale presenti l'elemento più caratteristico dell'istituto indennitario: il carattere forfettario del ristoro e, pertanto, la mancata ambizione dello stesso a fornire una completa riparazione del pregiudizio subito. Questo elemento, tipicamente indennitario, si abbina alla indiscussa natura antiggiuridica della condotta dannosa posta in essere nell'esercizio del potere. Il che rende ragione della scelta dell'accostamento sopra accennato tra la fattispecie oggetto del presente paragrafo e quella dell'indennizzo del danno da ritardo.

Se, tuttavia, le due fattispecie condividono quella che per la teoria generale suona come una asimmetria di fondo, esse presentano anche significativi tratti di peculiarità, che si riflettono essenzialmente sul problema del rischio da iper-protezione. Il punto da cui partire consiste nella ragion d'essere del ristoro. Nel caso dell'indennizzo del danno da ritardo si è messo in luce come, paradossalmente, il danno possa anche non esservi, e cionondimeno l'indennizzo resti dovuto. Il ricorso alla forfettiz-

³⁴ Cass. civ., SS. UU., 30 gennaio 2018, n. 11018, in cui la Corte afferma che, nonostante la lettera della legge faccia riferimento al «risarcimento dei danni» si sia in presenza di un *indennizzo*, mancando gli elementi tipici del risarcimento ossia il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica nonché la valutazione del profilo soggettivo. Pertanto, secondo l'interpretazione della Suprema Corte, tramite la previsione di un compenso di automatica ed uniforme quantificazione (cfr. commi 2-3 dell'art. 35-ter della legge sull'ord. penitenziario) il legislatore, pur parlando formalmente di "risarcimento del danno", avrebbe sostanzialmente imboccato «la via dell'indennizzo». Così pure Cass. pen., Sez. I, 16 luglio 2015, n. 876; id., Sez. I, 19 ottobre 2016, n. 3117.

zazione dell'indennizzo, quindi, non è servito al legislatore ad alleggerire l'onere probatorio in capo al (potenziale) danneggiato, ma ha piuttosto rappresentato il sintomo della natura non genuinamente riparatoria della misura, a vantaggio di una sua connotazione più propriamente punitiva.

Lo stesso non può dirsi, quantomeno in termini così lineari, per il ristoro da inumana detenzione. Qui la scelta legislativa in favore della forfettizzazione del ristoro non è decifrabile con altrettanta facilità. Le opzioni prospettabili sono almeno tre, non tutte, ovviamente, allo stesso modo persuasive.

La prima è quella che vede nella forfettizzazione uno strumento di alleggerimento dell'onere probatorio, che in questo delicato ambito può davvero assumere peculiari tratti di complessità: non è semplice, ad esempio, fornire in giudizio adeguata prova dell'entità del pregiudizio patito per la disponibilità di spazi ridottissimi, per la scarsa areazione degli stessi o per l'assenza di occasioni di socialità. La scelta degli otto euro giornalieri rappresenterebbe dunque un modo per esentare il danneggiato dallo sforzo di tradurre in termini economici e quindi quantitativi la gravità della lesione di quanto di più immateriale possa esservi, ossia la dignità umana.

La seconda è quella che, invece, si fonda sull'idea di un danno presunto la cui quantificazione rigida *ex ante*, più che servire a sollevare dall'onere probatorio il detenuto, avrebbe lo scopo di fissare una soglia massima oltre la quale nessun tipo di riparazione sarebbe dovuta. Per dirla modo brutale ma forse più efficace: il legislatore avrebbe stabilito in termini generali ed astratti quanto vale, in termini giornalieri, la dignità umana.

Entrambe le prospettive sono autorevolmente coltivate sia in dottrina che in giurisprudenza. Quel che ora preme innanzitutto mettere in luce è il fatto che ciascuna di esse presupponga una diversa visione circa i rapporti tra il credito relativo agli otto euro giornalieri e il credito relativo al risarcimento di eventuali danni aventi entità superiore a tale soglia ed egualmente riconducibili, sul piano causale, alle indecorose condizioni detentive.

Se si opta che la forfettizzazione del rimedio serva solo ad alleggerire l'onere probatorio, si è coerentemente portati a ritenere che laddove il detenuto riesca a fornire in giudizio adeguati elementi di prova inerenti il maggior danno in concreto subito egli abbia pieno diritto a godere del risarcimento del danno (peraltro senza che si attivi alcun meccanismo di scorporo del tipo di quello, non a caso previsto a chiare lettere dal

legislatore, vigente per i rapporti tra indennizzo e risarcimento del danno da ritardo). In questa prospettiva gli otto euro giornalieri non interferirebbero con il pieno esplicarsi del diritto al risarcimento dell'eventuale maggior danno. Ciò in ragione del fatto che i predetti otto euro non hanno natura riparatoria ma presentano, piuttosto, una spiccata connotazione punitiva nei confronti dello Stato, che non ha esercitato il potere in termini e con modalità compatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo. Seguendo questa pista – della natura punitiva del cd. ristoro (che tale non sarebbe) da inumana detenzione – si potrebbe arrivare ad affermare che questo pseudo-riсторо potrebbe anche prescindere dall'esistenza del danno, o comunque da una sua puntuale quantificazione. Laddove fosse, ad esempio, meritoriamente incrementata in modo significativo l'entità economica dell'indennizzo sarebbe, in astratto, possibile ipotizzare scenari di sovraquantificazione del danno, coerenti con la affermata natura punitiva della misura.

Lo scenario cambia totalmente laddove, invece, si aderisca alla seconda prospettiva evocata nei precedenti capoversi, quella che vede negli otto euro la quantificazione operata in termini generali ed astratti dal legislatore del danno corrispondente alla mortificazione giornaliera della dignità umana. In quest'ottica, evidentemente, non vi è spazio per la convivenza tra la pretesa al ristoro forfettario e il diritto al risarcimento di un eventuale maggior danno. Ciò per il semplice fatto che la lettera della legge avrebbe per l'appunto stabilito che tale maggiore danno di per sé non esiste o comunque non abbia consistenza giuridica sufficiente da meritare la predisposizione di un ulteriore rimedio riparatorio. In questa direzione muovono, purtroppo, anche alcune pronunce della Corte Edu³⁵, nelle quali si sposa un approccio che potremmo definire relativistico. Non è infrequente che la Corte affermi che il carattere inumano della detenzione debba valutarsi in concreto e alla luce di un approccio multifattoriale (in forza del quale, ad esempio, anche la presenza di celle di metratura inferiore ai tre mq possa essere bilanciata dalla possibilità del detenuto di trascorrere diverse ore fuori cella). Questo discorso è solo apparentemente simile a quello dapprima formulato in tema di verifica sulla effettiva sussistenza del danno. La Corte, nelle sentenze in questione, mira infatti a relativizzare proprio il concetto di inumana detenzione,

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 16, *Muršić c. Croazia*; Corte EDU, I, 12 marzo 15, *Muršić c. Croazia*; Corte EDU, I, 6.3.14, *Gorbulya c. Russia*, spec. §§ 64-65; Corte EDU, I, 13.6.13, *A.F. c. Grecia*, §§ 71-80; Corte EDU, 2.4.2013, IV, *Olszewski c. Polonia*, § 98. Corte EDU, I, 10.1.12, *Ananyev c. Russia*.

arrivando ad affermare che, anche in presenza di condizioni che la Corte stessa in precedenti sentenze aveva definito contrarie alla dignità umana (le celle di ampiezza inferiore ai tre metri quadri), in concreto potrebbero non integrarsi gli estremi dell'inumana detenzione e quindi non dar luogo al diritto relativo agli otto euro. Ad essere messa in discussione, dunque, non è l'effettiva esistenza in capo al detenuto del danno (da valutarsi in funzione del vissuto individuale e personalissimo del detenuto medesimo), ma l'esistenza stessa delle condizioni oggettive di inumana detenzione. Il tutto secondo una linea di pensiero che sembra dare per scontato il fatto che la misura approntata dallo Stato in ottemperanza alla sentenza Torreggiani per fronteggiare le condizioni di inumana detenzione renda priva di senso ogni ulteriore riflessione in tema di cumulo con l'azione risarcitoria, giacché la funzione riparatoria propria di quest'ultima sarebbe stata assolta dal rimedio forfettario.

Ricapitolando: l'adesione alla visione punitiva del rimedio forfettario non pone problemi specifici circa il cumulo con l'azione risarcitoria relativa del danno patito per l'inumana detenzione, stante la diversa finalità dei due tipi di obbligazione in capo al soggetto pubblico. Di contro, l'adesione ad una visione più strettamente riparatoria del rimedio forfettario dischiude maggiori problemi di convivenza nel sistema con il rimedio risarcitorio: se da un lato, infatti, è arduo negare, soprattutto sul piano della legittimità costituzionale, la ristorabilità del maggior danno (maggiore rispetto all'asticella degli otto euro giornalieri)³⁶ dall'altro occorre confrontarsi con gli evocati scenari di locupletazione a vantaggio del detenuto, i quali, secondo una certa linea di pensiero – invero qui non condivisa – potrebbero essere scongiurati, o comunque gestiti, affrontando il tema secondo la prospettiva della *compensatio lucri cum damno*.

3.3. Indennizzo da illegittima precarizzazione del rapporto di lavoro di pubblico impiego

L'ultima fattispecie di ristoro derivante da condotta antiggiuridica

³⁶ G. MARCATAJO, *Il danno da inumana detenzione: rimedio nuovo o risarcimento?*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.1, 2019, 221, laddove afferma che «l'ancoraggio ai principi suddetti [i principi comuni nazionali ed europei] non possa che avere, come diretta e coerente conseguenza, la necessaria tutelabilità, in caso di loro violazione, sulla base di un armamentario ordinamentale che prevede l'azionabilità del rimedio risarcitorio ogniqualvolta venga lesa un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Il rimedio previsto dall'art. 35-ter, lungi dal porsi come rimedio nuovo e discontinuo rispetto alla logica risarcitoria codicistica, appare piuttosto collocarsi nel solco della medesima (...)».

compiuta da un soggetto pubblico su cui ci si intende soffermare concerne le ipotesi di illegittima reiterazione dei rapporti di pubblico impiego a tempo determinato, i quali, in base alla legge, non possono (salvo il verificarsi di circostanze specifiche e tassativamente previste *ex lege*) superare la durata di trentasei mesi. L'illegittimo superamento di tale termine, mediante la stipula di ulteriori contratti a tempo determinato, non può in ogni caso condurre alla trasformazione del rapporto di lavoro in termini di rapporto a tempo indeterminato, giacché tale opzione è espressamente preclusa dal testo unico sul pubblico impiego³⁷ (mentre non incontra ostacoli nell'ambito del settore privato). Esclusa, dunque, la via della stabilizzazione automatica, il legislatore italiano si è affidato, per gestire queste non infrequenti situazioni, solo ad un meccanismo di ristoro automatico e forfettizzato³⁸.

La fattispecie presenta, dunque, molte caratteristiche comuni a quelle finora esaminate.

La prima consiste nella scelta dell'ordinamento di predisporre, a fronte di una condotta anti-giuridica posta in essere da un soggetto pubblico, un rimedio non genuinamente risarcitorio, in quanto – al netto dei profili di cumulabilità con l'azione risarcitoria – di per sé mira quantomeno a “proporre” una quantificazione del ristoro operata sulla base di parametri generali ed astratti.

La seconda concerne, ancora una volta, il profilo relativo alla effettiva prova – o forse sarebbe più corretto dire l'effettiva esistenza *in rerum natura* – del pregiudizio derivante dall'illegittima protrazione di rapporti di lavoro a tempo determinato.

Anche in questo caso il tema può essere esaminato da due punti di vista, tra loro non alternativi (potendo ciascuno di essi risultare più o meno congruo rispetto alle caratteristiche della fattispecie concreta esaminata)

La prima è quella dell'alleggerimento dell'onere della prova, in base

³⁷ Cfr. l'art. 36, co. 5, del d. lgs. n. 165/2001, ai sensi del quale «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione». In dottrina: M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 740.

³⁸ Tale meccanismo, originariamente previsto dal co. 5 dell'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183, oggi abrogato e sostituito dall'art. 28, co. 2, del d. lgs. n. 81/2015, che prevede il diritto del lavoratore a ricevere un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

alla quale la quantificazione operata *ex lege* solleverebbe il lavoratore danneggiato dal difficile onere di provare e soprattutto tradurre in termini economici i pregiudizi (ossia le “occasioni mancate”, non solo lavorative, ma anche formative e, perché no, esistenziali) che gli possono essere derivati dall’essere stato legato, per un periodo eccedente a quello consentito dalla legge, ad un rapporto lavorativo (cui pur ha volontariamente aderito e dal quale ha verosimilmente ottenuto una retribuzione).

La seconda prende in considerazione il fatto che in situazioni come quella in analisi non è improbabile che un pregiudizio non vi sia stato affatto³⁹, e che dal protrarsi (illegittimo) del rapporto lavorativo con la p.a. il lavoratore abbia ricavato solo tangibili benefici, riscontrabili in termini economici ma anche, potenzialmente, di acquisizione o consolidamento di competenze. Basti pensare a quanti, specie in determinati contesti di depressione economica, non avrebbero avuto alcuna seria *chance* occupazionale nel periodo esorbitante i trentasei mesi di legittimo precariato. Tutto ciò per dire che la scelta legislativa di disancorare il ristoro dalla prova effettiva del pregiudizio patito dal lavoratore “troppo a lungo precario” si spiega anche in forza della consapevolezza della probabile assenza del pregiudizio, consapevolezza cui senza infingimenti si affianca la volontà di predisporre uno strumento di deterrenza nei confronti delle p.a. rispetto alla cattiva prassi della cronicizzazione dei rapporti di precariato. In parole concrete sembra, ancora una volta, di esaminare una misura che, sotto le mentite vesti del ristoro, cela una vera e propria sanzione, a nulla rilevando, in senso contrario, il fatto che le somme di cui si tratta vengano (*rectius* venissero) indirizzate ad un soggetto (il lavoratore) non necessariamente attinto da un concreto pregiudizio. Il tutto, ancora una volta, al di fuori della cornice del tema, tuttora dibattuto, del cd. danno punitivo, che, ancor prima che essere ancorato ad una rigida predeterminazione legislativa⁴⁰, deve imprescindibilmente fare i conti con la necessaria e comprovata esistenza stessa del danno.

La disciplina sinora descritta è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia. Nell’ordinanza di rinvio ad essere contestata era essenzialmente

³⁹ Su questo fronte la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del co. 5 della l. n. 183/2010 in tema di indennità da illegittima precarizzazione, è stata chiarissima nel puntualizzare come «l’indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria. Essa è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un’altra occupazione» (Corte Cost., 11 novembre 2011 n. 303, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2768).

⁴⁰ Cfr. *supra* nota 28.

l'insufficienza, sul piano quantitativo, del ristoro previsto dal legislatore italiano, ma – ed è questo il punto più interessante – tale insufficienza non era denunciata in funzione di una eventuale preclusione circa la prova del maggior danno⁴¹, ma perché, nell'ottica del giudice del rinvio, il ristoro avrebbe dovuto addirittura eguagliare il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato mai conseguito. Il tutto in un'ottica iper-punitiva,

⁴¹ Cfr. Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5072, in *Foro it.*, 2016, 10, I, 2994, ove viene affermato il principio di diritto secondo cui il lavoratore pubblico «ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, l. 183/2010» senza peraltro che gli sia «precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno più elevato». A commento di questa sentenza si veda TOSI, *Il danno nel rapporto a termine del pubblico dipendente*, in *Giur. it.*, maggio 2016. Lo scenario era diverso, fino al recente passato, sul fronte dei rapporti di lavoro che non coinvolgono pubbliche amministrazioni. Fino alla riforma operata dal d. lgs. n. 81/2015 l'ordinamento prevedeva all' art. 32, co. 5, della l. n. 183/2010 (comma poi abrogato per effetto dell'art. 55 del già citato d. lgs. n. 81/2015) che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato (conversione impossibile nel pubblico impiego), il giudice condannasse il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un' indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità. Su questa previsione la Suprema Corte aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, dubitando della compatibilità tra la “omnicomprensiva” forfettizzazione del danno (intesa come incompatibile con eventuali azioni risarcitorie) e i principi di effettività e ragionevolezza del rimedio giurisdizionale (Cass. civ., ord. 28 gennaio 2011, n. 2112, in *Foro it.*, 2011, I, 1742). La questione di legittimità costituzionale non era, tuttavia, stata accolta dalla Corte costituzionale, la quale aveva ritenuto che la norma in questione assicurasse una piena tutela, giacché il ristoro indennitario previsto (benché onnicomprensivo, ossia incompatibile con eventuali pretese risarcitorie) si aggiungeva al rimedio della conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato (Corte cost., 11 novembre 2011 n. 303, cit.). Questa impostazione è stata suggellata dal legislatore, dapprima con una norma di interpretazione autentica: l'art. 1, co. 13, l. n. 92/2012 (c.d. «legge Fornero») disponeva infatti che «La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010 n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». Poco dopo tale conferma il legislatore ha abrogato il sopracitato co. 5 dell'art. 32, sostituendolo con l'art. 28 del d. lgs. n. 81/2015, che a chiare lettere sancisce che «nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (...). La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

in cui l'illegittima precarizzazione avrebbe finito, sul piano empirico, per condurre ad un risultato non dissimile da quello a chiare lettere vietato dal legislatore, ossia la stabilizzazione del rapporto di lavoro (nel caso di specie si tratterebbe, più propriamente, di stabilizzazione degli effetti economici del rapporto a tempo indeterminato invero non concretizzati).

La Corte non ha seguito l'impostazione del giudice del rinvio: ha fatto salva la disciplina nazionale, evidenziando tuttavia la necessità di una opportuna applicazione del stessa sul fronte del potenziale riconoscimento del maggior danno. La posizione della Corte può, in un certo senso, definirsi intermedia: ha riconosciuto il diritto ad ottenere un ristoro superiore ai parametri legislativi, ha ribadito la necessità di fornire in giudizio la prova di tali ulteriori danni, ma al contempo ha evidenziato come l'onere probatorio degli stessi potesse giovare di presunzioni relative, in quanto tali ovviamente oggetto di potenziali prove contrarie fornite dal debitore dell'obbligazione.

Il sistema, dunque, anche in questo caso non smentisce il nucleo sanzionatorio che si cela dietro previsioni come quella appena esaminata, che assicura il "ristoro" forfettizzato anche in assenza di danno (il che appunto induce a dubitare dell'appropriatezza lessicale del termine "ristoro"). La riconosciuta natura sanzionatoria della misura, tuttavia, non si accompagna al riconoscimento, da parte della giurisprudenza, della cumulabilità tra l'indennizzo forfettario e l'eventuale maggior risarcimento danno⁴², a discapito – ovviamente – della pienezza della tutela offerta ai lavoratori.

4. Indennizzo e risarcimento: l'illusione ottica della *compensatio lucri cum damno*

Le fattispecie sinora trattate non esauriscono l'area degli strumenti indennitari che la legislazione offre a fronte di pregiudizi patiti a seguito di condotte *contra ius* poste in essere da soggetti pubblici. Un paragrafo a parte avrebbe, ad esempio, potuto essere dedicato all'indennizzo in-

⁴² Cfr. Cass. civ., ord. 7 giugno 2019, n. 15509; id., Sez. VI, 23 gennaio 2017, n. 1680, in cui si afferma che il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato (posto dall'art. 36, co. 5, del d.lgs. n. 165/2001) ad un ristoro indennitario nella misura indicata nella precedente nota.

trodotto dalla cd. legge Pinto, la quale forse ha goduto di una maggiore attenzione, da parte della letteratura, di quanto non sia avvenuto per alcune delle fattispecie finora esaminate, soprattutto quella dell'indennizzo da illegittima precarizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Ad ogni modo, a prescindere dal carattere certamente non esaustivo della disamina, l'ipotesi formulata in apertura del presente contributo risulta confermata: nella recente legislazione il ricorso all'indennizzo per condotte pubbliche dannose (intese come "poste in essere da soggetti pubblici") spesso non serve a coprire le "zone bianche", ossia le aree che rischierebbero di essere aree di non ristorabilità in ragione della natura non illecita (sebbene dannosa) della condotta. Per questo novero di fattispecie la chiave di lettura da adottare, dunque, è alternativa a quella tradizionale, che vedeva nell'indennizzo una sorta di prolungamento di tutela oltre i limiti della responsabilità. Preso atto di ciò occorre provare ad offrire un inquadramento alternativo. In altre parole, l'analisi non può accontentarsi di seguire il comodo sentiero del realismo negativo, e dunque accontentarsi di descrivere, o se si vuole di denunciare in termini critici, quello che l'indennizzo *non è*, o meglio (sempre più spesso) *non è più*. È necessario, estrema sintesi, provare ad individuare la ragion d'essere di questa peculiare "torsione" dell'istituto indennitario. Per entrare nell'ottica della *pars construens* occorre, tuttavia, riprendere un tema finora solo sfiorato: quello dei rapporti tra il rimedio indennitario e quello tradizionale dell'azione risarcitoria.

In realtà, il rapporto tra i due rimedi è al tempo stesso presupposto e conseguenza della visione che si intende assumere rispetto ai fenomeni finora esaminati. Per questa ragione trattare il profilo della compatibilità o meno dei due strumenti di tutela mette l'interprete nell'imbarazzo di dover in qualche modo svelare in partenza il suo punto di vista circa l'effettiva natura (riparatoria o punitiva) dello strumento indennitario. Tuttavia, e per fortuna, nei contributi scientifici, a differenza forse di quanto non valga nella narrativa (soprattutto in quella di genere), si può correre il rischio di fornire qualche inevitabile anticipazione del proprio "finale", o meglio, per usare una terminologia più sobria, delle proprie conclusioni. In quest'ottica, dunque, ci si accinge a riprendere il già menzionato tema dei rapporti tra rimedi, valutando la possibilità di sfruttare lo spettro interpretativo fornito dall'istituto della *compensatio lucri cum damno*.

Come noto questo istituto riguarda le ipotesi in cui lo stesso evento sia al contempo fonte di danno e fonte di arricchimento, circostanza – quest'ultima – che impone una compensazione, per evidenti ragioni

di giustizia sostanziale. Occorre, dunque, comprendere in che termini questo istituto può essere considerato pertinente rispetto alle problematiche oggetto della disamina in corso. Il punto di partenza è sempre il medesimo: la (peculiare) unicità della condotta da cui può astrattamente scaturire tanto l'obbligazione indennitaria quanto quella risarcitoria. Si è detto di come per l'indennizzo del danno da ritardo il meccanismo dello scomputo sia stato a chiare lettere previsto dal legislatore, per evidenti ragioni di contenimento della spesa pubblica. Resta, tuttavia, da indagare l'ulteriore area delle fattispecie indennitarie corrispondenti a condotte *contra ius* poste in essere da soggetti pubblici. È rispetto a queste che deve essere vagliata l'attitudine dell'istituto della *compensatio* a dirimere il problema della eventuale locupletazione del danneggiato. Il tutto, ovviamente, assumendo come presupposto (discutibile, ma sul punto cfr. *infra*) che l'indennizzo possa in qualche modo vestire i panni del "lucro".

In favore di questa ipotesi potrebbe militare la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato in cui per l'appunto l'istituto della *compensatio lucri cum damno* è stato sfruttato per chiarire i rapporti di cumulabilità o meno tra credito indennitario e credito risarcitorio.

La fattispecie scrutinata dall'Adunanza plenaria si differenzia da quelle prese in esame pochi mesi dopo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in ragione della identità tra danneggiante e titolare del debito indennitario.

In concreto la fattispecie sottoposta all'Adunanza plenaria aveva ad oggetto la cumulabilità, per un pubblico dipendente leso dall'esposizione all'amianto nel proprio luogo di lavoro, del diritto ad ottenere dall'amministrazione il risarcimento del danno patito con il diritto a fruire dell'equo indennizzo assicurato dal testo unico d.P.R. n. 3/1957 per i dipendenti pubblici. Il danneggiante, dunque, nel caso di specie è anche l'unico potenziale debitore della duplice obbligazione, quella indennitaria e quella risarcitoria⁴³. La fattispecie si accosta a quelle esaminate nei paragrafi

⁴³ Questo aspetto è enfatizzato, in termini perfino eccessivi, dal Consiglio di Stato che, nel negare la cumulabilità, puntualizza come «la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da due titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario (...) che giustifica il divieto del cumulo». A non convincere, in questo ragionamento, è proprio il rilievo assegnato all'unicità del debitore (del credito indennitario e di quello risarcitorio), il quale invero rappresenta una circostanza non dirimente. Decisivo, ai fini della cumulabilità o meno delle misure, risulta invece l'in-

precedenti, nelle quali ad aver causato il danno è lo stesso soggetto su cui grava, oltre che l'ordinaria responsabilità civile, anche un'obbligazione indennitaria prevista da una norma speciale. Lo stesso non avviene, come si vedrà, nelle fattispecie scrutinate dalle Sezioni Unite nel 2017, nelle quali i due crediti (quello indennitario e quello risarcitorio) si appuntano su soggetti pubblici diversi, ossia sull'amministrazione danneggiante e su un ente facente parte del comparto assistenziale/previdenziale⁴⁴.

Nell'affrontare la questione l'Adunanza Plenaria⁴⁵ deve confrontarsi con una serie di ingombranti precedenti facenti capo alla Corte di Cassazione⁴⁶: quest'ultima tradizionalmente aveva ammesso la cumulabilità tra indennizzo e risarcimento sulla scorta di un criterio che in termini gergali si suole chiamare della non medesimezza del titolo. Si tratta di un criterio solo apparentemente formalistico. Esso in concreto si esprime nell'idea secondo cui il cumulo sarebbe consentito perché le due obbligazioni, quella risarcitoria e quella indennitaria, troverebbero fondamento in due norme diverse: la norma fondante il regime aquiliano della responsabilità civile, e la norma settoriale in tema di riparazione per i danni patiti dai dipendenti pubblici per la violazione delle norme di sicurezza nei luoghi di lavoro. Il ragionamento è meno schematico e superficiale di quanto possa apparire. La differenza di titolo, inteso come norma-fonte dell'obbligazione, sottintende, infatti, un diverso orientamento teleologico dei due rimedi. La Corte, in altre parole, argomentando sulla non identità dei titoli in realtà tocca, in modo neppure troppo implicito, il più delicato tema del diverso orientamento funzionale dei due rimedi, evidenziando come solo il risarcimento rechi impressa una finalità riparatoria, mentre l'indennizzo rappresenterebbe uno degli elementi di un sinallagma contrattuale, al pari di alcuni *benefit* che contrassegnano determinati rapporti di lavoro, nel caso di specie quello alle dipendenze di una pubblica amministrazione. In estrema sintesi, dunque, il cumulo veniva a giustifi-

quadramento delle stesse nell'alveo di una comune natura riparatoria ovvero in termini eterogenei, riconoscendo al credito indennitario una potenziale natura punitiva.

⁴⁴ M. FRANZONI, *La compensatio lucris cum damno secondo il Consiglio di Stato – il commento*, in *Danno e resp.*, 2, 2018; U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio*, Trento 2018.

⁴⁵ Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in *Foro it.*, 2018, III, 193.

⁴⁶ Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20548, ove si afferma che «non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie». In termini simili anche Cass., Sez. III, 23 dicembre 2003, n. 19766.

carsi in ragione della diversa funzione dei due strumenti, diversità che di per sé garantiva la non duplicazione dello strumento riparatorio (in tesi coincidente soltanto con il risarcimento).

L'Adunanza Plenaria nel 2018 abbandona questa impostazione⁴⁷. Il ragionamento del Supremo Consesso non assume più come punto di partenza la (non) identità della fonte normativa delle rispettive obbligazioni, ma l'unicità del nesso causale che avvince condotta e danno, dalla quale viene ulteriormente desunta la comune finalità riparatoria dei due rimedi. La pronuncia chiarisce che l'indennizzo non può assimilarsi ad un *guadagno* conseguente alla condotta illecita (il che rende sul piano lessicale poco congruo il riferimento alla locuzione della *compensatio "lucri" cum damno*) il che riconfigura il problema in termini di rischio di cumulo di voci risarcitorie⁴⁸. Inquadrate in questi termini il rischio viene considerato concreto: proprio la comune finalità compensativa dei due rimedi rende gli stessi intrinsecamente incompatibili, se non al prezzo, ritenuto dalla Adunanza Plenaria in contrasto con il sistema, di una generalizzata torsione in senso punitivo della responsabilità civile. In estrema sintesi, il ragionamento dell'Adunanza Plenaria può essere compendiato in questi termini:

- la norma speciale che sancisce il diritto ad un'indennità in caso di lesioni all'integrità fisica occorse nello svolgimento dell'attività lavorativa prescinde dalla natura ingiusta del danno e dunque dalla antiggiuridicità della condotta del datore di lavoro;
- tale norma opera anche in caso di condotta *non antiggiuridica* del datore di lavoro, ipotesi quest'ultima in cui non si pone alcun problema di cumulo con ipotesi risarcitorie⁴⁹;
- viceversa, in caso di lesione patita in conseguenza di una condotta illecita, l'indennità riconosciuta dalla norma speciale deve essere defalcata da un eventuale risarcimento, stante la comune natura riparatoria dei due rimedi.

Questo approccio trae le sue premesse, neppure troppo implicite, da

⁴⁷ Cfr. *supra* nota 44. In dottrina a commento di questa sentenza si veda F. MANGANARO, *Nuovi orientamenti in materia di responsabilità civile nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1488.

⁴⁸ La sentenza sopracitata afferma che «Non si tratta, pertanto, di applicare la regola della *compensatio* nella sua versione "tradizionale", che presuppone che la medesima condotta determini un "danno" e un "vantaggio". Come già esposto, tale regola non ha una sua autonomia ed è riconducibile alle tecniche di determinazione del danno che, nella specie, trovano applicazione in modo ancora più lineare e diretto».

⁴⁹ Par. 6.1.1 della sentenza in analisi.

una resistenza di fondo che si manifesta, più che rispetto al rischio della locupletazione a vantaggio del danneggiato, nei riguardi dello scenario di una trasfigurazione in chiave punitiva del sistema di responsabilità. È chiaro, infatti, che l'identità del danno fonte dell'obbligazione è un dato che lascia intendere che, dei due rimedi predisposti per fronteggiare quel danno, ve ne sia uno che mira non già a ristorare ma a punire l'autore del danno medesimo.

Il timore in astratto è fondato: è noto che la funzione punitiva della responsabilità, pur non rappresentando ormai un assoluto tabù, deve pur sempre restare confinata nei limiti di un rigoroso regime di tipicità. A non convincere, tuttavia, nel ragionamento dell'Adunanza Plenaria, è proprio l'elemento su cui si appuntano i timori di trasfigurazione in chiave punitiva. La perplessità che trapela seguendo la fitta intelaiatura argomentativa della pronuncia riguarda l'idea che ad assumere una connotazione punitiva, in caso di cumulo dei rimedi, sarebbe il risarcimento e non l'indennizzo. Questa convinzione forse si radica nella tradizionale fisionomia dell'istituto indennitario, che come si è ribadito a più riprese, interessava fattispecie di danno causato da una condotta non antigiusuridica. Nel caso di specie, tuttavia, la norma che prevede il rimedio indennitario è indifferente alle caratteristiche della condotta del datore di lavoro, che dunque ben potrebbe essere contrassegnata da elementi di antigiusuridicità. Da questa possibilità per l'appunto si origina l'eventualità del cumulo con il credito risarcitorio. Non si comprende, allora, perché non si possa ritenere che laddove l'indennizzo si allontani dal suo paradigma tradizionale (abbinandosi a danni causati da condotte illecite) perda la sua natura riparatoria – che in quanto tale lo metterebbe, in effetti, in concorrenza, o meglio in condizione di incompatibilità con il risarcimento – per assumerne una spiccatamente punitiva, che in quanto tale non costringe a sfruttare, come antidoto al cumulo delle voci compensative, la *compensatio lucri cum damno*.

Questa conclusione non pare smentita dalla, pur copiosa, giurisprudenza della Corte di Cassazione, che negli ultimi anni ha ampiamente sfruttato l'istituto della *compensatio* per puntualizzare la non cumulabilità dei crediti risarcitori con quelli aventi ad oggetto indennità assicurative dovute al danneggiato. Le specificità di queste fattispecie sono così spiccate da rendere la giurisprudenza in questione⁵⁰ eccentrica rispetto

⁵⁰ Sul punto i tre casi più significativi sono Cass., SS. UU., 22 maggio 2018, n. 12565, in *Foro it.* 2018, 6, I, 1900 («Il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da

alle tematiche sinora esaminate. È evidente, infatti, che le indennità di natura assistenziale/previdenziale scaturiscono da un rapporto assicurativo che, per sua natura, mira ad assicurare un nucleo minimo di riparazione a fronte del verificarsi di determinati eventi dannosi, a prescindere dal carattere lecito o illecito delle condotte causalmente connesse alla produzione del danno. L'innegabile funzione riparatoria delle indennità in questione rende impossibile ipotizzare per esse una connotazione punitiva, e dunque un'ipotetica cumulabilità piena con eventuali crediti risarcitori (prospettabili, ovviamente, solo a fronte del carattere illecito della condotta dannosa). Non appare, dunque, neppure necessario, nelle ipotesi in analisi, il ricorso all'istituto della *compensatio*, essendo sufficiente – per spiegare i rapporti di non cumulabilità – l'istituto della surroga⁵¹, che trae la propria ragion d'essere dall'idea per cui la fruizione di entrambi i ristori sia incompatibile con la natura riparatoria degli stessi allorquando, ovviamente, l'ammontare dei ristori medesimi superi l'entità del danno sofferto.

5. Sintesi e ricostruzione

L'analisi sinora condotta ha evidenziato come il legislatore stia introducendo numerose fattispecie indennitarie aventi ad oggetto danni sofferti in conseguenza di una attività *contra ius* posta in essere dalle pubbliche amministrazioni. A fronte di questo fenomeno le chiavi di lettura possibili sono almeno tre.

La prima è quella che, in buona sostanza, invita alla “sdrammatizzazione” del fenomeno. In questa prospettiva l'istituto dell'indennità

assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto»; Cass., SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12566, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1159 («L'importo della rendita per l'inabilità permanente corrisposta dall'INAIL per l'infortunio in itinere occorso al lavoratore va detratto dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, al danneggiato da parte del terzo responsabile del fatto illecito»); Cass., SS. UU., 22 maggio 2018, n. 12567, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1160 («Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall'Inps in conseguenza di quel fatto»).

⁵¹ Il riferimento è all'art. 1916, co. 4, c.c., all'art. 142, co. 2, del Codice delle assicurazioni private e all'art. 41, l. n. 183/2010, che consente all'INPS di recuperare le pensioni, gli assegni, e le indennità corrisposti in conseguenza del fatto illecito di terzi fino a concorrenza del loro ammontare nei confronti del responsabile civile.

avrebbe progressivamente assunto una natura affine a quella del risarcimento, condividendo con quest'ultimo la finalità di offrire la risoluzione di conflitti tra danneggiante e danneggiato. Questa sorta di assimilazione varrebbe tanto a fronte di fattispecie indennitarie "pure" (ossia relativa a danni da attività lecita) quanto a fronte di fattispecie relative a danni cagionati da condotte *contra ius*. In questa seconda ipotesi la scelta del legislatore in favore dello strumento indennitario dovrebbe leggersi come espressione della volontà di offrire un risarcimento in misura ridotta, poiché limitata alla quantificazione operata in via generale ed astratta dalla norma⁵².

Questa impostazione suscita alcune perplessità. La prima, di ordine generale, attiene alla compatibilità costituzionale di tale approccio con il principio di effettività della tutela. La conseguenza delle premesse teoriche sopra richiamate consiste nella ristorabilità solo parziale di alcuni danni ingiusti, per l'appunto quelli per cui il legislatore abbia previsto, pur a fronte del carattere illecito della condotta, una misura indennitaria (la quale, nell'ordine di idee di cui sopra, altro non sarebbe che un risarcimento diminuito). Il tutto a discapito anche del principio di uguaglianza, che risulterebbe quantomeno indebolito laddove, a fronte di situazioni egualmente contrassegnate dall'ingiustizia del danno, si prevedesse che in taluni casi (quelli in cui operano le previsioni indennitarie) la tutela possa non raggiungere l'effettiva entità del danno patito. Il che, in taluni casi, rischia di intaccare anche l'effettività di alcuni diritti fondamentali dell'individuo, come nel caso del rimedio indennitario di otto euro giornali per i casi inumana detenzione (ove, naturalmente, l'indennizzo venga interpretato secondo la criticata prospettiva del "risarcimento diminuito"). La seconda critica all'idea dell'indennizzo come "risarcimento diminuito" concerne il fatto che a ben vedere le fattispecie di indennizzo da attività illecite delle pubbliche amministrazioni sono destinate ad operare anche in assenza di danno, il che dovrebbe portare ad escludere la natura autenticamente riparatoria delle indennità in questione. Si pensi, ad esempio, all'indennità da illegittima precarizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. che, come riferito, la Corte ha puntualizzato essere dovuto anche in favore del dipendente che, in concreto, non abbia sofferto alcun danno conseguente al protrarsi del rapporto di lavoro a tempo determinato. Rispetto a fattispecie come questa la prospettiva dell'assimilazione tra indennizzo e risarcimento risul-

⁵² G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario*, cit., 117.

ta concettualmente difficile da accogliere, dovendosi riconoscere, come insormontabile elemento di differenziazione, la finalità non riparatoria dello strumento indennitario.

La seconda prospettiva possibile è in parte antitetica rispetto a quella dell'indennizzo (da attività illecita) come "risarcimento diminuito". Anche questa seconda impostazione, invero, parte dall'idea della natura riparatoria delle fattispecie indennitarie in analisi (quelle da attività *contra ius*). Questa premessa non viene, però, sviluppata per affermare che per i danni ingiusti ristorati mediante strumenti indennitari il vero e proprio risarcimento non sia dovuto (essendo già l'indennizzo una sorta di risarcimento, sia pure in misura ridotta). Al contrario, in questa prospettiva la comune natura riparatoria dei due strumenti (quello indennitario, previsto da norme *ad hoc*, e quello generale della responsabilità civile) viene considerata come astrattamente idonea a determinare la spettanza, in capo al danneggiato, di entrambe le forme di ristoro. Circostanza, quest'ultima, guardata con sfavore in quanto fonte di una ingiustificata locupletazione, da contrastare mediante il ricorso a principi di teoria generale come quello della *compensatio lucri cum damno*.

Le considerazioni sinora svolte inducono, tuttavia, a cercare una chiave di lettura alternativa che, come si è anticipato, mette in discussione il comune denominatore delle due prospettive sinora descritte, ossia il carattere riparatorio dell'indennizzo relativo a condotte antigiuridiche poste in essere dalle amministrazioni. Esso, potendo prescindere (come si è visto) dalla esistenza stessa di un danno svela una matrice eminentemente punitiva. Quest'ultima, a ben vedere, non trova adeguata collocazione sistematica nella ancora controversa categoria dei danni punitivi. Ciò sempre in ragione del fatto che il danno non è elemento indispensabile per l'esistenza del credito indennitario. Detto in altri termini gli indennizzi in analisi sono "più punitivi dei danni punitivi": questi ultimi, come insegna la dottrina e la giurisprudenza civilistica, corrispondono ad una forma di sovraquantificazione del danno, mentre nel caso degli indennizzi sinora esaminati il danno, come si è visto, potrebbe addirittura non configurarsi. Più che danni punitivi, allora, gli indennizzi *de qua* appaiono come autentiche sanzioni nei confronti delle p.a. inadempienti rispetto a obblighi puntualmente formulati dalla legislazione.

A questo inquadramento si accompagnano tre corollari.

Il primo concerne l'irrilevanza, ai fini della genuinità di tale riscontrata natura sanzionatoria, della scelta legislativa di indirizzare le somme corrispondenti a tali sanzioni al privato danneggiato. Si tratta di una scel-

ta di politica del diritto, pienamente compatibile con il quadro costituzionale, come riconosciuto dalla Consulta con riguardo alla norma sulla lite temeraria⁵³.

Il secondo attiene al problema della “coabitazione” delle misure indennitarie con l’ordinario sistema della responsabilità civile da illecito. Tale coabitazione perde ogni tratto di problematicità laddove ci si emancipi dall’idea della comune identità riparatoria delle due misure (gli indennizzi da attività illecita e il risarcimento). Accogliendo la prospettiva sanzionatoria, in altre parole, non si pone un problema di sovra-quantificazione del danno, per il semplice fatto che la misura indennitaria non è concettualmente connessa all’esistenza del danno stesso, potendo addirittura prescindere del tutto. Il fuoco del dibattito, in quest’ottica, si sposta dunque dal tema della coabitazione tra le due misure a quello della opportunità della proliferazione di fattispecie sanzionatorie che si traducono in crediti in favore del privato (già titolare degli ordinari diritti risarcitori). Ma si tratta, evidentemente, di un problema di politica del diritto, non certo di un problema di teoria generale del diritto.

Il terzo corollario concerne il superamento che, adottando la prospettiva della sanzione, riguarderebbe le posizioni giurisprudenziali favorevoli ad una sorta di “impatto diminutivo” scatenato dalla misura indennitaria rispetto all’ampiezza della misura risarcitoria. In tema di inumana detenzione si è formato, come noto, un orientamento giurisprudenziale⁵⁴ che vede nell’indennità pari agli otto euro giornalieri una misura onnicomprensiva, che non lascia spazio a prospettive di risarcimento di eventuali maggiori danni. Così come sempre in un’ottica “riduzionista” si è mossa quella giurisprudenza che nega la risarcibilità del danno da mero ritardo argomentando sul fatto che per il privato che non possa dimostrare la spettanza del provvedimento favorevole l’ordinamento avrebbe predisposto, come ristoro onnicomprensivo, l’indennizzo automatico di cui al co. 1 *bis* dell’art. 2 *bis* della legge generale sul procedimento (in disparte della perdurante inattuazione della norma da ultimo citata)⁵⁵.

⁵³ Cfr. *supra* nota 27.

⁵⁴ Cfr. *supra* par. III b.

⁵⁵ TAR Sardegna, Sez. I, 10 maggio 2019, n. 399, in cui si afferma che «la fattispecie del danno da mero ritardo è trattata dalla legge come fattispecie autonoma produttiva di danni, alla quale, nondimeno, la legge sul procedimento non ricollega un’obbligazione risarcitoria secondo lo schema dell’art. 2043 cod. civ., ma solo un indennizzo (art. 2-*bis*, co. 1-*bis*). Previsione, come noto, mai attuata, ma indicativa della separata considerazione riservata dall’ordinamento all’ipotesi del danno da mero ritardo (che, pertanto, potrà essere riconosciuto solo quando la disposizione legislativa troverà attuazione)». Inoltre,

Queste interpretazioni consegnano uno scenario allarmante e, in un certo senso, paradossale. La presenza di due strumenti che, in tesi, dovrebbero condividere la natura riparatoria (indennizzo e risarcimento) ha determinato, grazie ad una giurisprudenza non particolarmente sensibile agli obiettivi di piena ristorabilità dei pregiudizi arrecati dalle amministrazioni, un tangibile arretramento del sistema delle tutele. In altre parole, l'introduzione di un secondo binario di riparazione (quello indennitario) ha innescato un effetto di impoverimento del primo e principale binario, quello risarcitorio. Il legislatore "aggiungendo" una misura di ristoro avrebbe, perciò, "diminuito" la satisfattività dell'ordinario regime di responsabilità civile cui le amministrazioni, come qualsiasi soggetto di diritto, soggiacciono. Questa distorsione induce addirittura a pensare che, seguendo tale ottica, le fattispecie indennitarie da attività illecita possano rappresentare il filo con cui lentamente intessere la leggendaria rete di contenimento da tanti agognata già all'indomani della sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione.

Questi scenari distopici possono essere scongiurati attraverso una radicale rivisitazione dell'approccio, tuttora prevalente, in tema di fattispe-

sempre nell'ottica riduzionistica di cui si tratta nel testo, occorre riscontrare come la presenza della norma sull'indennizzo automatico venga spesso sottolineata nell'ambito di sentenze che in concreto negano il risarcimento del danno da ritardo ogniqualevolta non si riscontrino in capo all'amministrazione «l'intenzionale volontà di nuocere» (Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5663, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, 1228; TAR Roma, Sez. II, 21 ottobre 2019, n. 12103). Sembra, cioè, che la previsione in tema di indennizzo abbia, sul fronte della tutela risarcitoria, determinato una lettura volta ad enfatizzare il presupposto soggettivo della responsabilità "in senso stretto", in controtendenza con il processo di tendenziale oggettivazione che riguarda tutto il sistema della responsabilità civile, sia per quanto concerne i rapporti privatistici (si veda il regime della responsabilità del produttore) che per quanto concerne i rapporti in cui è coinvolta l'amministrazione (si veda la materia dei contratti pubblici). Queste letture evidentemente rappresentano un tangibile passo indietro rispetto allo scenario interpretativo che caratterizzava il periodo intercorrente tra l'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/1990 (2009) e quello dell'entrata in vigore del co. 1 *bis* di tale articolo, ossia della norma relativa all'indennizzo da ritardo (2013). All'indomani della entrata in vigore dell'art. 2 *bis* (senza il successivo corredo rappresentato dal co. 1 *bis*) l'interpretazione prevalente era stata nel senso del riconoscimento, da parte del legislatore, della risarcibilità del danno da mero ritardo. Si veda, in particolare, G.D. COMPORTI, *La tutela risarcitoria "oltre il codice"*, in *Foro amm.*, 2010, 10, 67, in cui si sostiene che con l'introduzione dell'art. 2 *bis* il legislatore avrebbe previsto «un risarcimento che appare legato sotto il profilo causale unicamente all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento: dunque, si guarda in modo ravvicinato ed oggettivo allo snodo dell'azione e non più ai suoi possibili esiti (satisfattivi o meno)». Questa idea, come si è visto, paradossalmente è entrata in crisi con l'introduzione dell'indennizzo di cui al vigente co. 1 *bis* dell'articolo in questione.

cie indennitarie “spurie” ossia quello che riconosce ad esse una natura riparatoria. Accogliendo l’opposta prospettiva sanzionatoria (che, come si è visto, trova conferma nella fruibilità degli indennizzi in questione anche in assenza di danno) si ottiene, oltre che un più coerente inquadramento degli istituti, anche la salvaguardia dei raggiunti standard di tutela risarcitoria nei confronti delle pp. aa., evitando così il rischio di un lento e progressivo ritorno ad una anacronistica logica di specialità.

DIFFERENTI PROFILI DELLE “SOCIETÀ MISTE”:
FIGURA SOGGETTIVA E ATTIVITÀ SVOLTA
SU INCARICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Pubblico e privato nelle società miste: prospettazione del profilo caratterizzante. – 2. Evoluzione normativa e riflessi sull’ipotesi di società mista. – 3. La disciplina delle società miste nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica: insufficienza di norme sulla esecuzione del contratto di società mista. – 4. Elementi ed omissioni nel vigente schema normativo sulle società miste. – 5. Questioni ancora aperte per le società miste e proposta identificativa del (reale) ruolo del socio privato nell’esecuzione dell’appalto o della concessione.

1. *Pubblico e privato nelle società miste: prospettazione del profilo caratterizzante*

Per le “società a partecipazione mista pubblico-privata” si verifica un fenomeno giuridico analogo a quello che caratterizza le “società *in house*”. Non si vuole con ciò alludere alla loro appartenenza ad una medesima categoria; assunto questo certamente infondato non plausibile, come si cercherà di sottolineare più avanti, ricordando che non sono ammissibili società *in house* con la partecipazione di soggetti privati¹

Si vuole invece evidenziare che le une e le altre non sono figure sog-

¹ Sul punto si deve precisare che anche la recente apertura espressa nell’art. 12, comma 1, lett. c) della Direttiva 2014/24/UE che consente «*forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata*» non ha sostanzialmente mutato questo indirizzo. Come ha chiaramente precisato il parere Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389 la scelta dell’espressione “prescritta” da parte della direttiva comunitaria non ha inteso modificare il generale modello della società *in house* (che vede la presenza di soli soci pubblici) o autorizzare in generale la partecipazione dei privati ma ha semplicemente consentito a norme di legge interne di imporre, per casi eccezionali ed espressamente motivati, la presenza di soggetti privati in un particolare soggetto societario.

gettive di diritto speciale o quasi-enti pubblici, ma sono (al momento della loro costruzione) e rimangono (durante la loro vita operativa) società disciplinate dal diritto civile, per le quali la regolamentazione di diritto pubblico non modifica la natura giuridica della figura soggettiva ma incide sul loro funzionamento, esattamente in relazione alla specifica attività che esse svolgono in virtù di un appalto o concessione attribuite con procedura amministrativa per i fabbisogni di una Pubblica Amministrazione².

In altre parole, per le une (le società miste) e per le altre (le società *in house*) la disciplina di diritto pubblico non determina (né trasforma) la natura del soggetto giuridico e neppure il regime generale della sua attività, ma si pone come un insieme di prescrizioni³ nelle quali vengono indicate condizioni da rispettare per poter ottenere l'attribuzione dell'appalto o della concessione (aventi per oggetto lavori, forniture o servizi) su incarico di una Pubblica amministrazione⁴.

² Attenta dottrina ha ben argomentato come la previsione di strumenti derogatori al diritto civile introdotti dalla disciplina in materia di società a partecipazione pubblica, seppure possa comportare l'insorgere di problematiche applicative non residuali, non determina in ogni caso una fuoriuscita di queste dal novero dei soggetti di natura privatistica. Il dato trova una conferma (di rilevanza non solo formale) nell'art. 1, comma 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, che dispone «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Trattandosi di norma a portata generale deve ritenersi valida per tutte le società a partecipazione pubblica, incluse quelle sottoposte a controllo pubblico e quelle *in house*; cfr. C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 6, 2018, 983 ss. e M. DUGATO, *Efficienza e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, 2016, 534 ss.

Sulla tematiche del rapporto tra previsioni pubblicistiche e privatistiche nelle società a partecipazione pubblica anche F. CERIONI, *Le società pubbliche nel Testo unico*, Milano 2017; M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, a G. MEO, A. NUZZO (diretto da), *Il Testo unico sulle società pubbliche*, Bari 2016, 9 ss.; R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, 1326 ss.

³ La dottrina ha peraltro rilevato come il principio di “prevalenza” del regime privatistico sancito in via definitiva dal T.U. trovi non pochi ostacoli applicativi conseguenti alle numerose, e spesso rilevanti, previsioni derogatorie del diritto societario che il legislatore individua in relazione alle società a partecipazione pubblica (con una gradazione di impatto correlata alla maggiore o minore restrizione dei principi di libero mercato e concorrenza). Cfr. E. CODAZZI, *Le società miste*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. n. 175/2016 e 100/2017*, Bologna 2018, 283. Si tratta, è bene precisarlo, di prescrizioni e deroghe non irrilevanti in relazione alla vita e alla gestione della società con conseguenti impatti anche nei rapporti sociali. Cfr. C. IBBA, *op. cit.*

⁴ Cfr. P. PETTIT, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016.

Sostanzialmente, queste prescrizioni di diritto pubblico rappresentano una disciplina riconducibile a misure conformative ex art. 41, comma 3, Cost. (“programmi e controlli”) e cioè la previsione che il rispetto di determinate condizioni (stabilite dal legislatore) affinché la finalità (comunque) sociale della tutela della concorrenza non sia prevaricata dall’affidamento in favore della società mista ovvero della società *in house*⁵.

Occorre subito rimarcare che le condizioni da rispettare, alle quali si allude, sono differenti – rispettivamente – per le società miste e per le società *in house*, così come descritte nei distinti art. 16 e art. 17 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e successive modifiche ed integrazioni⁶.

Quello che si intende dire è che, in entrambe le ipotesi, la disciplina amministrativa non riguarda la figura soggettiva ma lo svolgimento della commessa pubblica a valle della specifica procedura di affidamento, condotta in conformità alle direttive europee in materia⁷.

L’attenzione della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, come risulta naturale, è sempre stata attratta dalla necessità o meno di una procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento. Questo particola-

⁵ La giurisprudenza costituzionale da lungo tempo indaga i termini di legittimità delle misure conformative dei mercati per finalità correttive e sociali. Per un’analisi sistematica si rinvia a M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121 ss. In termini più generali sulla funzione conformativa delle norme si veda N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari 2004, 51 ss.

⁶ Si tratta di un’impostazione “distintiva tra tipi societari” per deroghe che trova il suo principio-guida nell’assetto voluto dall’art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 di Delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Cfr. A. MASSERA, *Le società a partecipazione pubblica*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell’economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano, nel centenario della nascita*, Torino 2018, 139.

⁷ Si intende ribadire che i modelli operativi considerati dall’art. 16 (*in house*) e dall’art. 17 (società mista) del d.lgs. n. 175/2016, sebbene connotati da caratteristiche proprie e peculiari, non determinano l’insorgere di figure di diritto speciale. In questi termini la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che «*solo quando ricorra una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe alle norme del codice civile, potrebbe affermarsi la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall’art. 2247 c.c., con la possibile emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa*» (così Cass. civ. sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196). Per una più ampia analisi si rinvia a E. CODAZZI, *L’assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull’in house providing tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in *Il diritto pubblico dell’economia*, 2019, 2, 127 ss.

Con riferimento ad una più ampia analisi del rapporto tra affidamento in concessione e forma giuridica soggettiva del soggetto gestore cfr. G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme soggettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 584 ss.

re angolo di visuale può dirsi esaustivo per le società *in house*, in quanto le speciali condizioni (ora descritte nel cit. art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 e nell'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche e integrazioni) di “controllo analogo” e di “svolgimento della parte prevalente di attività” per conto della Pubblica Amministrazione affidante rappresentano proprio la giustificazione dell'affidamento diretto e cioè della deroga alla procedura di gara ad evidenza pubblica. Non altrettanto si può ritenere per quanto riguarda le società miste, ove sino ad oggi non vi è stata occasione di approfondire il ruolo gestionale concreto del soggetto privato.

Nel caso della società mista è infatti acquisito che una gara (a doppio oggetto) per l'individuazione del socio privato debba essere celebrata, al posto della consueta gara per l'affidamento dell'appalto o della concessione⁸. Quello che, invece, non ha attirato particolare attenzione e non è stato oggetto di specifiche controversie e dunque della giurisprudenza, riguarda il ruolo del socio privato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione. Più esattamente, si deve chiarire se il socio privato di una società mista ha un ruolo che si esaurisce nelle cariche sociali e nelle dinamiche della conduzione della società; se possa avere un ruolo operativo nella esecuzione del contratto affidato alla società mista limitato ad una o più fasi delle attività⁹; o infine, come sembra

⁸ La necessità di procedere ad una gara ad evidenza pubblica ove il soggetto privato sia invitato a provare, al contempo, la capacità di diventare azionista e la competenza tecnica nel fornire il servizio oggetto di affidamento è stata affermata con chiarezza da Corte di Giustizia europea, Sez. III, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, c.d. sentenza ACOSSET, in *Urb. e app.*, 2010, 156 ss. La Corte ha infatti precisato «*da una procedura ove i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario*» (p.to 60 della sentenza). La posizione giurisprudenza ora riportata trova oggi una chiara conferma nel diritto positivo: ci si riferisce a quanto disposto dall'art. 17, comma 1 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

⁹ Attenta dottrina ha evidenziato come, anche in assenza di una esplicita affermazione in tal senso nel d.lgs. n. 175/2016, una complessiva ricostruzione dello strumento di società mista porta a ritenere che il ruolo del socio privato scelto con gara a doppio oggetto sia quello del gestore integrale del servizio e non semplicemente di una fase o più fasi dello stesso. Cfr. F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2017, 658.

più consono, debba avere “il ruolo operativo” ed essere cioè il “socio industriale” della società mista¹⁰.

Quello appena richiamato appare, a chi scrive, un profilo centrale nello studio delle società miste, profilo sul quale l’art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 tace del tutto perpetuando così quell’incertezza sui contenuti (confini) delle attività del socio privato che, salve le richiamate denominazioni suggestive e quasi preconizzanti, non ha ottenuto una definitiva consacrazione quale soggetto operativo della società mista, con ogni rilevante conseguenza sulla funzionalità del modello.

Problema differente e qui non rilevante è, invece, quello pertinente al diritto civile dei meccanismi di funzionamento societario. Si tratta di aspetti ben indagati dalla dottrina¹¹ e che riguardano gli strumenti codicistici applicabili per non distorcere la natura privatistica della società e nel contempo per rispettare le condizioni poste dalle leggi amministrative per giustificare lo speciale affidamento dell’appalto o della concessione in deroga alle normali procedure di gara ad evidenza pubblica.

Dopo queste note di inquadramento a giustificazione della particolare angolazione di indagine sulle società miste, risulta possibile svolgere le considerazioni per proporre una soluzione alle tre alternative riasunte: a) il socio privato nella società mista è solo un socio con facoltà peculiari; b) il socio privato può svolgere una o più fasi dell’attività della società mista; c) il socio privato è il socio industriale (operativo) nella società mista.

¹⁰ La qualificazione del socio privato della società mista quale “socio industriale” o “operativo” si impone a livello giurisprudenziale sin dai primi anni 2000 in particolare ad opera del Consiglio di Stato. In particolare, si ricordano in questa sede Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Peraltro, il ruolo operativo del socio privato viene poi cristallizzato dallo stesso legislatore nel testo dell’art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, conv. con modificazioni in l. 147 del 6 agosto 2008, n. 133.

¹¹ Sono numerosi i contributi su questi profili approfonditi sia dalla dottrina privatistica che da quella pubblicistica. Sia consentito rinviare in particolare a V. DONATIVI, *Le società miste*, in C. IBBA (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano 2019, 249 ss.; E. CODAZZI, *Le società miste*, cit.; C. IBBA, *L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 2, 409 ss.; F. LUCIANI, *Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 719 ss.; P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in F. FIMMANÒ (a cura di) *Le società pubbliche*, Milano 2011; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in F. GUERRERA (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010.

2. *Evoluzione normativa e riflessi sull'ipotesi di società mista*

Per meglio cogliere le ragioni su cui si fondano le attuali problematiche di definizione dello strumento della società mista è necessario svolgere un breve percorso di ricostruzione storica dell'istituto. È infatti possibile – attraverso una complessiva analisi delle norme succedutesi nel tempo – comprendere perché la società mista per la gestione dei servizi pubblici locali possa essere, oggi, correttamente ricostruita solo procedendo ad un puntuale inquadramento dell'oggetto dell'affidamento e del ruolo operativo del socio privato.

Si deve peraltro precisare che ci si limiterà, in questa sede, a richiamare normativa e giurisprudenza per passaggi funzionali, non essendovi la necessità di ripercorrere in termini generali il più ampio tema delle società a partecipazione pubblica¹² e le numerose e singolari disposizioni legislative che hanno determinato la costituzione di società partecipate da soggetti pubblici e soggetti privati per finalità specifiche¹³.

¹² Sull'argomento delle società a partecipazione pubblica (e più in generale sull'utilizzo di strumenti societari da parte di Pubbliche amministrazioni) la dottrina si confronta da lungo tempo con rilevanti contributi sia di natura pubblicistica che privatistica. Tra molti si ricordano, S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano 1962; F. BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1967, 896 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. Stato*, 1972, II, 950 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977; M. RENNA, *Le società in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss.; M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, 253 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; M. MESCHINO, A. LALLI (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia: Commento organico al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma 2016; G. CAIA, *Disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 601 ss.; R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta 2018.

¹³ Sono state molte le esperienze organizzative sorte sulla base di una legislazione speciale: società di gestione delle infrastrutture aeroportuali (l. 24 dicembre 1993, n. 537), società per l'attuazione di interventi relativi ad alloggi universitari (l. 14 novembre 2000, n. 338), società per le sperimentazioni gestionali nell'assistenza sanitaria (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502), società di trasformazione urbana (art. 120 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). In merito a tali tipologie gestionali si rimanda ad alcuni scritti che approfondiscono le peculiarità dei singoli modelli. In particolare: per le società di sperimentazione gestionale sanitaria M. DUGATO, G. PIPERATA, *Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre*

La locuzione “società mista” deriva da una formulazione normativa francese¹⁴, ed ha avuto, per ragioni esogene, altalenanti fortune nel tempo. Centrale, per il suo attuale sviluppo, è certamente il rilievo che l’istituto ha assunto a seguito della considerazione di tale strumento da parte delle istituzioni comunitarie¹⁵ di cui si parlerà più avanti.

Nel nostro ordinamento la società mista entra primariamente come risposta dell’amministrazione pubblica alla volontà di individuare nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali maggiormente rispondenti a schemi di gestione industriale e di mercato senza però l’intenzione di procedere direttamente ad una piena esternalizzazione dei servizi¹⁶. La peculiarità delle attività oggetto di affidamento potrebbe giocare un ruolo centrale in questa scelta: infatti, i servizi pubblici locali rappresentano certamente attività ad immediata ricaduta territoriale determinando per gli enti competenti la necessità di garantire un alto livello di

l’aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio, Milano, 2008; per le società di trasformazione urbana G. DE MARZO, *Le società di trasformazione urbana*, in *Urb. e app.* 1997, 855 ss.; M. PASSALACQUA, *La società di trasformazione urbana quale strumento di valorizzazione territoriale*, in *Urb. e app.*, 2010, 133 ss.

¹⁴ Il riferimento è in particolare all’esperienza delle *sociétés d’économie mixte*, istituto che acquisisce il carattere di strumento a valenza generale in forza di quanto previsto nella legge n. 83-597 del 3 luglio 1983 per poi confluire nel *Code général des collectivités territoriales* in forza di quanto previsto dalla legge n. 2002-1 del 2 gennaio 2002. Il quadro complessivo del modello in Francia è ben delineato da G. DURAND, *Les sociétés d’économie mixte locales*, Paris, 2002. Per una trattazione da parte della dottrina italiana si veda A. MALTONI, *Gli atti prodromici delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell’autonomia negoziale delle p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, I, 2013, 151 ss.

¹⁵ Ci si riferisce in particolare al Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [COM(2004) 327] del 30 aprile 2004 ed alla nota Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) – (2008/C 91/02). Quest’ultimo atto è di particolare rilievo in quanto evidenzia l’idea della società mista, poi peraltro confermata con le successive direttive che sono state adottate in materia di appalti e concessioni, quale “*tertium non datur*” rispetto ai due schemi dell’appalto e della concessione e della società “*in house providing*”. In generale, sul partenariato pubblico-privato si veda G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino 2011; M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato-pubblico privato* (Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni), Napoli 2009. Per un’analisi puntuale sul PPPI si veda M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, 2012.

¹⁶ Sul punto si veda quanto esposto da A. MAFFEI ALBERTI, *Le società con partecipazione degli enti locali*, in G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini 1995.

qualità ed efficienza ma al contempo penetranti forme di controllo e direzione¹⁷.

In questi termini si inserisce la previsione dell'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, disposizione in forza della quale lo schema negoziale della società mista è stato ammesso attraverso la costituzione di società a prevalente capitale pubblico con la presenza di soci privati¹⁸.

Si tratta, come sottolineato da attenta dottrina¹⁹, di un cauto tentativo di apertura all'utilizzo di strumenti societari che non appare avere la completezza necessaria per determinare una svolta netta rispetto ai precedenti modelli gestori (si pensi in particolare allo storico modello dell'azienda speciale). Le società miste previste dalla legge n. 142/1990 potevano infatti configurarsi soltanto nella forma di società per azioni e solo a maggioranza pubblica locale.

Peraltro, la norma non forniva ulteriori indicazioni sulle modalità specifiche di individuazione del socio privato né sulle modalità di conferimento alla società mista dello specifico affidamento, sicché le principali decisioni della giurisprudenza in materia si sono nel tempo attestate nel senso di inquadrare l'affidamento alla società mista non come un rapporto di tipo concessorio in senso proprio ma piuttosto come un "affidamento diretto" alla società mista stessa finalizzato alla produzione del relativo servizio o attività affidata²⁰.

Tale visione del modello viene sostanzialmente confermata dai successivi interventi normativi che estendono l'utilizzo della c.d. società mista anche a società con partecipazione minoritaria dell'ente locale²¹ e

¹⁷ Sulle peculiari dinamiche connesse alle funzioni degli enti locali in rapporto all'utilizzo dello società miste si rimanda a S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano 2012. Di interesse anche le riflessioni della dottrina sul c.d. "gradiente di pubblicità" delle società miste: in tema P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, Padova 2005, 261 ss.

¹⁸ L'art. 22, comma 3, lett. e) della l. n. 142/1990, nella sua originaria formulazione, prevedeva che Comuni e Province potessero provvedere alla gestione dei servizi pubblici anche «a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

¹⁹ Si ricorda in particolare M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 2007, 893 ss.

²⁰ Tra le molte decisioni in questo senso: Cass. Civ. SS.UU. 6 maggio 1995, n. 4989; Cass. Civ. SS.UU. 29 ottobre 1999, n. 754; Cons. Stato, Ad. Gen., parere 16 maggio 1996, n. 90).

²¹ Il riferimento è alla l. 23 dicembre 1992, n. 498, recante "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica".

con forma di società a responsabilità limitata²². Le previsioni di maggiore interesse in questo senso si rinvencono nell'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498. Tale disposizione normativa oltre a introdurre un obbligatorio passaggio tramite procedure ad evidenza pubblica per la scelta dei soci privati nella c.d. mista a prevalente capitale privato (demandando poi ad un atto governativo autonomo la puntuale individuazione delle procedure da seguire), formalizza l'inquadramento della società mista quale "modello organizzativo" autonomo per la gestione dei servizi pubblici locali, da ritenersi differente dall'esternalizzazione in favore di terzi.

Anche con questa norma prosegue dunque la visione della società mista quale modello improntato a consentire il perseguimento del duplice interesse di coinvolgere capitali e *know how* privato (promuovendo dunque una collaborazione primariamente finanziaria) senza però escludere l'ente territoriale dalla concreta gestione del servizio pubblico, e dagli annessi vantaggi di profitto economico correlati.

Come si è accennato, la l. n. 498/1992 ha demandato ad un distinto atto normativo la regolazione puntuale delle società miste a prevalente capitale privato, atto che arriva solo nel 1996.

È infatti con il d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 ("Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti locali") che tale delega viene attuata²³.

Il regolamento ha il fine primario di determinare le modalità con le quali individuare il socio privato per dar seguito alle istanze di trasparenza ed imparzialità in più occasioni invocate con riferimento alla costituzione di società miste ed altresì di introdurre peculiari sistemi di parametrizzazione dei poteri spettanti ai soci nella gestione e direzione della società²⁴.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante il

²² Il riferimento è alla l. 15 maggio 1997, n. 127, che all'art. 17, comma 58 stabiliva: «All'articolo 22, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, la lettera e) è sostituita dalla seguente: "e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

²³ Sull'analisi puntuale del d.P.R. si rinvia ad autorevole dottrina: M. DUGATO, *Il Regolamento sulle società miste di enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 1997, 240 ss.; G. CAIA, L. NANNI, (a cura di), con la collaborazione di N. LUGARESÌ, *Commento al D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, 586.

²⁴ Sul punto M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano 1996, 14 ss.

“testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”), la disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali ha trovato una più generale collocazione negli artt. 113 e seguenti del d.lgs. cit.

Le disposizioni del t.u.e.l. – anche a seguito delle modifiche apportate dall’art. 35 della l. 18 ottobre 2001, n. 448 – non presentano una sostanziale evoluzione del modello della società mista concepito fin dalla l. n. 142/1990. L’interesse primario del legislatore è piuttosto concentrato sugli spazi (settori) di attività nei quali i differenti modelli possono trovare applicazione²⁵.

Nell’evoluzione del modello di società mista gioca invece un ruolo assai rilevante l’apporto fornito dagli atti dagli organi dell’Unione europea²⁶. Le indicazioni che pervengono dalle istituzioni comunitarie forniscono infatti un inquadramento della società mista per molti aspetti lontana da quella sviluppata a livello interno.

Ci si riferisce in particolare al Libro Verde relativo a partenariati pubblico-privati ed alla Comunicazione interpretativa della Commissione sui partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)²⁷.

Le istituzioni comunitarie delineano uno strumento societario di collaborazione tra pubblici e privati compatibile con i principi dell’Unione in materia di appalti e concessione ove il *partner* privato ha una concreta funzione operativa e non solo legata alla mera partecipazione finanziaria nel soggetto giuridico. In questi termini, la società mista intesa in termini europei, è dunque il frutto di un progetto industriale di cooperazione di cui vengono previamente definiti oggetto, attività e valore così da consentire un pieno passaggio concorrenziale. Dalla stretta connessione tra l’avvio del partenariato (e dunque la costituzione dello strumento giuridico) e l’attività operativa da svolgere, consegue peraltro, sempre secondo le istituzioni comunitarie, la necessità di individuare un unico momento di passaggio concorrenziale nel quale il soggetto privato viene valutato sia

²⁵ Senza volersi addentrare sul punto in questa sede, proprio con la l. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) viene introdotta nell’ordinamento degli enti locali la netta distinzione tra servizi aventi carattere industriale e servizi privi di tale qualifica, poi ulteriormente rinominati quali servizi a rilevanza economica e privi di rilevanza economica in forza delle previsioni di cui alla l. 24 novembre 2003, n. 326 con la quale si è convertito il d.l. 30 settembre 2003, n. 269. Per un approfondimento sul punto E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, 3, 553 ss.

²⁶ A. AVINO, *Le società miste alla luce dell’abrogazione dell’art. 23-bis del d.l. 112/2008 e della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 4 del d.l. 138/2011*, in *Appalti e contratti*, 2013, 6, 48 ss.

²⁷ V. nota 14.

con riferimento alla partecipazione/constituzione dell'entità partenariale sia in relazione al contributo operativo che dovrà fornire per l'effettivo esercizio delle attività affidate²⁸.

I chiarimenti forniti dagli atti delle istituzioni europee sui termini di compatibilità di modelli di partenariato tra soggetti pubblici e soggetti privati, hanno inciso certamente sull'adozione delle disposizioni normative intervenute successivamente al t.u.e.l.

Si pensi in particolare alle previsioni contenute nell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112²⁹ che disponevano la necessità di attribuzione di specifici compiti operativi al socio privato e l'attribuzione allo stesso di almeno il 40% del capitale sociale.

Come noto, la norma è stata oggetto di espressa abrogazione referendaria che ha sostanzialmente comportato il venir meno di una disciplina puntuale in materia di società miste³⁰.

²⁸ Cfr. in particolare punto 2.2. della Comunicazione cit. che recita: «Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto».

²⁹ La norma avvia uno dei momenti di maggiore instabilità nella disciplina dei servizi pubblici. Infatti l'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modificazioni in l. n. 133 del 2008, introduceva una disciplina (tendenzialmente) organica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica anche al fine di fornire una sistematizzazione alle numerose disposizioni di settore. La disposizione è però oggetto di modifica ed integrazione già ad opera dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, conv. con modificazioni in l. n. 166 del 2009, e poi ancora dal regolamento attuativo di cui al D.P.R. n. 168 del 2010. L'intera disciplina dei servizi pubblici viene poi travolta dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 ed abrogata ad opera del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 133. Al fine di fornire nuovamente una regolazione organica di settore, il legislatore ha poi adottato l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, conv. con modificazioni in l. n. 148 del 2011. Anche questa norma viene però dichiarata illegittima per riproduzione di normativa abrogata per via referendaria dalla Corte Costituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199.

Sugli effetti e la portata di questo turbolento avvicinarsi di norme si è molto interrogata la dottrina: tra i molti contributi si ricordano L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906 ss.; G. CAIA, *Procedure per l'affidamento dei servizi pubblici locali.*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2012*, Roma 2012.

³⁰ La Corte costituzionale con la sentenza n. 24/2011 ha in ogni caso ritenuto che ciò non abbia comportato l'insorgere di un vuoto normativo ben potendo essere applicati alla materia le regole concorrenziali dell'evidenza pubblica di matrice europea. Sul punto

L'occasione per tentare nuovamente una sistematizzazione interna della società mista è fornita al legislatore dalla legge delega 7 agosto 2015, n. 124, che ha inteso procedere ad una più ampia razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica³¹.

In attuazione alla legge delega è stato adottato il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che presenta nel suo articolato una specifica disposizione, l'art. 17, dedicato integralmente alla figura della società mista³².

T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, 2, 417 ss.

³¹ Ci si riferisce alla l. 7 agosto 2015, n. 124 con la quale sono state attribuite “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”.

³² L'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 così recita: «1. Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. // 2. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione. // 3. La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio. // 4. Nelle società di cui al presente articolo: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci; c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita. // 5. Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata

La norma ora citata verrà puntualmente analizzata nel corso del presente contributo al fine precipuo di comprendere se con questo intervento il legislatore sia stato in grado di fornire finalmente gli elementi necessari per consentire lo sviluppo e la piena operatività del modello disocietà mista.

Si può peraltro rileva fin d’ora che la ricostruzione dell’evoluzione normativa interna in materia di società miste consente di delineare quelli che possiamo definire come “i tratti di incongruenza del modello” che ancora oggi determinano alcune delle criticità operative di questo strumento di gestione.

Si deve infatti considerare che il legislatore degli anni ’90 del secolo scorso (e forse anche oltre) ha delineato la società mista come uno strumento funzionale a “traghetare” esperienze di gestione pubblica *tout court* verso più flessibili strumenti privatistici senza peraltro avere la chiara volontà di configurare tale scelta quale esternalizzazione di un servizio. Evidenza di ciò si ha dall’analisi della attenta giurisprudenza e dottrina che ha accompagnato la nascita dello strumento e che con chiarezza rilevava l’inconciliabilità della società mista (come allora concepita) con il differente strumento della concessione di un servizio o attività³³.

Invero si tratta di una configurazione della società mista che – in ragione della regolazione dell’epoca – poteva risultare conforme al perseguimento di un interesse pubblico composito transeunte: la volontà di garantire l’espletamento di un servizio secondo criteri di efficienza ed efficacia ma altresì il perseguimento di una finalità produttivo/lucrativa derivante dall’esercizio diretto dell’attività per il tramite di uno strumento privatistico controllato (come dalle secolari tradizioni delle municipalizzate locali).

a direzione e coordinamento da parte di un'altra società. // 6. Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo»

³³ In questo senso si esprimono le sentenze Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991 e n. 4992 e ancora Cons. St., ad. gen., 16 maggio 1996 n. 90. Una ricostruzione sistematica di questa posizione si rinviene in G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, in *Foro amm.* CDS, 5, 2002, 1232 ss.

Se non che, l'evoluzione complessiva dell'ordinamento in termini di concorrenzialità nel mercato comunitario ha comportato elementi di novità che hanno reso, nei fatti, il modello della società mista "all'italiana" non più rispondente alle finalità che lo strumento stava acquisendo in ambito europeo³⁴.

Gli elementi da considerare sono primariamente due, ovvero l'introduzione della nozione di *in house providing* ad opera della Corte di Giustizia europea e l'inquadramento del partenariato pubblico privato istituzionalizzato come una modalità di affidamento di una concessione o appalto parificabile all'esternalizzazione.

Sotto il primo aspetto, senza voler qui analizzare una tematica di estrema vastità, basti ricordare come a partire dal 1999³⁵ la Corte di Giustizia europea abbia delineato l'*in house providing* quale unica modalità di autoproduzione legittimata a sottrarsi alla concorrenza per il mercato per il tramite di affidamenti diretti³⁶.

Poiché l'*in house* ha tra i suoi requisiti fondamentali la presenza di soli soci pubblici è stata da subito evidente la necessità di portare la società mista ad un livello diverso da quello dell'autoproduzione e dell'affidamento diretto.

Secondo elemento da considerare – unitamente al sorgere della figura dell'*in house*³⁷ – è la configurazione del PPPI delineata negli atti (primariamente di *soft law*) delle istituzioni europee. Infatti, i già citati Libro Verde del 2003 e la Comunicazione del 2008 riconducono gli affidamenti al soggetto pubblico-privato proprio nell'alveo del concessioni e degli appalti con le relative conseguenze sia in termini di rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza ma anche (e soprattutto) con riferimento agli aspetti operativi di tale operazione societaria.

A ben vedere infatti qualificare l'affidamento di un servizio per il tramite della società mista quale concessione porta con sé la valutazione

³⁴ In dottrina si è parlato appunto di crisi o fine del modello di società mista: tra i vari M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna 2010; R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è 'casa' per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005.

³⁵ Corte di Giustizia europea, 18 novembre 1999 in causa C-187/98 – c.d. Teckal.

³⁶ Sui caratteri delle gestioni secondo il modello *in house providing* v. M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1371.

³⁷ Per un quadro complessivo dell'evoluzione della modello *in house providing* M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *L'evoluzione dell'in house providing*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma 2016, 228

del c.d. rischio “operativo”³⁸ che sarà naturalmente traslato sul concessionario che materialmente dovrà occuparsi di realizzare questo servizio (ovvero l’affidatario)³⁹.

La necessità di un ripensamento del modello interno di società mista era dunque immanente ed è stato, ad una lettura sistematica, il giudice amministrativo il primo ad individuare *ab origine* i contorni dell’istituto alla luce delle indicazioni europee.

In un noto parere del 2007 il Consiglio di Stato⁴⁰ argomenta la propria posizione partendo da un presupposto funzionale alla generale costruzione del modello: le finalità dell’ordinamento interno, in conseguenza dell’evoluzione dei principi europei, sono mutate e con esso è mutato anche l’interesse pubblico primario perseguito dall’amministrazione.

Se infatti l’amministrazione ritiene che l’interesse pubblico sotteso alla fornitura di un determinato servizio richieda necessariamente un’attività imprenditoriale in autoproduzione (vorrà dunque la PA comportarsi come imprenditore) ciò sarà possibile tramite il modello dell’*in house* con affidamento diretto.

³⁸ Il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico privato è elemento centrale anche nella nozione di partenariato pubblico privato. Infatti, l’art. 180, commi 2 e 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone: «2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. [...] 3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico comporta l’allocazione a quest’ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione [...] Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all’operatore economico».

Sul parametrarsi del rischio operativo nelle concessioni e nei partenariati cfr. G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2018, 559 ss.

La centralità che riveste nei partenariati il passaggio del rischio sul soggetto affidatario è peraltro esplicitata anche dall’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC nelle Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*».

³⁹ La presenza di un rischio operativo in capo al soggetto concessionario/affidatario è elemento caratterizzante le forme di concessione/partenariato anche alla luce delle disposizioni contenute nella Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che regola l’aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁴⁰ Ci si riferisce a Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Urb. e app.*, 2007, 983 ss.

Diversamente, se la finalità è quella di una collaborazione volta a garantire un più pregnante controllo pubblico sulle attività fornite per il tramite di strumenti a maggiore livello di flessibilità e adattabilità (come sono quelli privatistici ed in particolare del diritto societario) allora si avrà un modello organizzativo distinto dalla società *in house*, ovvero una società mista che non si può «configurare [come] un “affidamento diretto” alla società mista ma piuttosto [come] un “affidamento con procedura di evidenza pubblica” dell’attività “operativa” della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest’ultimo»⁴¹.

Secondo questa interessante interpretazione dell’istituto della società mista fornita dal Consiglio di Stato⁴² la peculiarità del modello di cui si discute è appunto da individuare nel «tipo di controllo dell’amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l’ordinario “controllo esterno” dell’amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante “controllo interno” del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell’ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge)»⁴³.

La posizione esposta dal Consiglio di Stato è rinvenibile anche nella successiva giurisprudenza europea. Infatti, la Corte di Giustizia si esprimerà sul punto, qualche anno più tardi, con la sentenza c.d. Acoset⁴⁴ ove viene affermato che nella società mista conforme al diritto dell’Unione europea i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest’ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire. Pertanto, sempre secondo la Corte di Giustizia, dal momento che al socio privato viene affidata l’attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest’ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

Si consideri sul punto che anche la Corte costituzionale ha in più occasioni ribadito la conformità alla normativa interna e dell’Unione euro-

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, parere n. 456/2007.

⁴² Per un’analisi puntuale della sentenza del Consiglio di Stato si veda anche M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti “in house” e concorrenza per il mercato*, cit.

⁴³ Cfr. Cons. Stato, parere n. 456/2007.

⁴⁴ V. nota 8

pea dello strumento della società mista il cui socio privato sia stato individuato attraverso una gara “a doppio oggetto”⁴⁵. Peraltro, diversamente da quanto argomentato dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Giustizia, la Corte costituzionale non ha proceduto, nelle proprie decisioni, a svolgere un approfondimento sulle dinamiche interne dei rapporti tra socio pubblico e socio privato, limitandosi ad un più generale inquadramento della nozione di “affidamento diretto” all’entità mista ove il socio privato non è mero finanziatore ma soggetto operativo⁴⁶.

3. *La disciplina delle società miste nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica: insufficienza di norme sulla esecuzione del contratto di società mista*

Le riflessioni della riportata giurisprudenza consentono di ritenere che il modello di società mista oggi configurabile si sia evoluto e molto modificato rispetto alle sue origini e che certamente non sia più riconducibile ad un affidamento diretto inteso nei termini oggi considerati dalla normativa interna ed europea⁴⁷.

Ciò potrebbe in astratto determinare una riduzione dell’ambito applicativo del modello di società mista come originariamente immaginato dal legislatore interno. Non di meno una tale configurazione dello strumento di società mista realizza in concreto una rispondenza ad un interesse pubblico peculiare e certamente distinto da quello dell’autoproduzione.

In questi termini vi sono rilevanti spazi di approfondimento anche rispetto alle varie elaborazioni che in dottrina si sono concentrate sulla qualificazione del momento costitutivo della società mista⁴⁸ sotto diffe-

⁴⁵ Si ricordano in particolare Corte Cost. 3 novembre 2010 (Pres. AMIRANTE – Red. GALLO), n. 325 e 9 luglio 2014, n. 199 (Pres. CASSESE – Red. MATTARELLA).

⁴⁶ Sul punto in particolare Corte Cost. n. 199/2014 si pone in parziale contrasto con quanto già affermato dal parere Cons. Stato n. 456/2007.

⁴⁷ L’uso del termine “affidamento diretto” è ancora oggi diffuso con riferimento alla società mista e trova un riscontro specifico in giurisprudenza. Di particolare rilievo sul punto: Corte Cost n. 199/2014 cit. e TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 6 luglio 2018, n. 7524. È da ritenersi che il termine venga impropriamente usato per definire l’attribuzione dell’affidamento al soggetto risultato vincitore del confronto competitivo avviato dalla stazione appaltante. È peraltro vero che oggetto della gara è proprio l’attribuzione dell’affidamento al soggetto selezionato tramite strumenti dell’evidenza pubblica e dunque non può parlarsi di affidamento diretto ma di affidamento a seguito di gara così come avviene nelle esternalizzazioni pure.

⁴⁸ Numerose le elaborazioni in dottrina sul tema. Per un più ampio approfondi-

renti aspetti: la necessità o meno di svolgere una gara, le conseguenze di tale evidenza pubblica rispetto all'attribuzione dell'affidamento (diretto ovvero tramite appalto o concessione), la collocazione dello strumento della società mista tra i modelli di gestione utilizzabili per i differenti tipi di servizi ed attività.

Minore attenzione, soprattutto in ambito pubblicistico, è stata invece riservata agli atti e strumenti funzionali a garantire una concreta operatività della società mista in termini di espletamento del servizio⁴⁹.

Questo allontanamento dal "dato operativo" potrebbe trovare giustificazione, ancora una volta, in una visione dello strumento di società mista ove il socio privato industriale apporta solo parzialmente le proprie competenze imprenditoriali ed è invece la società mista, inquadrata come affidataria del servizio, ad essere investita di una compartecipazione diretta allo svolgimento concreto di (parte) delle attività sociali.

Invero, più che le forme della procedura ad evidenza pubblica, la scelta del modello di società mista, come delineato dalle istituzioni europee, dovrebbe guardare con centralità ai contenuti della gara che si vuole svolgere, così come avviene in caso di esternalizzazione pura di un'attività.

Il dato non è nuovo se si considera che già la Comunicazione della Commissione sui PPPI del 2008 indicava nel progetto di partenariato da mettere a gara l'elemento centrale dell'affidamento, così come avviene di norma in tutti i tipi di *partnership* pubblico-privata. Infatti, se il socio privato deve svolgere l'attività operativa oggetto dell'affidamento e affrontare i relativi investimenti è necessario che lo stesso possa fondare la propria offerta competitiva sulla base di un *business plan* adeguato che

mento, N. AICARDI, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008; R. CHIEPPA, *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010; AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Milano, 2011; S. VALAGUZZA, cit.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli 2017.

⁴⁹ Non è peraltro mancata una certa attenzione della dottrina giuscommerciale all'indagine degli strumenti di *governance* societaria nello strumento della società mista sin dai suoi albori nel nostro ordinamento interno. Tra i molti contributi si veda I. DEMURO, *La partecipazione del socio privato*, in C. IBBA, A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI (a cura di), *Società pubbliche, mercato e composizione degli interessi a cura di*, Torino, 2011, 279 ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, in ID. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010; G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 391 ss.

sarà necessariamente conseguente alla determinazione corretta delle attività che gli vengono affidate⁵⁰.

Parimenti necessaria risulta la regolazione, già in sede di gara, dei rapporti tra socio privato e socio pubblico con riferimento sia alla fase di esecuzione del servizio sia alla fase di uscita del socio privato in caso di rinnovo delle procedure competitive per l'affidamento⁵¹.

L'accentuazione della centralità del momento che possiamo chiamare operativo o di gestione rispetto a quello costitutivo è peraltro un fattore di ulteriore differenziazione dal modello dell'*in house providing*⁵².

Infatti il d.lgs. n. 175/2016 prevede che gli atti deliberativi volti a costituire o acquisire partecipazioni in una società, anche mista, necessitino di una motivazione analitica «con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa» (così l'art. 5, comma 1, d.lgs. cit.)⁵³. Tali atti, in forza di quanto previsto dall'art. 5, comma 3 del d.lgs. cit. dovranno poi essere inviati alla Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Si tratta di oneri motivazioni non nuovi, soprattutto nel settore dei servizi pubblici locali⁵⁴, ma che consentono di svolgere alcune riflessioni.

⁵⁰ Sulla corretta individuazione del perimetro oggettivo dell'affidamento un utile riferimento si rinviene nel parere AS 1456 del 6 luglio 2018 reso dall'Autorità antitrust al Comune di Roma.

⁵¹ Elemento questo oggetto di puntuale indagine da parte della dottrina: sul punto tra i molti R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro amm.*, 3, 802 ss.

⁵² Sul punto A. CORDASCO, P. TONNARA, *Le società miste: verso il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato?*, in *www.federalismi.it*, 2018. Sulla diversa portata del ruolo assunto dal socio pubblico nell'esperienza della società mista e della società *in house* cfr. G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. economia*, 2012, 3.

⁵³ L'AGCM potrà dunque esprimere dei pareri relativi alla scelta formulata dagli enti locali di natura non vincolante. Si deve peraltro considerare che il mancato adeguamento al parere fornito dall'Autorità consentirà a quest'ultima di poter contestare le scelte operate dall'ente nelle sedi competenti.

⁵⁴ La scelta della forma del modello di gestione è da anni sottoposta ad una ampio

Nel caso l'Amministrazione propenda per la scelta dell'autoproduzione la motivazione dovrà ampiamente spiegare le ragioni in forza delle quali il ricorso al mercato non risulti, nel caso di specie, quello maggiormente rispondente alle esigenze di servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità⁵⁵. Si potrebbe trattare, ad esempio, di ragioni legate alle specificità territoriali e di servizio che non consentono un coerente ricorso all'esternalizzazione (difficoltà nel garantire l'universalità del servizio, *etc.*). In un secondo momento, ovvero dimostrata la legittimità della sottrazione al mercato, dovrà anche dimostrarsi la sostenibilità finanziaria di tale scelta.

Nel caso della società mista, a ben vedere, non vi è ragione di giustificare la sottrazione al mercato di un'attività rilevante in quanto la platea dei soggetti privati è, nei fatti, chiamata ad un ampio confronto concorrenziale tramite una procedura ad evidenza pubblica. L'elemento centrale in questo caso sarà dunque la sostenibilità finanziaria dell'operazione,

onere motivazione posto in capo agli enti competenti: cfr. art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, conv. con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

⁵⁵ L'impostazione fortemente restrittiva rispetto all'utilizzo dello strumento della società *in house* è stata, nel più recente periodo, messa in discussione dal giudice amministrativo, che ne ha configurato possibili profili di contrasto in relazione ai principi di matrice eurounitaria. Ci si riferisce in particolare alle ordinanze nn. 138/2019, 293/2019 e 296/2019 del Consiglio di Stato con le quali è stato rimesso al vaglio della Corte di Giustizia europea la valutazione di compatibilità delle previsioni contenute nell'art. 192, comma 2 d.lgs. n. 50/2016 e nell'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016. Sul punto, con l'ordinanza 6 febbraio 2020 in cause da n. C-89/19 a C-91/19, la Corte di Giustizia europea ha avuto modo di chiarire i termini di compatibilità della normativa interna in materia obblighi e vincoli per la costituzione di società *in house* con il diritto dell'Unione. La Corte, richiamando quando già affermato nella precedente decisione del 3 ottobre 2019 in causa C-285/18 – Irgita, ha ribadito che l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 «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» (p.to 36). In questi termini, purché vi sia il rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE (segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza) l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 «deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto in house", all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (p.to 42).

ovvero la dimostrazione che in termini economici il progetto che viene messo a gara risulta efficiente ed economicamente valido.

Dunque, diversamente da quanto accade per la scelta del modello *in house*, dove il momento costitutivo rappresenta il centro motivazionale della legittimità del modello (autoproduzione come alternativa al mercato), nel caso della società mista ci si troverà in una situazione analoga all'esternalizzazione *tout court* con una declinazione del modello che ha un carattere sostanzialmente procedurale/organizzativo⁵⁶.

L'attuale assetto ordinamentale in materia di contratti pubblici di appalto e concessione pare avvalorare questa lettura.

Le direttive in materia contratti pubblici e di appalto oggi vigenti⁵⁷ non forniscono indicazioni sulle modalità costitutive delle società miste mentre pongono limiti stringenti alla scelta dell'autoproduzione da parte delle pubbliche amministrazioni⁵⁸.

In modo analogo il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il Codice dei contratti pubblici) con riferimento alle società miste si limita a precisare che «*Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società*

⁵⁶ Sul punto è necessario precisare che la motivazione complessiva dovrà in ogni caso far emergere il vantaggio economico della scelta operata dall'amministrazione che tenga anche conto degli oneri e costi legati alla nascita di un nuovo modello societario. In questi termini si deve tenere in considerazione quanto affermato dall'AGCM nel parere AS 1456 del 3 ottobre 2017 reso al Comune di Roma. In tale contesto l'Autorità contesta all'ente locale una carenza motivazione della deliberazione con la quale si è scelto di procedere con una gara per la costituzione di una società mista sulla scorta della seguente motivazione: «*il Comune non ha fornito elementi idonei a comprovare la necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali della decisione di affidare i descritti servizi a una nuova società partecipata, neppure evidenziando le ragioni, anche sul piano della convenienza e della sostenibilità finanziaria, che giustificano la scelta di tale soluzione rispetto alle altre legittimamente prospettabili e concretamente percorribili, e, in particolare, rispetto all'acquisizione di tali servizi sul mercato mediante gare ad evidenza pubblica (soluzione, peraltro, sinora adottata, come emerge dai provvedimenti che qui si contestano)*». Il parere dell'AGCM fa emergere una lettura della società mista, ad avviso di scrive, ancora troppo ancorata ad una lettura dello strumento come modello di gestione sostanzialmente differenziato dall'esternalizzazione. Nondimeno pone, correttamente, l'accento sulla necessità che dagli atti adottati dall'amministrazione emerga con evidenza il vantaggio dell'operazione in termini sia economici che di sinergie operative.

⁵⁷ Ci si riferisce alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, regola la aggiudicazione dei contratti di concessione; 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici; 2004/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, regola la aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁵⁸ Cfr. in particolare art. 12 direttiva 2014/24/UE.

miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica» (così art. 5, comma 9 d.lgs. cit.). Vi è dunque un rimando sostanziale alla disciplina dell'evidenza pubblica senza profili di differenziazione tra questa procedura e l'esternalizzazione *tout court*⁵⁹.

Al contrario, la scelta del modello *in house* trova puntuali vincoli esplicitati nell'art 192 del d.lgs. n. 50/2016, che appunto dispone «*Ai fini dell'affidamento in house 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»* (art. 192, comma 2, d.lgs. cit.)⁶⁰.

Ad avviso di chi scrive si può desumere dall'attuale assetto ordinamentale che con il graduale e costante allontanamento della società mista da modelli di autoproduzione (e parallelo avvicinamento ai modelli di partenariato di stampo unionista)⁶¹ si è inverata una vera e propria revisione dello strumento che oggi può declinarsi come una modalità di esternalizzazione funzionalizzata all'interesse pubblico ma che, come l'esternalizzazio-

⁵⁹ Una conferma di tale equiparazione si ricava peraltro dal disposto dell'art. 17, comma 6 del d.lgs. 175/2016 che espressamente prevede l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016 alle le società miste nel caso in cui ricorrano le seguenti condizioni cumulative: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

⁶⁰ In relazione ai termini di compatibilità di tale disposizione con il diritto dell'Unione europea vedi n. 54. Si deve peraltro segnalare che con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886 il TAR Liguria, sez. II, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2 d.lgs. n. 50/2016 ritenendo rilevante e non manifestamente infondato un possibile contrasto della previsione con l'art. 76 della Costituzione.

⁶¹ Si tratta di un'evoluzione della funzionalizzazione dell'interesse pubblico che emerge in ogni ambito dell'amministrazione, sempre più attenta al primario rispetto dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione. Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino 2007.

ne piena, deve ruotare intorno alla corretta determinazione degli elementi tecnici ed economici dell'affidamento così da consentire una diretta operatività del socio privato, reale affidatario del servizio/attività.

Può dunque risponderci alla domanda posta all'inizio del paragrafo in senso negativo, in quanto nell'attuale struttura della società mista, conseguente a una procedura di affidamento del servizio/attività con un socio privato operativo, risulta primario non tanto l'elemento di formale costituzione dello strumento societario per il tramite di una selezione ad evidenza pubblica ma piuttosto la puntuale individuazione dei compiti ed attività oggetto dell'affidamento così come i rapporti tra le parti durante ed a fine del periodo di concessione o appalto.

Lo spostamento dell'attenzione di analisi dal momento costitutivo (ovvero le modalità di ingresso del socio nella compagine della mista) al momento operativo dello strumento (ovvero come deve operare la società mista e quali sono i termini con i quali il socio privato industriale si assume il rischio economico ed industriale dell'affidamento) porta con sé una questione mai risolta e oggi centrale rispetto allo sviluppo del modello: è possibile ritenere che una parte delle attività siano svolte dalla società mista in quanto tale per il solo fatto che si sia svolta una procedura ad evidenza pubblica ovvero il socio privato portatore integrale dei requisiti operativi è l'unico vero affidatario del servizio?

La risposta a questo ulteriore quesito richiede una maggiore analisi delle disposizioni contenute nell'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 per comprendere in che termini il legislatore abbia saputo dare risposta alle esigenze di inquadramento dello strumento della società mista.

4. *Elementi ed omissioni nel vigente schema normativo sulle società miste*

L'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 è, come detto, interamente dedicato alla figura della società a partecipazione pubblico-privata⁶².

La norma è strutturata su sei commi distinti, ciascuno dei quali risulta funzionale ad una ricostruzione complessiva dell'istituto.

In particolare, il primo comma recita: «1. *Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato*

⁶² Sull'inquadramento dell'istituto nell'art. 17 del t.u. sulle società a partecipazione pubblica E. CODAZZI, *Le società miste*, cit.; V. VARONE (a cura di), *Società a partecipazione mista pubblico-privata*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano 2018.

non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista».

La disposizione riportata conferma i precedenti approdi giurisprudenziali e normativi ribadendo il passaggio concorrenziale del socio privato attraverso la c.d. “gara a doppio oggetto” ovvero una gara avente ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione della partecipazione societaria e l'affidamento del contratto di appalto o concessione⁶³. Tale scelta, come già affermato dalla Corte di Giustizia europea⁶⁴, determina che l'individuazione del socio venga a coincidere con la scelta del soggetto esecutore e «motore»⁶⁵ dell'affidamento sicché è il socio a qualificarsi operativamente per l'attività da svolgere e non certo la società mista stessa.

I termini di questa operatività possono verosimilmente desumersi dalla nozione di “*appalto o concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista*”.

Sul punto, anche nella previgenza delle norme del Testo unico, la giurisprudenza⁶⁶ e la dottrina⁶⁷ si sono spese nell'inquadramento del limite conseguente alla necessaria “esclusività” dell'oggetto sociale della

⁶³ È stato correttamente evidenziato in dottrina che non essendovi nel Testo unico un espresso divieto all'ingresso nella società mista di soci meramente finanziatori tale strumento operativo sarebbe in astratto ancora perseguibile purché nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica: cfr. E. CODAZZI, *Le società miste*, cit., 298. A parere di chi scrive, sebbene non vi sia un divieto espresso, il modello di società mista definito in termini complessivi dall'art. 17 non lascia spazio all'ingresso di soci meramente finanziatori in quanto l'ingresso di soggetti privati è vincolato al possesso, in capo agli stessi, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale finalizzati all'esecuzione del contratto pubblico da assegnare alla società mista. Una tale richiesta sarebbe ingiustificata se la materiale esecuzione di tale attività non fosse svolta dai medesimi soci privati selezionati con gara. Sul punto N. AICARDI, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 4, 2020, 777.

⁶⁴ Sul tema G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 156.

⁶⁵ In questi termini si esprime la Commissione Affari costituzionali Senato della Repubblica in relazione ai lavori riguardanti il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 in sede di valutazione dell'art. 15 *Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555. Tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁷ Si veda S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e società miste*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino 2011.

società mista rinvenendo tale regola nel divieto di costituire società miste c.d. “aperte” o “generaliste”, ovvero con oggetto sociale indeterminato e capace di rendere tale struttura organizzativa *bonne à tout faire*.

In questi termini si è pertanto ritenuto che le nuove previsioni contenute nel Testo unico, considerando anche i limiti di attività imposti alle società a partecipazione pubblica dall’art. 4, comma 2, lett. c) del medesimo d.lgs. n. 175/2016, non avessero sostanzialmente una portata innovativa rispetto alle disposizioni previgenti che configuravano già una “esclusività dell’oggetto sociale” che: a) non preclude alla società mista di svolgere attività strettamente funzionali alla realizzazione dell’oggetto principale dell’affidamento, b) di svolgere una pluralità di servizi purché «omogenei e strettamente correlati»⁶⁸.

Invero, la formulazione contenuta nell’art. 17, comma 1 del Testo unico, pare avere una portata innovativa o quantomeno differenziata rispetto al passato.

Attenta giurisprudenza ha infatti avuto modo di precisare come la nozione di “oggetto esclusivo dell’attività di concessione o appalto” che troviamo per la società mista non è sovrapponibile alla nozione di oggetto sociale esclusivo contenuta nell’art. 4, comma 4 del d.lgs. n. 175/2016 con riferimento alla figura dell’*in house*⁶⁹.

La differenziazione tra “oggetto esclusivo” dell’affidamento (ovvero tutto ciò che è stato oggetto di gara) e “oggetto sociale esclusivo” porta a due distinte riflessioni:

- la società mista può (in astratto) avere un complessivo oggetto sociale più ampio di quello direttamente connesso all’attività specifica oggetto del singolo affidamento in quanto si caratterizza quale strumento organizzativo/operativo dell’ente finalizzato non alla gestione diretta del servizio ma piuttosto ad un’attività di coordinamento e controllo⁷⁰;

⁶⁸ Cfr. E. CODAZZI, *Le società miste*, cit., 289.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655 ove si afferma che: «A differenza delle società *in house*, per le quali la disciplina italiana prevede la necessità di un oggetto sociale esclusivo (ex art. 4, comma 4, d.lgs. n. 175-2016), per le società miste, che rientrano nella categoria del partenariato pubblico-privato inerente alla realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero all’organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale, l’esclusività concerne non l’oggetto sociale, bensì l’attività svolta dalla società mista in virtù di contratto di appalto o concessione affidatole all’esito di gara a doppio oggetto (art. 17, comma 2, d.lgs. n. 175-2016), e ciò sul presupposto di previo acquisto o mantenimento di partecipazione societaria, diretta o indiretta, della P.A. esclusivamente per lo svolgimento delle attività elencate all’art. 4, comma 2, d.lgs. n. 175-2016 (esclusività del fine della partecipazione)».

⁷⁰ La ricostruzione qui fornita pare essere la più aderente al dato normativo. Si deve

- l'oggetto del singolo affidamento è però da leggersi in termini unitari, sicché la conduzione dell'attività è riservato al solo soggetto (*partner*) scelto con gara fino al termine della stessa.

Le riflessioni ora esposte trovano ulteriori conferme nei successivi commi dell'art. 17.

Si richiama sul punto il comma 3⁷¹ della norma ora citata in forza del quale il legislatore collega la durata della partecipazione privata a quella dell'affidamento nulla dicendo invece in merito alla durata della società mista in sé considerata⁷².

peraltro considerare che la differenziazione tra la dimensione dell'oggetto sociale della società e quella dell'oggetto dell'affidamento risulta ancora tema dibattuto. In alcuni pareri resi dall'AGCM in forza dei poteri attribuiti dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016, l'Autorità ha infatti ribadito la necessità di una sostanziale coincidenza tra l'oggetto sociale della società ed il perimetro dell'affidamento. In particolare nel già citato parere AS 1456 del 3 ottobre 2017 viene affermato: «*non risultano neppure rispettate le disposizioni di cui all'art. 17, commi 1 e 3, del TUSPP, nella parte in cui dispongono che la società mista deve avere come oggetto esclusivo sociale i servizi posti a gara e che la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'affidamento. Invero, nella bozza di statuto della società mista costituenda, si precisa che la società "persegue le finalità della gestione dei servizi di interesse generale potendo esercitare in particolare" un elenco di attività che coincide con quelle previste per la gara a doppio oggetto (art. 5 della bozza di statuto). Una simile previsione, che pare individuare solo in modo esemplificativo gli specifici servizi che la società può svolgere, in uno con l'ampiezza ed eterogeneità dei servizi accorpati nell'affidamento in discorso, non risulta delimitare indefettibilmente l'oggetto esclusivo della società mista come richiesto dalla previsione normativa richiamata*». Pur non condividendo la posizione dell'Autorità, il parere presenta profili di certo interesse per gli operatori. Infatti, le considerazioni svolte dall'AGCM dovranno spingere gli enti a meglio determinare *ab origine* le attività complessive che vorranno essere svolte con la società mista anche nel medio/lungo periodo e soprattutto a definire i singoli affidamenti dentro spazi operativi a carattere omogeneo. La centralità dell'omogeneità delle attività da svolgere è posta in rilievo dall'AGCM anche nel successivo parere AS 1529 del 6 luglio 2018 sempre reso in favore del Comune di Roma.

⁷¹ L'art. 17, comma 3, d.lgs. n. 175/2016 così recita: «*3. La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio*».

⁷² In questi termini recente dottrina ha sottolineato l'importanza di strutturare gli statuti delle società miste e gli atti sociali con particolare attenzione alla creazione di meccanismi funzionali a rendere pienamente fattibile l'uscita del socio dalla società mista al termine dell'affidamento assegnato con gara. Sul punto in particolare F. FIMMANÒ, V. ACCORSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Notariato*, 4, 2017, 372 ss.; M. MALTONI, A. RUOTOLO, *La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica-privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 TU società a partecipazione pubblica)*, C.N.N., Studio di Impresa n. 298-2016/I, in *C.N.N. Notizie*, 2017.

Ad avviso di chi scrive, il dato testuale della norma consente di svolgere due considerazioni rilevanti ai fini dell'elaborazione del modello.

L'utilizzo della società mista quale veicolo di iniziative partenariali con soggetti privati è certamente funzionale all'amministrazione e può essere mantenuto (e detenuto) finché vi siano affidamenti svolti in ragione di tale strumento da terzi scelti con gara⁷³. Nondimeno, l'essere soggetto a tempo non deve determinare forzatamente l'estinzione del soggetto giuridico in ragione delle vicende legate al singolo contratto da eseguire.

Ciò che si intende dire è che certamente dovrà terminare il rapporto societario con il privato individuato con gara ma la società in quanto tale non deve necessariamente estinguersi, potendosi al contrario prevedere diverse situazioni nelle quali l'ultrattività delle società mista (e non del rapporto societario con il socio privato) non si pone in contrasto con le norme.

Si pensi, ad esempio, ad una società mista utilizzata come strumento di coordinamento per più affidamenti anche non contestuali (e quindi con possibili scadenze differenziate)⁷⁴.

Certamente gli atti societari posti a base di gara dovranno, in modo puntuale, regolare e normare le modalità ed i criteri con i quali dovrà essere sciolto il rapporto societario con il socio privato operativo, ma non pare esserci un automatismo tra la fine del rapporto societario e l'estinzione della società stessa.

Si è pocanzi rilevato che una società mista potrebbe essere il veicolo/strumento per l'affidamento anche di più attività e servizi.

⁷³ La società mista può dunque essere ritenuta uno strumento societario stabile che supera, in quanto tale, il rapporto con il singolo operatore economico che svolge operativamente l'attività oggetto di affidamento. Il dato trova conferma anche nelle flessibilità della documentazione che deve essere posta a base di gara. Infatti, come recentemente sottolineato dal TAR Veneto nella sentenza 29 gennaio 2020, n. 98, nel caso di una società mista già costituita che voglia selezionare un nuovo socio privato per il tramite di una gara a doppio oggetto non vi sarà la necessità di allegare una "bozza di statuto sociale" in quanto detta società già possiede uno statuto che sopravvive al succedersi dei soci privati nel tempo.

⁷⁴ Ci si riferisce chiaramente ad una pluralità di attività tutte rientranti nel novero di quelle consentite ai sensi di quanto disposto dal d.lgs. n. 175/2016 ma con autonomia funzionale, ovvero differenti dalle attività accessorie connesse al singolo affidamento oggetto di gara (già da lungo tempo da ritenersi ammesse): sul punto G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 493 ss. Sull'analisi dell'istituto delle prestazioni accessorie in ambito societario si veda A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, in G. E. COLOMBO, G. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino 2004, I, 804 ss.

Questo si evince dall'art. 17, comma 5. La norma ora richiamata fornisce un ulteriore elemento sintomatico dell'inquadramento della società mista come strumento di coordinamento e non di gestione diretta (anche solo parziale) dell'affidamento.

La norma infatti prevede⁷⁵ la possibilità, per la società mista, di emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, comma 2, del codice civile, o costituire patrimoni destinati.

Il dato normativo pare confermare che l'oggetto sociale della mista non debba essere esclusivamente vincolato al perimetro di attività del singolo affidamento essendo possibili anche più affidamenti non contestuali per la gestione di differenti servizi o la realizzazione di differenti opere e questo tramite l'emissione di azioni correlati al singolo affare⁷⁶.

Peraltro, una tale soluzione, per essere conforme ai principi concorrenziali di matrice europea, comporta che la detenzione delle azioni correlate debba essere riferita alla gestione di un singolo affidamento così da consentire anche una corretta ripartizione delle utilità economiche derivanti e connesse. Diversamente infatti vi sarebbe un rischio concreto di una mutazione (in termini di vantaggi indebiti) degli assetti economici originariamente previsti nelle singole gare.

La possibile pluralità di affidamenti alla società mista (*rectius* ai soci privati scelti con gara) anche non contestuali, rafforza l'idea che questo modello per la gestione di appalti e concessioni, come oggi attuabile nel nostro ordinamento, debba assumere in pendenza dell'affidamento/i la qualifica di soggetto funzionale al coordinamento, ovvero di strumento attraverso il quale gli enti controllano e coordinano le differenti attività affidate ai soci scelti con gara, avvantaggiandosi in ciò dei numerosi strumenti offerti dal diritto privato⁷⁷.

⁷⁵ L'art. 17, comma 5, così dispone: «Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società». In dottrina è stato osservato come l'uso dell'espressione «non simultaneamente assegnati» sia espressiva proprio della possibilità di una società mista che può avere più oggetti, attivabili anche in tempi diversi. Cfr. N. AICARDI, *op. cit.*, 781.

⁷⁶ Sull'esperienza dell'acquisizione della qualifica di socio in una società mista per il tramite di azioni ex art. 2350 co. 2 c.c. correlate all'affidamento del servizio pubblico locale oggetto di gara si ricorda Cons. Stato, Ad Plen., 4 agosto 2011, n. 17. Sul punto F. FIMMANÒ, V. ACCORSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, cit.

⁷⁷ L'analisi prospetta la necessità peraltro di prestare una specifica riflessione sulle modalità con le quali nella società mista, specie in quella definibile come a "pluriservizi",

Si precisa peraltro che il ruolo a cui viene preposto il socio pubblico nella società mista come sopra delineata non deve essere confuso o sovrapposto al differente fenomeno della gestione di partecipazione a mezzo delle c.d. *holding*⁷⁸. Il ruolo del socio pubblico nella società mista riveste infatti un carattere attivo di rafforzamento diretto nel perseguimento degli interessi pubblici e non invece una posizione di sola *governance* strumentale alla gestione della partecipazione⁷⁹.

5. *Questioni ancora aperte per le società miste e proposta identificativa del (reale) ruolo del socio privato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione*

Dall'analisi delle norme contenute nel d.lgs. n. 175/2016, si possono quindi trarre delle conclusioni che rimangano però, per così dire, *in nuce*.

Pare infatti che il legislatore abbia voluto fornire agli operatori alcuni strumenti per consentire la realizzazione del modello ma senza determinare un percorso o schema da seguire⁸⁰. Manca cioè una norma o

debba essere ripartita la possibilità di influenzare gli indirizzi gestori della società mista. È stata spesso ravvisata, nella quasi totalità delle società miste costituite in Italia, una sostanziale mancanza di poteri di questo tipo in capo ai soggetti privati con riflessi strettamente legati a visioni “politiche” dell'impresa che mal si conciliano alla gestione di un servizio industriale. In particolare cfr. R. OCCHIOLOPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 495 ss.

⁷⁸ Strumento ancora contemplato dal Testo unico per gli enti locali. Infatti, l'art. 4, comma 5 dispone: «Fatte salve le diverse previsioni di legge regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa, è fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti».

⁷⁹ La criticità dello strumento della holding, in particolare con riferimento all'uso fatto storicamente dagli enti locali, è emerso con costanza nella giurisprudenza contabile. In particolare, la Corte dei Conti ha osservato come tale modello organizzativo abbia spesso determinato un “affievolimento” del potere di controllo e reale *governance* dell'Amministrazione derivante dall'allentamento dei rapporti che si determinano a cascata. Cfr. C. Conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 1/2012/PRSE.

⁸⁰ Attenta dottrina ha rilevato più in generale una generale carenza del Testo unico alla definizione degli aspetti cruciali della vita delle società pubbliche, ovvero gli aspetti di operatività interna e di *governance* che manifesta ancora una volta una concreta difficoltà, in termini pubblicistici, ad affrontare modelli e strumenti del diritto privato. Si veda sul punto A. MASSERA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 153.

previsione di sistema che fornisca all'interprete la chiave di lettura delle singole norme per come articolate.

Si tratta di una carenza forse determinata da una volontà di non irrigidire eccessivamente lo strumento ovvero una scelta funzionale che prende atto della volontà di non normare (differenziare) l'istituto come invece fatto per la figura dell'*in house providing*.

Nel precedente par. 3 di questo scritto si è infatti rilevato che le direttive europee legittimano, entro i termini ivi indicati, l'*in house* quale modello di autoproduzione a carattere generale. In termini analoghi si muove l'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016.

Dunque, sebbene la società *in house* resti in ogni caso ricompresa nel più ampio novero delle società sottoposte alla disciplina del codice civile, nondimeno è configurabile come strumento ricondotto a regole organizzative rigide e ben delineate dalla normativa.

Per la società mista questa legittimazione di carattere generale non vi è, tanto più che l'art. 5, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 parla espressamente di "casi previsti dalla legge". In termini conformi a questa lettura si è peraltro espressa nel più recente periodo anche l'Autorità antitrust⁸¹.

In forza del principio di legalità emerge dunque che nell'affidamento operato con gara per il tramite dello strumento della società mista non trova spazio una legittimazione all'autoproduzione, seppur parziale. Conseguentemente ogni attività oggetto di affidamento potrà essere svolta solo dal soggetto privato, detentore dei relativi requisiti e passato tramite il "varco" della concorrenza per il mercato.

Le argomentazioni ora esposte portano ad alcune conseguenti e necessarie riflessioni sull'attuale struttura dello schema di società mista.

Compreso che è il socio privato l'integrale gestore del servizio, analogamente a quanto avviene nell'esternalizzazione, la chiave di volta di

⁸¹ Ci si riferisce al già richiamato parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS 1456 del 3 ottobre 2017. In quella sede l'Autorità afferma che «la prescelta soluzione organizzativa dell'affidamento a società mista, ancorché assistita da una gara cosiddetta "a doppio oggetto" (per la scelta del socio privato e per l'affidamento dei servizi da realizzare), appare utilizzata in modo non conforme a quanto consentito dalla normativa vigente in tema di partenariato pubblico-privato. Invero, gli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17, comma 1, del TUSPP, in coerenza con le corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 (artt. 5, comma 9, e 180, richiamate dallo stesso TUSPP) tratteggiano l'istituto dell'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto quale possibile strumento di coinvolgimento del capitale privato per attività di gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del rischio operativo in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare all'utenza pubblica».

questo strumento potrebbe essere ritrovata nella funzionalizzazione degli interessi: s'intende cioè dire che se di partenariato veramente si tratta si dovrà allora procedere in modo analitico alla determinazione degli assetti di interesse pubblico e privato posti a fondamento dell'utilizzo di tale schema operativo d'azione⁸².

A ragione di chi scrive la configurazione di questi due spazi di interesse è l'elemento centrale che consente di strutturare correttamente una gara per la scelta del modello di società mista⁸³.

Se, come esposto nei precedenti paragrafi, la società mista odierna è un modello ove l'interesse pubblico si esprime in un maggiore potere di controllo e coordinamento dell'affidamento⁸⁴, funzionale al monitoraggio costante del servizio affidato, allora non vi è più ragione per la quale non si debba ritenere che il socio privato scelto con gara integrale sia affidatario di tutte le attività a rilevanza economica.

Questa considerazione porta però ad un'ulteriore riflessione circa la "solidità" di questo interesse pubblico.

Si è infatti visto che le norme che da ormai molti anni si susseguono in materia di società a partecipazione pubblica hanno determinato un

⁸² Il modello di partenariato pubblico-privato necessita infatti, per essere tale, di rinvenire un plusvalore in particolari momenti collaborativi e di coordinamento tra l'interesse dei soggetti pubblici e dei soggetti privati. Nella società mista tale momento di raccordo avviene in modo particolare all'interno dello stesso strumento societario con una mutazione dei tradizionali meccanismi d'azione tipici del rapporto concedente-concessionario / amministrazione-amministrato, che fungono da base nelle esternalizzazioni *tout court*.

⁸³ Il tema delle configurazioni dell'interesse pubblico nell'utilizzo dello strumento societario è tema da lungo tempo oggetto di attenzione. In particolare, riscontrano differenti letture volte ad inquadrare una sostanziale distinzione tra l'interesse pubblico di cui è portatore il socio pubblico e l'interesse proprio della società ovvero una possibile minore distinzione di tali profili con una compenetrazione (ovvero convivenza) di tale interesse come quello prettamente sociale. Sul punto si vedano in particolare A. PERICU, *Società di Capitali*, in (a cura di) G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Commentario, sub artt. 2449-2450*, III, Napoli 2004; G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2001, 276 ss. In questa sede non si intende invero indagare i profili attinenti la possibile convivenza degli interessi pubblici e privati nel complessivo interesse sociale quanto piuttosto comprendere, a monte, come l'addivenire ad una determinazione degli assetti di interesse che consenta di perseguire con utilità lo schema della società mista.

⁸⁴ In relazione alle modalità con le quali si esplica il controllo esterno nelle società miste si veda M. CHECHILE, *La governance delle società miste per la gestione dei servizi pubblici e il regime dei controlli esterni*, in R. VITOLO (a cura di), *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli 2016, 161 ss.

costante restringimento dell'operatività delle amministrazioni per mezzo di strumenti di natura privatistica.

Per trovare una sua ragion d'essere la società mista deve dunque essere espressione di un interesse pubblico differenziato e capace di orientarsi su impegni programmatori dotati di una certa stabilità⁸⁵.

L'estrinsecarsi di questo interesse pubblico pone due specifiche riflessioni:

- realmente gli strumenti di diritto privato consentono all'amministrazione di avere un controllo più efficace sui servizi svolti e di determinare un miglioramento qualitativo dei servizi stessi?

- la possibilità di coordinare una pluralità di affidamenti tramite un unico soggetto giuridico di diritto privato può consentire all'amministrazione di migliorare in termini di efficienza la gestione dei servizi sul territorio acquisendo dati e *know how* funzionali anche ad un miglioramento in termini di programmazione degli investimenti?

Una risposta a queste riflessioni arriverà certamente dall'esperienza empirica del modello ma si potrebbe rivelare parimenti utile l'adozione di strumenti normativi di natura secondaria (regolamenti) ovvero di *soft law* (linee guida) capaci di fornire alle amministrazioni indicazioni operative che consentano di valutare la tenuta (in primo luogo economica) del progetto partenariale.

⁸⁵ Con questo non si intende sostenere la necessità di una assoluta "precognizione" e "fissità" dell'interesse pubblico nel tempo. È però vero che la mancanza di una stabilità dalla Pubblica amministrazione nell'utilizzo di modelli per il governo delle attività economiche (necessaria, invero, per consentire l'instaurarsi di un valido rapporto tra pubblico e privato) ha spesso determinato un grande freno alla nascita di solidi partenariati. Cfr. A POLICE, *La cooperazione pubblico-privata nell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano, nel centenario della nascita*, cit., 233 ss.

IL REATO DI FAVOREGGIAMENTO DELLA PROSTITUZIONE E LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA DELLE FATTISPECIE CRIMINOSE: DAVVERO INFONDATA LA RELATIVA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I pilastri argomentativi sulla base dei quali la Corte nega la violazione del principio di determinatezza ad opera del reato di favoreggiamento della prostituzione. – 3. L'applicazione al reato di favoreggiamento della prostituzione del criterio seguito dalla Corte al fine di vagliare il rispetto del principio di determinatezza: osservazioni critiche. – 4. La disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione e il principio di determinatezza: scenari futuri e ipotesi di soluzione.

1. *Premessa*

Nelle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019 la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità relative ad alcuni reati previsti dalla l. n. 75/1958 (legge Merlin): nella prima viene dichiarata non fondata la *quaestio* inerente il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata; nella seconda la stessa formula decisoria viene impiegata in merito, oltre che nuovamente al favoreggiamento, alla tolleranza abituale e sempre in riferimento alla prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata.

Benché queste due decisioni abbiano valutato diversi profili di costituzionalità, in questa sede l'indagine sarà circoscritta alle motivazioni spese dalla Consulta a confutazione delle tesi, sostenute nelle ordinanze di rinvio, finalizzate ad evidenziare il contrasto del reato di favoreggiamento della prostituzione con il principio di determinatezza delle fattispecie criminose¹.

¹ È noto ai più che il principio di determinatezza viene diversamente definito da alcuni autori principio di tassatività, da altri autori principio di precisione e da altri studiosi an-

Questo principio non è esplicitamente costituzionalizzato, ma viene tratto, come è noto, dal principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost. sia dalla dottrina assolutamente prevalente sia dal Giudice delle leggi.

Il principio in esame richiede al legislatore di delineare la fattispecie criminosa² in forma precisa ed in modo intellegibile al fine di evitare da un lato che, in spregio del principio della separazione dei poteri, siano i giudici a dover decidere senza alcun parametro obiettivo di riferimento che cosa sia penalmente proibito e che cosa non lo sia e dall'altro lato che i consociati non riescano a prefigurarsi in modo sufficientemente chiaro se una data condotta sia consentita o sia, invece, da ricondurre nella sfera applicativa della disposizione incriminatrice.

Quanto all'esame della censura inerente la violazione del principio in questione, le due sentenze sono indubbiamente caratterizzate da un'essenzialità argomentativa che è innegabile già solo ad una semplice comparazione con la ben maggiore ampiezza delle argomentazioni spese dalla Corte per destituire di fondamento le doglianze relative agli altri parametri costituzionali invocati nelle ordinanze di rimessione.

Questa constatazione non impedisce di mettere sotto la lente d'ingrandimento, alla luce di queste sentenze, il "rapporto" fra il reato di favoreggiamento della prostituzione e il principio di determinatezza.

cora principio di tipicità. Al di là del fatto che taluni commentatori ascrivono un significato completamente diverso ad alcune di queste altre "formule" – se soltanto si pensa che per principio di tassatività una parte della dottrina intende da una parte il divieto, ricavabile dalla Costituzione, nei confronti del legislatore di consentire l'applicazione analogica di una disposizione penale e dall'altra parte il divieto, anch'esso inferibile dalla Carta costituzionale, nei riguardi del giudice di applicare analogicamente la norma incriminatrice (cfr. G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 540) –, in ogni caso la Corte costituzionale, che pure nella dec. n. 247 del 1989 sembrava orientata a preferire "il termine determinatezza (insieme al correlativo indeterminatezza) e non quello di tassatività" in riferimento al "modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma" (punto 3 del cons. in dir.), proprio nella sent. 278 del 2019 ha specificato che la "formula" "principio di determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice" presenta un "significato equivalente" (punto 3.3 del cons. in dir.) alla "formula" "principio di precisione".

² La più recente giurisprudenza costituzionale ha esteso l'applicabilità del principio di determinatezza alle condotte colpite da una sanzione avente "carattere punitivo-afflittivo... qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall'ordinamento" (così la sent. n. 121 del 2018 al punto 15.3 del cons. in dir.) e ha così specificato che "anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri destinatari... la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie... al cospetto del... principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost." (così la sent. n. 134 del 2019 al punto 3.2 del cons. in dir.).

2. *I pilastri argomentativi sulla base dei quali la Corte nega la violazione del principio di determinatezza ad opera del reato di favoreggiamento della prostituzione*

Innanzitutto la Corte poggia le argomentazioni finalizzate a destituire di fondamento la censura in punto di determinatezza su tre fondamentali pilastri argomentativi.

Il primo consiste nell'operare un rinvio alla precedente giurisprudenza costituzionale³.

La Corte precisa di voler confermare la conclusione raggiunta nella decisione n. 44 del 1964 in cui era stata dichiarata non fondata un'analoga questione di costituzionalità avente ad oggetto sia il reato di sfruttamento, sia quello di favoreggiamento della prostituzione: in quella circostanza la Consulta aveva potuto rilevare da un lato che "i concetti di agevolazione e di sfruttamento della prostituzione altrui presentano una obiettività ben definita, anche perché acquisiti da tempo nel Codice penale e sottoposti a lunga elaborazione dottrinale. Essi hanno un preciso ed inconfondibile significato, che non si presta ad equivoche interpretazioni..."; dall'altro lato la stessa Corte aveva specificato che comunque le figure di reato in esame, "sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti"⁴.

Questo primo pilastro che sorregge il ragionamento della Corte pare piuttosto fragile.

Innanzitutto il Giudice delle leggi conferma le conclusioni di una sua sentenza che era stata emessa ben cinquantacinque anni prima e le cui motivazioni oltretutto erano state dalla stessa Corte impiegate in misura indifferenziata in ordine sia al reato di favoreggiamento sia a quello di sfruttamento della prostituzione: sotto quest'ultimo profilo non può non osservarsi che per la fattispecie criminosa relativa allo sfruttamento i dubbi in punto di determinatezza sembrano non avere la stessa forza e pregnanza di quelli che emergono, invece, in ordine al favoreggiamento⁵.

³ Per la verità, questo pilastro argomentativo sorregge le motivazioni addotte nella sola sentenza n. 141, mentre nella successiva sent. n. 278 la Corte non opera più alcun rinvio né alla sent. n. 44 del 1964 né tanto meno ad altre precedenti pronunce.

⁴ Entrambe le citazioni sono tratte dal punto 3 del cons. in dir.

⁵ In questo senso si esprimono molti studiosi: cfr., per tutti, M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, 322, il quale osserva che, «se relativamente univoco è il disvalore sociale inerente ad ogni comportamento che possa ricondursi sotto lo schema astratto dello sfruttamento, in qualsiasi modo, della

In secondo luogo quello che più desta meraviglia è che i giudici costituzionali facciano rinvio ad una decisione alla quale gli stessi si uniformano in relazione soltanto alla conclusione raggiunta e dunque alla formula decisoria adottata, ma non anche alle motivazioni addotte a sostegno di quella stessa formula decisoria.

La decisione del 1964 si era basata su due criteri per vagliare il rispetto del principio di determinatezza da parte della disposizione incriminatrice.

Innanzitutto, nella misura in cui rilevava che “i concetti di agevolazione e di sfruttamento della prostituzione altrui... hanno un preciso ed inconfondibile significato, che non si presta ad equivoche interpretazioni...”, tale decisione si era fondata sul criterio del “significato linguistico o semantico”: in virtù di questo criterio quel principio non può dirsi violato ogniquale sia possibile attribuire ai singoli termini di cui consta la norma penale, ancorché non di contenuto particolarmente specifico, un significato, appunto, semantico.

In secondo luogo, nella misura in cui rilevava che le figure di reato dello sfruttamento e del favoreggiamento, “sottoposte al vaglio... della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti”, quella sentenza si era basata sul criterio del “diritto vivente”: in base a tale criterio il carattere di determinatezza della disposizione deve ritenersi soddisfatto qualora, benché essa sia *ab origine* connotata da una certa imprecisione, si sia formato un diritto vivente giurisprudenziale in grado di attribuire alla disposizione stessa un contenuto sufficientemente determinato.

Nelle due decisioni del 2019, invece, la Corte applica un criterio che costituisce una recente ma oramai consolidata acquisizione in sede di verifica del rispetto del principio di determinatezza⁶, ovvero quello della cosiddetta non interpretabilità della disposizione incriminatrice.

prostituzione altrui, altrettanto non può sostenersi per tutta la serie di comportamenti riconducibile sotto lo schema del favoreggiamento»; più recentemente A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.* 26 marzo 2018, 178-179, secondo il quale, «se lo sfruttamento – pur criticabile per vari motivi – ha modo di inquadarsi maggiormente sia in una prospettiva di tutela del bene giuridico considerato allora rilevante che di quello che attualmente viene riconosciuto rilevante in materia (la libertà di autodeterminazione della donna), e può trovare più facilmente soluzioni interpretative accettabili, non così si può dire del favoreggiamento».

⁶ Per l'applicazione del criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice.

In base a tale criterio l'impiego nella disposizione incriminatrice di un "elemento elastico" non comporta un *vulnus* del principio in esame "quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile"⁷; inoltre, come precisa la Consulta ancora una volta in ossequio alla sua più recente giurisprudenza⁸, la descrizione complessiva del fatto incriminato deve permettere al destinatario della norma di "avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo"⁹.

La premessa di fondo che sorregge il criterio in esame è dunque quella secondo la quale il principio di determinatezza non risulta violato qualora la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice – attraverso il ricorso in modo particolare al criterio interpretativo finalistico e a quello sistematico – di stabilire il significato del "concetto elastico" presente nella disposizione incriminatrice mediante un'operazione interpretativa che non fuoriesce dall'ordinario compito allo stesso affidato.

Di conseguenza, il principio in questione può dirsi leso solo nel caso in cui la disposizione penale non sia in alcun modo suscettibile di inter-

minatrice cfr. le sentt. n. 5 del 2004, n. 327 del 2008, n. 282 del 2010 e n. 172 del 2014; nella recentissima sent. n. 145 del 2020 la Corte rileva che "il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice, piuttosto che a un'analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza purché, mediante l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, sia possibile attribuire un significato chiaro, intelligibile e preciso alla previsione normativa" (punto 8.1 del cons. in dir.), ma il ricorso ad una "formula" pur formalmente differente rispetto a quella utilizzata nelle pronunce appena ricordate – e indicata poco oltre sopra nel testo – non inficia la sostanziale identità del criterio adottato.

⁷ Così sia la sent. n. 141 (al punto 8 del cons. in dir.) sia la sent. n. 278 (al punto 3.3 del cons. in dir.).

⁸ Basti soltanto pensare alla sent. n. 115 del 2018 che, come è noto, ha "chiuso" la "vicenda Taricco": in essa si trova scritto che "l'ausilio interpretativo del giudice penale" è ricondotto a mero "*posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che *la persona può raffigurarsi leggendolo*" (punto 11 del cons. in dir. con corsivo nostro). Su questo profilo si ritornerà anche più oltre.

⁹ Entrambe le citazioni sono tratte sia dalla sent. n. 141 (al punto 8 del cons. in dir.) sia dalla sent. n. 278 (al punto 3.3 del cons. in dir.).

pretazione nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri interpretativi a disposizione.

Nel prosieguo dovrà essere verificato se, in ordine alla censura di indeterminatezza, nel caso di specie sia, o meno, condivisibile la decisione della Corte di esprimersi nel senso della non fondatezza in applicazione del suddetto criterio della non interpretabilità; tuttavia, per il momento è opportuno evidenziare che i criteri a cui la Corte si rifà nella sentenza n. 44 del 1964 e il criterio che la stessa applica nelle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019 sono molto diversi¹⁰.

Anche a voler ammettere che «un giudice costituzionale che non si cura dei propri precedenti sarebbe presto considerato un interprete inaffidabile»¹¹, questo da un lato non significa che la stessa Corte possa operare rimandi ad una sua precedente decisione non solo lontana nel tempo, ma anche motivata in modo totalmente differente e dall'altro lato comunque non implica affatto che la stessa Corte non debba dare contezza dei motivi che giustificano una tale operazione.

¹⁰ Non si condivide quanto sostenuto sia da M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.* 8 settembre 2019, 13, sia da G. BAFFA, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini)*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 4 ottobre 2019, 19, secondo i quali nella sua più recente giurisprudenza – ivi comprese le sentt. n. 141 e n. 278 – il Giudice delle Leggi al fine di misurare il rispetto del principio di determinatezza da parte della disposizione incriminatrice continua a far ricorso (anche) al criterio del “diritto vivente” che avrebbe da tempo definito i contorni della fattispecie astratta del favoreggiamento. In realtà, se il riferimento che questi Autori velatamente operano è al criterio – su cui ci si soffermerà più approfonditamente *infra* – elaborato dalla giurisprudenza di legittimità e volto a distinguere fra favoreggiamento della prostituzione, punibile, e favoreggiamento della prostituta, non punibile, non può non osservarsi che in entrambe le sentenze in esame la Consulta non sostiene che tale criterio ha reso determinata una disposizione che tale non era *ab origine*, ma afferma, al contrario, che la Cassazione si è limitata ad utilizzare un criterio che discende *de plano* dalla mera lettura di una disposizione che è già fin dalla sua formulazione determinata. Del resto, che la Corte costituzionale nella sua più recente giurisprudenza abbia inteso superare il criterio del “diritto vivente” balza agli occhi sol che si proceda alla lettura della sent. n. 24 del 2019: essa – riprendendo letteralmente quanto già chiarito nella precedente sent. n. 327 del 2008 (cfr. il punto 6 del cons. in dir.) – chiarisce *expressis verbis* come “l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale” (punto 12 del cons. in dir.). Su quest'ultimo profilo si ritornerà comunque anche in seguito.

¹¹ Così M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Milano 2012, 150-51, il quale sostiene che mantenere una linea costante nelle decisioni e non discostarsi troppo dal precedente per la Corte è un «obbligo morale» da cui «discende prudenza e movimento per gradi».

Il secondo pilastro su cui il Giudice delle leggi poggia le fondamenta del proprio argomentare è quello secondo il quale la disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione non è affatto più indeterminata di quanto lo sia, in materia di concorso di persone nel reato, l'art. 110 cod. pen., che è costruito anch'esso con la clausola sintetica "quando più persone concorrono nel medesimo reato": a questo proposito la Corte conclude osservando che il favoreggiamento "non è altro che una forma di concorso materiale nella prostituzione altrui (pur con la particolarità che... nell'occasione è punito solo il compartecipe e non l'autore del fatto)"¹².

Anche questo pilastro argomentativo appare intrinsecamente molto debole.

Al di là del possibile rilievo che proprio in relazione all'art. 110 cod. pen. da tempo alcuni studiosi avanzano dubbi in punto di determinatezza¹³, in ogni caso non convince il parallelismo fra una norma penale di parte generale e una norma finalizzata a descrivere comportamenti lesivi di beni giuridici.

Secondo un'opinione molto diffusa in dottrina, nel campo penale le norme di parte generale – segnatamente quelle sui presupposti della responsabilità – hanno «una intrinseca portata onnicomprensiva»¹⁴: questa caratterizzazione fa sì che esse, pur non potendo essere ritenute addirittura sottratte al controllo di determinatezza¹⁵, siano però *naturaliter* connotate da una connaturata minore determinatezza; un livello molto più elevato di determinatezza è richiesto, invece, per le disposizioni incriminatrici, le quali non presentano tale caratteristica¹⁶.

Il terzo ed ultimo pilastro si fonda sulla seguente asserzione: "nessun

¹² Le ultime due citazioni sono tratte dalla sent. n. 141 (al punto 8 del cons. in dir.) e dalla sent. n. 278 (al punto 3.3 del cons. in dir.).

¹³ Cfr. G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, cit., 538-539; G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017, Enc. giur. Trecc.*, Roma 2017, 124; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.* 17 gennaio 2018, 13 nota 59.

¹⁴ Così F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 58.

¹⁵ ... come parrebbe orientato a ritenere, invece, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 57-58.

¹⁶ In tal senso cfr., *inter alios*, A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen. (web)* 21 novembre 2017, 8; F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.* 2018, 1317 nota 18.

argomento a sostegno della tesi dell'indeterminatezza del precetto può essere ricavato dall'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, ai fini della punibilità, la condotta di favoreggiamento deve essersi risolta in un aiuto alla prostituzione, e non già alla persona dedita ad essa... L'affermazione è, infatti, sintonica al testo della norma censurata... e mira proprio ad evitare indebite dilatazioni della sfera applicativa della figura criminosa. L'esistenza, poi, di dubbi o contrasti riguardo alla concreta applicazione del principio in rapporto a determinate fattispecie non vale, di per sé, a dimostrare il difetto di precisione del precetto, trattandosi di evenienza che rientra nella fisiologia dell'ermeneutica giudiziale¹⁷.

Anche questo pilastro argomentativo pare poco solido.

Il criterio, adottato in giurisprudenza ivi compresa quella di legittimità¹⁸ ma elaborato ancor prima in dottrina¹⁹, che distingue fra favoreggiamento della prostituzione, punibile, e favoreggiamento della prostituta, non punibile, innanzitutto non è mai riuscito a raggiungere lo scopo di "evitare indebite dilatazioni della sfera applicativa della figura criminosa".

Si tratta di una distinzione che «risulta... manipolabile... a seconda del punto di osservazione oggettivo, piuttosto che soggettivo, di uno stesso contegno»²⁰.

Non pare infatti possibile rinvenire ipotesi in cui, favorendo la prostituta nelle attività o nelle situazioni più o meno direttamente connesse al suo "mestiere", non si finisca anche per favorirne la prostituzione²¹: questo eccezion fatta per alcuni casi marginali riconducibili perlopiù soltanto alle ipotesi in cui il terzo aiuti la prostituta nel "fare qualcosa" in un ambito completamente estraneo alla sua "professione"²².

¹⁷ Così sia la sent. n. 141 (al punto 8 del cons. in dir.) sia la sent. n. 278 (al punto 3.3 del cons. in dir.).

¹⁸ Per esempi di sentenze che fanno propria questa distinzione cfr. G. BAFFA, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione*, cit., 12 nota 34.

¹⁹ Cfr. G. LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 465-67.

²⁰ Così A. MANNA - P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *Parola alla difesa* 2018, n. 3-4, 233; anche a giudizio di A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.* 2019, 1621, la distinzione in parola «conduce ad esiti applicativi ondivaghi e contraddittori».

²¹ In tal senso si esprime anche A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 175.

²² Ma, come ben rileva F. MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. proc.* 2018, n. 10, 1335,

È emblematico l'esempio del cliente che, in seguito all'«incontro» a pagamento con la prostituta, la riaccompagna nel punto della strada in cui l'ha prelevata: in tal caso il cliente non favorisce forse, oltre che la prostituta, in qualche modo anche la prostituzione della stessa?

Non è un caso che, prendendo le mosse dalla distinzione in esame, la Cassazione abbia risposto in alcune decisioni affermativamente a questo interrogativo e abbia ritenuto dunque punibile il cliente e che in altre pronunce la stessa Cassazione, pur muovendo sempre dalla predetta distinzione, sia addivenuta alla conclusione diametralmente opposta sulla base di varie e discutibili soluzioni interpretative²³.

Non solo, ma v'è di più.

La distinzione in questione presenta pure «aporie sul piano logico»²⁴ che determinano forti disparità di trattamento.

Si pensi soltanto che sulla base di tale distinzione è lecito inferire, ad esempio, l'irrelevanza penale per la condotta del soggetto che, dietro compenso della prostituta, riassetta quotidianamente la stanza in cui si consumano le prestazioni sessuali, ma, nel contempo, è lecito dedurre altresì la responsabilità a titolo di favoreggiamento della prostituzione di quel soggetto qualora lo stesso in una sola occasione riscuota alla porta il pagamento dovuto da un cliente per poi consegnarlo alla prostituta.

Non poche perplessità sorgono anche in riferimento all'assunto da cui muove la Corte e secondo cui l'esistenza di dubbi o di contrasti in relazione alla concreta applicazione della distinzione fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta non vale, di per sé, a dimostrare il difetto di determinatezza del precetto penale trattandosi senz'altro di evenienza rientrante nella fisiologia dell'ermeneutica giudiziale.

Che questo assunto sia, o meno, condivisibile poco rileva²⁵: quel che

«atteso che nella casistica giurisprudenziale vengono evidentemente in rilievo condotte in qualche modo collegate all'esercizio della prostituzione... e non certamente forme di ausilio nelle faccende della vita quotidiana, la pretesa di distinguere l'atto di chi favorisce la prostituta da chi favorisce la sua attività si rivela priva di un solido fondamento».

²³ Per ragguagli in materia cfr. U. FUNGHI, *Commento alla legge 20 febbraio 1958, n. 75. Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, post art. 536, in G. FORTI - S. SEMINARA, *Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova 2019, 2720-2722.

²⁴ Così A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum Quad. cost.* 20 giugno 2019, 8.

²⁵ La dottrina sul punto è profondamente spaccata: v'è chi ritiene che «di solito, le proposizioni di legge si rivelano imprecise, anfibologiche ed irrazionali, quando danno fondamento a decisioni, non importa se più o meno numerose, ma che risultano discordi,

conta è che, pur ammettendone la validità, tale validità non può essere predicata senza eccezione alcuna.

In altri termini, la Corte non può sottrarsi all'accertamento della lesione del principio di determinatezza qualora di una disposizione incriminatrice – come accade in riferimento al reato di favoreggiamento della prostituzione – risultino offerte in giurisprudenza plurime interpretazioni fra loro incompatibili ma tutte intrinsecamente plausibili, ovvero ammissibili utilizzando i vari criteri interpretativi possibili in materia penale.

Si tratta infatti non più di fisiologia, bensì di patologia dell'ermeneutica giudiziale dal momento che il dato normativo non è in grado di assolvere correttamente alla funzione primaria di indicare in modo determinato e preciso il confine del lecito disegnando in modo inequivocabile il proprio ambito applicativo²⁶.

D'altra parte, si ipotizzi pure di ritenere condivisibile l'autorevole tesi dottrinale secondo la quale non ogni disposizione incriminatrice che nasca imprecisa deve essere considerata per ciò stesso illegittima al metro del principio di determinatezza: si sostiene che qualunque disposizione presenta inevitabili margini di imprecisione a fronte della varietà dei casi a cui la stessa potrebbe essere suscettibile di applicarsi, casi che soltanto l'esperienza successiva potrà fare emergere; si sostiene altresì che «del tutto velleitaria si presenta in partenza la pretesa – simile a un pugno battuto sul tavolo – di chi, in nome di ragioni di principio, vorrebbe condannare alla sanzione dell'illegittimità costituzionale qualsiasi norma ini-

incostanti ed eterogenee» (così P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.* 1981, 826) e chi, invece, sostiene che «non potrà considerarsi insufficientemente determinata ogni norma che... sia stata interpretata (o che, letteralmente, sia possibile interpretare) in modi diversi, e solo per questo motivo» (così G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Roma-Bari 2000, 46).

²⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, 258 ss., spec. 261-262, secondo il quale la lesione del principio di determinatezza si verifica non già in presenza dell'oscurità relativa di una disposizione incriminatrice, ovvero non semplicemente di fronte al «valore incerto del riferimento semantico... suscettibile di variare in dipendenza del metodo interpretativo accolto» (p. 260), bensì nell'ipotesi del «più alto grado di oscurità relativa» (p. 261); in senso in buona sostanza analogo cfr. anche D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 720 ss., partic. 723, mentre, più di recente, sottolinea gli effetti negativi della cosiddetta patologia ermeneutica C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, 1441, secondo la quale «non può... negarsi che – almeno in talune circostanze – la discrezionalità si avvicini pericolosamente alla mancanza di tassatività. È quanto avviene allorché al giudice viene affidato un potere di scelta “illimitato”».

donea a risolvere *sin dall'inizio* ogni dubbio sulla sua portata applicativa. Tale portata applicativa potrà e dovrà, invece, chiarirsi sulla base delle decisioni dei giudici – e delle rispettive *rationes decidendi* – che individueranno gradualmente le classi di ipotesi (le ‘sottofattispecie’) alle quali la disposizione debba o non debba trovare applicazione»²⁷.

Anche chi sostiene questa tesi riconosce che la giurisprudenza può pure fallire nel compito di definire in termini ragionevolmente precisi la disposizione incriminatrice sulla cui base deve essere affermata la responsabilità penale dell'individuo il quale ponga in essere una data condotta: questo può avvenire a causa dell'incapacità da parte dei giudici comuni di giungere a soluzioni condivise e costantemente osservate o dell'assoluta vaghezza del dato normativo che finisce per legittimare qualsiasi interpretazione.

E proprio chi patrocina la tesi da ultimo esposta ammette che, qualora questo rischio connesso al suddetto “fallimento” in sede giurisprudenziale si tramutasse in realtà, il problema dell'imprecisione della disposizione verrebbe a porsi senz'altro come un'ineludibile questione di legittimità costituzionale al metro del principio di determinatezza²⁸.

3. *L'applicazione al reato di favoreggiamento della prostituzione del criterio seguito dalla Corte al fine di vagliare il rispetto del principio di determinatezza: osservazioni critiche*

A questo punto è necessario porsi un interrogativo di cruciale importanza.

Per poter rispondere a questo interrogativo è necessario partire da un presupposto tutt'altro che incontrovertibile e tuttavia dato per dimostrato.

È lecito nutrire fondati dubbi in merito alla validità del criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice²⁹; tuttavia ammettiamo di accettare per ipotesi il presupposto secondo cui tale criterio merita approvazione.

²⁷ Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.* 19 dicembre 2016, 41.

²⁸ In questi termini si esprime lo stesso F. VIGANÒ, *op. e loc. cit.*

²⁹ In tema cfr., volendo, un nostro lavoro – in senso molto critico sull'utilizzo di questo criterio – ovvero A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di soluzione*, spec. par. 2, di imminente pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli 2021.

Se questa è l'ipotesi di partenza, risultano condivisibili o sono sottoponibili a critica le due decisioni della Corte in esame che – in applicazione di quel criterio – hanno dichiarato non fondata la questione di costituzionalità della fattispecie di reato del favoreggiamento della prostituzione?

Innanzitutto è opportuno dissipare un equivoco in cui paiono incorrere non solo alcuni commentatori, ma anche le stesse ordinanze di rimessione che hanno dato poi origine alle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019, ovvero, e rispettivamente, quella della Corte di Appello di Bari e quella del Tribunale di Reggio Emilia.

Più in particolare, nella prima ordinanza si trova scritto che il deficit di determinatezza “si pone non tanto in relazione alla descrittività della condotta costitutiva del ‘favorire la prostituzione altrui’ ma alla correlazione di tale generica condotta con il raddoppio d’indeterminatezza connesso all’utilizzo dell’espressione ‘in qualunque modo’, di guisa che la sanzione penale pare davvero non conoscere limiti al suo spazio operativo”³⁰; nella seconda ordinanza si trova scritto che “la clausola in qualsiasi modo... è in grado di frustrare anche i più accorti tentativi di ricavare dal dato testuale una norma tassativa”³¹.

Quanto alla dottrina, è stato sostenuto che la formula “favorisce in qualsiasi modo la prostituzione altrui” «non lascia il cittadino esposto all’arbitrio del giudice; semplicemente stabilisce... che qualunque contributo agevolatore della prostituzione sarà punito... Il rafforzativo utilizzato dal legislatore, ossia l’espressione “in qualsiasi modo”, sembra voler escludere interpretazioni riduttive della norma, nel senso che l’intenzione è proprio quella di punire senza distinzioni tutti i contributi agevolatori»³².

L’equivoco al quale poco sopra si alludeva consiste nel fatto che sia le ordinanze di rinvio sia l’appena ricordata posizione dottrinale, pur addi-
venendo a conclusioni opposte in punto di violazione del principio di determinatezza, incentrano però le proprie argomentazioni sull’espressione linguistica “in qualsiasi modo”.

In realtà, le problematiche connesse al deficit di precisione della di-

³⁰ Così l’ordinanza di rimessione della Corte d’Appello di Bari del 6 febbraio 2018, rep. in *Dir. pen. cont.* 26 marzo 2018, 25.

³¹ Così l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Reggio Emilia del 31 gennaio 2019, rep. in *www.giurisprudenzapenale.com* 6 giugno 2019, 3.

³² F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *www.legislazionepenale.eu* 21 novembre 2019, 21, nonché già ID., *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino 2018, 218-219.

sposizione incriminatrice in esame non nascono affatto da tale espressione linguistica: essa, lungi dall'essere indeterminata, è anzi chiara nell'indicare che il reato di favoreggiamento della prostituzione è a forma libera e che dunque tutte le modalità attraverso le quali il favoreggiamento dovesse eventualmente estrinsecarsi sarebbero ricomprese nella sfera applicativa della disposizione incriminatrice³³.

In altri termini, tale reato non può essere sospettato di ledere il principio di determinatezza in quanto a forma libera.

Se così fosse, se ne dovrebbe trarre la seguente conclusione: la fattispecie prevista dall'art. 575 cod. pen., che incrimina l'omicidio, è indeterminata.

Infatti tale disposizione codicistica, che contempla un reato strutturato a forma libera in considerazione del fine di tutelare maggiormente il bene supremo della vita, sanziona penalmente la condotta di chi in qualunque modo cagioni la morte di un essere umano.

Eppure nessuno ha mai pensato di sospettare di indeterminatezza la fattispecie criminosa dell'omicidio.

Ma sussiste la seguente differenza fondamentale fra il reato di omicidio e quello di favoreggiamento della prostituzione.

Il primo è un reato d'evento perché tipicizza un evento esteriore – la morte di un uomo – come risultato concettualmente e fenomenicamente separabile dalla condotta e da questa legato in base ad un nesso di causalità: di conseguenza, non si pongono problemi in punto di determinatezza perché la forma libera della condotta è compensata dal disvalore dell'evento e dal legame causale che intercorre fra la condotta, che è libera, e l'evento, che è descritto.

Il secondo non è un reato per la cui consumazione si esige il verificarsi di un determinato effetto inteso quale evento o risultato naturale distinto, come tale, dalla condotta, bensì è un classico reato di pura condotta perché si perfeziona col compimento di una data condotta e in relazione ad esso il legislatore ravvisa un danno o un pericolo nel solo fatto che sia stata posta in essere quella data condotta³⁴: di conseguenza, nel reato di

³³ Forse le uniche condotte che non potrebbero mai dirsi favoreggianti possono essere considerate quelle omissive: in tal senso cfr. F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, 464.

³⁴ Non pare da condividere l'artificio consistente nel ritenere il reato di favoreggiamento reato di evento e a forma libera in quanto il favorire la prostituzione di altri – come miglioramento delle condizioni in cui si esercita il meretricio o dei risultati in termini di aumento del numero dei clienti – sarebbe effetto causalmente riconducibile al contributo agevolatore offerto dal soggetto agente: la tesi – sostenuta da F.P. LASALVIA, *“Libero sì, ma*

favoreggiamento della prostituzione «l'intero disvalore si condensa nella condotta»³⁵.

Da quanto appena osservato si può inferire che le problematiche relative al deficit di determinatezza sorgono non dall'espressione linguistica "in qualsiasi modo", bensì, se non addirittura già dal vocabolo "prostituzione"³⁶, certamente dal "concetto elastico" espresso tramite il

non a pagamento". Legge Merlin, sesso e diritto penale, in *Arch. pen.* (web) 11 marzo 2019, 4-5 – non sembra sostenibile perché al fine di qualificare come reato di evento un dato reato l'evento deve consistere, come ci insegna la più autorevole dottrina penalistica (cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, dodic. ediz. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano 1991, 229-230; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna 2019, 151), evidentemente in un risultato naturale e fenomenologicamente separabile dalla condotta.

³⁵ Così e in modo del tutto condivisibile A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 180.

Dopotutto un problema simile – e, anzi, ancor più grave rispetto ai reati di pura condotta ma pur sempre commissivi – si pone per i reati omissivi ed in particolar modo per quelli propri. Essendo infatti la condotta tipica nel reato omissivo – a differenza che nel reato commissivo – di consistenza non naturalistica, bensì normativa, essa non viene a materializzarsi nella produzione di un evento conforme al tipo da parte di un soggetto ed è dunque ben più arduo descriverla in sede di redazione del testo normativo: non a caso A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova 1988, 751, si esprime nel senso che «non è raro che i reati omissivi si pongano in contrasto col principio in questione [di determinatezza]».

³⁶ Questo profilo è di difficile risoluzione. Nella sent. n. 141 la Corte ha provveduto, sia pure, per sua stessa ammissione, "in via di prima approssimazione", a definire il termine "prostituzione" come "l'effettuazione di prestazioni sessuali verso corrispettivo, di norma in modo abituale e indiscriminato (senza, cioè, una previa limitazione a specifici partner)" (punto 4.1 del cons. in dir.). Sulla base di questa definizione gli elementi che caratterizzano la prostituzione sono i seguenti: è un'attività che è volta al soddisfacimento di una richiesta sessuale e che deve avvenire a fine di lucro (cfr. già R. PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino 1952, 146; P. NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1960, 247, i quali mettevano bene in evidenza l'esistenza nel codice del 1930 di una connessione fra il fine di servire all'altrui libidine e l'induzione, l'agevolazione e la costrizione alla prostituzione); è un'attività che di norma è esercitata professionalmente, ma che non è necessariamente abituale e continuativa ben potendo risultare concretata anche da una sola prestazione sessuale [cfr. in tal senso P. SANTORO, *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Nov.ssmo Dig. it.*, XIV, Torino 1967, 233, mentre in senso contrario cfr. F. LEONE, *Delitti di prossenetismo ed adescamento*, Milano 1964, 34, secondo il quale «nella sua accezione storico-tecnica il termine prostituzione è stato ed è usato per indicare un'attività professionale, o – al più – semiprofessionale, se vengono insieme esercitati altri "mestieri"»]; è un'attività che presenta come elemento riscontrabile nella normalità dei casi ma non indispensabile l'indiscriminatezza, ragione per cui essa può essere connotata dall'impossibilità di scegliere il partner ma può anche essere individuata qualora vi sia un cliente ben determinato [nel senso, invece, che «essenziale... alla nozione di prostituzione è la prestazione sessuale indiscriminata, senza cioè scelta del partner» cfr. G. PIOLETTI, *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino 1995, 276, il quale,

verbo “favorisce”: soltanto da tale “concetto elastico”, in mancanza di un

tuttavia, precisa che «l'indeterminatezza dei destinatari della prestazione non viene meno qualora la donna si conceda ad una categoria di persone avente certi requisiti» (p. 277 nota 23)]; è un'attività che – con la sola espressa eccezione, peraltro di dubbia costituzionalità, costituita dall'ipotesi del reato di induzione alla prostituzione che può verificarsi solo nei confronti di una donna – può essere posta in essere da parte sia, come normalmente avviene, di una donna sia di un uomo; è un'attività che può ovviamente essere sia omosessuale sia eterosessuale. Tuttavia, al di là del fatto che attualmente la prostituzione ha assunto le forme di un “fenomeno” variegato e multiforme come è comprovato dalla circostanza che vi sono numerose tipologie di prostitute/i e di clienti e che vi sono anche diversissimi contesti in cui operano le persone che si dedicano a tale attività [cfr. I. MERZAGORA, G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in A. CADOPPI (a cura), *Prostituzione e diritto penale*, Roma 2014, 38-55], qualche autore ha osservato che risultano comunque nebulosi taluni aspetti: innanzitutto la legge Merlin non chiarirebbe se l'atto prostitutivo necessiti, o meno, di un contatto fisico fra cliente e prostituta e dunque se nel “concetto” di prostituzione possa essere fatta rientrare la stessa prostituzione *on-line*; in secondo luogo non sarebbero determinati i criteri in base ai quali si possa stabilire se un atto possa qualificarsi sessuale o meno. Sulla base di queste argomentazioni si addivene alla conclusione – che peraltro condurrebbe a dover dichiarare incostituzionali tutte le fattispecie delineate dalla legge Merlin, ma che viene avversata da chi sostiene che, «non esistendo una ortodossia della sessualità, non è pensabile una definizione legislativa né dell'atto sessuale, né della prostituzione» (così F. GIUNTA, *La prostituzione: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.* 2013, Parte seconda, 480) – secondo cui «la mancata definizione di “prostituzione” non può più a lungo tollerarsi, e deve condurre a ritenere incostituzionali le fattispecie della legge in cui tale termine rileva, per violazione dell'art. 25, II co., Cost...»: così A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 172; anche A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione*, cit., 1619-1620, enfatizza «l'esigenza di limitare per via interpretativa... a monte... il concetto stesso di prostituzione, che rappresenta il *prius* logico-giuridico per l'interpretazione delle condotte vietate dall'art. 3 [della legge Merlin]». A nostro sommesso avviso questa tesi, in sé dotata di sicuro fondamento, non persuade appieno qualora – come fa la Consulta nelle sentt. n. 141 e n. 278 – la determinatezza della fattispecie del favoreggiamento della prostituzione venga misurata sulla base del criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice. Per sostenere il contrario dovrebbe essere dimostrato che il termine “prostituzione” è insuscettibile di interpretazione utilizzando i diversi criteri interpretativi e in particolare quello finalistico e quello sistematico. Tanto premesso, a questa conclusione non pare potersi pervenire in riferimento a tale termine perché l'utilizzo dei criteri interpretativi a disposizione del giudice penale – in aggiunta già allo stesso “sentire comune” – consentono di attribuire al termine stesso il significato di dazione del proprio corpo con particolare riferimento al compimento di atti sessuali in cambio di denaro o comunque di altra utilità economica e dunque a fine di lucro. Lo stesso termine “prostituzione” potrà poi essere oggetto di interpretazione o, meglio ancora, di “attualizzazione interpretativa” o anche di interpretazione estensiva – purché quest'ultima non mascheri una vera e propria operazione analogica *in malam partem* che, come tale, è costituzionalmente vietata – al fine di chiarire se affinché si possa integrare l'atto prostitutivo sia indispensabile la congiunzione carnale fra le parti o sia sufficiente anche una condotta meno “invasiva” ben esemplificata dalle effusioni, dai palpeggiamenti, dai baci o da altre azioni simili; analogamente sarà suscettibile di interpretazione la questione problematica volta a far luce sul profilo se sia strettamente

evento, il consociato può avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo del reato di favoreggiamento della prostituzione.

Innanzitutto pare fuori discussione che l'espressione linguistica "favoreggiamento" sia un "concetto elastico".

È ben vero che tutte le espressioni linguistiche sono sempre caratterizzate «da equivocità, incoerenza, porosità, vaghezza, a fronte di una realtà in continua evoluzione»³⁷ e dunque sono sempre connotate da un certo margine d'indeterminatezza³⁸: questo eccezion fatta per quelle che incorporano "concetti" numerici.

necessario, come tradizionalmente ritenuto, un contatto fisico tra i soggetti coinvolti con l'ovvia necessità della contestuale presenza degli stessi in un medesimo luogo o se invece sia possibile ritenere configurata la prostituzione anche nei casi in cui la prestazione consista, per esplicita richiesta del cliente, nel mero compimento di atti sessuali su se stessa da parte della persona che si prostituisce.

³⁷ Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 40-41.

³⁸ Da questo punto di vista può essere addotto l'esempio di un'ipotetica disposizione che incriminasse l'apertura di una finestra senza l'autorizzazione dei proprietari di edifici situati – poniamo – ad una distanza inferiore a dieci metri: ipotizzando che tale reato venga contestato a Tizio per aver egli realizzato un'apertura quadrata delle dimensioni di un metro per un metro sul muro della propria abitazione ad un'altezza di un metro e venti dal pavimento, coperta con un vetro infisso su ogni lato nel muro e pertanto non apribile, al fine di ritenere che il "concetto" di finestra – così come utilizzato nel linguaggio comune e non quindi in specifiche accezioni proprie del gergo giuridico o edilizio – copre anche l'ipotesi appena indicata è necessario assodare se, sulla base di elementi storici, teleologici e sistematici, a ciò non risulti ostativa l'impossibilità di affacciarsi dall'apertura. Come ben rileva F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*. I. *L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, 221, «il problema è molto più complesso di quanto non appaia a prima vista»: l'A. ben rileva che il disorientamento nasce dal fatto che nel linguaggio comune – recepito anche tendenzialmente dai dizionari – almeno tre sono le caratteristiche che consentono di qualificare un oggetto come finestra, ovvero la possibilità di ingresso della luce, quella dell'aria e la possibilità di rivolgere lo sguardo verso l'esterno, mentre non è rilevante o comunque decisiva la possibilità di affacciarsi sul fondo contiguo. Nell'esempio prima formulato, invece, sussistono, sì, l'ingresso della luce e la vista verso l'esterno, ma non si rinviene l'ingresso dell'aria e tuttavia – prosegue sempre l'A. – questo non significa che quei tre elementi caratteristici debbano essere compresenti: nello stesso linguaggio comune infatti quegli elementi sono quelli che «*più frequentemente* si ritrovano negli oggetti che i componenti di una data comunità linguistica *sono soliti* designare *con sicurezza* come finestra», ma «la semplice mancanza di una di tali caratteristiche in un oggetto concreto ancora non consente di escludere la sua riconducibilità linguistica al concetto in questione» (pp. 222-223); anzi – conclude lo stesso A. – una tale riconducibilità non può essere «senz'altro *esclusa*: la presenza di almeno *due* caratteristiche... nonché la somiglianza esteriore dell'oggetto di specie a molte finestre che ciascun parlante ha visto nella propria vita... indurranno probabilmente a considerare scarsamente rilevante il dato dell'impossibilità di aprire il vetro e, pertanto, di fare entrare aria esterna nell'abitazione» (p. 223).

Tuttavia, i “concetti elastici” sono individuabili in quelle espressioni linguistiche che, isolatamente considerate, presentano il grado massimo d’indeterminatezza³⁹.

Tale caratterizzazione è riscontrabile nell’espressione linguistica “favoreggiamento”⁴⁰: essa, in quanto tale, è «capace di spaziare fra ipotesi del tutto innocue e ipotesi di un qualche disvalore, anche se ben difficilmente si tratta di fatti di rilevante gravità (a differenza di quanto avviene con riguardo allo sfruttamento)»⁴¹.

Questo già di per sé è un «indizio sintomatico» della violazione del principio di determinatezza perché nel massimo grado d’indeterminatezza dell’espressione linguistica in esame è possibile rinvenire «non... l’esistenza di uno spazio interpretativo attribuito al giudice, bensì l’ambiguità, esplici-

³⁹ Nel caso dei “concetti elastici” potrebbe perfino risultare problematico convenire con quell’affermazione dottrinale – di per sé dotata di sicuro fondamento – secondo la quale «qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un “carattere semantico” da cui non può evadere senza diventare altro da sé: in altri termini, vi è sempre almeno un significato incompatibile con il senso fatto palese dalle parole: se le si dà questo significato non la si interpreta, ma la si “abroga” e si crea un’altra norma. Si passa, cioè, dallo *ius dicere* allo *ius condere*»: così G. GIOSTRA, *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.* 2012, 4900.

⁴⁰ Gli esempi di “concetti elastici” come tali connotati dal massimo grado di indeterminatezza non si fermano all’espressione linguistica “favoreggiamento”: l’opinione – alla quale chi scrive ritiene di aderire – di P.G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano 1972, 184, è che anche l’espressione linguistica “rissa” – tratta dall’art. 588 cod. pen. – sia altamente indeterminata atteso che essa è «per di più equivoca e controversa anche nel linguaggio comune» (così P.G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., 170) dal quale non è dato evincere quale sia il numero minimo di persone per poter configurare una rissa e, soprattutto, se debba esserci gioco-forza una colluttazione corpo a corpo o possa esserci anche uno scontro a distanza – come nel caso di conflitto a fuoco o di lancio di sassi – al fine di poter ritenere integrata una rissa.

⁴¹ Così A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 176. Dello stesso avviso in merito al termine “favoreggiamento” cfr., *inter alios*, F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, cit., 464, il quale parla di «generica formulazione»; F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova 1979, 402, il quale discorre di «significato assai vasto»; più di recente, A. MANNA, P. GUERCIA, *L’autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale*, cit., 232, i quali vi intravedono «sterminate possibilità ricomprenditive», nonché T. PADOVANI, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all’esame di costituzionalità*, in *www.geniusreview.eu* 2019-2, 10, il quale sottolinea che nel caso di favoreggiamento «la condotta tipica può identificarsi con qualsiasi comportamento che determini più facili condizioni per l’esercizio della prostituzione altrui, in rapporto ai mezzi, all’ospitalità, all’assistenza, alla protezione».

ta o latente, della valutazione normativa, e l'eccessiva estensione dell'area dei comportamenti storici abbracciati dalla previsione normativa»⁴².

Quel che più conta è che tale conclusione non cambia neanche ad applicare fedelmente il criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice.

Il giudice non può stabilire il significato dell'espressione linguistica "favoreggiamento" se non mediante un'operazione interpretativa che esorbita dall'ordinario compito allo stesso affidato e pertanto del tutto arbitraria, con la conseguenza che non risulta neppure rispettata la funzione, che la stessa Corte costituzionale, come già detto, assegna al principio di determinatezza⁴³, di garantire al destinatario della disposizione incriminatrice di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo.

Che l'utilizzo dei molteplici metodi interpretativi dei quali il giudice penale si può servire al fine di individuare il significato da attribuire all'espressione linguistica "favoreggiamento" si riveli del tutto infruttuoso può trovare conferma qualora si intenda fare riferimento in modo particolare ai due criteri interpretativi a cui il Giudice delle leggi fa espresso riferimento al fine di poter conferire un significato al "concetto elastico" presente nella disposizione incriminatrice, ovvero il criterio finalistico e quello sistematico.

Quanto al criterio teleologico, già lo stesso ricorso ad esso nel diritto penale è considerato da non pochi commentatori⁴⁴ fonte di incertezza, di ingiustizia e di contraddittorietà⁴⁵.

⁴² Entrambe le citazioni sono tratte da M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale*, cit., 126; addirittura, a giudizio di A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 778, «non si può neppure controllare la determinatezza e la tassatività della figura criminosa se la formula che ne esprime i confini, per la sua ambiguità, non consente un'interpretazione univoca, al di là di ogni ragionevole dubbio. La norma va perciò considerata *tamquam non esset* nella parte in cui il suo contenuto di incriminazione è dubbio».

⁴³ Già da tempo, in realtà, autorevole dottrina aveva potuto rilevare come il principio di determinatezza «abbia, tra gli altri, anche il compito di "avvicinare" ... i cittadini alla legge penale... Orbene, affinché tutto ciò sia possibile, è necessario che la fattispecie sia formulata in modo da poter giungere alla comprensione dei suoi destinatari... E tale comprensione è resa possibile... anche e soprattutto dal fatto che i cittadini possano tendenzialmente "riconoscere" nella fattispecie tipi di comportamento già esistenti nel comune patrimonio conoscitivo sociale»: così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 415.

⁴⁴ Per ragguagli sulla tesi sostenuta da questi studiosi – soprattutto tedeschi ma non solo – cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 298.

⁴⁵ Questo non da ultimo si giustifica tanto più in considerazione del fatto che è dif-

Ma, al di là di questo, a lasciare perplessi è la circostanza che l'applicazione di tale criterio al fine di conferire un significato all'espressione "favorisce la prostituzione" sconta il problema di non facile risoluzione consistente nell'individuazione del bene protetto dalla disposizione incriminatrice in esame.

Come dimostrano le oscillazioni della giurisprudenza di legittimità sotto questo profilo⁴⁶, la difficoltà risiede nell'appurare se la finalità della fattispecie di reato di favoreggiamento della prostituzione sia quella di tutelare il buon costume e la pubblica moralità o, invece, la libertà di autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce o, ancora, la dignità umana della stessa intesa, però, evidentemente in senso non soggettivo, bensì oggettivo e indisponibile e dunque quale bene che non può essere oggetto di contrattazioni.

Anche il ricorso al criterio sistematico crea già *ex se* non irrilevanti problematiche connesse alla non facile definizione del "concetto" stesso di "sistema"⁴⁷ e soprattutto in ordine ad esso si deve ugualmente predicare la scarsa utilità.

Se per sistema normativo si intende la legge Merlin, non risulta possibile chiarire il significato dell'espressione "favoreggiamento" attraverso una comparazione con le altre ipotesi delittuose dalla medesima previste e, anzi, rispetto ad alcune di queste risulta evidente la difficoltà di operare una distinzione⁴⁸.

Se per sistema normativo si intende, invece, più in generale l'ordina-

ficile appurare se il criterio finalistico debba intendersi riferito alla volontà soggettiva del legislatore storico o a quella oggettiva in chiave attualizzante del senso della norma: in riferimento a questa da sempre complessa tematica cfr., *inter alios*, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 298 e 328 ss., partic. 329; G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia* 2007, 112; G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, n. 3, 1117.

⁴⁶ Sulle oscillazioni della Cassazione in materia e sulle conseguenze che derivano dall'individuazione dell'uno anziché dell'altro fra i beni giuridici indicati sopra nel testo cfr. A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Arch. pen.* (web) 16 gennaio 2019, 7-11.

⁴⁷ ... nozione che «parte... dal mero riavvicinamento tra due disposizioni (o addirittura tra due commi della stessa disposizione) per arrivare all'unitarietà dell'ordinamento giuridico, passando per i principi»: così G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, cit., 1118, il quale conclude nel senso che, se il limite sistematico deve essere colto dall'interprete, allora «anche tale tipo di interpretazione si presta ad abusi».

⁴⁸ In tema cfr. L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXV, Roma 1991, 7.

mento giuridico con particolare riguardo alle altre disposizioni incriminatrici che contengono il “concetto elastico” di “favoreggiamento”, come si può pensare di attribuire un significato all’espressione “favoreggiamento” contenuta nella legge Merlin facendo riferimento ad un’espressione, sì, assolutamente identica, ma inserita in disposizioni che sanzionano penalmente condotte totalmente diverse rispetto a quella incriminata dalla suddetta legge Merlin?

Al fine di conferire determinatezza all’espressione linguistica “favoreggiamento” non sembra neppure possibile far riferimento al cosiddetto tipo normativo d’autore.

Si sostiene, più in particolare, che nella disposizione incriminatrice deve comunque potersi riconoscere, appunto, il “tipo normativo d’autore”, ovvero il tipo di soggetto autore del reato o quanto meno il tipo di bene giuridico tutelato oppure il tipo di condotta offensiva del bene giuridico protetto: questo “tipo criminoso” «può essere più o meno elastico»⁴⁹, ma non può non risultare presente nella disposizione penale.

Muovendo dalla premessa secondo la quale il “tipo normativo d’autore” deve essere inteso in chiave non repressiva, bensì garantista, si conclude che la sua presenza nella disposizione incriminatrice consente all’interprete di far ricorso a «criteri valoriali»⁵⁰ volti a restringere la portata applicativa di espressioni linguistiche contenute nella stessa disposizione che letteralmente risultano – o possono risultare – ambigue⁵¹.

L’applicazione di questa tesi incentrata sul tipo normativo d’autore al reato di favoreggiamento della prostituzione conduce alla seguente conclusione: per essere penalmente rilevante l’attività di favoreggiamento deve, sì, estrinsecarsi in un ausilio diretto non alla prostituta, bensì all’attività della stessa, ma è condizione imprescindibile la realizzazione di una pluralità di condotte ausiliatrici perché fin già dai primi anni di applicazione della legge Merlin si è ritenuto che il reato fosse abituale, ovvero che al fine di ritenere concretata tale fattispecie criminosa non fosse sufficiente un unico atto.

⁴⁹ Così A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Arch. pen.* (web) 2013, n. 3, 4.

⁵⁰ Così sempre A. MANNA, *op. e loc. cit.*

⁵¹ In tal senso cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 107, secondo il quale la struttura del “tipo criminoso” «è destinata... a dire sempre qualcosa di più rispetto alle semplici ‘parole’ quali si desumono dalla formulazione letterale della preposizione legislativa».

Si conclude così che in riferimento al “concetto” di favoreggiamento «l’abitudine fa emergere il tipo normativo d’autore»⁵².

La tesi non lascia persuasi.

In primo luogo in linea generale il criterio del “tipo normativo d’autore” non solo è contestato da una parte della dottrina⁵³, ma anche in sede di giudizio di costituzionalità ha ricevuto applicazioni del tutto sporadiche al fine di misurare il rispetto del principio di determinatezza⁵⁴.

In secondo luogo, anche ad ammettere di voler accogliere tale criterio, non pare che esso possa essere applicato con specifico riferimento al reato di favoreggiamento della prostituzione: è tutto da dimostrare, infatti, che il “tipo criminoso” del favoreggiatore della prostituzione altrui sia connotato necessariamente nel senso dell’abitudine perché, anzi, la più recente giurisprudenza di legittimità sembra orientarsi proprio nella direzione opposta, ovvero in quella di ricondurre la fattispecie di reato in esame nella categoria dei reati eventualmente abituali⁵⁵.

In realtà, il “concetto” di “favoreggiamento” sarebbe potuto essere ritenuto esente da criticità in punto di determinatezza solo qualora il legislatore avesse, a titolo esemplificativo, descritto analiticamente gli specifici comportamenti, le situazioni o gli oggetti in cui si sostanzia tale “concetto”⁵⁶ oppure allo stesso avesse “affiancato” una definizione legislativa, ovvero avesse provveduto, attraverso una sorta di interpretazione autentica⁵⁷, a dichiarare o comunque a precisare il significato del “concet-

⁵² Così A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., 3.

⁵³ In tal senso cfr. le perspicue osservazioni di F.C. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1205-1206.

⁵⁴ Possono essere al proposito ricordati soltanto i rari casi delle decc. n. 247 del 1989 e n. 35 del 1991.

⁵⁵ Per numerosi esempi di recenti sentenze della Cassazione in tal senso cfr. G. BAFFA, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione*, cit., 11 note 32 e 33.

⁵⁶ Un’osservazione analoga era, sia pure implicitamente, già presente nel lavoro di A.A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova 1970, 58-59, il quale evidenziava «l’incoerenza tecnica d’una normazione che conclude una dettagliata enunciazione di *figurae criminis* con il suggello, tutt’altro che coerente, d’una formula nebulosa proprio perché “onnicomprendiva”» nonché «l’impiego iniziale d’una precisazione minuziosa e casistica... ed altresì la contraddizione tra questa e la formula conclusiva che, al postutto, parrebbe sufficiente a ricomprenderne da sola i contenuti»: l’Autore concludeva rilevando che «dopo aver descritta una serie di comportamenti che appaiono casi “specifici” di favoreggiamento... il legislatore ne propone una figura più generica, suscitando così la netta sensazione d’una sua connotazione “sussidiaria”» (p. 64).

⁵⁷ Cfr., per la giurisprudenza costituzionale, la sent. n. 15 del 2012 in cui si trova

to” medesimo mediante una definizione al fine di prevenire o comunque di limitare l’insorgenza di contrasti interpretativi⁵⁸.

Non convince neppure il riferimento, operato dalla Consulta nella sentenza n. 141 del 2019, alla pronuncia del 21 novembre 2016, n. 641 del Tribunale costituzionale portoghese in ordine alla disciplina che incrimina il cosiddetto lenocinio semplice⁵⁹: si tratta della condotta posta in essere da chi, “professionalmente o comunque a fine di lucro, fomenta, favorisce o facilita l’esercizio della prostituzione da parte di altra persona”.

È ben vero che quella decisione ha negato – anche se con due rilevanti opinioni dissenzienti di cui una del Presidente del Tribunale⁶⁰ – che tale disposizione possa ritenersi costituzionalmente illegittima in quanto indeterminata; tuttavia, è altrettanto vero che, rispetto all’omologa disposizione incriminatrice italiana in tema di favoreggiamento della prostituzione, quella disposizione è molto più precisa nella misura in cui punisce chi “professionalmente” o “a fine di lucro” favorisce l’altrui

scritto che la legge di interpretazione autentica non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora abbia “lo scopo di chiarire... situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo... a tutela della certezza del diritto e dell’eguaglianza dei cittadini...” (punto 3.2 del cons. in dir.); in dottrina mette molto bene in evidenza le particolarità che connotano l’interpretazione autentica in cui si sostanzia la definizione legislativa R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi*, Milano 2001, 139.

⁵⁸ Si mostrano favorevoli al ricorso alle definizioni legislative anche F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., il quale, pur precisando a monte che «l’utilizzazione delle definizioni specificative non è un obbligo imposto al legislatore dall’art. 25 Cost.» (p. 396), ritiene però possibile «utilizzare dei termini definienti, che a loro volta non siano definibili mediante altri termini, bensì mediante definizioni ostensive, cioè mediante indicazione diretta degli oggetti reali, ovvero mediante termini del così detto linguaggio “cosale”, cioè designanti proprietà determinabili con l’osservazione diretta, ovvero ancora mediante “giudizi elementari”» (p. 382) per quanto lo stesso A. ammonisca che le definizioni devono essere utilizzate «prudentemente, in quantità limitata e in special modo là dove sia necessario modificare il significato comune oppure supplire alle incertezze manifestate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, o dove la delicatezza della materia imponga una netta presa di posizione del legislatore» (p. 397); P. SIRACUSANO, *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, 754, il quale rileva che, «se a loro volta precise, le definizioni legali innalzano il tasso di precisione del *definiendum*, ponendosi come fattore di stabilizzazione di un elemento più o meno “critico” della fattispecie incriminatrice o addirittura di un settore di fattispecie incriminatrici»: l’Autore tuttavia avverte anche che «se troppo numerose... le definizioni legali rischiano di “ingolfare” il sistema penale».

⁵⁹ Trattasi dell’art. 169, comma 1 cod. pen. portoghese.

⁶⁰ Quest’ultimo, come ben ricorda A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, cit., 4, oltretutto è l’autorevole professore di diritto penale Manuel Da Costa Andrade.

prostituzione. In altre parole, la disposizione portoghese circoscrive la fattispecie dal momento che dalla sua portata applicativa risultano escluse tutte quelle condotte che, pur se astrattamente favoreggianti, tuttavia non sono poste in essere “professionalmente” o “a fine di lucro”, mentre la sfera applicativa della corrispondente disposizione dalla legge Merlin non è delimitata in alcun modo.

D'altra parte, il problema non può essere risolto sulla base dell'argomentazione – spesa dalla Corte – secondo la quale il “concetto” di “favoreggiamento” è “di ampio e sperimentato uso nell'ambito del diritto penale”⁶¹: l'argomentazione appare sbrigativa non foss'altro perché la circostanza che a questo “concetto” il legislatore ricorra frequentemente non significa automaticamente che lo stesso sia esente da criticità costituzionali in punto di determinatezza⁶².

Non può neppure rappresentare la soluzione del problema il tentativo del Giudice delle leggi di offrire nella sentenza n. 141 del 2019 una definizione del “concetto” in esame: la Corte riprende letteralmente una definizione già proposta in dottrina da un commentatore⁶³ e rileva così che “la lata formulazione della disposizione fa sì che essa si presti a reprimere le più svariate condotte che valgono a rendere più facile, comodo, sicuro o lucroso l'esercizio della prostituzione altrui”⁶⁴.

L'operazione in esame non convince sotto due profili ben distinti fra di loro.

Sotto un primo profilo l'operazione non persuade “in punto di metodo”.

In primo luogo essa non emerge dal dispositivo, ma può essere colta solo da una lettura della motivazione: la qual cosa non è senza significato perché è ben vero che i dispositivi delle sentenze di accoglimento non possono essere completati «con ulteriori statuizioni di cui essi non pre-

⁶¹ Così sia la sent. n. 141 (al punto 8 del cons. in dir.) sia la sent. n. 278 (al punto 3.3 del cons. in dir.).

⁶² Si deve anzi osservare che in dottrina anche altre disposizioni incriminatrici che utilizzano il “concetto” di favoreggiamento sono state sospettate di illegittimità costituzionale per contrasto proprio col principio di determinatezza: si pensi soltanto al favoreggiamento personale di cui all'art. 378 cod. pen. del quale è stato detto che esso sanziona penalmente una condotta che costituisce un «autentico allontanamento» dall'esigenza di determinatezza dal momento che dalla formulazione della disposizione incriminatrice non risulta possibile «selezionare i comportamenti vietati, posto che non tutte le forme di aiuto possono essere ricondotte all'incriminazione» [così M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino 2000, 150].

⁶³ Il riferimento è a G. PIOLETTI, *Prostituzione*, cit., 287.

⁶⁴ La citazione è tratta dal punto 4.3 del cons. in dir.

sentino traccia»⁶⁵, ma è altrettanto vero che a tali sentenze viene pacificamente ritenuto applicabile il cosiddetto canone della totalità in virtù del quale «il dispositivo non può compiutamente e correttamente intendersi senza il sussidio della motivazione»⁶⁶.

In secondo luogo – e ciò è quel che più conta – la formulazione del reato di favoreggiamento della prostituzione risulta di fatto affidata non solo alla “volontà” del legislatore, ma anche, in aggiunta, all’integrazione operata da parte della sentenza della Corte costituzionale.

Che la Corte possa integrare il precetto della fattispecie criminosa in esame è operazione che *ex se* si presta già ad essere censurata qualora si muova dal presupposto secondo il quale il Giudice delle leggi non può “creare diritto” e dunque esercitare «*la funzione politica per eccellenza*»⁶⁷.

Alcuni costituzionalisti anche recentemente hanno sostenuto, infatti, che nei casi – ritenuti copiosi⁶⁸ – in cui la Corte costituzionale non si mantiene nei «*confini* della sua legittimazione» si verifica quello che viene definito il «suprematismo giudiziario»⁶⁹.

Uno degli esempi, che sono stati a questo proposito adottati, viene tratto proprio dalla materia penale e più in particolare dall’innovativo orientamento giurisprudenziale che il Giudice delle leggi ha assunto di recente in merito al sindacato sul *quantum* della sanzione penale⁷⁰: è stato così sostenuto che in questo ambito la Corte «ha scardinato la consolda-

⁶⁵ Così A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1963, 370.

⁶⁶ Così R. GRANATA, *Le sentenze e le ordinanze “autointerpretative” della Corte costituzionale fra “novazione” e “ricognizione” del precedente* decisum, Milano 2009, 11; già A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 369-370, aveva fin dagli anni sessanta del secolo scorso rilevato che «benché la giurisprudenza costituzionale conosca esempi di rinvio dal dispositivo alla motivazione... anche ovi manchi un simile richiamo espresso (in realtà superfluo) non può non ammettersi un analogo tacito legame, dato che la funzione di giustificare ed illustrare il dispositivo è istituzionalmente propria della motivazione».

⁶⁷ Così A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2019, n. 2, 282.

⁶⁸ Rileva A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 252, che «la prassi di questi sessant’anni ha dimostrato che i nostri giudici [costituzionali] sono stati molto refrattari a delimitare il proprio agire in un *letto di Procuste* fatto di forme e codicilli».

⁶⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251, il quale specifica che la definizione di “suprematismo giudiziario” evoca «un’attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare “realtà” o “forme” nuove rispetto a quelle dell’ordinamento vigente» (p. 252 nota 1).

⁷⁰ Su tale nuovo orientamento della Consulta cfr., volendo, diffusamente A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del*

ta regola delle *rime obbligate* come limite agli interventi additivi in materia penale»⁷¹, ha applicato l'«inedito postulato delle *rime ormai libere*»⁷² e dunque di fatto «si sostituisce ormai al legislatore: stabilisce il disvalore sociale di una condotta individuale e, quindi, prescrive la relativa sanzione»⁷³.

Seguendo questa tesi dottrinale, anche in riferimento all'integrazione, operata dalla Consulta in sede di motivazione, della formulazione del reato di favoreggiamento della prostituzione si dovrebbe addivenire alla seguente conclusione: nella fattispecie si verifica un caso di “suprematismo giudiziario” e dunque una violazione del principio della separazione dei poteri inteso come «bene assoluto» la cui struttura non può essere minata pena l'«instaurazione di fatto di un *diverso* ordinamento»⁷⁴.

La tesi dottrinale, su cui poc'anzi è stata focalizzata l'attenzione, è stata fatta oggetto, in realtà, di più di una critica da parte di alcuni costituzionalisti: più in particolare, è stato rilevato che «la causa prima dei supposti “sconfinamenti” della Corte andrebbe cercata nell'abulia del legislatore che, non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l'ha costretta a farlo, non fornendo ad essa strumenti utili per lavorare adeguatamente»⁷⁵.

In ogni caso, al di là della condivisione, o meno, dell'assunto del “suprematismo giudiziario” inteso nei termini poco addietro delineati, l'operazione della Corte volta ad integrare, nella parte motivazionale della sentenza, il reato di favoreggiamento della prostituzione appare censurabile “in punto di metodo” qualora si muova da un presupposto, sì, non incontrovertito⁷⁶, ma comunque da sempre sostenuto da autorevole dottrina: si tratta del presupposto secondo cui il principio di determina-

Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione, in *Consulta on line (Numero speciale - Liber Anicorum per Pasquale Costanzo)*, aprile 2020, 1-54.

⁷¹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

⁷² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

⁷³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268.

⁷⁴ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 284.

⁷⁵ Così – rispondendo in chiave critica proprio ad Andrea Morrone – R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.* 2019, n. 4, 760.

⁷⁶ Come chi scrive ha già osservato altrove – cfr., volendo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008, 348-349 nota 505 –, questo presupposto, una volta accolto, potrebbe produrre l'“inconveniente” di inibire molte decisioni in materia penale da parte della Corte costituzionale.

tezza deve essere ritenuto valevole nei riguardi non solo del legislatore, ma anche della stessa Corte costituzionale⁷⁷.

Sotto un secondo profilo a non convincere è “in punto di merito” proprio la stessa definizione del “concetto” di favoreggiamento della prostituzione fornita dalla Corte.

Da tale definizione sembra potersi inferire che la disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione è precisa nel voler punire tutte – il che dovrebbe voler dire nessuna esclusa – le condotte che rendono l’esercizio della prostituzione “più facile, comodo, sicuro o lucroso”: posta tale premessa, ne consegue allora una lesione del principio di frammentarietà.

In virtù di tale principio, che viene tratto da un’interpretazione sistematica a livello costituzionale⁷⁸, la “sfera d’azione” del diritto penale non può essere estesa a qualsiasi aggressione proveniente da terzi

⁷⁷ In tal senso cfr. F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3 – Rapporti civili – Artt. 24-26*, in *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 258; D. PULITANÒ, *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.* 1982, IV, 323; F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, 349-350; da ultima, I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.* 25 maggio 2020, 483 nota 18. In ogni caso, anche qualora fosse negata la validità di questo presupposto, l’integrazione del precetto penale attraverso il ricorso alla motivazione della decisione costituzionale non raggiunge il risultato voluto nel senso che «rende meno chiara la norma penale...»: così M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1998, 351-352; in senso analogo cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano 2015, 57.

⁷⁸ Su tale interpretazione sistematica cfr. per tutti, per l’autorevolezza della fonte, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova 1992, 58-59. In tema comunque la dottrina penalistica si esprime in modo non uniforme: mentre alcuni autori ritengono che il principio di frammentarietà sia, più che un rigoroso limite per il legislatore, solo un criterio informatore o di indirizzo al punto tale da risultare normalmente non utilizzabile come parametro di costituzionalità da parte della Corte costituzionale (in tal senso cfr. lo stesso F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 24; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.* 2001, V, 35), altri autori – la cui opinione pare a chi scrive del tutto preferibile – sostengono che il principio di frammentarietà è un limite rigoroso non solo per il legislatore, ma anche per il giudice al quale impone di interpretare la norma incriminatrice restrittivamente e dunque di applicare la stessa solo rispetto a quei casi che «con certezza sono ricompresi nell’area semantica della disposizione criminosa» [entrambe le ultime citazioni sono tratte da F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 520, il quale peraltro, come si dirà in alcune delle successive note, fa assumere un’importanza fondamentale al principio di frammentarietà nel nostro ordinamento costituzionale].

nei confronti del bene protetto dalla disposizione incriminatrice, bensì deve essere circoscritta soltanto ad alcune modalità di aggressione di quel bene: in altri termini, la norma penale ritaglia fra le infinite possibili forme di aggressione al bene da essa tutelato solo quelle più significative e più caratterizzate e proprio per questo motivo è possibile evitare di incentrare tutta la valutazione penalistica sulla personalità del soggetto e di costruire un diritto penale fondato sulla pericolosità soggettiva del tipo di autore⁷⁹.

Se in base al principio di frammentarietà le varie disposizioni incriminatrici non devono porsi «l'una accanto all'altra senza soluzioni di continuità, così da identificare un campo di illiceità uniforme, continuo, di cui è impossibile scorgere i confini»⁸⁰, risulta allora evidente lo stretto collegamento fra tale principio, da una parte, e il “valore” della libertà individuale e il principio di determinatezza, dall'altra: l'imprecisione e l'eccessiva elasticità della fattispecie infatti fanno sì che «il campo dell'illiceità diventi un *continuum* nel quale il valore della libertà viene sospinto e compresso ai margini del sistema»⁸¹.

⁷⁹ In tal senso in modo approfondito cfr. C. FIORE, *Diritto penale*, Parte Generale, Volume Primo, *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale – Il reato*, Torino 1993, 8.

⁸⁰ Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 172, il quale specifica che «il diritto penale non può punire che le azioni più gravi e non anche quelle solamente riprovevoli» e non a caso – conclude l'A. – è proprio la frammentarietà del diritto penale da un lato a garantire «la sua conciliabilità col principio di libertà» e dall'altro ad essere attuata «proprio dalla determinatezza di formulazione delle singole fattispecie, che – se “ben delimitate” – risultano l'un l'altra separate da più o meno ampie zone di liceità».

⁸¹ Così F.C. PALAZZO, *op. e loc. ult. cit.*, il quale conclude osservando finemente che il rispetto del principio di determinatezza limita la realizzazione dei “valori” sostanziali perché «l'accertamento in concreto e la conseguente punibilità delle offese recate ai valori tutelati dovranno essere necessariamente circoscritti solo a quelle azioni che siano conformi al tipo ben determinato nella fattispecie» (p. 173): da ciò l'A. trae l'ulteriore conclusione per la quale «non è dubbio che l'ambito di tutela di un certo valore trova un limite invalicabile nella determinatezza della fattispecie. Tuttavia, fare a meno della determinatezza non significa... solamente ampliare l'ambito di tutela di un certo valore, ma in definitiva accogliere, più o meno consapevolmente, una filosofia integralistica ed assolutistica» (p. 173) e dunque «“frammentarietà”... significa... limite necessario ad un totalitarismo di tutela...» (p. 414); più di recente in senso in buona sostanza analogo cfr. C. CASSANI, *L'insider trading tra indeterminazione ed eccesso di delega*, in *Giur. comm.* 2005, II, 122, secondo cui, «se la rilevanza penale deve essere limitata ad alcune (soltanto) forme di offesa dei beni tutelati, si pone l'esigenza di specificarne in modo preciso i contenuti», nonché R. PALAVERA, *Il penalista e il suo partito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, Pisa 2018, 150, la quale discorre di «un terremoto di ampie dimensioni» interessante il principio di determinatezza proprio alludendo ad una crisi a sua volta del

Tanto premesso, è evidente che ritenere punibile a titolo di favoreggiamento tutte le più svariate condotte che valgono a rendere più facile, comodo, sicuro o lucroso l'esercizio della prostituzione altrui non significa altro se non che tradurre la relativa fattispecie di reato prevista dalla legge Merlin non in un illecito di modalità di lesione, bensì in un illecito di semplice lesione: di conseguenza, ne discende una violazione del principio di frammentarietà e, insieme, del principio di determinatezza.

D'altra parte, la portata e gli effetti della definizione di favoreggiamento data dalla Corte non possono risultare mitigati dal riferimento, che opera la stessa Corte nelle due sentenze del 2019 in esame, al principio di offensività cosiddetto in concreto.

Osserviamo la questione in modo più approfondito.

I giudici costituzionali in entrambe queste pronunce destituiscono di fondamento la censura relativa alla violazione del principio di offensività cosiddetto in astratto del reato, ovvero di quel principio, costituzionalmente fondato⁸², che richiede al legislatore di reprimere soltanto quei fatti che, nella loro configurazione tipica, presentino un contenuto plausibilmente offensivo.

A giudizio della Corte è viziato in partenza il ragionamento su cui si basano le ordinanze di rimessione: in virtù di questo ragionamento risulta concretata una lesione di tale principio perché le condotte dei terzi che agevolano la prostituzione pienamente volontaria non ostacolano ma, al contrario, facilitano la piena attuazione della libertà di autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce.

principio di frammentarietà causata dalla diffusione della tecnica «*non selettiva...* della "penalizzazione a tappeto" ... perseguita con tecniche di normazione non commendevoli (quali le clausole sanzionatorie di chiusura, spesso imperniate sulla pura trasgressione, o il "sistema del rinvio" a fonti subordinate)».

⁸² Come è noto, la circostanza che il principio di offensività in astratto sia un principio inespresso in quanto formalmente non contemplato in Costituzione non ha impedito al Giudice delle leggi di predicarne il fondamento costituzionale perlomeno a partire dalla sent. n. 360 del 1995; si è dimostrata dello stesso avviso – sia pure con alcune isolate eccezioni (cfr. R. RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui: considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova 2007, 160, secondo il quale il principio di offensività in astratto «individua un principio 'informatore' a contenuto essenzialmente 'argomentativo'») – anche la dottrina assolutamente dominante (a partire dall'intuizione di M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969, 8-9: su tale pensiero di Marcello Gallo cfr. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Scritti in onore di Marcello Gallo. Scritti degli Allievi*, Torino 2004, 89 ss., spec. 106 ss., ma comunque in tema è centrale l'opera di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, *multis locis*).

Il bene tutelato dalla disposizione incriminatrice in esame è in realtà individuabile – rileva il Giudice delle leggi – non già nella libertà di autodeterminazione sessuale, bensì nei “diritti fondamentali... delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta” i quali devono essere ritenuti indisponibili e irrinunciabili da parte del soggetto che pure abbia del tutto volontariamente scelto di prostituirsi⁸³: questo – osserva ancora la Consulta – tanto più che la linea di confine fra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale tramite un accertamento *ex post* affidato al giudice penale⁸⁴.

Tuttavia, in tutte e due le sentenze in esame è presente il seguente inciso finale: “resta d’altra parte ferma, in ogni caso, l’operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva”⁸⁵.

Il principio di offensività cosiddetto in concreto si sostanzia in un criterio interpretativo-applicativo.

Tale criterio presuppone una disposizione incriminatrice già dotata, nella sua dimensione astratta, di un contenuto di disvalore concepibile in termini di offesa ad un bene giuridico, ma al contempo, sul piano concreto della manifestazione “naturalistica” del reato, attribuisce al giudice comune il compito di valutare se una specifica condotta, pur astrattamente riconducibile al paradigma normativo, fuoriesca dal campo di applicazione della fattispecie perché in realtà priva di attitudine lesiva.

⁸³ Sulla centralità della distinzione fra la dignità come “valore” disponibile e la dignità come “valore” irrinunciabile da parte dell’individuo cfr., volendo, A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di remissione alla Corte costituzionale*, in *Consulta on line* 22 marzo 2018, partic. 134-136.

⁸⁴ In merito a quest’ultima precisazione da parte della Corte è stato criticamente osservato che essa si fonda su «una generalizzazione che mal si attaglia alla rilevanza dei problemi in gioco»: così F. BACCO, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della Consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in *www.sistemapenale.it* 2020, n. 7, 13-14; in senso in buona sostanza analogo cfr. B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, 1675-1676, nonché – anche con osservazioni di più ampia portata – P.F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quad. cost.* 2020, n. 1, partic. 120-121.

⁸⁵ Tanto questa quanto la precedente citazione sono tratte sia dalla sent. n. 141 (punto 7.3 del cons. in dir.) sia dalla sent. n. 278 (punto 3.1 del cons. in dir.).

Non è superfluo sottolineare che la mancanza di offensività in concreto della condotta dell'agente non radica alcuna questione di costituzionalità, bensì implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario.

Questo inciso finale può forse avere qualche possibilità di applicazione qualora si aderisca alla tesi, sostenuta dalla Corte, secondo la quale il bene protetto dalla disposizione che incrimina il favoreggiamento deve essere individuato nei diritti fondamentali delle stesse persone che si prostituiscono per scelta.

Muovendo da questo assunto, si può ritenere infatti che il riferimento compiuto al principio di offensività in concreto sia volto semplicemente a rammentare al giudice l'esigenza di lasciare esenti da pena nel caso al suo esame quelle condotte che in sede processuale risultino materialmente prive di efficacia favoreggiante rispetto all'esercizio dell'attività di prostituzione⁸⁶.

Ma non pare possibile ritenere che quello stesso riferimento possa essere utilizzato nell'ottica di conferire o di recuperare determinatezza in chiave ermeneutica alla disposizione incriminatrice⁸⁷.

⁸⁶ Si esprime così – ancorché solo in parte – anche S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *Dir. pen. cont.* 8 luglio 2019, 1 ss. In senso del tutto diverso cfr. R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum Quad. cost.* 26 novembre 2019, 10-11, il quale rileva che l'affermazione della Corte in base a cui nella larghissima maggioranza dei casi è altamente problematico verificare sul piano processuale se la prostituta abbia, o meno, scelto il suo "mestiere" in modo libero e consapevole non porta con sé l'automatica conclusione secondo cui tale verifica non è possibile, ma implica solo che ciò è «difficile, ma non impossibile» ed allora – a giudizio dell'A. – il riferimento al principio di offensività in concreto ha un significato qualora sia inteso come una sorta di autorizzazione conferita dal "sistema" al giudice comune a superare l'*id quod plerumque accidit* nel caso in cui le particolarissime condizioni che caratterizzano il caso concreto sottoposto al suo esame consentano allo stesso di esprimersi nel senso dell'assoluta volontarietà della scelta di prostituirsi; M. PICCHI, *Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione. (Brevi osservazioni sulla sentenza n. 278/2019)*, in *Forum Quad. cost.* 29 febbraio 2020, 370, secondo la quale il riferimento al principio di offensività in concreto operato dalla Corte consente ai giudici comuni «di escludere la configurabilità del reato laddove le condotte abbiano riguardato prostitute che non si trovano in uno stato di vulnerabilità».

⁸⁷ Anche altri costituzionalisti hanno esplicitamente sostenuto la tesi da noi espressa sopra nel testo sia pure con osservazioni non riferite specificamente al reato di favoreggiamento della prostituzione: cfr. A. ODDI, *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 620, il quale bene osserva che «l'interpretazione adeguatrice in chiave di offensività concreta non può mai supplire, di per sé, al difetto di determinatezza o di offensività

Eppure viene sostenuta proprio la seguente tesi: il bene tutelato dalla disposizione in esame deve essere identificato nella sola libertà di autodeterminazione sessuale; la condotta non configura il reato qualora essa, pur se astrattamente riconducibile ad un favoreggiamento, non sia, al contempo, lesiva di tale libertà perché la prostituta ha scelto volontariamente il suo “mestiere”; sarà il giudice a dover appurare in sede processuale il carattere assolutamente volontario di tale scelta; in caso di esito positivo di questa verifica lo stesso giudice potrà così concludere che la condotta concretamente posta in essere dal soggetto non offende né pone in pericolo il bene tutelato proprio a causa della mancanza di offensività in concreto⁸⁸.

Non v'è dubbio che il giudice comune non sia vincolato affatto alle indicazioni del Giudice delle leggi relativamente all'individuazione del bene protetto da una certa disposizione incriminatrice: dopotutto «nessun'altra autorità che non sia quella puramente di fatto che è propria dei meri precedenti giurisprudenziali può avere, rispetto agli altri giudizi

astratta della fattispecie penale, se non a costo di una palese violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. Ritenere che il *deficit* della previsione legislativa possa essere colmato *ex post* per via giurisprudenziale significa sostituire il giudice al legislatore, trasferendo sul primo (politicalmente irresponsabile) il compito (squisitamente politico) di selezionare i comportamenti punibili e sollevando il secondo, oltreché dalla responsabilità di tali scelte, da un preciso dovere costituzionale» e conclude così nel senso che «il richiamo all'esigenza di offensività concreta rischia di suonare come una sorta di *abracadabra*, che qui, però, non produce alcun effetto reale: la vaghezza del *Tatbestand* ipotizzato dal legislatore resta, lasciando inevitabilmente campo libero tanto ai soggettivismi ideologici e culturali del giudicante quanto ai mutevoli condizionamenti del momento storico»; in senso contrario, fra i penalisti, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 239, il quale osserva che «il binomio offensività-determinatezza... quasi due facce della stessa medaglia... si offrono come vettori, e garanti, della riconoscibilità del messaggio normativo» e conclude così che in tal modo la determinatezza «si offre non solo come tecnica di corretta tipizzazione formale del precetto, ma anche come osservatorio privilegiato sul contenuto di disvalore del fatto, ovvero sul “tipo di offesa rispetto al valore”» (p. 239 nota 80), nonché, da ultima, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 306 e 331, la quale osserva che «il bene giuridico, se sufficientemente “determinato”, rappresenta uno degli strumenti privilegiati per pervenire a una “precisione” e a una “selezione” delle condotte penalmente rilevanti e, quindi, per superare eventuali dubbi di determinatezza».

⁸⁸ In questo senso cfr. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 213-214, il quale caldeggia una reinterpretazione in chiave di offensività del reato di favoreggiamento della prostituzione. Lo stesso Autore ha ribadito questa conclusione anche recentemente: cfr. A. CADOPPI, *Il “bicchiere mezzo pieno”. Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione*, in *Arch. pen.* (web) 15 dicembre 2020, 12-13.

(costituzionali e comuni), in cui venga in questione il testo legislativo di cui trattasi, l'interpretazione... data dalla Corte a quel testo»⁸⁹.

Ma, se il giudice si orienta nel senso di ritenere che il bene tutelato dalla disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione sia quello della libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta, lo stesso non può utilizzare il criterio dell'offensività in concreto al fine di plasmare la disposizione che incrimina il favoreggiamento nel tentativo di renderla determinata, ma eventualmente deve sollevare la questione di costituzionalità di tale disposizione sulla base del parametro costituzionale dell'offensività in astratto: quest'ultimo infatti, per i motivi già esplicitati, risulta violato nella misura in cui si ritiene che il bene protetto sia quello identificabile nella libertà di autodeterminazione sessuale.

Al di là di quanto da ultimo osservato, l'indeterminatezza dell'espressione "favorisce" supera, ovvero rende del tutto ininfluenza, la volontarietà, o meno, della scelta relativa all'attività prostituitiva.

La realtà è che non risulta chiaro in che cosa si estrinsechi la condotta atta a favorire l'altrui prostituzione ancorché non liberamente esercitata: di conseguenza, il reato di favoreggiamento della prostituzione deve essere ritenuto ugualmente incostituzionale per violazione del principio di determinatezza anche qualora esso sia circoscritto all'ipotesi di condotta favoreggiante nei confronti di una persona che abbia compiuto la scelta di prostituirsi in uno stato di soggezione psicologica o che addirittura sia stata forzatamente costretta ad effettuarla.

4. *La disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione e il principio di determinatezza: scenari futuri e ipotesi di soluzione*

L'ultimo profilo su cui è interessante soffermarsi è racchiuso nel seguente quesito: le due decisioni pronunciate dalla Consulta nel 2019 mettono la "parola fine" alla possibilità di dichiarare incostituzionale la disposizione sul favoreggiamento in base alla ritenuta sua vaghezza?

Innanzitutto si può ragionevolmente pronosticare che, qualora fosse risolta la questione, la Corte dichiarerebbe la stessa non fondata o addirittura manifestamente tale trattandosi di questione già risolta nel senso dell'infondatezza.

⁸⁹ Così M. PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma 1966, 16-17.

Tanto premesso, è fondato supporre che i giudici comuni difficilmente in futuro solleveranno dinanzi alla medesima Corte la questione di costituzionalità della disposizione in esame per l'asserita violazione del principio di determinatezza.

In realtà, gli stessi giudici probabilmente tenteranno di rendere determinata tale disposizione anche sfruttando – sia pure, come s'è detto, erroneamente – l'inciso relativo al principio di offensività in concreto⁹⁰.

Questo orientamento che presumibilmente assumeranno i giudici comuni produrrà il seguente risultato: la trasformazione delle questioni di costituzionalità in questioni di interpretazione con la conseguente ed inevitabile «irradiazione in sede diffusa del giudizio di costituzionalità, ed espansione dei “compiti costituzionali” affidati al giudice comune»⁹¹.

Con più specifico riferimento al principio di determinatezza questa “trasformazione” comporterà che nello stesso principio verrà sempre di più individuato, anziché un parametro di legittimità costituzionale, un criterio ermeneutico: come l'esperienza della giurisprudenza soprattutto di legittimità sta già dimostrando⁹², il ruolo di assoluto “protagonista”

⁹⁰ Anche M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 11, rileva che l'apertura al principio di offensività in concreto «rischia di lasciare spazio a soluzioni ben differenti da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità incrementando ulteriormente l'incertezza giuridica sul tema».

⁹¹ Così V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del “volto costituzionale” dell'illecito penale*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 39, secondo il quale «il ruolo di sostegno del giudice comune nell'attuazione dei compiti di giustizia costituzionale sembra... centrale, incalzante e comunque difficile da frenare: anche e soprattutto in materia penale, dove la Corte “subappalta” all'interpretazione giurisprudenziale... profili di estremo rilievo» (p. 37) fra i quali l'A. – a p. 37 nota 140 – inserisce non solo l'utilizzo ermeneutico dei principi di offensività e di colpevolezza, ma anche la posizione della Corte volta a rinviare alla competenza e alla corresponsabilità del giudice la ricerca nella disposizione incriminatrice di un significato sufficientemente determinato sulla base di un procedimento ermeneutico.

⁹² Basti pensare sia alla sent. “Paternò” n. 40076 del 2017 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sia alla sent. “Pellegrini” n. 31322 del 2018 della Prima Sezione penale della stessa Corte di Cassazione le quali operano un'*interpretatio abrogans* di una parte della fattispecie criminosa delineata dall'art. 75, comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 (il cosiddetto codice antimafia) attraverso un'interpretazione tassativizzante condotta alla luce della sent. *De Tommaso c. Italia* del 2017 della Corte di Strasburgo: in senso profondamente critico verso l'orientamento assunto dalla Cassazione in queste due decisioni cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Rivista AIC* - 15 ottobre 2020, 155 ss.

viene assunto da quella che viene comunemente definita l'interpretazione tassativizzante.

L'interpretazione tassativizzante è, sì, riconducibile al *genus* dell'interpretazione conforme a Costituzione, ma presenta la particolarità di essere mossa unicamente dall'intento di rendere la fattispecie determinata: mentre di regola il parametro costituzionale di conformità è un parametro contenutistico, ovvero un determinato "valore" costituzionale capace di orientare contenutisticamente il significato normativo di una disposizione, nel caso dell'interpretazione tassativizzante il parametro di conformità costituzionale è dato soltanto dalla determinatezza, la quale rappresenta un principio di formulazione della legge penale indipendentemente da qualunque contenuto essa presenti⁹³.

Proprio questa sua connotazione fa a ragion veduta presumere che il suo utilizzo ad opera dei giudici comuni in riferimento alla fattispecie criminosa in esame produrrà, alternativamente, i seguenti due risultati: un depotenziamento dell'espressione linguistica "favorisce", ragion per cui il carattere favoreggiante verrà del tutto arbitrariamente non ravvisato in condotte che in realtà tale carattere obiettivamente presentano; oppure un'estensione a dismisura di tale espressione linguistica, con la conseguenza che sarà considerata favoreggiante potenzialmente qualunque condotta che si ponga in qualche correlazione con l'attività prostituitiva.

Questo scenario che si profila all'orizzonte potrà produrre un vero e proprio "disorientamento" dei destinatari della disposizione: in altri termini, gli stessi ben difficilmente potranno comprenderne il valore pre-cettivo, orientare le proprie condotte ed essere tutelati contro i rischi dell'imprevedibilità della decisione giudiziale derivanti da tale *status quo*.

Al fine di evitare questi "inconvenienti" si potrebbe pensare di far riferimento alla giurisprudenza costituzionale in punto di principio di colpevolezza e in particolare alla nota sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale.

Dall'attenta lettura di questa decisione si evince che il rimprovero personale a carico dell'autore per aver compiuto un fatto tipico e antigius-ridico dev'essere escluso qualora ci si trovi in presenza di un'ignoranza

⁹³ Sull'interpretazione tassativizzante cfr. le illuminanti pagine scritte già nel 1979 da F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 303-304; più di recente per osservazioni – in senso critico – sull'utilizzo di tale "forma" di interpretazione cfr. V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 112-113, nonché, volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante*, cit.

inevitabile sul contenuto della legge penale⁹⁴: di conseguenza, non può non rilevare anche un'ignoranza inevitabile causata da contrasti in seno alla giurisprudenza di legittimità tali da non rendere il consociato in grado di decidere, nel momento del compimento di una certa condotta, se quella condotta sarebbe potuta essere considerata in seguito penalmente rilevante o meno⁹⁵.

Sussiste tuttavia un ostacolo che appare insormontabile.

Il principio di colpevolezza si pone, sì, a fondamento dell'impossibilità di rimproverare il consociato che abbia avuto dalla giurisprudenza indicazioni contraddittorie sul significato del precetto penale, ma non si dirige, in quanto tale, alla giurisprudenza: in altri termini, lo stesso non impone di dirimere i contrasti giurisprudenziali e di pervenire ad interpretazioni coerenti in grado di assicurare anche per il futuro e nei confronti della generalità dei consociati la prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Si potrebbe pensare allora di far riferimento all'art. 7 CEDU sulla base dell'interpretazione che ne ha offerto la Corte di Strasburgo.

In virtù di tale interpretazione al consociato che sia posto di fronte ad una qualsiasi disposizione penale in vigore – magari passata indenne al vaglio della Corte costituzionale sotto il profilo della sua determinatezza – è riconosciuta la garanzia, al momento di poter decidere se compiere, o meno, una data condotta, di poter fare legittimo affidamento sull'interpretazione che di quella disposizione abbiano fornito i giudici interni: in altri termini, la suddetta garanzia si sostanzia nel preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella medesima disposizione non ragionevolmente prevedibili *ex ante*.

Che, però, i giudici possano contribuire concretamente a dare attuazione al principio della prevedibilità della decisione giudiziaria così come scaturisce dall'art. 7 CEDU è ancora tutto da dimostrare.

⁹⁴ A giudizio di M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, 109, il merito della sent. n. 364 del 1988 è di aver garantito la sfera di libertà del singolo «non più in negativo, ma attraverso un positivo intervento dello Stato che riduca le possibilità per tutti di ignorare il divieto penale», con la conseguenza che «la funzione della norma penale non si potrebbe più esaurire nella separazione fra la sfera dello Stato e quella del singolo».

⁹⁵ In proposito è stato scritto che «la garanzia dell'irresponsabilità per chi non fosse in grado di conoscere la norma penale è assicurata non già dal principio di determinatezza ma da quello di colpevolezza»: così F.C. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie*, cit., 1202.

Non v'è dubbio che questo possa avvenire nell'ipotesi in cui un soggetto commetta un fatto che potrebbe essere forse astrattamente qualificato come favoreggiante nei confronti della prostituzione altrui, ma che non è mai stato ricondotto in precedenza dalla giurisprudenza, in particolare da quella di legittimità, alla relativa fattispecie di reato.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di colui che organizza un servizio *on-line* di prestazioni sessuali caratterizzato dalla possibilità per il cliente di interagire "in diretta" con un'altra persona visualizzata sullo schermo.

Ad oggi il soggetto il quale si dovesse accingere ad organizzare un simile servizio è in grado di sapere che la giurisprudenza di legittimità appare incline a ricondurre una tale condotta nella sfera applicativa della fattispecie di favoreggiamento della prostituzione⁹⁶, ma la posizione dei "protagonisti" dei primi casi di questo tipo che sono giunti all'attenzione della giurisprudenza era totalmente diversa al metro dell'art. 7 CEDU.

È difficile immaginare che fosse prevedibile per costoro la possibile rilevanza penale della propria condotta dal momento che già nel "sentire comune" al "concetto" di "prostituzione" viene associato un nucleo centrale indefettibile, ovvero il contatto fisico fra cliente e prostituta: di conseguenza, in quei primi casi i giudici italiani, prendendo come punto di riferimento il principio di legalità nella sua dimensione europea, avrebbero forse potuto affermare per il futuro il principio della piena riconducibilità di condotte siffatte alla fattispecie del favoreggiamento di cui alla legge Merlin, ma certo non avrebbero dovuto condannare coloro che avevano realizzato questa condotta; a quest'ultima conclusione gli stessi giudici sarebbero potuti addivenire sulla base del riconoscimento, nei confronti di quei soggetti, di un errore inevitabile sul divieto ai sensi dell'art. 5 cod. pen.

Facilmente risolvibile al metro dell'art. 7 CEDU è anche l'ipotesi, opposta, in cui il giudice ritenga di doversi discostare da un'interpretazione consolidata nella precedente giurisprudenza che, a titolo esemplificativo, non riconduce una certa condotta nella sfera applicativa del reato di favoreggiamento della prostituzione e valuti, invece, che quella condotta integra gli estremi del reato in esame.

È fuori discussione – beninteso – che il giudice possa, in applicazione dei molteplici criteri interpretativi di cui dispone in campo penale, adottare un'interpretazione del reato di favoreggiamento diversa rispetto

⁹⁶ Per ragguagli cfr. A. VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino 2011, 248.

a quella fino a quel momento costantemente seguita dalla giurisprudenza, ovvero più sfavorevole nei confronti di colui che ha realizzato quella data condotta: in caso contrario sarebbe negata al giudice la possibilità di compiere *overrulings* e, a monte, risulterebbe violato l'art. 101, comma 2 Cost., il quale osta all'affermazione di un dovere – perlomeno di tipo assoluto⁹⁷ – a carico del giudice di osservare i precedenti.

Tuttavia, l'autore della condotta in questione, che si fosse basato su precedenti casi a lui favorevoli provenienti da pronunce della consolidata giurisprudenza, avrebbe escluso la possibilità di essere condannato per favoreggiamento della prostituzione: ne consegue che anche in questo caso il soggetto al metro dell'art. 7 – e attraverso lo strumento rappresentato dall'art. 5 cod. pen. – non può essere condannato⁹⁸.

In realtà, però, sussistono alcune ipotesi in cui l'art. 7 CEDU non può venire affatto in soccorso al giudice comune.

Si ipotizzi il caso in cui risulti molto difficile stabilire a priori se la condotta che pone in essere il soggetto sia riconducibile, o meno, nella fattispecie del favoreggiamento della prostituzione a causa dell'esistenza di contrasti nella giurisprudenza di legittimità in relazione a siffatta riconducibilità.

Un esempio paradigmatico potrebbe essere proprio quello – in precedenza già addotto – del cliente che riaccompagni la prostituta nel punto della strada in cui l'ha prelevata: in ipotesi di condanna del cliente a titolo di favoreggiamento della prostituzione si può a ragion veduta discorrere di violazione del principio di prevedibilità?

⁹⁷ Che nel nostro ordinamento l'inesistenza di un dovere a carico del giudice di osservare i precedenti non abbia il carattere dell'assolutezza sostengono F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 33, il quale sottolinea l'importanza della «stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, sì da garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie», nonché G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 135-136, i quali osservano che «la continuità della giurisprudenza è così tanto importante che... anche là dove non esistano “dottrine” dello *stare decisis*... ai precedenti è pur sempre riconosciuto nell'esperienza concreta, un grande valore, se non un valore vincolante».

⁹⁸ A giudizio di A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili d'interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. cost.* 2020, n. 2, 397, nella misura in cui ha allargato l'ambito di applicazione del principio d'irretroattività penale anche alle leggi «intrinsecamente afflittive» perché incidenti sulla natura della pena e sulla libertà personale del soggetto la recente sent. n. 32 del 2020 della Corte costituzionale «valorizza la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, in base alle quali l'imputato compie le proprie scelte difensive»: di conseguenza – conclude l'A. – «è lecito... dedurne che si viola il divieto d'irretroattività anche con un'interpretazione giurisprudenziale *in peius*, se non ragionevolmente ipotizzabile al momento del fatto».

Contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015⁹⁹, alcuni commentatori hanno sostenuto che in una situazione in cui una certa tipologia di condotta è considerata da alcune pronunce come costitutiva di un reato e da altre penalmente irrilevante potrebbe agevolmente sostenersi che il soggetto abbia comunque ricevuto dall'ordinamento un *fair warning* circa la possibilità di una sua futura condanna a quel titolo e dunque che non possa poi dolersi una volta che la condanna sia stata pronunciata nei suoi confronti: questo perché «l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale non rende imprevedibile la condanna; la rende, semplicemente, incerta»¹⁰⁰.

Ma in ogni caso, al di là delle problematicità che l'ipotesi da ultimo delineata ingenera, questa tesi presenta il limite di agire più sul piano del *Sollen*, ovvero del dover essere, che non del *Sein*, ovvero dell'essere: in altri termini, nulla assicura che i giudici applichino l'art. 7 CEDU e dunque assolvano il soggetto in riferimento a condotte che, pur rientrando nella sfera applicativa del reato di favoreggiamento della prostituzione, lo stesso soggetto non può prevedere.

Quanto finora osservato potrebbe indurre a ritenere preferibile una nuova sollevazione della questione di costituzionalità della disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione la quale, pur censurandone l'indeterminatezza, non corra, però, l'altissimo rischio di essere dichiarata manifestamente infondata in considerazione dell'esistenza dei due precedenti costituiti dalle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019.

A questo proposito possono essere prefigurate due ipotesi alternative.

La prima ipotesi si incentra sulla violazione del principio di prevedibilità della condotta.

⁹⁹ Secondo l'apprezzamento della Corte EDU il ricorrente – condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi tra il 1979 e il 1988 – non fu in grado di prevedere una propria responsabilità penale a tale titolo al momento dei fatti, i quali furono commessi in un'epoca in cui ancora perduravano i contrasti giurisprudenziali sulla stessa configurabilità astratta di un "concorso" da parte di un non partecipe in un'associazione mafiosa: condannandolo a tale titolo, lo Stato italiano ha dunque violato il principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU.

¹⁰⁰ Così F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.* 5 aprile 2017, 28, il quale peraltro sembra possibilista sulla «necessità di pervenire a sentenze assolutorie ex art. 5 c.p. anche in casi limite, come quello caratterizzato dalla presenza di *una sola sentenza* che giunga, in senso favorevole al reo, a conclusioni difformi da quelle consolidate»; a giudizio di F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 250, «l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale... è... di per sé ragione sufficiente per ammettere l'eventualità che quella certa condotta integri gli estremi di un reato».

Essa presenta come condizione non sufficiente ma necessaria un pronunciamento della Corte di Strasburgo da cui emerga inequivocabilmente l'estrema vaghezza e genericità dell'espressione linguistica "favoreggiamento" contenuta nella fattispecie in questione e dunque la violazione, appunto, del principio di prevedibilità della condotta.

A questo punto il giudice comune potrebbe sollevare la *quaestio* di costituzionalità del reato in esame.

La questione non dovrebbe essere impostata, però, in riferimento al principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2 Cost.: se così avvenisse, la stessa questione risulterebbe infatti esposta al rischio poco addietro ventilato.

Il giudice dovrebbe invece assumere come parametro di riferimento proprio l'art. 7 CEDU così come interpretato dalla Corte EDU e così come veicolato naturalmente attraverso l'art. 117, comma 1 Cost.

Teoricamente la strada appena ventilata non è impraticabile.

A comprova di quanto appena osservato può essere addotta una recente decisione della Corte costituzionale del 2019¹⁰¹.

Se nel 2010 la Corte aveva valutato non fondata una questione di costituzionalità, sollevata per la violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, di una parte di una disposizione incriminatrice¹⁰², nel 2019 viene riproposta una questione di costituzionalità in riferimento alla parte di un'altra disposizione penale sostanzialmente identica a quella "salvata" nella precedente occasione.

In questo caso, però, il giudice *a quo* assume quale parametro non solo l'art. 25, comma 2 e dunque il principio di determinatezza, bensì anche l'art. 7 CEDU dal momento che nel frattempo la Corte EDU si era pronunciata nel senso della vaghezza e dunque del contrasto con il principio di prevedibilità della condotta di quella parte della disposizione penale censurata.

Ebbene la Consulta accoglie la questione ritenendo sussistente la violazione del principio di prevedibilità della condotta e assorbe il vizio di cui all'art. 25, comma 2.

Tuttavia, a meglio riflettere, questa strada non sembra così facilmente percorribile per due motivi.

In primo luogo la giurisprudenza costituzionale è chiara nel precisare non solo che nella giurisprudenza proveniente da Strasburgo deve

¹⁰¹ Si allude più specificamente alla sent. n. 25 di quell'anno.

¹⁰² Il riferimento è alla sent. n. 282 del 2010.

essere identificato un “approdo giurisprudenziale stabile” o un “diritto consolidato”, ma anche e soprattutto che nel progressivo adeguamento alla CEDU non sussiste alcun automatismo in considerazione del “predominio assiologico” della Costituzione sulla CEDU nell’ordinamento nazionale: sotto quest’ultimo profilo deve essere verificato – lasciando la parola proprio alla succitata sentenza del 2019 della Corte, la quale esprime una tesi che trova concorde anche una parte dei costituzionalisti¹⁰³ – che “il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella sottesa all’accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU. Va infatti ribadito che... questa Corte... opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante...; bilanciamento in cui si sostanzia tra l’altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro”¹⁰⁴.

In secondo luogo questa sentenza del 2019 del Giudice delle leggi a cui si è poc’anzi alluso presenta comunque sia una particolarità. In quell’occasione infatti prima che fosse sollevata alla Corte la questione la Cassazione a Sezioni Unite aveva già proceduto ad interpretare in senso convenzionalmente conforme quella disposizione incriminatrice e aveva così cancellato, in pratica, in via interpretativa dalla sfera applicativa della fattispecie di reato quella parte giudicata vaga ed indeterminata dalla Corte di Strasburgo.

Di conseguenza, si può a ragion veduta presumere che la Corte costituzionale si sia orientata nel senso dell’accoglimento nella misura in cui ha ritenuto l’esito della questione di costituzionalità come “possibile completamento dell’operazione di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU, già fatta dalle Sezioni unite”¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., il quale sostiene che la teoria della “tutela multilivello” dei diritti, pur essendo molto condivisa dalla dottrina italiana, è in realtà «profondamente sbagliata» (p. 764) e, anzi, è «frutto di un errore logico, prima ancora che giuridico...» (p. 771): secondo l’A. le operazioni di bilanciamento operate dalla Corte di Lussemburgo e da quella di Strasburgo «non possono produrre risultati che prevalgono sul bilanciamento operato dalla Corte costituzionale: non fosse perché nella Costituzione italiana, per esempio, vi sono diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella CEDU e tantomeno nella Carta di Nizza» (p. 770).

¹⁰⁴ Così la sent. n. 25 del 2019 nel punto 13 del cons. in dir.

¹⁰⁵ Punto 13 del cons. in dir.

In conclusione, la Corte muove probabilmente dall'assunto sulla base del quale un'eventuale dichiarazione di rigetto della questione di costituzionalità sarebbe stata in qualche modo "sconfitta" dal diritto vivente che – adeguandosi al *dictum* consolidato proveniente da Strasburgo – era chiaramente nel senso di un'*interpretatio abrogans* di quella parte della disposizione incriminatrice ritenuta connotata da indeterminazione e dunque in contrasto col principio di prevedibilità della condotta¹⁰⁶.

La seconda ipotesi percorribile si incentra sull'indeterminatezza dell'interpretazione giurisprudenziale.

Essa consiste nell'impostare la questione di costituzionalità del favoreggiamento della prostituzione ponendo a base della *quaestio* l'indeterminatezza non già della disposizione incriminatrice, bensì dell'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità ne offre.

Questa seconda strada non è semplicemente un'ipotesi, ma è una realtà nell'ordinamento tedesco.

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è chiarissima in materia.

In primo luogo dall'art. 103, comma 2 del *Grundgesetz*, dal quale si ricava il principio di determinatezza delle fattispecie criminose, deve essere desunto il cosiddetto obbligo di precisazione (*Präziesierungsgebot*): in virtù di siffatto obbligo il giudice è tenuto, fin dove è possibile, ad eliminare, attraverso un'opera di precisazione e di concretizzazione della portata applicativa della fattispecie, le incertezze semantiche derivanti dagli elementi di fattispecie formulati in maniera generica ed in particolare dalle clausole generali.

In secondo luogo lo stesso *Bundesverfassungsgericht* si riserva un approfondito sindacato di costituzionalità avente ad oggetto proprio il corretto adempimento ad opera dei giudici comuni di quest'obbligo di precisazione: di conseguenza, poiché tale obbligo si afferma quale parametro

¹⁰⁶ Deve essere peraltro precisato che la giurisprudenza di legittimità in non pochi casi, lungi dall'interpretare la disposizione penale in senso convenzionalmente conforme in adeguamento al *dictum* consolidato proveniente da Strasburgo, ha neutralizzato gli effetti delle decisioni della Corte EDU: ne è un fulgido esempio la recente sentenza "Genco" del 3 marzo 2020 in cui le Sezioni Unite penali contestano la tesi, adottata dalla già citata sentenza *Contrada c. Italia*, della creazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa; a giudizio di F.R. DINACCI, *Obblighi europei, resistenze giurisprudenziali e negazione dei diritti: Contrada è figlio unico*, in *Arch. pen.* (web) 10 settembre 2020, 13, con questa operazione di fatto «si conia una sorta di quinta istanza in cui il giudice del singolo Paese aderente "giudica" la condivisibilità ed applicabilità della decisione europea».

in sede di giudizio di costituzionalità, può essere sanzionata in quella sede l'incapacità della giurisprudenza di fornire in relazione soprattutto ai "concetti elastici" massime consolidate capaci di assicurare "la prevedibilità della punibilità"¹⁰⁷.

Nell'ordinamento italiano questa strada non sembra altrettanto facilmente praticabile.

Innanzitutto la questione di costituzionalità dell'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità offre del favoreggiamento della prostituzione non può essere impostata sul principio di determinatezza: infatti, come autorevole dottrina costituzionalistica ha già da tempo messo in evidenza¹⁰⁸ e come la stessa Corte costituzionale sembra orientata a sostenere nei tempi più recenti¹⁰⁹, tale principio si riferisce non già all'inter-

¹⁰⁷ Il tema è attentamente analizzato da A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale*, cit., 24 ss., partic. 26 ss.

¹⁰⁸ Cfr. soprattutto A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.* 1994, 4222-4223, il quale osserva che il principio di determinatezza «impone costituzionalmente che il testo legislativo sia *di per sé* idoneo ad indicare con precisione il precetto e la sanzione della fattispecie penale» e che il vizio di determinatezza della fattispecie penale «sussiste... indipendentemente dalla natura uniforme e stabile delle interpretazioni giurisprudenziali dominanti... su di essa sedimentatesi»; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit., 369, secondo la quale l'art. 25, comma 2 Cost. «esige che la legge penale stabilisca per tutti i giudici un confine chiaro fra lecito e illecito, cioè che sia determinata in sé, e non in virtù della sola sua applicazione» tant'è vero che l'Autrice sostiene consequenzialmente che la suddetta disposizione costituzionale non comporta un superamento della libertà interpretativa di ogni giudice tale da far sì che, di fronte ad un diritto vivente consolidato, lo stesso sia costretto ad applicare la disposizione penale in modo da rendere stabile il contenuto del precetto stesso, ma lascia intatto il potere di ogni giudice di interpretare la legge liberamente con conseguente obbligo per la Corte di espungere necessariamente dal sistema norme indeterminate. Questa tesi – che chi scrive ritiene di dover condividere *in toto* – trova decise critiche soprattutto da parte di alcuni penalisti: cfr., da ultima, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., la quale sostiene che «la determinatezza non può apprezzarsi solo in una dimensione testuale e statica, rivelando per contro una struttura inevitabilmente contestuale e dinamica» (p. 306) e conclude nel senso che «la determinatezza si compone di una dimensione meramente sintattica, che però non esaurisce la sua parabola ricostruttiva: l'impiego di un certo termine o di una determinata espressione possono valutarsi solo avendo riguardo alla proiezione degli stessi sul piano semantico e pragmatico, rivolgendosi quindi in maniera necessaria al momento giurisprudenziale» (pp. 308-309).

¹⁰⁹ Come già detto nella precedente nota 10, l'orientamento più recente manifestato dal Giudice delle leggi è chiaramente nel senso che "nessuna interpretazione p[uo]ò... surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone... la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione...": così la sent. n. 24 del 2019 (al punto 12 del cons. in dir.) riprendendo, peraltro, le conclusioni già formulate in altre precedenti decisioni. Non costituisce un *revirement* di tale indiriz-

pretazione giudiziale consolidata, bensì alla disposizione incriminatrice *ab origine*.

In secondo luogo è ben vero che l'orientamento consolidato della Corte di Strasburgo interpreta l'art. 7 CEDU nel senso che la giurisprudenza penale nazionale ha il compito di contribuire gradualmente a determinare la portata del precetto penale che sia *ab origine* connotato da una certa imprecisione e che dunque si potrebbe in teoria immaginare di sollevare la questione di costituzionalità della disposizione che incrimina il reato di favoreggiamento della prostituzione assumendo come parametro l'art. 7 CEDU così come veicolato naturalmente dall'art. 117, comma 1 Cost.

L'oggetto della *quaestio* formalmente sarebbe detta disposizione incriminatrice, ma in realtà ad essere censurato di fatto sarebbe il "fallimento" in cui è incorsa la giurisprudenza soprattutto di legittimità nel determinare la portata del "concetto elastico" racchiuso nel vocabolo "favoreggiamento" e nel conferire allo stesso «caratteristiche *qualitative*»¹¹⁰ tali da far apparire prevedibile al momento del fatto la successiva applicazione della disposizione incriminatrice da parte del giudice.

Che questa ipotesi di soluzione possa tradursi in realtà è però allo stato attuale altamente improbabile.

L'orientamento della Corte costituzionale è nel senso di ritenere che nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo il principio convenzionale di legalità penale risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana: al primo infatti resta estraneo il principio della

zo l'affermazione contenuta nella recente sent. n. 145 del 2020 e secondo la quale "è... compatibile con il principio di determinatezza l'uso, nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica..., *tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale*" (al punto 8.1 del cons. in dir. con corsivo nostro). La Corte utilizza infatti l'espressione linguistica "tanto più" e non l'espressione linguistica "soltanto alla condizione che": la qual cosa sta a significare che il diritto vivente può tutt'al più contribuire a specificare meglio e più compiutamente il precetto penale, ma non può giammai conferire allo stesso una determinatezza non presente *ab origine*. Dalla stessa sent. n. 145 del 2020 sembra invece evincersi che la Corte intenda conferire un peso maggiore al diritto vivente per le disposizioni che prevedono sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

¹¹⁰ L'espressione è tratta da F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 10. Sul punto cfr., volendo, A. BONOMI, *Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge "sostanzialmente penale" dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa*, di imminente pubblicazione in *Consulta on line*.

riserva di legge che la stessa Consulta nella nota sentenza n. 230 del 2012 ha inequivocabilmente ritenuto “di centrale rilevanza... nell’assetto interno”¹¹¹.

La conclusione della Corte in quest’ultima decisione è perentoria: lo scarto di tutela fra il principio convenzionale di legalità penale e quello accolto nella Costituzione italiana “preclude una meccanica trasposizione nell’ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale”¹¹².

Che questo orientamento del Giudice delle leggi sia, o meno, condivisibile non è questione che possa essere affrontata in questa sede¹¹³.

È fuori discussione, però, che la conclusione della sentenza n. 230 del 2012 è che il giudice dell’esecuzione non può revocare la sentenza di condanna passata in giudicato, oltre che nei casi di abrogazione e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice, anche nell’ipotesi di mutamento giurisprudenziale che sia intervenuto con decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite e in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato.

Di conseguenza, è presumibile ritenere che la Corte costituzionale non dichiarerebbe mai incostituzionale una disposizione incriminatrice solo perché la giurisprudenza – ancorché di legittimità – ha “fallito” nel compito di chiarire la portata di un “concetto elastico” in essa contenuto.

Forse l’unica via perseguibile al fine di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale l’interpretazione giurisprudenziale della disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione potrebbe essere quella dell’eccezione di incostituzionalità di tale disposizione incriminatrice così come interpretata dalla costante giurisprudenza, ovvero della disposizione filtrata e precisata mediante la lente del diritto vivente: si potrebbe pensare, ad esempio, all’indirizzo giurisprudenziale che distingue, ai fini della punibilità, fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta che, come già detto in precedenza, è foriero di criticità e di ingiustificate differenze di trattamento.

¹¹¹ Così la sent. n. 230 del 2012 al punto 7 del cons. in dir.

¹¹² Sia questa sia anche le precedenti citazioni tratte dalla sent. n. 230 del 2012 sono contenute nel punto 7 del cons. in dir.

¹¹³ Per un approfondimento – in chiave perlopiù critica – di tale questione cfr., *inter alios*, M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, partic. 418-419, nonché, volendo, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari 2018, 233 ss.

L'esito di questa questione di costituzionalità potrebbe essere una sentenza interpretativa di accoglimento che metta in discussione la legittimità non della disposizione che incrimina il favoreggiamento – suscettibile in ipotesi di una o di più interpretazioni conformi alla Costituzione –, ma, appunto, della sua interpretazione ad opera della giurisprudenza.

Siffatta decisione interpretativa potrebbe anche indicare l'unica interpretazione conforme a Costituzione di tale disposizione oppure limitarsi a dichiarare l'incostituzionalità del diritto vivente senza tuttavia dare indicazioni in merito all'interpretazione corretta, ovvero costituzionalmente conforme.

Entrambe queste soluzioni lasciano, però, perplessi.

La prima soluzione non convince non solo perché in buona sostanza si verificherebbe un'usurpazione da parte della Corte di un potere riservato dalla Costituzione al Parlamento, ma anche perché quanto la Consulta potrebbe contestare alla giurisprudenza consolidata «sarebbe esclusivamente la violazione del canone *formale di precisione*, e non l'*erroneità* del criterio di giudizio adottato dal punto di vista del mancato rispetto di principi costituzionali di natura sostanziale (come il principio di offensività o di colpevolezza)»¹¹⁴.

La seconda soluzione è senz'altro preferibile se si muove dal presupposto secondo il quale il Giudice delle leggi ha il compito di rimuovere dall'ordinamento una norma vivente illegittima, ovvero «non fa accademia, semmai annulla norme illegittime, restituendo così la disposizione a una possibile lettura conforme a Costituzione»¹¹⁵.

Eppure anche questa seconda soluzione non lascia persuasi.

È certamente vero che essa non determina alcuna usurpazione di poteri non spettanti alla Corte costituzionale: infatti la Consulta si limiterebbe a dichiarare l'incostituzionalità del diritto vivente senza, però, dare al contempo indicazioni in merito all'interpretazione corretta in quanto costituzionalmente conforme.

Tuttavia, è altrettanto vero che questa seconda soluzione appare caratterizzata da una scarsa efficacia pratica: in assenza di indicazioni precise da parte del Giudice delle leggi la giurisprudenza – ivi compresa quella

¹¹⁴ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 187, nella cui affermazione l'espressione “canone formale di precisione” va intesa naturalmente come sinonimo di principio di determinatezza.

¹¹⁵ L'espressione è tratta da A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo*, cit., 397-398.

di legittimità – sarebbe infatti probabilmente indotta a «minimizzare la portata della decisione della Corte costituzionale»¹¹⁶.

Resta dunque la seguente conclusione.

I giudici costituzionali dovrebbero convenire che, pur nella complessità che in generale connota le attività valutative richieste al fine di appurare la lesione del principio di determinatezza¹¹⁷, l'applicazione del criterio a cui nei tempi più recenti gli stessi ricorrono al fine di assodare il rispetto di tale principio non ostacola il riconoscimento del carattere di irrimediabile indeterminazione dell'espressione "favorisce" contenuta nel reato di favoreggiamento della prostituzione.

Alla luce di ciò la Corte dovrebbe dunque "cancellare" tale reato "con un tratto di penna"¹¹⁸.

Del resto, quanto meno a medio termine e soprattutto nel lungo periodo questa soluzione tanto auspicata non sembra irrealizzabile per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo la soluzione proposta può risultare facilitata dal mutamento della composizione della Consulta.

Tale mutamento può condurre ad una diversa conclusione in merito all'applicazione del suddetto criterio al reato di favoreggiamento della prostituzione: questa differente conclusione potrebbe anche essere il frutto di «sollecitazioni... comparatistiche»¹¹⁹ come ben dimostra la svolta, che può esser definita davvero storica, operata recentemente dalla

¹¹⁶ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 188, il quale adduce a conferma l'analisi della giurisprudenza tedesca sul punto.

¹¹⁷ Addirittura, a giudizio di F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 401, queste attività valutative non si limitano mai «ad un esame esternamente linguistico dell'enunciato normativo», ma «possono spingersi finanche al limite di un giudizio penetrante all'interno del "merito" della norma».

¹¹⁸ L'espressione è tratta dall'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia già citata nella precedente nota 31, rep. in *www.giurisprudenzapenale.com*, 6 giugno 2019, 4.

¹¹⁹ L'espressione è tratta da V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in *www.sistemapenale.it* 25 marzo 2020, 6, i quali la utilizzano in riferimento alla sent. n. 32 del 2020 Corte cost.: gli Autori rilevano che la complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, comma 2 Cost. in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena e l'estensione del raggio di azione di tale divieto ogniqualvolta le modifiche normative *post crimen patratum* comportino una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale – ovvero sulle quote di libertà concretamente incise in fase esecutiva – del detenuto sono il frutto di «un uso non solo conoscitivo (o "coreografico") della comparazione», ma anche di «un suo insediamento ermeneutico» (p. 7).

Consulta in ordine all'estensione all'ordinamento penitenziario del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 Cost.¹²⁰.

In secondo luogo si ipotizzi pure che il mutamento di composizione della Corte costituzionale *ex se* non conduca all'esito appena prefigurato: anche in questa ipotesi non si può certo escludere a priori che la disposizione che incrimina il favoreggiamento della prostituzione «passando gli anni... [possa] assumere in via interpretativa significati e valori diversi, per il mutare dell'assetto economico e sociale (cioè pregiuridico). In questi casi la questione potrà essere riproposta, non per smentire il *dictum* precedente, ma perché è pensabile che se ne dia un giudizio diverso in ragione del mutare dei tempi...»¹²¹.

¹²⁰ Il riferimento è alla sent. n. 32 del 2020 già citata nella nota appena precedente.

¹²¹ La citazione è tratta da E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957, 48.

ATTUALITÀ

Ordini professionali e interesse di categoria (un'ipotesi di rilettura delle teorie istituzionaliste dopo Corte cost., sent. n. 259 del 2019)

Pier Francesco Bresciani

SOMMARIO: 1. Perché un'altra riflessione sugli ordini professionali. – 2. Dottrina tradizionale e giurisprudenza costituzionale sugli ordini professionali e sul loro potere disciplinare. Cenni ricostruttivi. – 3. L'ordine professionale come ente strumentale. – 4. *Segue*: La questione della imputabilità allo Stato degli atti degli ordini professionali. – 5. *Segue*: La questione dei presupposti di esercizio del potere disciplinare degli ordini professionali. – 6. Ragioni costituzionali e conseguenze della qualificazione come ente strumentale. – 7. *Segue*: Due obiezioni. – 8. Il limitato ruolo dell'interesse di categoria in una teoria degli ordini professionali costituzionalmente fondata.

1. *Perché un'altra riflessione sugli ordini professionali.* – Come accade per molti temi di perdurante attualità giuridica e sociale, anche sull'autonomia delle professioni esiste già una vastissima letteratura giuspubblicistica¹. Per tale ragione un nuovo studio che si proponga di affrontare questo tema dovrebbe prima di tutto chiarire quali motivi giustificano il ritorno su una questione su cui molto è già stato detto. L'occasione per un supplemento di riflessione intorno all'esatta collocazione degli ordini professionali nell'ordinamento giuridico italiano è offerta da una recente decisione della Corte costituzionale che sembra porsi in contrasto con l'impostazione tradizionale. Si tratta di un insolito conflitto di attribuzioni tra enti generato dall'esercizio dell'azione disciplinare nei confronti di un Assessore regionale. In particolare, l'ordine provinciale dei medici al quale

¹ Il tema, infatti, è stato molto trattato dalla dottrina e sotto molteplici aspetti. In generale sugli ordini professionali v. C. LEGA, *Ordinamenti professionali*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1965, 6-15; A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano 1976; P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1987, 1040-1064; F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1997; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Tomo II*, Milano 2003, 1140-1199; C. GOLINO, *Gli Ordini e i Collegi professionali nel mercato. Riflessioni sul modello dell'ente pubblico professionale*, Milano 2011; sul loro potere disciplinare in part. v. F. LEVI, *La funzione disciplinare degli ordini e dei collegi professionali*, Milano 1967; S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano 2018; sulla natura delle regole deontologiche v. da ultimo A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, 236 ss.

l'Assessore era iscritto aveva disposto la sua radiazione dall'albo per avere votato una delibera di Giunta regionale contrastante con il codice deontologico. La Regione ha quindi impugnato tale provvedimento davanti alla Corte costituzionale, che lo ha annullato con la sentenza n. 259 del 2019. Nell'ambito della riflessione scientifica diretta alla costruzione di una teoria degli ordini professionali costituzionalmente fondata, questo caso merita una qualche considerazione. Esso sembra infatti poter assumere uno speciale valore euristico rispetto all'annosa questione del fondamento dei poteri ordinistici, dato che il diretto confronto di questi ultimi con un'attribuzione regionale costituzionalmente garantita è una vicenda giuridica idonea a svelarne il possibile fondamento costituzionale.

In questo breve saggio, a partire dall'analisi dei profili più significativi di tale decisione della Corte, presenterò la tesi secondo cui la recessione del potere ordinistico nel caso di specie sia da ricondurre, su un piano più generale, alla collocazione degli ordini professionali nell'ordinamento costituzionale, dove questi ultimi non godono di alcuna autonomia. Questa conclusione non appare del tutto coerente con alcuni elementi delle tesi tradizionali riguardanti gli ordini professionali e, in particolare, è incompatibile con la convinzione, tanto diffusa in letteratura da essere talvolta presentata come una comune opinione, che attraverso i loro poteri pubblici gli ordini perseguano anche l'interesse di categoria². È perciò necessario prendere le mosse dai fondamenti teorici di quest'idea per potere individuare gli esatti termini del problema giuridico che sarà affrontato.

2. Dottrina tradizionale e giurisprudenza costituzionale sugli ordini professionali e sul loro potere disciplinare. Cenni ricostruttivi. – Il punto di partenza e il nodo cruciale di ogni dogmatica degli ordini professionali risiede nella risposta che si dà a due quesiti: se gli ordini siano enti pubblici o privati; se gli interessi che gli ordini perseguono (devono perseguire) siano interessi pubblici o privati. La prima questione è risolta nel senso della loro natura pubblicistica in modo ormai pressoché unanime³. Alla seconda questione, invece, si usa dare una risposta più articolata. Si sostiene infatti che gli ordini professionali sarebbero sì enti pubblici, ma comunque enti pubblici *associativi*, deputati perciò a perseguire *anche* l'interesse di categoria⁴. La tesi che ancora oggi sembra prevalere in lette-

² Cfr. del resto Cass., SS.UU., 30 aprile 2008, n. 10875, dove si afferma espressamente che: «la funzione disciplinare esercitata da detti consigli costituisce espressione di un potere amministrativo, loro attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto di appartenenza all'ordine professionale cui spetta stabilire i criteri di conformità dei comportamenti dei singoli professionisti rispetto ai fini che *intende* perseguire (v., ex plurimis, S.U. 2005 n. 6213; 2004 n. 6406; 2004 n. 1229; 2002 n. 10688; 2002 n. 1904), e quindi esercitato a tutela di interessi che sono essenzialmente propri della stessa categoria professionale» (corsivo aggiunto).

³ *Contra* solo L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2011, 361-380.

⁴ Cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*,

ratura ha quindi come presupposto che un ente possa esercitare poteri pubblici nel perseguimento, insieme, di interessi pubblici e privati⁵. La validità di questo assunto è stata scientificamente sostenuta in un'importante opera di Giampaolo Rossi sulla base di un argomento istituzionalista⁶. Secondo questo argomento, poiché gli ordini professionali sono soggetti esponenziali di gruppi sociali organizzati, preesistenti alla loro entificazione da parte dello Stato, i poteri da essi esercitati troverebbero fondamento giuridico *anche* nel sottostante fenomeno sociale. Da questo assunto deriverebbero in particolare le seguenti conseguenze necessarie: *i*) che il legislatore statale non potrebbe completamente annullare l'autonomia degli ordini professionali; *ii*) che gli atti degli ordini dovrebbero essere concepiti in termini endoassociativi; *iii*) che l'ordinamento giuridico statale avrebbe assunto come interesse pubblico l'interesse del gruppo professionale attraverso la sua entificazione⁷. Rispetto a quest'ultimo profilo si è così giunti a rilevare come, in definitiva, la stessa dicotomia pubblico-privato perderebbe di significato se riferita a enti del tipo degli ordini professionali⁸.

A sostegno di questa impostazione si è addotto talora l'esempio del potere tariffario. Il potere di fissazione delle tariffe professionali sarebbe infatti un potere che, perseguendo primariamente una finalità di tutela dell'interesse economico del gruppo, non potrebbe essere adeguatamente spiegato da una teoria puramente formale (per la quale, come si dirà, l'ordine professionale si configura come un ente strumentale dello Stato)⁹. Pur senza volere mettere così in discussione il fondamento dell'argomento istituzionalista, bisogna dare conto di

Napoli 1979, 265 ss. e in part. 295, dove l'A. giunge alla teorizzazione della categoria degli enti pubblico-corporativi.

⁵ Così espressamente, per es., C. GOLINO, *Gli Ordini*, cit., 191 o, in precedenza, B. CAVALLO, *Lo status professionale. Parte generale*, Milano 1967, 15-17 e 69. Da ultimo v. anche N. POSTERARO, *La rappresentanza degli interessi e gli ordini professionali*, in *federalismi.it*, 1, 2019, 2-32. È rimasta minoritaria in letteratura la tesi secondo cui non spetterebbe agli ordini professionali la tutela dell'interesse privato di categoria, accennata in C. LEGA, *Ordinamenti professionali*, cit., 15. Ritorna a esprimere perplessità sul punto B.G. MATTARELLA, *Il Consiglio nazionale forense e l'interesse generale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 9, 2006, 241.

⁶ Per alcune considerazioni di metodo in favore di un approccio istituzionalista cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 23 ss. e in part. 42. Porta questo argomento alle estreme conseguenze A. BERTANI, *I poteri normativi degli ordini professionali: un esempio di competenza riservata*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2009, 91-121.

⁷ Per le sfumature di questo passaggio nei diversi Autori v. C. GOLINO, *Gli Ordini*, cit., 71 ss. e in part. nota 173. Sul punto v. anche S. STACCA, *Il potere disciplinare*, cit., 74-77 e in part. nota 31.

⁸ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 265 ss. Questa affermazione è senz'altro condivisibile se si accetta quale prospettiva teorica quella del pluralismo giuridico: si è in effetti in presenza di un interesse (quello del gruppo professionale) qualificabile come interesse generale-pubblico per l'ordinamento professionale e come interesse particolare-privato per l'ordinamento statale. A favore di questa prospettiva, tra altri, v. F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2, 2011, 287-296; G.D. COMPORI, *La deontologia medica nelle prospettive della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2002, 3, 855-865; *contra* L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, cit., 379.

⁹ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 32.

come questo esempio appaia oggi molto poco persuasivo dal momento che – al di là delle importanti modifiche intercorse sul piano della legislazione primaria – la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ormai chiarito che la fissazione di tariffe professionali minime è compatibile con il diritto dell’Unione soltanto se giustificata dal perseguimento di un motivo imperativo di interesse generale (tale non potendosi ovviamente considerare l’interesse economico del gruppo professionale)¹⁰.

Le trattazioni più recenti sugli ordini professionali, invece, tendono ad adottare un’impostazione differente, più concentrata sull’individuo che non sul gruppo. In questa seconda prospettiva gli ordini professionali esercitano poteri pubblici di bilanciamento della libertà professionale degli iscritti¹¹ con la necessità di garantire a tutti alcuni diritti fondamentali, il godimento dei quali è strettamente connesso al corretto svolgimento delle prestazioni professionali (diritto alla salute, diritto alla difesa, ecc.)¹². Queste ricostruzioni, seppure suggeriscano anche una prospettiva di analisi giuridica diversa da quella tradizionale, non entrano necessariamente in contrasto con le tesi istituzionalistiche e infatti, per quanto ho avuto modo di constatare, gli autori non ne discutono apertamente la compatibilità. Del resto, se si ritiene che l’argomento istituzionalista possa trovare un valido aggancio ordinamentale nell’art. 2 Cost. (come è stato sostenuto), non è affatto implausibile giungere alla conclusione che anche scelte incidenti su situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate potrebbero essere legittimamente rimesse all’autonomia degli ordini professionali.

Per avere un quadro completo, occorre infine dare conto della giurisprudenza costituzionale più rilevante per uno studio sul fondamento dei poteri ordinistici. La Corte costituzionale si è occupata degli ordini professionali innanzitutto in relazione alla questione della libertà negativa di associazione, affermando, come è noto, che tale libertà non esclude la facoltà dello Stato di assicurare il rag-

¹⁰ Cfr. da ultimo CGUE, *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, sentenza 4 luglio 2019 in causa C-377/17. In dottrina l’impatto del diritto UE sugli ordinamenti professionali era stato anticipato da F. MERUSI, *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente e “quasi vigente”*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2005, 461 ss. Sul tema, che qui non sarà approfondito, v. diffusamente C. GOLINO, *Gli Ordini*, cit., 89 ss. e più di recente A. BURATTI, *Le professioni liberali nel diritto europeo*, in *Diritto e società*, 2, 2018, 127-149.

¹¹ V. per es. G. DELLA CANANEA, *L’ordinamento delle professioni*, cit., 1140-1199. La necessità di assumere la libertà professionale come punto di partenza di un’analisi giuridica sul tema era già stata indicata da F. LEVI, *Libertà fondamentali del professionista ed ordini professionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1976, 906 ss. Riconduceva la questione della legittimità costituzionale degli ordini e albi professionali all’art. 41 Cost. anche E. CHELI, *In tema di legittimità costituzionale dell’Ordine e dell’albo dei giornalisti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1968, 324. Sul punto v. anche G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 39, istitutiva dell’ordine dei giornalisti*, *ivi*, 339 ss.

¹² Cfr. C.E. GALLO, *Autonomia delle professioni e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, vol. II – Garanzia dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna 2019, 213-224, per il quale è quest’aspetto che permette di qualificare gli ordini professionali come autonomie funzionali.

giungimento di determinati fini pubblici attraverso l'istituzione di enti associativi, sempreché l'associazione coattiva non violi un diritto o un principio costituzionalmente garantito e il fine pubblico che il legislatore dichiara di perseguire non sia palesemente arbitrario, pretestuoso o artificioso¹³. La Corte ha in seguito precisato che si deve comunque trattare di finalità «schiettamente pubbliche, trascendenti la sfera nella quale opera il fenomeno associativo costituito per la libera determinazione dei privati»¹⁴. In particolare, il fine pubblico che giustifica l'obbligatorietà dell'iscrizione agli ordini professionali sarebbe la garanzia del corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività¹⁵. Ai fini di questo studio, non appare peraltro privo di rilevanza che la giurisprudenza costituzionale abbia anche esplicitamente affermato che la funzione degli ordini professionali non sia (possa essere) quella di «tutela corporativa o di posizioni di esponenti degli stessi ordini»¹⁶. Vi è poi un secondo e nutrito filone di pronunce relativo a questioni inerenti alle giurisdizioni professionali¹⁷. Per la presente riflessione, tuttavia, queste sentenze rilevano soltanto nella parte in cui affermano o presuppongono che agli ordini spetti in sostanza «il mero accertamento dei requisiti stabiliti dalla legge» e che, «anche rispetto alla c.d. buona condotta, il [loro] potere [...] rimane nell'ambito ora precisato»¹⁸. Questi elementi suggeriscono – ma preciserò in seguito questa conclusione alla luce della sentenza n. 259 del 2019 – che la Corte muova da una concezione formale dei poteri pubblici degli ordini professionali (che nel loro esercizio agiscono, cioè, come enti strumentali), aderendo così a una dottrina sviluppata in passato da Zanobini¹⁹ ma molto criticata dagli autori successivi mediante la valorizzazione del richiamato argomento istituzionalista²⁰.

¹³ Cfr. Corte cost., sentt. n. 69/1962, n. 120/1973, n. 20/1975, n. 40/1982 e n. 248/1997.

¹⁴ Così Corte cost., sent. n. 40/1982, cons. diritto, §3. Sul punto cfr. già V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1962, 753, dove l'A. chiarisce che la legge non potrebbe qualificare come pubblici fini per loro essenza strettamente individuali, come per es. quello della difesa degli interessi degli associati.

¹⁵ È l'espressione sintetica utilizzata in Corte cost., sent. n. 405/2005, cons. diritto, §2. Ma più diffusamente cfr. anche Corte cost., sent. n. 11/1968, cons. diritto, §3, dove la giustificazione è approfondita in relazione al diritto fondamentale all'informazione connesso alla professione di giornalista.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 418/1996, cons. diritto, §3.

¹⁷ Sul tema di recente v. M. RENNA, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Jus*, 1, 2012, 171-196, che giunge a conclusioni sostanzialmente analoghe a quelle di questo studio (cfr. in part. 195-196). Sottolinea l'esigenza di conformare il potere disciplinare ai «principi dello Stato costituzionale di diritto», anche richiamando alcune pronunce che appartengono a questo filone, S. STACCA, *Il potere disciplinare*, cit., 155 ss.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 284/1986, cons. diritto, §5a.

¹⁹ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955 (1920), 87-125 e in part. 90 ss.; v. anche ID., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, parte III, Milano 1920.

²⁰ Cfr. C.E. GALLO, *Autonomia delle professioni e diritti fondamentali*, cit., 214. L'A. dà anche conto di come una critica sostanzialmente analoga venga mossa in genere contro l'orientamento c.d. economicista della Corte di Giustizia più sopra ricordato. Sulla contrapposizione storica tra dog-

Ciascuna teoria degli ordini professionali sviluppa a partire dai propri presupposti anche una specifica concezione del potere disciplinare. Approfondisco brevemente questo tema per due ragioni: primo, perché si tratta di un elemento che la letteratura ha sempre considerato tra i più qualificanti del fenomeno ordinistico; secondo, perché la sentenza n. 259 del 2019, da cui muove la mia riflessione, riguarda un caso sorto proprio in occasione del suo esercizio. Com'è facile intuire, l'impostazione istituzionalista tende a riconoscere all'ordine professionale una discrezionalità molto ampia nell'esercizio del potere disciplinare. L'ordine è infatti "padrone" del proprio albo e, tecnicamente, è titolare di un autentico potere di supremazia speciale nei confronti dei propri iscritti²¹. Un'impostazione che rifiuti l'argomento istituzionalista (che per chiarezza espositiva indico in questo scritto come impostazione formale) implica al contrario una concezione minima del potere disciplinare, il quale deve intendersi come un ordinario potere amministrativo, incidente sul diritto di libertà professionale e perciò da esercitarsi in maniera strettamente funzionale al perseguimento di scopi legittimi predeterminati dal legislatore²².

Si può infine notare come dall'adozione di un approccio o dell'altro (istituzionalista o formale) discendano anche criteri divergenti per la soluzione di varie questioni di pratica giuridica, molto discusse in letteratura e variamente risolte dalla giurisprudenza²³, come per esempio: il grado di necessaria predeterminazione della norma deontologica; la sua sindacabilità da parte del giudice statale; la sindacabilità della decisione del giudice professionale da parte del giudice statale; l'interpretazione delle norme deontologiche con formulazione più indeterminata (dignità, decoro, ecc.).

Così ricostruiti i termini generali della questione, diviene finalmente possibile formalizzare la domanda di ricerca posta alla base del presente studio.

matiche istituzionaliste e formaliste v. G. COLAVITTI, *Gli interessi pubblici connessi all'ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l'assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2005, 4425 ss.

²¹ Sulle conseguenze di tale qualificazione v. S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti minori*, Milano 1990 (1898), 83-139, nonché G. LANDI, *Disciplina*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1964. Tra tutte, Corte cost., sent. n. 110/1967 contiene le affermazioni più significative a sostegno di un'impostazione istituzionalista. Cionondimeno, mi sembra che la sentenza si limiti in realtà a riconoscere l'esistenza di un margine di discrezionalità nel perseguimento dei fini che l'ordine «deve perseguire». E siccome la Corte non si esprime nel merito di quali essi siano (debbono essere), questo elemento *per se* sembra potere dimostrare soltanto che si è in presenza di un potere amministrativo e non giurisdizionale.

²² A questa conclusione si giunge in ragione del principio della massima espansione delle libertà costituzionali, su cui *cfr.* P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41 ss. Sul punto della libertà professionale v. F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, cit., §3, con ampi riferimenti a A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1989. Si noti peraltro che – con i noti limiti derivanti dal suo limitato ambito di applicazione – oggi la libertà professionale è garantita anche dall'art. 15 CDFUE.

²³ Dà conto del carattere ondivago della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di deontologia professionale, con ampi riferimenti, A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 238-239.

Questa può essere così formulata: valutare, sul piano sistematico e alla luce della sentenza n. 259 del 2019, la sostenibilità costituzionale dell'argomento istituzionalista in riferimento agli ordini professionali. Per farlo procederò in questo modo: nei paragrafi 3, 4 e 5 mostrerò come la sentenza n. 259 abbia escluso la validità di questo argomento rispetto al diritto costituzionale vivente, mentre nei paragrafi successivi presenterò alcune ragioni di carattere sistematico a sostegno dell'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale, cercando così di definire sul piano generale entro quali limiti l'argomento istituzionalista possa dirsi costituzionalmente sostenibile in riferimento agli ordini professionali. Per quanto riguarda, invece, il metodo di indagine, non adotterò la prospettiva diacronica divenuta tradizionale negli scritti in materia di ordini e collegi professionali. Infatti, siccome la questione, così come formulata, si configura essenzialmente come un problema di diritto costituzionale positivo, la sua soluzione risulta autonoma rispetto alle diverse discipline legislative succedutesi nel tempo.

3. *L'ordine professionale come ente strumentale.* – La sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2019 offre in effetti alcuni nuovi elementi argomentativi di non poco rilievo per affrontare la questione prospettata. Per discuterli, però, è anzitutto necessario schematizzare sinteticamente i fatti che hanno dato origine al conflitto tra enti risolto da questa pronuncia²⁴. La Giunta regionale dell'Emilia-Romagna aveva approvato una delibera con la quale si prevedeva l'impiego di personale infermieristico nei servizi di assistenza sanitaria di emergenza²⁵. Alla formazione di questo atto aveva partecipato l'Assessore regionale alle politiche per la salute, che era anche medico iscritto all'albo dell'Ordine dei medici e chirurghi di Bologna. L'Ordine ha dunque avviato un procedimento disciplinare nei suoi confronti sulla base del presupposto che proporre e votare la suddetta delibera costituisse un illecito disciplinare. L'atto in questione avrebbe infatti comportato forme di delegazione di atti medici a personale infermieristico, vietata dal codice deontologico²⁶. Il procedimento disciplinare si conclude con la radiazione dell'Assessore regionale dall'albo dei medici, ma il provvedimento di radiazione viene impugnato davanti alla Corte costituzionale dalla Regione, che denuncia una lesione da interferenza delle proprie competenze amministrative, costituzionalmente garantite, in materia di organizzazione sanitaria.

Ai fini di questo studio, più che l'accoglimento del ricorso in sé considera-

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 259/2019, rit. fatto, §§1-4.

²⁵ Delibera della Giunta regionale Emilia-Romagna 11 aprile 2016, n. 508. Annotando la sentenza, approfondisce la questione relativa al contenuto della delibera F. POLITI, *Potere disciplinare dell'ordine professionale vs. autonomia decisionale della Giunta regionale in un conflitto fra Stato e Regione (che racchiude una "quaestio libertatis")*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2019, 432-434.

²⁶ Tale dato emerge anche dalla sentenza, ma per un'esposizione più dettagliata delle motivazioni del provvedimento disciplinare cfr. https://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=72763.

to²⁷, sono rilevanti due questioni pregiudiziali affrontate dalla Corte: a) l'ammissibilità del conflitto in relazione al profilo dell'imputabilità allo Stato dell'atto dell'ordine professionale e b) l'accertamento della situazione di carenza di poteri in cui il provvedimento disciplinare fu emanato. La soluzione di queste due questioni, non rinvenibile chiaramente in nessuna disposizione positiva, appare infatti strettamente connessa alla concezione dogmatica degli ordini professionali che l'interprete adotta. È perciò necessario precisare chiaramente i termini di questa connessione logico-giuridica prima di potere provare a trarre qualche conclusione di ordine generale dalla soluzione adottata dalla Corte nel caso di specie.

4. Segue: *La questione della imputabilità allo Stato degli atti degli ordini professionali*. – Come noto, in sede di conflitto di attribuzione fra enti, il problema dell'imputabilità allo Stato dell'atto censurato dalla Regione si traduce in una questione di ammissibilità sotto l'aspetto della legittimazione passiva (essendo il conflitto tra enti un processo a parti predeterminate)²⁸. La Corte costituzionale ha perciò dovuto affrontare pregiudizialmente la questione dell'imputabilità allo Stato del provvedimento di radiazione emanato dall'ordine professionale per potere entrare nel merito della questione e annullarlo.

La decisione della Corte sul punto è molto interessante perché, in astratto, la questione della imputabilità del provvedimento disciplinare allo Stato dipende, in senso logico-giuridico, dalla validità dell'argomento istituzionalista. Infatti, se l'autonomia e i poteri dell'ordine professionale fossero solo *riconosciuti* dall'ordinamento giuridico statale senza trovare in esso il proprio fondamento (che sta invece, almeno in parte, nel sottostante fenomeno sociale), gli atti dell'ordine non potrebbero dirsi imputabili allo Stato²⁹. Sulla base del medesimo argomento, per esempio, possiamo affermare con certezza che se l'Assessore fosse stato scomunicato da una confessione religiosa o escluso da un'associazione privata, né la scomunica né l'atto di esclusione sarebbero stati imputabili allo Stato. E ciò poiché sia per le confessioni religiose sia per le associazioni private l'argomento istituzionalista è sicuramente valido. Ma per quanto riguarda gli ordini professionali si è dato conto di come siano state presentate in letteratura ricostruzioni alternative e la questione sia ancora aperta. Il caso in esame appare peraltro particolarmente rilevante perché la difesa dell'Ordine provinciale è ricorso proprio a un'argomentazione istituzionalistica per sostenere l'assenza dei

²⁷ Su questo aspetto v. invece le considerazioni di F. FABRIZZI, *Un conflitto decostituzionalizzato o un conflitto politicizzato? Leggendo la sent. 259/2019 su un conflitto tra enti che somiglia ad un conflitto tra poteri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, 483 ss.

²⁸ Cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 316 ss.

²⁹ In termini generali cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1959, §1.

presupposti del conflitto. Lo ha fatto, in particolare, chiedendo di dichiarare il ricorso inammissibile perché «volto non già alla delimitazione delle sfere di attribuzione di Stato e Regione, quanto al sindacato e alla delimitazione del potere disciplinare[, che sarebbe] un potere *tipico* dell'Ordine [...] a tutela del decoro e del prestigio della professione, la cui efficacia si esaurirebbe all'interno dell'Ordine o della categoria»³⁰.

La Corte ha rifiutato questa impostazione e, nel rigettare l'eccezione di inammissibilità, ha affermato che il provvedimento disciplinare fosse invece imputabile allo Stato-sistema ordinamentale «costituito da organi [...] ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporti di *strumentalità* in vista dell'esercizio, in forme diverse, di *tipiche* funzioni statali»³¹. L'imputabilità del provvedimento disciplinare allo Stato viene quindi coerentemente argomentata a partire dalla qualificazione dell'ordine professionale come ente pubblico rispondente all'esigenza di tutelare un interesse, pubblico anch'esso, predeterminato dal legislatore (la garanzia del corretto esercizio della professione)³². Proprio alla luce dell'evidenziata connessione logica che insiste tra imputabilità e argomento istituzionalistico, è molto significativo che la Corte affermi testualmente che i poteri, le funzioni e le prerogative sono *affidati* agli ordini dal legislatore statale e *preordinati* alla tutela di interessi di rilievo costituzionale (nel caso di specie tutela della salute)³³.

In generale, dunque, questa decisione rafforza l'impostazione teorica che nega la validità dell'argomento istituzionalista in riferimento agli ordini professionali³⁴. La decisione sull'ammissibilità del conflitto dimostra infatti che, su un piano generale, è scorretto paragonare l'autonomia degli ordini professionali a quella delle confessioni religiose o delle associazioni private. Per la Corte l'autonomia degli ordini si limita al piano del diritto primario (dove rileva come modulo organizzativo di un potere pubblico statale prescelto dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità)³⁵ mentre sul piano costituzionale-dogmatico l'ordine professionale resta legato allo Stato da una relazione di strumentalità³⁶.

³⁰ Corte cost., sent. n. 259/2019, rit. fatto, §2 (corsivo aggiunto).

³¹ *Ivi*, cons. diritto, §4 (corsivo aggiunto).

³² Cfr. *ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Annotando la sentenza rileva la crisi dell'autonomia ordinistica, seppure in una prospettiva differente, anche S. ROSSI, *Est modus in rebus. Note a margine della sentenza n. 259/2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 5, 2020, 206-230, inquadrandola tra le conseguenze della crisi economica e del processo di progressiva liberalizzazione (in part. 213).

³⁵ È un'espressione utilizzata da Corte cost., sent. n. 259/2019. Si noti che è sempre in questa prospettiva che Corte cost., sent. n. 11/1968 afferma: «non spetta alla Corte valutare l'opportunità della creazione dell'Ordine, perché l'apprezzamento delle ragioni di pubblico interesse che possano giustificarlo appartiene alla sfera di discrezionalità riservata al legislatore».

³⁶ *Contra* F. POLITI, *Potere disciplinare dell'ordine professionale*, cit., 435, che, commentando la medesima sentenza, ribadisce invece il fondamento costituzionale dell'autonomia ordinistica. Va peraltro segnalato che, coerentemente con tale premessa, l'A. sostiene che l'esclusione a priori della

Per le confessioni religiose e le associazioni private, invece, gli artt. 2, 7, 8 e 18 Cost. configurano una relazione di autonomia sin dal piano costituzionale-dogmatico e nessuna loro strumentalità rispetto allo Stato potrebbe essere predicata³⁷.

5. Segue: *La questione dei presupposti di esercizio del potere disciplinare degli ordini professionali*. – Il secondo profilo da esaminare riguarda la situazione di carenza di potere che la sentenza n. 259 del 2019 è chiamata ad accertare. Infatti, affinché un conflitto fra enti avente a oggetto un atto impugnabile davanti alla giurisdizione comune possa essere accolto, non è sufficiente che il ricorrente lamenti che le modalità di esercizio di un determinato potere abbiano leso le sue attribuzioni costituzionali, ma è necessario che affermi l'inesistenza del potere che avrebbe generato la lesione³⁸.

Ancora una volta occorre in primo luogo chiarire in che rapporti logico-giuridici si trovi la questione pratica risolta dalla sentenza (se il potere dell'ordine esistesse in concreto) e l'oggetto di questo studio (se l'argomento istituzionalista sia costituzionalmente sostenibile). Mi sembra possibile affermare che anche la questione dell'esistenza in concreto del potere disciplinare dell'ordine dipenda, in senso logico-giuridico, dalla validità dell'argomento istituzionalista. Il ragionamento per giungere a questa conclusione è più complesso rispetto al precedente, ma potrebbe svolgersi in questo modo:

(1) in generale³⁹, si dice che un soggetto versa in una situazione di carenza di potere in concreto quando esercita un potere radicalmente difforme dal relativo modello legale (sicché, appunto, può dirsi che è stato esercitato in concreto un potere diverso da quello in astratto attribuito);

(1.1) in particolare, l'assenza dei presupposti sostanziali previsti per l'esercizio di un potere determina una situazione di carenza di potere in concreto;

rilevanza deontologica di tutti gli atti di esercizio di funzioni pubbliche appare non pienamente giustificata e comunque problematica. Come proverò a spiegare più approfonditamente nel successivo §5, la limitazione della rilevanza deontologica ai soli atti connessi allo svolgimento della professione non sembra porre invece problemi particolari se si accetta la tesi che gli ordini professionali, nell'esercizio del potere disciplinare, si pongano rispetto allo Stato non in relazione di autonomia, ma di strumentalità.

³⁷ In teoria cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, cit., §§3-5. Per il diritto costituzionale italiano, in generale, cfr. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975. In riferimento all'oggetto di questo studio, sono di grande interesse anche le riflessioni di F. MIGLIARESE, *Sui limiti costituzionali alla pubblicizzazione di enti associativi privati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 629-643, di cui in part. cfr. 635 ss.

³⁸ Il principio è riaffermato in Corte cost., sent. n. 259/2019, cons. diritto, §5.1. Sul requisito del tono costituzionale v. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 310 ss. e, in part. sui conflitti aventi a oggetto atti giurisdizionali, da cui l'orientamento in questione sembra derivato, 313.

³⁹ Per i termini generali della questione, di per sé molto complicata, v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2018, 396 e 567 ss.

(2) la validità dell'argomento istituzionalista incide sulla determinazione dei presupposti sostanziali di esercizio del potere disciplinare;

(2.1) infatti, se si nega la validità dell'argomento istituzionalista, il potere disciplinare si configura come potere strettamente strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della professione e, di conseguenza, presupposto necessario del suo esercizio è che gli atti contestati siano almeno astrattamente idonei a pregiudicare la realizzazione di tale interesse pubblico (solo gli atti inerenti allo svolgimento della professione possono pregiudicare l'interesse perseguito);

(2.2) se invece si ammette la validità dell'argomento istituzionalista, il potere disciplinare si configura come potere funzionale al perseguimento di una pluralità di interessi disomogenei, tra cui anche l'interesse del gruppo professionale, con la conseguenza che i suoi presupposti sostanziali di esercizio si riducono al solo presupposto soggettivo dell'iscrizione all'albo (qualsiasi atto infatti è astrattamente idoneo a ledere l'interesse di categoria);

(3) dalle premesse (1) e (2) consegue quindi che, in tutti i casi in cui l'ordine agisce a tutela dell'interesse del gruppo, dalla validità dell'argomento istituzionalista dipende l'esistenza in concreto del suo potere.

Dal momento che, come si è detto, il provvedimento disciplinare emanato nel caso di specie puniva la presunta lesione di una riserva di attività prevista dal codice deontologico a favore della categoria dei medici, è del tutto evidente che l'Ordine professionale stesse perseguendo un interesse diverso dal corretto svolgimento della professione⁴⁰ e, quindi, che il potere disciplinare in concreto esercitato potesse giustificarsi soltanto nella prospettiva istituzionalista *sub* (2.2). E infatti è proprio in questa prospettiva che l'Ordine sviluppa le sue difese, individuando espressamente nella qualità dell'Assessore regionale di medico iscritto all'albo il solo presupposto dell'azione disciplinare intentata nei suoi confronti⁴¹.

⁴⁰ Sulla base delle premesse, la locuzione "corretto svolgimento della professione" dovrebbe essere intesa in senso stretto, tale cioè da escludere che l'ordine possa concorrere a definire la propria funzione (per es. stabilendo quali attività devono essere riservate dall'ordinamento generale ai suoi iscritti). Infatti, una cosa è punire il medico che abbia delegato a non medici un'attività che la legge espressamente gli riserva, un'altra punire il medico che, nell'esercizio di funzioni pubbliche, abbia concorso a determinare l'estensione di tale riserva di attività (riducendola). Una concezione formale degli ordini professionali, poiché presuppone l'eterodeterminazione della funzione degli ordini, ammette l'esistenza del potere nel primo caso, ma non nel secondo; una concezione istituzionale, poiché non presuppone una completa eterodeterminazione della funzione, può ammetterne l'esistenza in entrambi.

⁴¹ Le difese sono difatti sviluppate in questo modo: «*Qualunque medico iscritto all'albo, anche se non esercente la professione medica, è tenuto a osservare il codice deontologico. [...] Posto che il codice deontologico individua i doveri generali del sanitario, quali che siano le condizioni istituzionali e sociali in cui opera, la condotta del sanitario non sarebbe stata esente da censure deontologiche in virtù del ruolo, o più precisamente, dell'incarico assegnatogli in ambito regionale [...]* Il procedimento disciplinare sarebbe strutturalmente e teleologicamente indipendente rispetto alle prerogative e attribuzioni regionali. Esso *riguarderebbe la tutela del prestigio e del decoro di una categoria di professionisti*, attraverso il rispetto di regole deontologiche [...] senza interferenza con le

Alla luce della evidenziata connessione strutturale tra natura dell'interesse perseguito mediante il potere disciplinare e presupposti sostanziali del suo esercizio⁴², si spiega bene perché la Corte abbia rigettato queste difese affermando prima di tutto che il potere disciplinare è funzionale «alla tutela di interessi generali della collettività» e, in particolare, «serve ad assicurare il rispetto delle regole deontologiche che governano il corretto esercizio della professione»⁴³. Difatti, è soltanto sulla base di queste premesse («così delimitato l'ambito di esercizio del potere disciplinare»⁴⁴) che la Corte può validamente concludere che «l'Ordine dei medici ha agito in carenza di potere, poiché ha sottoposto a procedimento disciplinare e sanzionato un proprio iscritto *per atti compiuti da quest'ultimo non nell'esercizio della professione di medico*»⁴⁵.

Anche sotto quest'ulteriore profilo la decisione in commento conduce perciò a escludere la validità dell'argomento istituzionalista, perlomeno rispetto a tutti quei poteri pubblici che, come il potere disciplinare, la legge *affida* agli ordini professionali. Se l'argomento istituzionalista fosse stato valido, infatti, non sarebbe stato possibile configurare alcuna delimitazione oggettiva dei presupposti di esercizio dell'azione disciplinare (che, del resto, la legge non prevede chiaramente)⁴⁶. La conclusione generale che sembra potersi trarre da questa analisi è dunque che mediante i loro poteri pubblici gli ordini non possono perseguire interessi di categoria. E questa conclusione appare confermata anche con specifico riguardo al potere di normazione deontologica dalla significativa affermazione della Corte secondo cui «il potere disciplinare nasce, quindi, limitato [...] dalla natura dei codici deontologici [...] vincolanti nei termini e nei limiti indicati dalla legge»⁴⁷.

competenze regionali e/o con la natura amministrativa del ruolo svolto dall'Assessore» (Corte cost., sent. n. 259/2019, rit. fatto, §2 [corsivo aggiunto]).

⁴² Questo presupposto appare invero irrinunciabile per argomentare la coerenza della sent. n. 259/2019 con i precedenti della Corte dal momento che è necessario per spiegare perché il perseguimento dell'interesse del gruppo professionale mediante il potere disciplinare generi una situazione di carenza di potere in concreto (ammissibilità del conflitto) e non, invece, un mero cattivo esercizio del potere (inammissibilità del conflitto). Sul piano ordinamentale, peraltro, esso sembra confermare che l'interesse di categoria dovrebbe ritenersi estraneo alla sfera del pubblico.

⁴³ Corte cost., sent. n. 259/2019, cons. diritto, §6. La Corte cita anche molte disposizioni di settore previste dal d.lgs.C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233 e s.m.i., ma, come dimostrano i passaggi citati, il suo discorso si svolge su un piano più astratto e perciò non appare improprio procedere a una generalizzazione.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

⁴⁶ E infatti, con riguardo al potere disciplinare attribuito agli ordini dei medici chirurghi, la Corte può citare solamente l'art. 38 del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221 che prevede che l'azione disciplinare sia esercita nei confronti dei «sanitari che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale» (corsivo aggiunto). Ma è del tutto evidente come questa disposizione non preveda alcun presupposto oggettivo di esercizio del potere disciplinare chiaramente determinato e, perciò, che le conclusioni della Corte possano essere raggiunte e apprezzate soltanto a partire da considerazioni sistematiche.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 259/2019, cons. diritto, §6.

6. *Ragioni costituzionali e conseguenze della qualificazione come ente strumentale.* – Fino qui si è cercato di mostrare come la Corte costituzionale qualifichi gli ordini professionali, nell'esercizio di poteri pubblici attribuiti loro dalla legge, come enti strumentali dello Stato e che tale qualificazione è logicamente incompatibile con la validità dell'argomento istituzionalista. Infatti, dimostrando l'invalidità delle conseguenze necessarie di un dato argomento, si dimostra anche l'invalidità di quell'argomento in generale. Ma questo esito non soddisfa ancora pienamente la domanda di ricerca. Per conoscere se l'argomento istituzionalista sia o meno costituzionalmente sostenibile in riferimento agli ordini professionali, difatti, non sembra sufficiente provare che l'interpretazione della Costituzione adottata dalla Corte nega la sua validità, ma occorre fornire le ragioni per cui non sarebbe stato possibile dare un'interpretazione della Costituzione che ammetta questo argomento. In altre parole, il problema che si pone, in ultima istanza, è quello di provare a offrire una giustificazione scientifica della qualificazione degli ordini fornita dalla Corte, dovendosi altrimenti concludere che l'invalidità dell'argomento istituzionalista non discende necessariamente dalle norme costituzionali, ma rappresenta il frutto della discrezionalità rimessa dall'ordinamento al giudice costituzionale. Se quest'ultimo fosse il caso, si potrebbe dire che sebbene l'argomento istituzionalista non sia valido rispetto al diritto costituzionale vivente, esso resterebbe comunque costituzionalmente sostenibile.

Ma invece una giustificazione sistematica sembra esistere e può essere rintracciata in primo luogo negli articoli 18 e 97 Cost. Il primo argomento a sostegno della dottrina della Corte è quello della libertà negativa di associazione, che risulterebbe necessariamente violata se l'ordine professionale fosse ammesso a perseguire *anche* l'interesse di categoria nell'esercizio dei propri poteri pubblici. Si è infatti già dato conto di come la legittimità delle limitazioni alla libertà negativa di associazione sia (debba essere) condizionata al perseguimento di un fine *schiettamente* pubblico⁴⁸. Un secondo argomento è fondato sui principi costituzionali che governano l'azione della pubblica amministrazione (a cui gli ordini professionali indubbiamente appartengono) e, in particolare, sul principio di imparzialità⁴⁹. Secondo questo argomento «l'attribuzione della gestione di affari pubblici ad enti o apparati, i cui organi risultano in tutto o in parte formati da

⁴⁸ Affinché quest'argomento tenga, è ovviamente necessario che anche l'orientamento della Corte relativo all'art. 18 possa dirsi necessitato; e in effetti tale conclusione è già stata raggiunta da V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, cit., a cui è sufficiente rinviare. A quest'argomento potrebbe d'altra parte essere obiettato che esso prova troppo poiché condurrebbe a negare in ogni circostanza (anche al di fuori dell'esercizio di poteri pubblici) la possibilità per gli ordini di rappresentare l'interesse degli associati. Per il superamento di tale obiezione v. però il §7.

⁴⁹ L'argomento è sviluppato da S. BARTOLE, *Le corporazioni pubbliche fra libertà di associazione e imparzialità dell'amministrazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, 532 ss. In seguito, questo argomento è stato ripreso e difeso da L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, cit., 374-376.

rappresentanti degli interessi direttamente coinvolti negli affari medesimi può comportare estraniamento dell'azione amministrativa dall'indirizzo elaborato dagli organi investiti di potere decisionale secondo i principi democratici che reggono il nostro sistema politico»⁵⁰. A tale argomento è stato obiettato che la questione di imparzialità potrebbe essere posta soltanto quando un ente curi interessi altrui o, anche curando interessi propri, la sua attività possa incidere su terzi⁵¹. Ma questa obiezione appare priva di fondamento perché presuppone un'identificazione dell'interesse del singolo professionista con quello del gruppo di appartenenza che non trova alcuna valida base argomentativa nell'ordinamento costituzionale vigente. Sul piano normativo, infatti, il professionista risulta titolare di un diritto di libertà professionale a cui corrisponde un interesse di natura individuale indubbiamente qualificato e differenziato rispetto a quello collettivo perseguito dall'ordine professionale.

Infine, proprio la natura di diritto costituzionalmente garantito della situazione giuridica che l'ordinamento riconosce al singolo professionista conduce a un terzo ordine di considerazioni contro la sostenibilità dell'argomento istituzionalista in riferimento ai poteri pubblici degli ordini professionali. È difatti una regola generale quella per cui in materia di limitazioni ai diritti fondamentali vige una riserva di legge implicita, che trova parte della propria giustificazione nel principio democratico⁵². Solo la legge, infatti, in quanto espressione della volontà generale dei cittadini, può costituire una valida base per la limitazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti. Sul piano sostanziale, questo significa che le limitazioni ai diritti sono legittime se e solo se perseguono un interesse generale. Ma allora, siccome l'argomento istituzionalista postula che l'ordine professionale possa esercitare i propri poteri pubblici (incidenti su una libertà costituzionalmente garantita) *anche* nel perseguimento dell'interesse di categoria, esso è costituzionalmente insostenibile.

7. Segue: *Due obiezioni*. – Contro la concezione formale qui difesa possono essere certamente mosse varie obiezioni, tra cui due che è opportuno affrontare subito: *a)* che questa concezione neghi di dare adeguato riconoscimento a un fenomeno sociale esistente nella realtà; *b)* che questa concezione annulli la dimen-

⁵⁰ S. BARTOLE, *Le corporazioni pubbliche*, cit., 532 ss. Su un piano più generale, insiste per un'ermeneutica dei principi costituzionali sulla pubblica amministrazione che si ispiri al principio di necessaria democraticità A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2019, 381-412 e in part. cfr. 383 ss.

⁵¹ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 322-323.

⁵² Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 139 ss. Sul fondamento democratico dell'istituto della riserva di legge v. *funditus* R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1989; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova 1984, 57 ss.; da ultimo v. anche G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge"*, Torino 2019, 24 ss.

sione etica tradizionalmente o intrinsecamente caratterizzante la deontologia professionale. Riguardo alla prima obiezione, se essa è presentata in forma così radicale da sostanziarsi in una questione di metodo, non è possibile affrontarla in questa sede. La mia analisi ha in effetti quale presupposto metodologico che la scelta se dare o non dare riconoscimento giuridico a un fenomeno sociale, oltre i limiti previsti dalle norme vigenti, non spetti allo studioso del diritto. Se presentata in forma meno radicale, invece, l'obiezione è infondata perché l'impostazione formale riguarda, come si è detto, soltanto l'attività degli ordini professionali consistente nell'esercizio di poteri pubblici. Nessuno degli argomenti che ho presentato esclude che un'analisi giuridica delle funzioni svolte dagli ordini in regime di diritto privato (non autoritativamente) ne valorizzi il sottostante fenomeno sociale⁵³, all'ulteriore condizione – come del resto ammette la stessa teoria istituzionalista nell'affrontare la questione della propria compatibilità con l'art. 18 Cost.⁵⁴ – che non si tratti comunque di attività a essi riservate in via esclusiva dalla legge⁵⁵. In passato, la distinzione tra questi due ambiti di attività degli ordini professionali (pubblicistico e privatistico) era stata sottolineata ricorrendo alla curiosa ma efficace immagine del «ragionamento aritmetico» che avrebbe portato a concludere che, rispetto al diritto positivo del tempo, «gli ordini degli avvocati [fossero] enti per 13/20 di diritto privato»⁵⁶. Tale conclusione, per molto tempo considerata teoricamente non soddisfacente perché non in grado di

⁵³ In questo senso non appare per es. censurabile l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa che riconosce la legittimazione ad agire degli ordini professionali in quanto rappresentanti dell'interesse collettivo di categoria (da ultimo v. Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8844 e Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2019, n. 5605). Lo stesso vale per la possibilità di partecipare al giudizio costituzionale quando si tratti di questioni inerenti allo statuto professionale, che dalla risalente Corte cost., sent. n. 171/1996 era stata riconosciuta nella forma dell'intervento di terzo e che, in seguito al consolidarsi di un orientamento più restrittivo in materia, è oggi sostituita dalla facoltà di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di *amicus curiae* (cfr. Corte cost., sent. n. 37/2020).

⁵⁴ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 322 sulla scorta di una rilettura delle tesi più rigorose di A. PACE, *Commento all'art. 18 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1977, 211 ss. (sugli ordini professionali v. in part. nota 42). Non è possibile approfondire in questa sede l'ulteriore e autonoma questione se la rappresentanza dell'interesse di categoria da parte di una associazione coattiva, anche se in maniera non esclusiva, sia comunque in contrasto con l'art. 18 Cost., come pure è stato sostenuto in letteratura.

⁵⁵ Questa considerazione, che mi limito qui a riprendere senza potere approfondire, implica peraltro che a previsioni come gli artt. 25 e 35 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nella parte in cui riservano la «rappresentanza istituzionale dell'avvocatura» agli ordini circondariali e al Consiglio Nazionale Forense, dovrebbe essere data un'interpretazione costituzionalmente conforme, tale, cioè, da non escludere in assoluto che altre associazioni possano liberamente formarsi per perseguire l'interesse collettivo. Del resto, proprio in riferimento alla categoria degli avvocati, consta l'esistenza di stabili associazioni private di questo genere, anche di rilevanza nazionale. Con specifico riferimento al CNF, presenta una ricostruzione della teoria della rappresentanza istituzionale non incompatibile con questa impostazione F. CASSELLA, *Le persistenze della teoria della rappresentanza istituzionale in tema di intervento delle Confederazioni sindacali nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3828 ss.

⁵⁶ M. LA TORRE, *Elementi di diritto amministrativo*, Milano 1920, 100 ss.

fornire una qualificazione unitaria, appare oggi del tutto accettabile se collocata nell'ambito della moderna dottrina dell'ente pubblico cangiante⁵⁷. Se infatti si accoglie la prospettiva funzionalista oggi molto diffusa, una posizione che limiti la validità dell'argomento istituzionalista alla sola frazione di attività che gli ordini professionali svolgono, effettivamente, come qualsiasi altra associazione privata, non sembra poter essere tacciata di incoerenza sistematica.

Anche la seconda obiezione sembra superabile. E infatti, se è vero che una concezione formale dei poteri pubblici degli ordini professionali preclude la possibilità di intendere la deontologia come etica *del* (nel senso di etica autofondata dal) gruppo professionale⁵⁸, non è vero che essa implichi necessariamente una deontologia intesa come insieme di regole tecniche, neutrali rispetto alla sfera dei valori morali che devono caratterizzare il *buon* professionista⁵⁹. Sotto questo profilo meritano senz'altro di essere richiamate quelle più recenti ricostruzioni che hanno messo in luce la strettissima connessione esistente tra corretto svolgimento delle professioni liberali e godimento effettivo di diritti costituzionalmente garantiti⁶⁰. Ebbene, le previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono alla persona quei diritti fondamentali non sono affatto neutrali sul piano dei valori, ma contribuiscono a costituire una parte fondante del nostro sistema di etica pubblica costituzionale⁶¹. Se ricondotta a questa peculiare dimensione costituzionale, una concezione formale dei poteri degli ordini non preclude affatto la possibilità di continuare a parlare – anche nell'ambito di un discorso giuridico – di deontologia come etica *del* (nel senso di etica eterofondata ma propria del) gruppo professionale⁶².

⁵⁷ Mi riferisco alla nozione c.d. funzionale di ente pubblico, ormai ampiamente predominante in dottrina e in giurisprudenza, di cui traccia compiutamente i lineamenti Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, diritto, §18.

⁵⁸ P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle)*, cit., 1049.

⁵⁹ Sull'importanza della dimensione etica della deontologia professionale, con specifico riferimento alla professione di avvocato ma di respiro generale, v. R. DANOVÌ, *I principi fondamentali della deontologia*, in ID., *Deontologia e giustizia*, Milano 2003, 3-5.

⁶⁰ Cfr. per tutti C.E. GALLO, *Autonomia delle professioni e diritti fondamentali*, cit., 217 ss.

⁶¹ Definisce l'etica pubblica costituzionale come «una vera e propria “meta-etica” [...] laica, generale e vincolante per tutti» A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale*, Torino 2008, 162.

⁶² Nemmeno il problema del potenziale conflitto tra ordinamento giuridico e morale del gruppo professionale, che è alla base di questa obiezione, ha rilievo soltanto teorico. Nella pratica, infatti, un simile conflitto è stato di recente sollevato quando, in seguito a Corte cost., ord. n. 207/2018, relativa all'illegittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio, la Federazione Nazionale Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri ha emesso un parere in cui si affermava che la partecipazione dei medici ai suicidi assistiti si sarebbe comunque posta in contrasto con il principio etico fondamentale della non maleficenza e, pertanto, avrebbe continuato a rappresentare un illecito disciplinare. Per l'analisi dei termini della questione sia consentito rinviare a P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell'art. 580 cod. pen.: l'art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 5, 2019. Nel merito v. le posizioni, tra loro divergenti, di C. CASONATO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in G. FORNASARI, L. PICOTTI e S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova

8. *Il limitato ruolo dell'interesse di categoria in una teoria degli ordini professionali costituzionalmente fondata.* – L'approdo di questa analisi è dunque che un ragionamento giuridico rigoroso intorno agli ordini professionali, svolto nella prospettiva del diritto positivo, dovrebbe limitare la validità dell'argomento istituzionalista alle sole attività che gli ordini svolgono in regime di diritto privato e in potenziale concorrenza con altre associazioni di categoria. Alla luce delle ragioni che ho tentato di illustrare, infatti, soltanto in questi casi potrebbe essere validamente assunto quale presupposto per la soluzione di questioni di pratica giuridica che l'azione dell'ordine sia preordinata a tutelare l'interesse del gruppo professionale. Per gli stessi motivi si dovrebbe invece abbandonare una concezione corporativa dei poteri degli ordini professionali idonei a incidere autoritativamente su situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite. Nonostante si tratti di una convinzione molto radicata nella tradizione e diffusa nella società, l'idea che tali poteri pubblici possano essere funzionali, anche solo parzialmente, alla tutela dell'interesse di categoria appare infatti fundamentalmente contraria al nostro diritto costituzionale.

2019, 104 e di L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARIANI, C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019, 141. La questione può comunque dirsi oggi sostanzialmente risolta dopo l'emanazione da parte della medesima FNOMCeO di indirizzi applicativi dell'art. 17 codice deontologico coerenti con la successiva Corte cost., sent. n. 242/2019, che, come noto, ha concluso la vicenda riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. riconoscendo ai malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli il diritto alla somministrazione di un trattamento eutanasi.

ABSTRACT

Fabio Saitta, *Il «diritto alla città»: attualità di una tesi antica*

Muovendo dall'esigenza di ripensare l'idea di città ed il suo rapporto con il territorio e con la comunità, fortemente avvertita soprattutto in periodo di Covid-19 e di crisi economica, l'A. riprende il tema del c.d. «diritto alla città», provando a comprendere, innanzitutto, il significato che tale formula assume originariamente nella teoria politica dello spazio ideata da Henri Lefebvre e, quindi, in quale solco sia possibile attualizzarla nel terzo millennio senza travisare il quadro da lui delineato ormai più di mezzo secolo fa.

La conclusione dell'indagine è nel senso che la strada per l'affermazione del «diritto alla città» è sicuramente lunga e passa attraverso la trasformazione degli abitanti da meri amministrati e subordinati alla potestà pubblica in attori: il «diritto all'opera» ed il «diritto alla fruizione» predicati da Lefebvre presuppongono un cittadino collaborativo ed un'amministrazione più partecipata e trasparente.

The «Right to the City»: The Relevance of an Ancient Thesis

Starting from the need to rethink the idea of the city and its relationship with the territory and the community (strongly felt especially in the period of COVID-19 and economic crisis), first of all, the author takes up the theme of the so-called “right to the city” trying to understand the meaning that this formula originally undertakes in the political theory of space conceived by Henri Lefebvre and, therefore, in what groove it is possible to actualize it in the third millennium without distorting his framework outlined more than half a century ago.

The conclusion of the survey goes in the sense that the road to the affirmation of the “right to the city” is certainly long and passes through transforming the mere administered and subordinated (to public authority) inhabitants into actors: the “right to infrastructure” and the “right to fruition” (predicated by Lefebvre) presuppose the presence of a collaborative citizen and a more participatory and transparent administration.

Gladio Gemma, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*

Oggetto dello scritto è la configurazione e la tutela dei diritti delle generazioni future.

L'Autore rileva, sulla base delle riflessioni della cultura filosofica, la configurabilità, sul piano etico, di diritti delle generazioni future in quanto fondati su una giustizia intergenerazionale che impone una tutela di determinati interessi umani, la quale prescinda dal tempo in cui si trovino a vivere. Alla motivazione di ordine positivo, che sorregge tale tesi, segue una replica alle critiche, di ordine filosofico e morale, che sono state mosse alla medesima.

Delineato il fondamento etico della tutela di determinati interessi delle generazioni future, lo scritto espone l'argomentazione in base alla quale gli interessi fondamentali delle stesse hanno anche una natura giuridica, in modo specifico costituzionale. Vengono infatti prospettati canoni sulla base dei quali si possono configurare certi interessi fondamentali dei posteri ed in applicazione di detti canoni vengono individuati in via specifica interessi che hanno tale natura, come l'ambiente, i beni culturali, l'equilibrio economico-finanziario, ecc..

Che gli interessi fondamentali dei posteri abbiano natura costituzionale è comprovato da varie considerazioni, la più rilevante delle quali è costituita dall'essenza e dalla *ratio* del costituzionalismo, inteso come un'ideologia e un fenomeno politico giuridico volti a contrastare forme di dominio e di abusi e quindi valevoli anche nei rapporti fra generazioni, dato il rischio (elevato) che i viventi possano compromettere gli interessi di coloro che verranno e che sono senza potere verso chi li ha preceduti nel tempo. Inoltre l'Autore ritiene che gli interessi in oggetto possano essere tradotti nella figura giuridica, intesa estensivamente, di diritti soggettivi.

Alla configurazione di diritti soggettivi delle generazioni future segue una concisa rassegna delle forme di tutela, realizzate e proposte, dagli stessi. Per quanto riguarda quelle realizzate vengono citate, a mo' di *flash*, alcune leggi finalizzate alla tutela di interessi (anche) delle generazioni future. Circa, invece, le soluzioni prospettate, esse consistono sia nella trasformazione politico-culturale relativamente ai rapporti fra generazioni, sia in innovazioni istituzionali, che dovrebbero consentire una miglior cura degli interessi dei posteri.

A conclusione dello scritto vengono avanzate alcune considerazioni di fondo circa la tutela dei diritti delle generazioni future. Da un lato viene motivata l'utilità, anche alla luce dell'esperienza costituzionale, di norme programmatiche e della proclamazione di diritti (costituzionali e non solo costituzionali) operata dalle stesse. Dall'altro lato, viene rilevato che l'efficacia di strumenti giuridici è assai limitata finché domini una cultura, in senso lato del termine, informata sia all'economicismo, sia, ancor peggio, al presentismo, fattori politico-culturali nell'attuale momento storico e (anche) nei regimi democratici.

Rights of Future Generations: The Need and Limits of their Legal Protection

Subject of this paper is the recognition and protection of the rights of future generations.

The Author, taking into account the arguments of philosophical culture, holds that the rights of future generations are recognizable as they are grounded on intergenerational justice that mandates to protect certain human interests, regardless of the time in which they exist. The Author explains the reasons of this assumption and responds several philosophical and ethical counter-arguments to the thesis.

Once the philosophical grounds for the rights of future generations have been highlighted, the Author explains why, in his view, these rights also have a legal consistence, in particular a constitutional one. He sets up standards on the basis of which certain fundamental interests can be recognized, and proceeds to specifically identify some of them, such as environment, cultural assets, economic-*financial equilibrium*, and so on.

The idea that fundamental interests of future generations have a constitutional nature is proved by several arguments, the most relevant of which lies on the essence and *ratio* of constitutionalism, if it is interpreted as an ideology and a legal-political phenomenon aimed at opposing forms of dominion and abuses, which concern also the relationships between generations, as there is the risk that living beings can hinder the interests of future generations, which are powerless to prevent this. The Author also holds that these interests can amount to an extended concept of rights.

After recognizing the rights of future generations, the Author reviews their instruments of protection, some already in force and some suggested thereafter. With regard to the first ones, the Author briefly mentions some laws aimed at safeguarding (also) the interests of future generations. With regard to the proposed solutions, they are based both on a political-cultural transformation concerning the relationships between generations and on institutional innovations that should grant a better attention to the interest of posterity.

In the last part, the Author lays down some basic considerations about the protection of the rights of future generations. On the one hand, taking also into account the constitutional experience, he argues in favor of the usefulness of non self-executing rules which establish (constitutional and not only constitutional) rights. On the other hand, he concludes that the effectiveness of legal instruments is limited until a culture of economicism and, even worse, of presentism – which are political and cultural factors in current historical period and even in democratic systems – prevails.

Barbara Gagliardi, *Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute*

La giurisprudenza costituzionale investe l'organizzazione sanitaria specialmente in sede di sindacato sul riparto di competenza Stato – Regioni, ove a rilevare non è soltanto la materia della tutela della salute, attribuita alla competenza concorrente, ma anche altre di competenza esclusiva statale, come l'ordinamento civile e la determinazione dei livelli essenziali di assistenza, o concorrente, come il coordinamento della finanza pubblica. Con riferimento ai parametri sostanziali di legittimità, assume peculiare rilevanza il contenzioso sulla violazione del principio del concorso pubblico.

In tutte queste sedi le pronunce della Corte sono prevalentemente riduttive dell'autonomia regionale e delle disomogeneità organizzative, specie ove le stesse paiono capaci di compromettere il nucleo essenziale del diritto salute, che si vuole garantito secondo standard omogenei sul territorio nazionale anzitutto in ragione del suo carattere “fondamentale”.

The control of the Constitutional Court over the national health system organization between regional autonomy and the right to health

The Italian Constitutional Court analyzes the national health system organization especially within the control over the separation of legislative powers between State and Regions. This control involves matters attributed to the concurring competence, such as health protection, or public finance coordination, as well as others matters of exclusive state competence, like private law and the determination of essential levels of assistance. With regard to substantive parameters, the control over the violation of the open competition principle is especially important.

In all these situations, the rulings of the Court are mainly reductive of regional autonomy and organizational inhomogeneities, especially when they could compromise the essential core of the right to health. This one needs to be protected according to homogeneous standards within the nation, first of all because of its “fundamental” character.

Annalaura Giannelli, *L'Indennizzo da attività amministrativa illecita: verso una nuova rete di contenimento?*

Il contributo si occupa della figura dell'indennizzo del danno causato dall'esercizio del potere pubblico. Il punto di partenza della riflessione risiede nel fatto che nell'ordinamento stiano proliferando fattispecie in cui l'istituto dell'indennizzo riguarda ipotesi in cui il danno sia causato da attività vietata dall'ordinamento. Questo sembra determinare due conseguenze: la connotazione punitiva di queste fattispecie di indennizzo, e la difficile coabi-

tazione con l'istituto del risarcimento, i cui margini di applicazione risultano ridotti.

The “indennizzo” as a peculiar compensation for damages caused by unlawful administrative action

The paper deals with the “indennizzo” for the damage caused by the exercise of public power. In the legal system are proliferating cases in which the “indennizzo” concerns situations in which the damage is caused by an illegal use of the public power. This phenomenon has two consequences: the punitive connotation of the “indennizzo” and the difficult “cohabitation”, in the legal system, between “indennizzo” and the compensation for damages, whose application margins are getting tighter.

Pietro Acri, *Differenti profili delle “società miste”: figura soggettiva e attività svolta su incarico della pubblica amministrazione*

Lo scritto intende indagare l'attuale configurazione del modello di società mista anche in considerazione delle disposizioni introdotte nel nostro ordinamento dal testo unico sulle società a partecipazione pubblica. Contrariamente a quanto si possa ritenere, la figura della società mista non individua un distinto e autonomo modello di società ma piuttosto uno strumento civilistico che si adatta al servizio da svolgere. La fattispecie normativa nasce infatti per fornire una disciplina legittimante della società mista conseguente ad una gara per la scelta del socio privato che si configuri anche come gestore del servizio da affidare. È dunque in questa genesi che deve essere contestualizzato il ruolo dei soci e gli effetti della disciplina civilistica sulla gestione delle attività oggetto di affidamento.

Different profiles of semi-private company: legal subject and activities carried out on commission by the public administration

The article focuses on the current configuration of the semi-private company model in consideration of the provisions introduced by the d.lgs. 19th august 2016, n. 175. In contrast to what is commonly believed, the figure of the semi-private company doesn't identify a different model of company but rather a tipic civil law instrument that adapts to the service to be performed. The normative case was born to provide a valid discipline of the semi-private company consequent to a tender for the choice of the private partner who is also configured as manager of the service to be entrusted. It is therefore in this genesis that the role of the shareholders and the effects of the civil law on the management of the assets subject to assignment must be contextualized.

Andrea Bonomi, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*

Lo scritto si propone di analizzare le argomentazioni spese e le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019 al fine di destituire di fondamento la censura relativa alla violazione del principio di determinatezza della disposizione che incrimina il favoreggiamento in qualsiasi modo della prostituzione. L'analisi di queste pronunce si incentra in modo particolare sull'indeterminatezza che connota l'espressione linguistica, contenuta in tale disposizione, "*favorisce*" e offre inoltre l'occasione per svolgere anche alcune considerazioni più articolate sugli scenari futuri che queste due decisioni aprono nel rapporto fra questa fattispecie di reato e il suddetto principio.

The crime of aiding and abetting prostitution and the violation of the principle of definiteness of the types of offence: is the related question of constitutionality truly unfounded?

The paper aims to analyze both the arguments made and the conclusions reached by the Constitutional Court in judgments n. 141 and n. 278 of 2019, where the Court tried to remove the basis of the censure regarding the violation of the principle of definiteness of the provision that incriminates the aiding and abetting in any way of prostitution. The analysis of these pronouncements focuses above all on the indefiniteness that the linguistic expression implies, contained in this provision, "*abets*" and also offers the opportunity to make some more detailed considerations on the future scenarios that these two decisions open in the relationship between this type of offence and the aforementioned principle.

Pier Francesco Bresciani, *Ordini professionali e interesse di categoria (Un'ipotesi di rilettura delle teorie istituzionaliste dopo Corte cost., sent. n. 259 del 2019)*

Questo breve saggio mette a confronto la sentenza n. 259 del 2019 della Corte costituzionale con la concezione tradizionale degli ordini professionali. L'Autore sostiene che tale sentenza sia difficilmente conciliabile con le teorie istituzionaliste, secondo le quali il fondamento giuridico dei poteri pubblici degli ordini sarebbe da rinvenire, almeno in parte, nel sottostante fenomeno sociale. In particolare, la sentenza dimostra come il corollario di questa impostazione per cui gli ordini potrebbero esercitare i propri poteri pubblici a tutela di interessi essenzialmente propri della relativa categoria professionali contrasti con il diritto costituzionale vivente. Sono infine presentate alcune ragioni di carattere sistematico a sostegno della limitazione del rilievo giuridico dell'interesse

di categoria ai soli casi in cui gli ordini agiscano in regime di diritto privato e in potenziale concorrenza con altre associazioni di categoria.

Professional associations with mandatory membership and sectional interests (Discussing institutional theories in the light of Italian Constitutional Court, n. 259/2019)

This short essay discusses legal theory on professional associations with mandatory membership in the light of the judgement of the Italian Constitutional Court n. 259/2019. The Author argues that such a judgment challenges the common understanding, which is based on an institutional approach. Indeed, while it follows from an institutional theory of professional associations that these bodies can exercise public powers with the aim of safeguarding the interests of their members, the aforementioned judgment proves this assumption wrong. Hence, the Author concludes that within the Italian legal order such an aim could be legitimately pursued only through acts of a private nature, which the law cannot reserve to professional associations with mandatory membership.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FABIO SAITTA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Magna Graecia di Catanzaro

GLADIO GEMMA, già Professore ordinario di Giustizia costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia

BARBARA GAGLIARDI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Torino

ANNALaura GIANNELLI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università Magna Graecia di Catanzaro

PIETRO ACRI, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bologna

ANDREA BONOMI, Ricercatore a tempo determinato di tipo B di Diritto costituzionale, Università di Bari "Aldo Moro"

PIER FRANCESCO BRESCIANI, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Bologna

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 Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori 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. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

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.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento 2021: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
da *La Buona Stampa* – Napoli