

Editoriale

Matteo Carrer, Anna Lorenzetti

p. 3

Procurement di beni e servizi ICT in ambito pubblico e normative regolamentari in tema di digitalizzazione della PA, *privacy* e *cybersecurity*.

Luca Tufarelli

p. 9

Tutela preventiva, rischi, emergenze e beni culturali: dal codice dei beni culturali al PNRR

Giuseppe Garzia

p. 35

Le ordinanze “speciali” del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia

Sara Spuntarelli

p. 53

I Piani di rientro sanitari: il perimetro di un'indagine nella prospettiva delle possibili modifiche normative dopo la pandemia da Covid-19

Andrea Patanè

p. 63

Sanità di prossimità e principio di solidarietà nella gestione pandemica

Francesco Perchinunno

p. 79

I diritti degli animali nella Costituzione indiana e nel dibattito della riforma della Costituzione italiana

Vincenzo Pepe

p. 93

Gli ordini professionali: enti pubblici tra gli altri enti pubblici. Nota a Consiglio di Stato, Sezione terza, 11.06.2021 n. 4515

Giulia Milo

p. 109

editoriale

queste istituzioni è ripartita

di Matteo Carrer, Anna Lorenzetti

Nell'accompagnare il secondo numero di queste istituzioni, l'editoriale da parte di chi ne ha assunto la direzione scientifica intende tracciare le linee di sviluppo della Rivista, fin da subito condivise con chi ha accolto la proposta di partecipare a questa avventura. Può sembrare irrituale definire così la rivitalizzazione di una rivista storica e prestigiosa, ma ci sembra che sia l'espressione che meglio identifica il percorso appena iniziato.

Il progetto presentato al figlio del fondatore della Rivista, Sergio Ristuccia (venuto a mancare alcuni anni fa), era infatti volta a (ri)creare uno spazio di dialogo, di dibattito, di confronto, attualizzando l'iniziativa editoriale, senza però disperdere metodo, alto profilo e radici storiche. È infatti all'inizio degli anni '70 che il suo fondatore si pose l'obiettivo di creare uno spazio di dibattito che ponesse al centro dell'attenzione le istituzioni, il loro evolversi, la loro mutevolezza intrinseca, le ombre e le luci. Animati da quella "passione sociale" che Renzo Ristuccia richiamava nell'editoriale al primo numero, con il cui pensiero ci poniamo in rispettosa continuità e proprio mettendo al centro dell'iniziativa la volontà di alimentare quel confronto di cui chi si occupa di diritto ha un costante e inarrestabile bisogno, abbiamo così voluto raccogliere una sfida o meglio le sfide plurali che la direzione scientifica di queste istituzioni rappresenta.

Ne tracciamo alcune. La prima sfida è rappresentata dal tentativo di coniugare tradizione e innovazione, tradizione valorizzata già dall'editoriale di Renzo Ristuccia nel numero precedente, unico modo per segnare l'importanza del momento e dell'iniziativa che abbiamo con lui condiviso, ma pure da altri elementi di forma e sostanza; di forma, come l'utilizzo del carattere bodoni e di una grafica simile a quella originale, di sostanza nei contenuti e nell'obiettivo.

È infatti proprio recuperando lo spirito ben descritto dall'editoriale di Renzo Ristuccia, che oggi una nuova comunità di studiosi si è raccolta attorno a quello che è prima di tutto un progetto: un progetto volto alla creazione di uno spazio di dibattito, di confronto, anche schietto e diretto, in grado di raccogliere e valorizzare tradizione e innovazione.

Vi poi una seconda sfida che la direzione scientifica vuole raccogliere, rappresentata dalla volontà di creare un nuovo legame osmotico fra discipline artificialmente allontanate dalla riforma dei settori scientifici disciplinari del 2014. Si ritiene di non poter essere smentiti quando si afferma che questa ha creato impercettibili barriere tali da – riteniamo – impoverire l'evoluzione del pensiero e degli studi. La separazione generata fra il diritto costituzionale e pubblico (IUS08 e IUS09), il diritto amministrativo (IUS10), il diritto pubblico dell'economia (IUS05) e il diritto comparato (IUS21) ha distanziato percorsi di ricerca, contaminazioni metodologiche, disallineato occasioni di confronto e discussione, strutturato parallelamente anche convegni e temi di dibattito, con quello che ci pare un deciso limite. Poche sono e sono state le eccezioni, come la comunità scientifica del Gruppo "San Martino" e alcuni gruppi di ricerca che alcuni anni fa raccoglievano giovani studiosi di tali discipline e dai quali emergeva il bisogno di una feconda contaminazione. Pensiamo soprattutto a un gruppo di ricerca che abbiamo avuto la fortuna di incrociare, durante gli anni del dottorato presso l'Università degli Studi di Bergamo (in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea), partecipando ai lavori e alle pubblicazioni che di questi ne raccoglievano gli esiti. Partito all'epoca in cui il fenomeno delle "ordinanze pazze" (con il c.d. "decreto Maroni che aveva assegnato ai sindaci nuovi poteri ex art. 54 T.u.e.l.) non poteva che raccogliere gli interessi degli amministrativisti, come dei costituzionalisti e pubblicisti, il gruppo di ricerca – poliedrico e plurale – ha inizialmente raccolto le proprie riflessioni in un numero monografico pubblicato sulla rivista Le Regioni (1-2, 2010), per poi trovare nuovi temi e interessi, discussi in successivi convegni e i cui atti hanno dato forma a importanti pubblicazioni: Giudice amministrativo e diritti costituzionali, curato da Paolo Bonetti, Antonio Cassatella, Fulvio Cortese, Andrea Deffenu, Andrea Guazzarotti, edito da Giappichelli, 2012; Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali, curato da Paolo Bonetti, Andrea Cardone, Antonio Cassatella, Fulvio Cortese, Andrea Deffenu, Andrea Guazzarotti, edito da Aracne, 2014.

La rivitalizzazione di queste istituzioni va nella direzione di ritrovare uno spirito di sintesi, ispirata dalla ferma volontà di mantenere e incentivare quel fecondo dialogo fra il mondo accademico e quello delle professioni giuridiche (avvocatura, magistratura, notariato), come pure di chi lavora e opera all'interno delle istituzioni che di questa rivista rappresenta di certo un interlocutore privilegiato. Per questo abbiamo volute fondere all'interno della redazione – Comitato direttivo, Comitato scientifico, Comitato dei referee, Redazione – saperi e competenze plurali, certi che solo il confronto possa garantire quell'evoluzione del pensiero che la

contaminazione genera. È tutt'altro che secondario raccogliere l'eredità morale e spirituale che Sergio Ristuccia ha lasciato quando stigmatizzava quell'atteggiamento di estraneità verso le istituzioni che in quegli anni, come forse ancora più oggi si può vedere, attraversava il dibattito mediatico e giuridico.

Sono la forma di Stato e la tenuta delle istituzioni a essere chiamate in causa e su cui siamo – tutte e tutti – chiamati a vigilare con ancora maggiore vigore proprio nel momento in cui si affacciano prepotentemente proposte di riforma del cuore pulsante della democrazia, inter alia, la magistratura, il processo (civile e penale), il Consiglio superiore della magistratura.

L'ultima sfida che vogliamo richiamare è la più complessa e riguarda l'essere noi, all'altezza del passato della Rivista. Consapevoli di quanto possa essere difficile raccogliere l'eredità di oltre quarant'anni di pensieri, spunti, proposte da parte di più che autorevoli maestri e consapevoli del carattere ambizioso dell'iniziativa, intendiamo colmare i nostri certamente presenti limiti con l'entusiasmo, la passione e l'esaltazione che deriva dal poter prendere parte a una così prestigiosa attività.

Tracciato lo sfondo "ideale" dell'attività che abbiamo intrapreso, vogliamo altresì cogliere l'occasione di offrire qualche spunto sui contenuti che queste istituzioni accoglierà, così come sui metodi di lavoro che ci siamo dati.

I temi che la Rivista intende affrontare sono numerosi e spaziano da quelli classici delle scienze giuridiche, anche in chiave comparata, a quelli che l'attualità più direttamente impone di mettere a tema. Ma è l'approccio interdisciplinare che la Rivista intende mettere al centro della propria riflessione, nella convinzione che – al di là dei settori disciplinari – vi sia un imprescindibile attività di confronto e dialogo a partire dai temi che solo la ricchezza delle diverse categorie metodologiche è in grado di cogliere nella loro complessità.

Agli articoli, la Rivista affiancherà alcune rubriche che saranno talvolta presenti ad impreziosire i suoi contenuti.

Tra queste, ci sembra prezioso recuperare il "Cosa scrivevamo" che meglio di qualsiasi altra riflessione proietta l'attualità di pensiero elaborata decenni or sono. La Rivista ha ospitato articoli, approfondimenti e contributi su molti temi di costante attualità. Una rilettura – che non significa mera riproposizione di contenuti, bensì analisi critica e autentica riflessione su ciò che è stato scritto, su ciò che è accaduto e su ciò che ancora può accadere – è uno strumento opportuno per mettere a frutto la storia della Rivista, per confrontarsi con l'autorevole dottrina che allora si era espressa e per riflettere sul presente. Quanto ai temi, la ricchezza di ciò che è stato trattato nei decenni trascorsi impedisce una sintesi, che sarebbe inevitabilmente parziale: spetterà alla rubrica rivitalizzare i temi di volta in volta più indicati.

Un'altra rubrica che ci sembrava imprescindibile parlando di istituzioni, è "Legge.re", dedicata ad un approfondimento della legislazione regionale, per coglierne evoluzioni, caratteri,

dinamiche. Precisiamo, a tal proposito, che non è nostro intendimento mappare tutte le leggi, di ogni Regione, quanto piuttosto valorizzare alcuni aspetti e caratteri che ci sembrano indicativi di importanti tendenze da cogliere.

Né, peraltro, le rubriche vogliono essere una presenza costante, quasi obbligatoria. Vi si darà spazio quando opportuno secondo le circostanze e le opportunità di studio e ricerca, evitando schematismi e forzature.

Passando agli aspetti tecnico-pratici, la Rivista sarà pubblicata trimestralmente, in versione on line, così da aumentarne l'accessibilità e ridurre i costi, in primo luogo per l'ambiente.

La selezione dei contributi avverrà in base alle regole e agli standard delle pubblicazioni scientifiche nazionali e internazionali, la qualità essendo garantita dal procedimento di referee "doppio cieco". L'obiettivo di ospitare solidi lavori accademici di studiose e studiosi italiani e stranieri, accanto ad interventi del mondo dell'amministrazione e delle professioni, è proprio volto a favorire quell'interdisciplinarietà sopra richiamata, non solo all'interno delle scienze giuridiche, ma pure rispetto a chi vanta esperienza amministrativa.

La redazione è composta da esponenti di università italiane e straniere il cui profilo scientifico ci pare indiscusso e che marcatamente restituisce la sua genesi, a partire dal profilo biografico di alcune e alcuni componenti.

Ci sembra importante sottolineare che la redazione è composta da studiose e studiosi che hanno in comune l'interesse alla riflessione, in continuità con la storia della Rivista, e che compongono i suoi organi seguendo un equilibrio di genere. Non intendiamo, tuttavia, condividere la prospettiva, limitata e limitante, della parità di genere (50-50) a cui più di una critica potrebbe certo essere rivolta per il suo limitare la questione della diseguaglianza al mero e sterile dato numerico. Ci sembra però importante dare conto di come, nel coinvolgere studiose e studiosi delle nostre discipline, si sia tenuta in considerazione la necessità di una composizione duale degli organi di queste istituzioni.

Assumere la direzione scientifica rappresenta per noi una sfida e una grande responsabilità nell'essere all'altezza del prestigio della Rivista, sfida che abbiamo voluto raccogliere nell'obiettivo di recuperare un dialogo e una contaminazione che, fin dagli anni del dottorato e sotto la guida di Barbara Pezzini (Anna Lorenzetti) e Silvio Troilo (Matteo Carrer) ci hanno visto condividere studi e riflessioni da due prospettive e con modalità diverse allora come oggi, l'una più orientata al tema dei diritti e delle libertà, l'altra più agli assetti istituzionali, mantenendo però ferma la volontà di non sottrarsi a un dibattito che, proprio perché avviato dalla diversità di prospettive, garantisce la contaminazione di prospettive che arricchiscono e aprono nuove vie di dialogo.

Proprio nella volontà di testimoniare il nostro investimento a un progetto che, prima che scientifico, vogliamo condividere sul piano umano, abbiamo inteso partecipare come autori già dal primo numero della Rivista, elaborando scritti sui temi che attualmente ci vedono impegnati in attività di studio e ricerca.

Ci auspichiamo che i nostri sforzi saranno all'altezza delle aspettative e che la Rivista sappia offrire sguardi indipendenti sulle questioni attuali, ponendosi come attrice forte del dibattito contemporaneo.

E così, anche da parte nostra, buona lettura.

queste istituzioni

Procurement di beni e servizi ICT in
ambito pubblico e normative
regolamentari in tema di
digitalizzazione della PA, *privacy* e
cybersecurity.

Luca Tufarelli

Numero 2/2021
30 luglio 2021

Procurement di beni e servizi ICT in ambito pubblico e normative regolamentari in tema di digitalizzazione della PA, privacy e cybersecurity

di Luca Tufarelli*

Sommario

1. *Procurement* di beni e servizi ICT.–1.1. Centralizzazione degli acquisti in ambito ICT. – 1.2. Art. 75 del Decreto “Cura Italia” – 1.3. L’art. 53 del Decreto Semplificazioni-*bis*. – 1.3.1. Procedure d’acquisto semplificate. – 1.3.2. Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. – 1.3.3. Banca Dati dei Contratti Pubblici e pubblicazione degli atti delle procedure. – 1.4. Acquisti di servizi ICT tramite Sogei S.p.A. – 1.5. *In House Providing*. – 1.6. Appalti innovativi. – 2. *E-Government*.–2.1. Il Cloud della P.A. – 2.2. Acquisti e investimenti sui *Data Center*. – 2.3. Le Linee Guida AgID. – 2.4. Il monitoraggio sull’esecuzione dei contratti IT. – 3. Disciplina in materia di *privacy* e *cybersecurity*.–3.1. Normativa *privacy*. – 3.2. Normativa in materia di *cybersecurity*. – 3.2.1 Disciplina NIS. – 3.2.2 Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica. – 4. *Cybersecurity Act*. – 5. Conclusioni operative.

Sintesi

L’approvvigionamento di beni e servizi nel settore dell’*information and communications technology* (“ICT”) in ambito pubblico deve avvenire nel rispetto del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii (“Codice dei contratti pubblici” o “CCP”) oltre che in conformità con gli obiettivi definiti dal Piano triennale per l’informatica nella P.A. (“Piano triennale”), nonché alla normativa in materia di *e-government*, *privacy* e *cybersecurity*.

Il presente contributo, senza alcuna pretesa di esaustività, offre una breve rassegna degli obblighi e *constraints* che i soggetti pubblici devono rispettare nell’acquisto e nella gestione delle risorse informatiche in ambito pubblico. L’ultimo paragrafo fornisce un contributo conclusivo come proposta operativa per semplificare l’impianto normativo e garantire i risultati attesi in termini di semplificazione e digitalizzazione della azione amministrativa.

Abstract

The procurement of goods and services in the Information and Communications Technology sector (ICT) within the public sphere must follow the Legislative Decree no. 50/2016 and the subsequent amendments ("Code of public contracts" or "CCP"). It should be also in accordance with the objectives defined by the three-year plan for information technology in the Public Administration ("Three-year plan"), as well as the legislation on e-government, privacy, and cybersecurity.

* Avvocato, Foro di Roma.

This contribution offers a brief review of the obligations and constraints that the public entities must comply when purchasing and managing IT resources within the public sphere. The last paragraph provides a final contribution, as an operational proposal, aiming at simplifying the regulatory system and ensuring the expected results in terms of simplification and digitization of the administrative action.

Parole chiave

ICT; digitalizzazione; Public Procurement; e-government; cybersecurity.

1. *Procurement* di beni e servizi ICT.

1.1. Centralizzazione degli acquisti in ambito ICT.

Le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione¹ sono tenute ad acquisire beni e servizi informatici e di connettività esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip S.p.a. o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi. Sono fatti salvi «gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente²». Pertanto, qualora non sussistano obblighi specifici di acquisto centralizzato, le amministrazioni potranno ricorrere agli strumenti di acquisto e di negoziazione disponibili presso Consip ed i soggetti aggregatori. Fra i detti strumenti sono ricompresi le convenzioni-quadro, i contratti-quadro e gli accordi-quadro nonché il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (“MEPA”), il Sistema Dinamico della Pubblica Amministrazione (“SDAPA”) e le gare su delega che aggregano la domanda di più amministrazioni.

Il comma 516 dell’art. 1 della Legge di stabilità 2016 ammette la deroga ai suddetti obblighi solamente in casi tassativi ossia:

a) qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell’amministrazione, ovvero

b) in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa.

¹ Come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (“ISTAT”), ai sensi dell’art. 1 commi 512-520 della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (“Legge di stabilità 2016”).

² Si veda, ad esempio, la disciplina dell’acquisto di beni e servizi ICT in ambito sanitario di cui all’art. 1, co. 548-549 della Legge di stabilità. Sul punto si veda anche la Circolare AgID n. 1 del 26 giugno 2016. Più in generale in materia di contratti pubblici appare, qui, utile rinviare, *ex multis*, in dottrina alle recenti riflessioni sviluppate in A. MEALE (a cura di), *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, Pacini Editore, Pisa, 2020, p. 7 ss.; F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 3 ss.; D. BOLOGNINO - H. BONURA - A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 1 ss.; R. DIPACE, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 65 ss.; L. DELPINO, F. DEL GIUDICE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2021, p. 623 ss.

Gli approvvigionamenti effettuati in deroga (*ex comma 516*) devono comunque essere autorizzati³ dall'organo di vertice amministrativo nonché comunicati all'ANAC e all'Agenzia per l'Italia Digitale (di seguito "AgID" o "Agenzia") e la mancata osservanza delle disposizioni dettate in materia può rilevare ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale (*comma 517*). Inoltre, ai sensi dell'art. 1, comma 1 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95 s.m.i., i contratti stipulati in violazione degli obblighi di acquisto centralizzato sono nulli, salvo il conseguimento di un comprovato risparmio di spesa.

Ricordiamo, infatti, che l'obiettivo degli acquisti centralizzati è quello di «garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività» e di realizzare «un risparmio di spesa annuale»⁴.

1.2. Art. 75 del Decreto "Cura Italia"⁵.

Ulteriori deroghe, seppur temporanee, sono state introdotte in questo particolare periodo storico dalla disciplina emergenziale per agevolare la diffusione dello *smart-working* e favorire la fruibilità di servizi *online* a vantaggio di cittadini e imprese⁶. In particolare, fino al 31 dicembre 2021⁷, l'art. 75 del Decreto Cura Italia consente alle amministrazioni aggiudicatrici (di cui all'art. 3 CCP), nonché alle autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la CONSOB e COVIP, di acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello *cloud SaaS* (*software as a service*), e servizi di connettività mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara *ex art. 63, comma 2, lett. c)*, del Codice dei contratti pubblici,

³ La Circolare n.2 del 26 gennaio 2016 chiarisce che tale autorizzazione motivata debba essere resa al momento dell'avvio della procedura di affidamento e, dunque, al momento dell'adozione della determina a contrarre. In tale momento andrà, pertanto, valutata la disponibilità o la compatibilità delle tempistiche preventivate da Consip e dai soggetti aggregatori per la messa a disposizione del bene/servizio rispetto ai fabbisogni della stazione appaltante, oltre ovviamente alla idoneità del bene/servizio. Le pubbliche amministrazioni, nell'ambito di tali acquisti di beni e servizi informatici, devono comunque adottare gli standard vigenti (in particolare: le Linee Guida di design per i siti web della PA, le regole di interoperabilità previste da SPC, le regole descritte al paragrafo 3, lett. c. Ecosistemi della Circolare) e attenersi a quanto disposto dal comma 516 per le comunicazioni, inviandole in via anticipata.

⁴ Cfr. art. 1, co. 512-515, L. 28 dicembre 2015, n. 208. In dottrina si rimanda, *ex plurimis*, alle brillanti ricostruzioni recentemente sviluppate in C. BENETAZZO, *ANAC e sistema europeo dei Contratti Pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 102 ss.

⁵ D. L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

⁶ Per utili riflessioni sul punto si leggano F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato*, in *Federalismi.it*, n. 36/2020, pp. 33-70; A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, pp. 422-432; F. CINTOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, n. 7/2021, pp. 80-104; M. COZZIO - N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2021, pp. 37-73.

⁷ Il termine inizialmente fissato al 31 dicembre 2020, è stato esteso al 31 dicembre 2021 dal D. L. 31 dicembre 2020, n. 183 convertito in legge dalla L. 26 febbraio 2021, n. 21 (cd. Decreto Mille proroghe).

selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una start-up o PMI innovativa.

In deroga al Codice dei contratti pubblici, l'art. 75 citato prevede inoltre che la verifica sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario sia sostituita da una autocertificazione dell'operatore economico e che il contratto sia stipulato immediatamente con contestuale avvio dell'esecuzione, senza necessità di rispettare il termine di *standstill*⁸.

Gli acquisti effettuati tramite la predetta procedura negoziata«devono essere relativi a progetti coerenti con il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione» e gli interventi di sviluppo e implementazione dei sistemi informativi devono prevedere, ove possibile, l'integrazione con le piattaforme abilitanti previste dal d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (“Codice dell'Amministrazione Digitale” o “CAD”)⁹.

1.3. L'art. 53 del Decreto Semplificazioni-*bis*¹⁰.

Il recente Decreto Semplificazioni-*bis* ha introdotto importanti novità in materia di procedure di *e-procurement* e acquisto di beni e servizi informatici al fine di realizzare gli obiettivi di trasformazione digitale previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (“PNRR”).¹¹

In particolare, l'art. 53 prevede una serie di misure specifiche volte a semplificare e velocizzare i predetti acquisti di beni e servizi informatici.

1.3.1. Procedure d'acquisto semplificate.

Tra le misure di maggior rilievo si segnala innanzitutto che, in relazione ai predetti acquisti, è confermata la facoltà di ricorrere all'affidamento diretto per tutti gli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria¹². In relazione agli appalti sopra soglia, invece, è previsto il ricorso alla procedura negoziata senza bando *ex art. 63* del Codice dei Contratti Pubblici, richiamata dall'art. 48, comma 3, del medesimo decreto¹³, per gli affidamenti finalizzati

⁸ Il termine di *stand still* è previsto dall'art. 32, comma 9 del Codice dei contratti pubblici.

⁹ Piattaforma tecnologica per l'interconnessione tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati (cfr. art. 5 del CAD); Anagrafe nazionale della popolazione residente – ANPR (cfr. art. 62 del CAD); Sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di soggetti giuridici – SPID (cfr. 64 del CAD) e Accesso telematico ai servizi della pubblica amministrazione (cfr. art. 64-bis del CAD).

¹⁰ D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

¹¹ Il PNRR all'interno della Missione 1, Componente 1 “Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.”, reca tra le riforme 1.1., una specifica misura consistente nell'innovazione dell'impianto normativo per velocizzare gli appalti ICT, con specifico riferimento agli appalti strumentali alla realizzazione degli obiettivi dello stesso PNRR. Per consultare il PNRR cfr. <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

¹² L'art. 53 rinvia all'art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 conv. nella Legge 11 settembre 2020, n. 120 che prevede la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto per gli appalti di lavori, servizi e forniture inferiori alla soglia comunitaria individuata per il biennio 2020-2021 in 214.000 euro.

¹³ L'art. 48, comma 3, statuisce che«Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori

all'acquisto di beni e servizi informatici basati sulla tecnologia *cloud*, la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2026. Il ricorso a tale procedura è ammesso anche ove ricorra la rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili tale da non consentire il ricorso ad altra procedura di affidamento (comma 1).

È inoltre previsto che le amministrazioni possano stipulare il contratto e dare avvio all'esecuzione del servizio, previa acquisizione di un'autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti, richiamando la previsione di cui all'art. 75 del Decreto Cura Italia, facendo tuttavia salvi gli obblighi eurounitari di *stand still* a cui invece la citata disposizione (al suo secondo comma) derogava.

1.3.2. Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Infine, il citato art. 53 attribuisce al Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri il potere di coordinare gli acquisti ICT strettamente finalizzati alla realizzazione del PNRR, garantendo il rispetto del cronoprogramma dei singoli progetti della Missione 1¹⁴, nonché la compatibilità tecnologica e infrastrutturale dei progetti di trasformazione digitale, mediante pareri obbligatori e vincolanti sugli elementi essenziali delle procedure di affidamento e potendo guidare le amministrazioni aggiudicatrici con prescrizioni riguardanti l'oggetto, le clausole principali, i tempi e le modalità di acquisto (commi 3 e 4).

1.3.3. Banca Dati dei Contratti Pubblici e pubblicazione degli atti delle procedure.

L'art. 53, comma 5 del Decreto Semplificazioni-*bis* apporta delle modifiche ad alcune disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici.

Tra le modifiche apportate si segnala innanzitutto l'ampliamento dell'ambito di operatività degli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 29 del Codice dei Contratti Pubblici anche alla fase dell'esecuzione del contratto.

È previsto, inoltre, che tutte le informazioni relative alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione ed esecuzione delle opere saranno gestite e trasmesse alla Banca Dati dei Contratti Pubblici dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) attraverso l'impiego di piattaforme informatiche interoperabili che le amministrazioni saranno obbligate ad

speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea».

¹⁴ In particolare la digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA (M1C1), unitamente alla semplificazione dell'azione amministrativa rappresenta una delle riforme centrali del PNRR (cfr. §2A le riforme) insieme ai temi della Innovazione, Competitività, Cultura e Turismo (Missione 1).

utilizzare. L'interscambio dei dati avverrà nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità di invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità¹⁵.

All'interno della Banca Dati dei Contratti Pubblici verrà istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico, nel quale saranno conservati tutti i dati e le informazioni necessarie ai fini della partecipazione alle procedure di gara, rendendo in tal modo più semplice le attività di verifica e controllo *ex artt.* 80, 83 e 84 del Codice dei Contratti Pubblici, da parte delle stazioni appaltanti. Queste ultime dovranno avere requisiti di qualità in termini di esperienza pregressa documentata, personale qualificato e strumentazione tecnica adeguata.

1.4. Acquisti di servizi ICT tramite Sogei S.p.A.

L'art. 51 del D.L. 26 ottobre 2019, n. 124¹⁶ consente ad alcune amministrazioni¹⁷ di acquisire da Sogei S.p.A.,¹⁸ sulla base di apposite convenzioni IT, i servizi informatici strumentali al raggiungimento dei rispettivi obiettivi, come meglio specificati dal secondo comma della disposizione in questione, al fine di migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, la sinergia tra processi istituzionali, il consolidamento delle infrastrutture, la razionalizzazione dei sistemi informativi e l'interoperabilità tra le banche dati.

1.5. *In House Providing*.

Tra le modalità di *procurement*, il CCP prevede l'*in house providing*, che consente alla pubblica amministrazione di affidare a proprie società *in house* beni, servizi e lavori (c.d. "autoproduzione"), anziché rivolgersi al mercato, in deroga alle regole sull'evidenza pubblica.

Ai sensi dell'art. 5 del CCP, il ricorso all'*in house providing* è consentito qualora

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da

¹⁵ Cfr. Circolare AgID n. 1 del 9 settembre 2020 recante «Linea di indirizzo sull'interoperabilità tecnica» e relativi allegati. Con Provvedimento dell'8 luglio 2021 [doc. web n. 9682994] si segnala che il Garante per la Protezione dei Dati Personali ha espresso parere favorevole sugli schemi, predisposti dall'AgID, di Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle pubbliche amministrazioni e di Linee Guida su tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici.

¹⁶ D.L. 26 ottobre 2019, n. 124 convertito in legge con L. 19 dicembre 2019, n. 157 recante: «Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili».

¹⁷ Ad oggi, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Consiglio di Stato, Avvocatura dello Stato, INVIMIT S.p.A., PagoPA S.p.A., Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto e Ministero dell'istruzione.

¹⁸ Società di Information Technology interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati (le quali non comportano controllo o potere di veto) previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini dell'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano una valutazione preventiva sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto ed al valore della prestazione. Nella motivazione del provvedimento di affidamento devono altresì dare atto 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 pubbliche¹⁹.

1.6. Appalti innovativi.

Un particolare strumento di approvvigionamento di servizi ICT è costituito dai cd. "appalti innovativi"²⁰ che si distinguono a loro volta in (i) appalti pre-commerciali o *pre-commercial procurement*(PCP) e(ii) appalti di soluzioni innovative o *public procurement of innovation*.

Si tratta di procedure previste dalla legislazione comunitaria e nazionale con cui la P.A. esprime al mercato il proprio fabbisogno in termini funzionali, in modo che gli operatori interessati possano proporre la soluzione più in linea con le sue esigenze.

Gli "appalti innovativi" quindi consistono in:

a) Appalti pre-commerciali (PCP): prevedono l'acquisto da parte della PA del processo di innovazione, quindi di servizi di ricerca e sviluppo. In particolare, l'acquirente pubblico (i) acquista i servizi di ricerca e sviluppo di prodotti, servizi o processi non ancora esistenti, (ii) indica le sue esigenze e (iii) incoraggia le imprese e i ricercatori a sviluppare prodotti, servizi o processi innovativi che rispondano alle sue esigenze. L'appalto pre-commerciale è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE²¹.

b) Appalti di soluzioni innovative (PPI): prevedono l'acquisto da parte della PA di prodotti innovativi creati da terzi: l'acquirente pubblico, invece di acquistare un prodotto già

¹⁹ Cfr. art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

²⁰ All'art. 3, lett. nnnn) del Codice dei Contratti pubblici "l'innovazione" è definita come: «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti, tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne». Per un breve inquadramento sugli appalti innovativi cfr. <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/appalti-innovativi>.

²¹ Considerando (47) e art. 14 direttiva 2014/24/UE.

disponibile in commercio, assume il ruolo di utente pioniere e acquista un prodotto, un servizio o un processo ancora sconosciuto al mercato e contraddistinto da caratteristiche fondamentalmente innovative. La Direttiva 24/2014/UE disciplina integralmente il PPI, quindi per tali appalti può essere utilizzata qualsiasi procedura d'appalto prevista dalla disciplina europea.

Secondo le indicazioni della Commissione Europea²², la PA può ricorrere agli “appalti per l'innovazione” per le seguenti finalità: acquisire servizi pubblici di migliore qualità ad un prezzo ottimale; far fronte a nuove esigenze; modernizzare i servizi pubblici; promuovere l'avvio e la crescita di start-up e di PMI innovative.

Un ruolo strategico nella promozione e nello sviluppo del *procurement* d'innovazione è affidato ad AgID che:

- promuove la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana;
- può svolgere il ruolo di stazione di committenza ausiliaria per l'esecuzione di appalti di innovazione, a favore delle Regioni e delle altre pubbliche amministrazioni che ne facciano richiesta;
- gestisce il centro di competenza territoriale sugli appalti di innovazione a supporto delle pubbliche amministrazioni italiane.

2. E-Government.

Il *procurement* di beni e servizi ICT è regolato, altresì, dalle norme in materia di *e-government*.

Il CAD²³ e la Legge di stabilità 2016 attribuiscono all'AgID il compito di definire il Piano triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione, che si propone principalmente di contribuire alla diffusione delle nuove tecnologie digitali incentivando l'innovazione dei servizi pubblici. A tal fine, il Piano triennale delinea una serie di azioni che le amministrazioni e l'AgID, ognuno nell'ambito di rispettiva competenza, dovranno realizzare nel triennio di riferimento.

Per il raggiungimento di tali obiettivi, il CAD attribuisce all'AgID poteri necessari ad acquisire dalle amministrazioni i dati e le informazioni utili al monitoraggio sulla spesa in ambito ICT e alla razionalizzazione delle risorse informatiche nel settore pubblico. All'Agenzia è altresì attribuito il potere di adottare Linee Guida contenenti regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del CAD.

La disciplina dettata da AgID è rivolta a tutti gli enti che rientrano nel campo di applicazione del CAD, ossia:

²² Comunicazione della Commissione “Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione” C (2018) 3051 final del 15.5.2018.

²³ Cfr. artt. 14 e 14 bis comma 2, lettera b).

a) le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165²⁴, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione;

b) i gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse;

c) le società a controllo pubblico, ossia le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo i sensi dell'art. 2359 c.c. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo²⁵. Sono escluse le società quotate a partecipazione pubblica che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b).

Esulano dal campo di applicazione del CAD l'esercizio di attività e funzioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa e sicurezza nazionale, polizia giudiziaria e polizia economico-finanziaria e consultazioni elettorali, nonché le comunicazioni di emergenza e di allerta in ambito di protezione civile.

2.1. Il *Cloud* della P.A.

In coerenza con gli obiettivi posti dal Piano triennale 2017-2019, l'AgID, in collaborazione con il *Team* per la Trasformazione Digitale, ha dato vita al progetto per il *Cloud* della P.A.²⁶ in merito all'uso di infrastrutture e servizi di *cloud computing* all'interno della Pubblica Amministrazione²⁷.

In tale ambito, l'AgID ha censito il patrimonio ICT della Pubblica Amministrazione, al fine di classificare le PA in base alle caratteristiche delle rispettive infrastrutture fisiche²⁸. In particolare, sono stati individuate:

²⁴ Tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

²⁵ Art. 2, lett. b) e lett. m) del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

²⁶ Cfr. "Il Cloud della PA" AgID - Team Digitale del 19 novembre 2018.

²⁷ Per una più ampia ricostruzione si legga, in particolare, V. PAGNANELLI, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della "(big) data governance" pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2021, pp. 13-28.

²⁸ Al riguardo si leggano le più generali considerazioni maturate in C. BENETAZZO, *ICT [Information and communications technology - Tecnologie dell'informazione e della comunicazione] e nuove forme di interazione tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2/2020, pp. 262-273.

(i) le infrastrutture idonee ad essere elette dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri come Poli Strategici Nazionali (“P.S.N.”)²⁹, ossia soggetti giuridici controllati dallo Stato che hanno a disposizione un numero ridotto di *data center* nazionali in grado di garantire il funzionamento dei servizi cruciali del Paese attraverso standard di sicurezza, qualità ed efficienza;

(ii) i *data center* del Gruppo “A”, ossia i *data center* che presentano requisiti minimi di affidabilità e sicurezza dal punto di vista infrastrutturale e/o organizzativo. Essi non potranno agire come P.S.N., ma potranno eventualmente proporre allo stesso P.S.N. di utilizzare le proprie risorse per gestire alcuni dei suoi servizi;

(iii) i *data center* del Gruppo “B”, che includono i *data center* con carenze strutturali e/o organizzative o che non garantiscono la continuità dei servizi nonché le infrastrutture che non hanno partecipato al censimento e che devono essere dismessi per migrare al *Cloud* della P.A..

Quello della PA costituisce un modello *cloud* misto che include infrastrutture e servizi di tipo *private cloud*, *public cloud* e *community cloud*.

I P.S.N. sono in grado di erogare ad altre amministrazioni servizi di *private cloud* in maniera continuativa e sistematica, inclusi servizi infrastrutturali *on-demand*, *disaster recovery* e *business continuity*, ma anche di gestione della sicurezza IT e assistenza tecnica.

Per quanto riguarda i servizi di *public cloud*, con decorrenza dal 1° gennaio 2019 le amministrazioni possono acquisire esclusivamente i servizi *IaaS*, *PaaS* e *SaaS* resi da *cloud service provider* (“C.S.P.”), qualificati da AgID³⁰ sulla base di specifici requisiti di sicurezza dei sistemi e delle informazioni e nella misura in cui offrano sufficienti garanzie di portabilità contro il rischio di *lock-in*. Una volta qualificati, tali servizi sono esposti sul *Marketplace Cloud*, una piattaforma che consente di visualizzare la scheda tecnica di ogni servizio mettendo in evidenza le caratteristiche, il costo e i livelli di servizio dichiarati dal fornitore in sede di qualificazione, nonché le modalità con cui uno specifico servizio potrà essere acquisito, rimandando allo strumento di *procurement* disponibile (ad esempio, il portale *acquistinretepa.it*).

L’infrastruttura di tipo *community cloud*, invece, è realizzata dal Raggruppamento Temporaneo d’Imprese aggiudicatario del Contratto Quadro Consip SPC Cloud - Lotto 1 nei confronti delle amministrazioni aderenti.

Anche il P.N.R.R., in linea con gli obiettivi perseguiti negli ultimi anni dall’AgID (e confluiti nei Piani triennali), pone l’accento sulla necessità di perseguire un approccio *cloud first* quale strumento di trasformazione digitale della P.A. In particolare, proseguirà il processo di razionalizzazione e consolidamento dei *data center* distribuiti sul territorio e la trasformazione sarà attuata secondo due modelli complementari: le amministrazioni centrali, infatti, in

²⁹ Circolare AgID n. 5 del 20 luglio 2018.

³⁰ Circolare AgID n. 2 del 9 aprile 2018/Circolare AgID n. 3, del 9 aprile 2018.

funzione dei requisiti di *performance* e scalabilità e della sensibilità dei dati e dei servizi coinvolti, potranno migrare verso:

(i) un P.S.N., definito dal P.N.R.R. come «nuova infrastruttura dedicata cloud (completamente “privata” o “ibrida”), localizzata sul territorio nazionale e all’avanguardia in prestazioni e sicurezza»;

(ii) oppure sul *public cloud* di uno tra gli operatori di mercato precedentemente certificati.

Per facilitare il processo di migrazione al *cloud*, il P.N.R.R. prevede un programma di supporto e incentivo per trasferire basi dati e applicazioni secondo una logica definita «*migration as a service*».

Le amministrazioni saranno accompagnate sin dalla fase di analisi tecnica e di definizione delle priorità, con risorse specializzate nella gestione amministrativa, nonché nella contrattazione del supporto tecnico esterno necessario all’attuazione e, più in generale, saranno supportate nell’attività complessiva di *project management* per tutta la durata della trasformazione. A tal fine saranno predisposti dei “pacchetti” standard di supporto che ogni P.A. potrà combinare a seconda delle esigenze specifiche.

Per favorire la migrazione al *cloud* e conseguire i correlati risparmi di spesa in ambito ICT, il P.N.R.R. prevede disincentivi per le amministrazioni che non avranno effettuato la migrazione dopo un “periodo di grazia” predefinito e che siano riviste le regole di contabilità che attualmente scoraggiano e complicano la migrazione. L’obiettivo primario del PNRR, e prim’ancora dei Piani Triennali, è quello di evitare spese in conto capitale per acquistare *data center*, macchinari e servizi correlati, ma di operare in flessibilità privilegiando spese operative scalabili a seconda della bisogna. Insomma, comprare risorse e servizi scalabili da chi fa della fornitura delle piattaforme il suo business principale³¹.

2.2. Acquisti e investimenti sui *Data Center*.

Con Circolare n. 1 del 14 giugno 2019, l’AgID ha fornito indicazioni sugli specifici obblighi correlati agli acquisti IT in ambito pubblico.

Coerentemente con gli obiettivi di razionalizzazione del patrimonio ICT della P.A., l’Agenzia ha ribadito quanto già stabilito con la Circolare n. 2 del 26 giugno 2016, prevedendo che le amministrazioni non possono effettuare spese o investimenti in materia di *data center*, ma possono acquisire beni e servizi ICT per i *data center* già in uso, purché finalizzati esclusivamente ad (i) evitare problemi di interruzione di pubblico servizio (inclusi gli interventi

³¹ Come precisato nel PNRR, al momento la migrazione al *cloud* comporta di “tradurre” l’investimento *capex* in *opex*, cioè spese operative flessibili e scalabili.

necessari a garantire la sicurezza dei dati e dei sistemi) e (ii) anticipare processi di dismissione dei propri *data center* per migrare al Cloud della P.A.

Tali acquisti sono soggetti ad un preciso obbligo di comunicazione ad AgID, declinato diversamente a seconda del valore dell'acquisto. In particolare:

- qualora il valore economico per la spesa o investimento in beni e servizi ICT sia pari o inferiore alla soglia comunitaria (fissata per il biennio 2020-2021 in 214.000,00 euro), le amministrazioni comunicano ad AgID il fabbisogno qualificato e il relativo valore economico, nonché le motivazioni a fondamento dell'acquisto;

- qualora tale valore superi la soglia comunitaria, la comunicazione dovrà essere altresì corredata da una specifica relazione contenente la puntuale descrizione tecnico-economica degli interventi che comportano la spesa e/o l'investimento sul *data center*. Se entro 30 giorni dal ricevimento della nota, l'amministrazione non riceve richieste di chiarimenti e/o integrazioni da parte dell'AgID, la spesa o l'investimento potranno ritenersi approvati.

2.3. Le Linee Guida AgID.

L'acquisto e la gestione di servizi e risorse ICT in ambito pubblico sono altresì soggetti al rispetto delle raccomandazioni e *best practices* definite dalle Linee Guida dell'AgID.

In particolare, a titolo esemplificativo:

- le Linee Guida su «La sicurezza nel procurement ICT» forniscono alle amministrazioni e ai fornitori indicazioni tecnico-amministrative per garantire che le procedure di *procurement* si svolgano nel rispetto di standard minimi in materia di *privacy* e di sicurezza cibernetica;

- il documento «Misure minime di sicurezza ICT per le pubbliche amministrazioni» fornisce alle amministrazioni un riferimento pratico per la valutazione e il miglioramento del livello di *cybersecurity*, mediante l'implementazione di controlli di natura tecnologica, organizzativa e procedurale per valutare il proprio livello di sicurezza informatica e prevenire le minacce più frequenti ai propri sistemi. Le misure sono diversificate seconda della complessità del sistema informativo e della realtà organizzativa dell'amministrazione interessata e possono essere implementate in modo graduale seguendo tre livelli di attuazione (minimo, standard e avanzato);

- le «Linee Guida su acquisizione e riuso di *software* per le pubbliche amministrazioni» danno attuazione alle previsioni degli artt. 68 e 69 del CAD, che incentivano l'utilizzo di soluzioni software *open source* in ambito pubblico, secondo la politica del "riuso", salvo che nei settori più delicati del governo digitale nazionale che potrebbero essere esposti a rischio dalla condivisione e gestione di soluzioni *software* di tipo aperto (ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali).

2.4. Il monitoraggio sull'esecuzione dei contratti IT.

Con la Circolare n. 1/2021, approvata con determinazione n. 79 del 20 gennaio 2021, l'AgID ha definito i criteri e le modalità con cui le amministrazioni effettuano il monitoraggio sull'esecuzione dei contratti.

Come chiarito dall'Agenzia, il monitoraggio consiste in un insieme di attività e processi finalizzato a supportare l'amministrazione nella gestione e nel miglioramento della *governance* dei contratti IT e che mira a costruire uno standard per la verifica e il controllo dei propri sistemi informativi. Secondo la recente circolare, il monitoraggio dovrà avere ad oggetto i contratti IT che:

a) abbiano un valore, al netto di IVA, superiore a 10 milioni di euro, ovvero, in caso di contratti con validità pluriennale, superiore a 2,5 milioni di euro in media ogni anno, incluse le relative proroghe e gli eventuali atti aggiuntivi;

b) si riferiscano a servizi che interessino la sicurezza dello Stato, la difesa nazionale, l'ordine e la sicurezza pubblica, lo svolgimento di consultazioni elettorali nazionali ed europee, indipendentemente dalle dimensioni economiche sopra indicate;

c) indipendentemente dalle dimensioni economiche, abbiano un rilevante impatto sotto il profilo organizzativo o dei benefici che si prefiggono di conseguire e che l'AgID ritenga necessario sottoporre a monitoraggio;

d) rientrino tra gli obiettivi ed i risultati attesi che le singole Amministrazioni sono invitate a realizzare per contribuire concretamente al Piano Triennale dell'Informatica per la PA.

e) in caso di adesione a contratti quadro, o altre procedure CONSIP, il monitoraggio si applica a tutti i piani dei fabbisogni richiesti dall'Amministrazione, se il valore complessivo di detti piani dei fabbisogni, al netto di IVA, è superiore a 10 milioni di euro;

f) in caso di affidamenti *in-house*, il monitoraggio si applica direttamente a tutti gli affidamenti, se il valore complessivo è superiore, al netto di IVA, a 5 milioni di euro annui.

In ogni caso, le amministrazioni possono sottoporre al monitoraggio anche ulteriori tipologie di contratti, in base alle proprie necessità, per una migliore *governance* complessiva delle proprie iniziative di informatizzazione.

La circolare ribadisce la necessità che le amministrazioni provvedano a nominare formalmente un Responsabile del Monitoraggio che operi a supporto dell'Ufficio del Responsabile della Transizione Digitale³², con il compito di coordinare le attività di

³² L' articolo 17 del CAD obbliga tutte le amministrazioni a individuare un ufficio per la transizione alla modalità digitale – il cui responsabile è il Responsabile della Transizione Digitale (RTD) – a cui competono le attività e i processi organizzativi ad essa collegati e necessari alla realizzazione di un'amministrazione digitale e all'erogazione di servizi fruibili, utili e di qualità. Con la Circolare n. 3 del 1° ottobre 2018, adottata dal Ministro per

monitoraggio e di interfacciarsi con l'AgID e i fornitori, avvalendosi di un *team* di risorse con competenze specifiche.

È prevista la possibilità di esternalizzare le attività di monitoraggio mediante procedura di gara per l'affidamento del servizio a società esterne, fermo restando, in ogni caso, la direzione e la responsabilità delle attività in capo al Responsabile.

Le attività del Gruppo di monitoraggio si articolano in diverse fasi, finalizzate alla pianificazione del monitoraggio, alla rilevazione e valutazione delle criticità e alla rendicontazione delle attività svolte per la definizione di piani di rientro con i fornitori, al fine di risolvere le vulnerabilità eventualmente rilevate.

L'AgID effettuerà delle analisi a campione sul monitoraggio operato dalle amministrazioni, con possibilità di esprimere pareri, richiedere chiarimenti o formulare consigli nei casi in cui siano rilevate criticità o non conformità gravi, nonché su richiesta dell'amministrazione interessata.

3. Disciplina in materia di privacy e cybersecurity.

L'acquisto, lo sviluppo e l'implementazione di risorse ICT in ambito pubblico presuppongono il rispetto della normativa nazionale ed europea in materia di *privacy* e di *cybersecurity*³³.

3.1. Normativa privacy.

La disciplina di riferimento è costituita dal Regolamento generale per la protezione dei dati personali dell'Unione Europea 2016/679 ("G.D.P.R.") e dal d. lgs. n. 196/2003 e s.m.i. ("Codice Privacy"), nonché dalle indicazioni contenute nei provvedimenti e atti di indirizzo adottati dalle autorità nazionali ed europee competenti in materia.

In generale, il trattamento di dati personali in ambito pubblico può essere effettuato in base ad una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di una fonte normativa secondaria, cioè un regolamento. Anche la comunicazione di tali dati tra diversi titolari³⁴, per l'esercizio di

la Pubblica Amministrazione, tutte le amministrazioni pubbliche sono state sollecitate a individuare al loro interno un RTD.

³³ *Ex multis*, in dottrina, C. BENETAZZO, *ICT [Information and communications technology - Tecnologie dell'informazione e della comunicazione] e nuove forme di interazione tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 262-273; G. PEROTTO, *La standardizzazione europea nel settore dell'ICT nell'era dell'“Internet of Things”*: *qualificazione giuridica e controllo di validità degli standard tecnici armonizzati*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020, pp. 757-771; B. BRUNO, *“Cybersecurity” tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. 11-45.

³⁴ Ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 7 del GDPR “titolare del trattamento” è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri».

pubblici poteri o di compiti di interesse pubblico, può avvenire solo in caso di previsione normativa o, in mancanza, se il Garante per la Protezione dei Dati Personali (di seguito “Garante”) non abbia espresso osservazioni nel termine di 45 giorni sulle misure da adottare a tutela degli interessati, cioè dei cittadini coinvolti.

Il G.D.P.R. non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento, altrimenti si correrebbe il rischio di una proliferazione eccessiva di norme *ad hoc*. Un unico atto legislativo, infatti, «può essere sufficiente come base per più trattamenti effettuati conformemente a un obbligo giuridico cui è soggetto il titolare del trattamento o se il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l’esercizio di pubblici poteri»³⁵, purché la norma considerata contenga tutti gli elementi prescritti dal G.D.P.R. per garantire un adeguato livello di tutela degli interessati.

L’emanazione di specifici atti normativi non è necessaria, inoltre, per giustificare il flusso di dati tra Titolare e Responsabile del trattamento³⁶. In tal caso, infatti, non si configura una «comunicazione» ai sensi dell’art. 2-ter del Codice Privacy³⁷, ma un mero scambio *interna corporis*, dal momento che il Responsabile del trattamento agisce in nome e per conto del Titolare, nei limiti delle funzioni e dei compiti ad esso delegati.

Ulteriori garanzie definite dagli artt. 9³⁸ e 10³⁹ del G.D.P.R. sono previste per il trattamento di “dati particolari” (sesso, razza, religione, orientamento politico, etc.) e di quelli c.d. “giudiziari” (relativi a condanne penali e reati) dove la base del trattamento e per lo più sottoposta a “riserva di legge”.

I dati particolari possono essere trattati solo in virtù di una norma europea, ovvero di una norma di legge o di regolamento (se previsto dalla legge), quando il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico rilevante⁴⁰. La norma in questione dovrà specificare le categorie di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per la tutela dell’interessato.

³⁵ Cfr. Considerando n. 45 del GDPR.

³⁶ Ai sensi dell’art. 4, par. 1, n. 8 del GDPR “responsabile del trattamento” è «la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento».

³⁷ Ai sensi dell’art. 2-ter, co. 4, lett. a) del Codice Privacy, per “comunicazione” si intende «il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall’interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dell’Unione europea, dal responsabile o dal suo rappresentante nel territorio dell’Unione europea, dalle persone autorizzate, ai sensi dell’articolo 2-quaterdecies, al trattamento dei dati personali sotto l’autorità diretta del titolare o del responsabile, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione, consultazione o mediante interconnessione».

³⁸ Si definiscono dati particolari i «dati personali che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona».

³⁹ Per dati giudiziari si intendono i «dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza».

⁴⁰ Cfr. art. 9, par. 2, lett. g) del GDPR e dell’art. 2-sexies, comma 2 del Codice Privacy.

Inoltre, qualora il trattamento abbia ad oggetto dati genetici, biometrici e relativi alla salute, esso dovrà avvenire nel rispetto di una delle condizioni di cui al paragrafo 2 dell'art. 9 del G.D.P.R. (es. il consenso dell'interessato, la necessità di assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, ecc.) e in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante con cadenza biennale.

Il trattamento di dati giudiziari, invece, può essere effettuato:

(i) sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, con le medesime garanzie prescritte per il trattamento di dati particolari, ovvero

(ii) se autorizzato da una norma di legge o, se previsto, di regolamento nell'ambito di una delle materie elencate al comma 3 dell'art. 2-*octies* del Codice privacy e che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Vi rientrano, ad esempio, le norme che disciplinano l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria, l'esercizio del diritto di accesso ai dati e ai documenti amministrativi, l'accertamento del requisito di idoneità morale di coloro che intendono partecipare a gare d'appalto, l'esecuzione di investigazioni o le ricerche o la raccolta di informazioni per conto di terzi ecc.;

(iii) in mancanza di tale norma autorizzativa, il trattamento dovrà essere effettuato nel rispetto delle misure e garanzie prescritte con decreto del Ministero della Giustizia, sentito il Garante, nonché in attuazione di protocolli di intesa per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, stipulati con il Ministero dell'interno o con le prefetture-UTG.

Indipendentemente dalla categoria di dati e/o di interessati, il trattamento deve rispettare le prescrizioni generali del G.D.P.R. e del Codice Privacy, sia sotto il profilo tecnico che organizzativo. Ciò presuppone l'adozione di un sistema di gestione della privacy che preveda:

(i) l'implementazione e manutenzione delle procedure, istruzioni operative e della modulistica necessaria per la gestione degli adempimenti normativi in materia (tenuta e aggiornamento del registro dei trattamenti, svolgimento della valutazione di impatto (*Data Protection Impact Assessment*) e dell'analisi dei rischi, gestione dei *data breach* e delle istanze degli interessati, ecc.);

(ii) l'individuazione e formalizzazione dei ruoli privacy dei soggetti coinvolti nel trattamento (Contitolari, Responsabili e sub-responsabili del trattamento), nonché

(iii) la definizione di un sistema formale di deleghe per l'individuazione del personale autorizzato alle attività di trattamento, con definizione delle correlate responsabilità, tenendo conto delle dimensioni organizzative dell'ente considerato.

I titolari e responsabili che operano in ambito pubblico, inoltre, sono tenuti a designare il *Data Protection Officer* ("DPO"), indipendentemente dalle caratteristiche dei trattamenti effettuati e delle categorie di dati trattati. Il DPO deve essere designato in funzione delle sue

qualità professionali e, in particolare, della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di *privacy*. È chiamato a svolgere attività di consulenza e supporto al titolare per la gestione degli aspetti legati alla *privacy* e ad operare quale punto di contatto per gli interessati e nei rapporti con il Garante. Il GDPR precisa, inoltre, che più autorità pubbliche o organismi pubblici, tenuto conto della dimensione e struttura organizzativa, possono nominare un unico DPO.

Il ruolo di DPO può essere attribuito sia ad una figura interna alla realtà aziendale che ad un soggetto esterno sulla base di un contratto di servizi e gli possono essere attribuiti altri compiti e funzioni, purché gli sia consentito di agire in condizioni di autonomia e indipendenza, in collaborazione diretta con il vertice gerarchico dell'organizzazione⁴¹. In tale prospettiva, secondo le indicazioni fornite dal Garante e dalle competenti autorità europee, possono sussistere situazioni di conflitto riguardo a ruoli manageriali di vertice (es. amministratore delegato, membro del consiglio di amministrazione, direttore generale, ecc.), ovvero a soggetti che operano nell'ambito delle strutture aziendali aventi potere decisionale sulle finalità e modalità del trattamento (es. direzione risorse umane, direzione *marketing*, direzione finanziaria, responsabile IT ecc.). Analogamente sono state sollevate perplessità sulla compatibilità tra il ruolo di DPO e lo svolgimento di funzioni di *compliance* aziendale o, in generale, di funzioni che comportino la capacità di incidere sulle scelte aziendali e sui dipendenti (es. *internal audit*, *risk management*, ecc.)⁴².

Tra gli obblighi di carattere generale, si rammentano, infine, le prescrizioni in materia di “violazione di dati personali” (c.d. *data breach*), consistente in una violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati⁴³. Il titolare del trattamento, senza giustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne sia venuto a conoscenza, è tenuto a notificare la violazione occorsa al Garante, a meno che «sia improbabile che la violazione presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche». Se poi la violazione comporta un rischio elevato per i diritti delle persone, il titolare deve comunicarla anche a tutti gli interessati utilizzando i canali più idonei, salvo non abbia già adottato misure tali da ridurre l'impatto.

⁴¹ Sulla figura del DPO cfr. artt. 37-39 del GDPR.

⁴² Sul conflitto di interessi del DPO cfr. Autorità belga per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 28 aprile 2020; Gruppo di Lavoro Articolo 29 – «Linee-guida sui responsabili della protezione dei dati (RPD)»– (wp243rev.01) – adottate il 13 dicembre 2016 ed emendate in data 5 aprile 2017; European data Protection Supervisor – «Position paper on the role of Data Protection Officers of the EU institutions and bodies» del 30 settembre 2018; Garante per la Protezione dei Dati Personali – «Faq sul Responsabile della Protezione dei Dati (RPD) in ambito privato» e «Faq sul Responsabile della Protezione dei Dati (RPD) in ambito pubblico».

⁴³ Art. 4, par 1, n. 12 del GDPR.

Il soggetto che operi in qualità di Responsabile del trattamento è invece tenuto ad informare il titolare senza giustificato ritardo dopo essere venuto a conoscenza della violazione, sì da consentirgli di agire tempestivamente in conformità agli obblighi previsti dal G.D.P.R.

3.2. Normativa in materia di *cybersecurity*

La disciplina di riferimento è costituita principalmente dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 65, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la Direttiva NIS (*Network and Information Security*)⁴⁴, e dalla normativa che istituisce e regola il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica (§3.2.2).

3.2.1 Disciplina NIS.

Il decreto attuativo della Direttiva NIS si rivolge ai soggetti qualificabili come:

(i) *Operatori di servizi essenziali* (Ose), ossia operatori che agiscono come gestori dei sistemi di rete dedicati ai servizi della sanità dell'energia, dei trasporti, del sistema bancario e dei mercati finanziari, della fornitura e distribuzione di acqua potabile nonché dei servizi e delle infrastrutture dei sistemi di telecomunicazioni. Affinché un operatore possa essere qualificato come Ose deve fornire servizi essenziali per il mantenimento di attività sociali e/o economiche fondamentali e la fornitura del servizio deve dipendere dalla rete e dai sistemi informativi sì che un eventuale incidente avrebbe effetti negativi rilevanti sulla fornitura del servizio;

(ii) *Fornitori di servizi digitali* (Fsd), che erogano servizi rientranti nei settori dell'*e-commerce*, del *cloud computing* e dei motori di ricerca *online*.

Gli Ose e i Fsd sono tenuti ad adottare misure tecniche e organizzative adeguate e proporzionate alla gestione dei rischi relativi alla sicurezza della rete e dei sistemi informativi che utilizzano, nonché a predisporre misure per prevenire e minimizzare l'impatto di potenziali incidenti di sicurezza, al fine di assicurare la continuità dei servizi erogati.

Tali soggetti sono inoltre tenuti a notificare gli incidenti di sicurezza aventi un impatto rilevante al *Computer Security Incident Response Team* italiano ("CSIRT"), istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui sono stati trasferiti i compiti e le funzioni già del *Computer Emergency Response Team* ("CERT") nazionale e del "CERT-PA" operante presso l'AgID.

⁴⁴ Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

In particolare, gli Ose sono individuati con provvedimenti delle Autorità competenti NIS⁴⁵ per ciascun settore di riferimento e iscritti in un apposito elenco nazionale istituito presso il Ministero dello sviluppo economico e aggiornato su base regolare almeno ogni due anni.

3.2.2 Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica.

Il d.l. 21 settembre 2019, n. 105⁴⁶ ha istituito il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica (di seguito anche “Perimetro”), al fine di assicurare la continuità delle funzioni e dei servizi essenziali svolti da enti pubblici e privati tramite la tutela della sicurezza dei loro sistemi. Il quadro normativo sarà completato con l’adozione di successivi provvedimenti attuativi.

Il 5 novembre 2020 è entrato in vigore il primo di tali provvedimenti, il DPCM 30 luglio 2020, n. 131, che definisce i criteri e le modalità di individuazione degli operatori pubblici e privati inclusi nel Perimetro, nonché per la predisposizione e l’aggiornamento, da parte di tali soggetti, degli elenchi delle proprie reti, sistemi informativi e servizi informatici⁴⁷.

I Ministeri e la Presidenza del Consiglio dei Ministri⁴⁸, nell’ambito dei settori di rispettiva competenza, identificano gli operatori pubblici o privati che svolgono funzioni e servizi essenziali, la cui interruzione o compromissione possa arrecare un pregiudizio per la sicurezza nazionale.

L’elencazione dei soggetti così individuati è contenuta in un atto amministrativo adottato dal Presidente del Consiglio dei Ministri per il quale è escluso il diritto di accesso, fermo restando

⁴⁵ Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero della Salute, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell’Economia e delle Finanze, il Ministero dell’Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare e le Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano.

⁴⁶ Convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

⁴⁷ I criteri di individuazione sono forniti dall’art. 2 del DPCM, il quale dispone che (i) un soggetto esercita una funzione essenziale dello Stato laddove l’ordinamento gli attribuisca compiti rivolti ad assicurare la continuità dell’azione di Governo e degli Organi costituzionali, la sicurezza interna ed esterna e la difesa dello Stato, le relazioni internazionali, la sicurezza e l’ordine pubblico, l’amministrazione della giustizia, la funzionalità dei sistemi economico e finanziario e dei trasporti; (ii) un soggetto pubblico o privato presta un servizio essenziale per gli interessi dello Stato, laddove ponga in essere attività strumentali all’esercizio di funzioni essenziali dello Stato; attività necessarie per l’esercizio e il godimento dei diritti fondamentali; attività necessarie per la continuità degli approvvigionamenti e l’efficienza delle infrastrutture e della logistica; attività di ricerca e attività relative alle realtà produttive nel campo dell’alta tecnologia e in ogni altro settore, ove presentino rilievo economico e sociale, anche ai fini della garanzia dell’autonomia strategica nazionale, della competitività e dello sviluppo del sistema economico nazionale.

⁴⁸ In particolare, il Ministero dell’interno per il settore interno; il Ministero della difesa per il settore della difesa; la Presidenza del Consiglio dei ministri per il settore spazio e aerospazio; il Ministero dello sviluppo economico per il settore energia e delle telecomunicazioni e, in raccordo con la struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la innovazione tecnologica e la digitalizzazione, per il settore servizi digitali; il Ministero dell’economia e delle finanze per il settore economia e finanza, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per il settore trasporti; il Ministero del lavoro e delle politiche sociali per il settore enti previdenziali/lavoro; la struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la innovazione tecnologica e la digitalizzazione, in raccordo con il Ministero dello sviluppo economico e con il Ministero dell’università e della ricerca per il settore tecnologie critiche.

che a ciascun soggetto incluso nell'elenco è comunque data separata comunicazione dell'avvenuta iscrizione⁴⁹.

L'appartenenza al Perimetro comporta una serie di obblighi sotto il profilo organizzativo, quale l'obbligo di redigere e aggiornare, con cadenza almeno annuale, l'elenco dei beni ICT necessari per lo svolgimento della funzione o servizio essenziale, con la specifica indicazione delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici che li compongono.

Con il DPCM 14 aprile 2021, n. 81, è stato introdotto il Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), del predetto decreto e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza⁵⁰.

Il regolamento in esame prevede che al verificarsi di uno degli incidenti aventi impatto su beni ICT, i soggetti inclusi nel Perimetro procedono alla notifica al CSIRT tramite appositi canali di comunicazione, entro un termine particolarmente stringente, che può essere al massimo di un'ora o di sei ore, a seconda della tipologia e, quindi, della gravità dell'incidente occorso.

Inoltre, i soggetti qualificati come Ose o Fsd ai fini della normativa NIS che siano inclusi nel Perimetro, nella comunicazione al CSIRT italiano dovranno indicare che la notifica costituisce anche adempimento degli obblighi prescritti ai fini della disciplina NIS e indicare l'Autorità NIS competente alla quale la notifica dovrà essere inoltrata.

Analogamente, le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazioni o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche⁵¹, sono tenuti a comunicare al CSIRT che la notifica costituisce anche adempimento degli obblighi previsti dall'art. 16-*ter* del predetto Codice e delle correlate disposizioni attuative.

Gli obblighi di notifica previsti dal Regolamento troveranno applicazione a partire dal 1° gennaio 2022. Tuttavia, i soggetti inclusi nel Perimetro provvedono ugualmente alle notifiche in via sperimentale fino al 31 dicembre 2021, con decorrenza dalla data di avvenuta trasmissione dell'elenco dei propri beni ICT alla Presidenza del Consiglio dei Ministri o, se si tratta di soggetti privati, al Ministero dello Sviluppo economico. Ove la trasmissione degli elenchi sia già avvenuta prima dell'entrata in vigore del Regolamento, l'applicazione in via sperimentale decorre dal 26 giugno 2021.

⁴⁹ Dopo la definizione del primo elenco, in data 15 giugno 2021 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha firmato l'estensione dell'ambito di applicazione del perimetro ad ulteriori soggetti pubblici e privati che, complessivamente, esercitano, attraverso reti, sistemi informativi e servizi informatici, 223 funzioni essenziali dello Stato, ovvero erogano servizi essenziali per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche strategiche. Cfr. <https://www.governo.it/it/articolo/cyber-aggiornato-l-elenco-dei-soggetti-del-perimetro-di-sicurezza-cibernetica-nazionale>.

⁵⁰ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.138 del 11 giugno 2021 e che entrerà in vigore il 26 giugno 2021.

⁵¹ D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Va segnalato che l'obbligo di notifica degli incidenti *cyber* ai sensi della suesposta disciplina non esclude l'obbligo di notifica al Garante per la protezione dei dati personali ove l'evento occorso abbia avuto impatto su dati personali e ricorrano i presupposti richiesti dalla normativa in materia (cfr. §3.1 Normativa privacy).

Il Regolamento prevede, inoltre, le misure di sicurezza che i soggetti inclusi nel Perimetro sono tenuti ad adottare rispetto ai beni e servizi ICT di rispettiva pertinenza.

Le misure sono elencate nell'Allegato B al DPCM e suddivise in due appendici: le misure indicate nell'appendice n.1 dovranno essere implementate entro il termine di 6 mesi dalla trasmissione degli elenchi di beni ICT alle autorità competenti; quelle indicate nell'appendice n. 2 entro il termine di 36 mesi da tale data. Qualora la trasmissione degli elenchi sia avvenuta prima dell'entrata in vigore del Regolamento, i predetti termini decorrono dal 26 giugno 2021.

L'avvenuta adozione e le relative modalità dovranno essere tempestivamente comunicate al Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza.

I soggetti appartenenti al Perimetro sono tenuti a rispettare specifici obblighi in materia di acquisto di beni e servizi ICT che rientrino nelle categorie da individuarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Tali obblighi riguardano le procedure, le modalità e i termini per l'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT da impiegare sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici essenziali.

L'intenzione di procedere all'acquisto dovrà essere comunicata al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN), istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, unitamente ad una valutazione del rischio associato all'oggetto della fornitura che tenga conto anche dell'ambito di impiego. Decorso il termine di 45 giorni senza che il CVCN si sia pronunciato, i soggetti che hanno effettuato la comunicazione potranno proseguire nella procedura di affidamento; in caso di imposizione di condizioni e test *hardware* e/o *software*, invece, i relativi bandi di gara e contratti dovranno essere integrati con condizioni sospensive o risolutive correlate all'esito favorevole dei test e/o delle ulteriori condizioni disposte dal CVCN. Decorso il termine per la conclusione dei test, sarà possibile proseguire nella procedura di affidamento.

La suddetta normativa è in fase di attuazione. In particolare, con il Decreto del Presidente della Repubblica 5 febbraio 2021, n. 54, entrato in vigore l'8 maggio 2021, sono stati definiti i termini, le modalità e procedure per le valutazioni da parte del CVCN, nonché i criteri tecnici per l'individuazione delle categorie di beni, sistemi e servizi ICT che saranno oggetto della valutazione nel caso in cui siano destinati agli asset "strategici", che saranno specificamente individuate con d.p.c.m.

Il D.L. 14 giugno 2021, n. 82 ha previsto che l'obbligo di comunicazione al CVCN sarà efficace dal trentesimo giorno dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del DPCM che,

sentita l'Agencia nazionale per la cybersicurezza, attesti l'operatività del CVCN e comunque dal 30 giugno 2022.

Dalla suddetta data l'obbligo di comunicazione al CVCN, ai fini della relativa valutazione, troverà applicazione anche rispetto ai soggetti che intendono procedere all'acquisto, a qualsiasi titolo, di beni, servizi e componenti relativi ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, rientranti tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale ai sensi decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, soggetti all'esercizio del c.d. Golden Power da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Rimane inteso che fino all'entrata in vigore della suddetta disciplina, le attività di approvvigionamento si svolgono secondo la disciplina ordinaria (cfr. §1 *Procurement* di beni e servizi ICT).

4. *Cybersecurity Act*.

La Legge di Delegazione Europea 2019-2020⁵² all'art. 18, prevede l'adozione da parte del Governo di uno o più decreti legislativi per adeguare la normativa nazionale al Regolamento europeo sulla cybersicurezza (cd. *Cybersecurity Act*)⁵³, che richiede a tutti gli Stati Membri di designare una o più Autorità Nazionali di Certificazione della Cybersicurezza (*National Cybersecurity Certification Authorities*, in sigla NCCA) che vigileranno sull'applicazione dello stesso a livello nazionale e coopereranno con le autorità designate dagli altri Stati Membri, la Commissione Europea e l'agenzia europea ENISA nella realizzazione e revisione del quadro europeo di certificazione.

Alle NCCA sono assegnati cogenti poteri allo scopo di far rispettare il quadro europeo di certificazione nel proprio ambito nazionale e avranno anche il compito di rilasciare i certificati di cybersicurezza nel caso in cui questi abbiano un livello di affidabilità elevato e in altri casi, debitamente giustificati, ove previsto esplicitamente in singoli sistemi europei di certificazione. Questi poteri si associano alla possibilità di adottare e infliggere pesanti sanzioni ai soggetti che dovessero contravvenire alle disposizioni impartite dalle predette Autorità. In tal senso l'art. 18 della Legge di Delegazione Europea prevede, *inter alia*, la delega al Governo per la definizione del sistema di sanzioni applicabili nonché l'attribuzione al Ministero dello Sviluppo economico del ruolo di NCCA.

⁵² Legge n. 53 del 22 aprile 2021, «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020».

⁵³ Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agencia dell'Unione europea per la cybersicurezza, e alla certificazione della cybersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013. Per maggiori informazioni sull'intervento normativo previsto dalla Legge di Delegazione Europea cfr. https://atc.mise.gov.it/images/documenti/Scheda_Informativa.pdf.

Il quadro in tema di sicurezza e *cyber security* sin qui ricostruito è stato recentemente riorganizzato dalle modifiche apportate dal D.L. 14 giugno 2021, n. 82. È stata infatti istituita l’Agenzia nazionale per la cyber-sicurezza cui sono state trasferite una parte rilevante delle funzioni attribuite alle autorità ed istituzioni sin qui menzionate. *Inter alia*, il decreto prevede che l’Agenzia agisca quale Autorità nazionale di certificazione della cybersicurezza ai sensi dell’articolo 58 del relativo Regolamento e assume tutte le funzioni in materia di certificazione di sicurezza cibernetica già attribuite al Ministero dello sviluppo economico dell’ordinamento vigente, comprese quelle relative all’accertamento delle violazioni e all’irrogazione delle sanzioni. Il tempo ci dirà se questa riforma semplificherà o renderà ancor più complesso il quadro di riferimento in materia.

5. Conclusioni operative.

Quanto sin qui esposto avrebbe la presunzione di rappresentare una ricostruzione sintetica delle disposizioni normative e regolamentari, comprese quelle c.d. di *soft law*, che disciplinano, organizzano e regolamentano l’acquisizione degli strumenti ICT necessari ad implementare i processi di *e-government*. In estrema sintesi la regolamentazione del settore dell’“informatica pubblica”.

Il quadro che ne esce è complesso e affollato da attori diversi spesso con competenze che solo agli occhi di un esperto di informatica potrebbero non risultare “concorrenti”. La complessità riguarda sia l’individuazione delle linee strategiche di sviluppo dei “sistemi pubblici” e la conseguente scelta degli strumenti ICT più idonei a soddisfare i fabbisogni della PA ma anche quello del *procurement* di tali strumenti. Per non parlare, da ultimo, dei requisiti tecnici che tali strumenti debbono avere per garantire l’interoperabilità e la sicurezza dei sistemi che custodiscono spesso i dati personali dei cittadini.

Nell’ambito delle riforme legate agli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza quelle legate alle riforme della P.A. della giustizia e della semplificazione amministrativa sono centrali⁵⁴. La missione 1 del PNRR è in gran parte dedicata alla digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA, cioè di quanto sin qui affrontato in termini di informatica pubblica.

Il rischio di una sovrapposizione di competenze tra i diversi organismi pubblici⁵⁵ coinvolti nei processi di informatica pubblica rischia decisamente di complicare ulteriormente il quadro rendendo assai improbabile il raggiungimento degli obiettivi che il PNRR si prefigge. La prospettiva pare dunque essere lo stallo su tematiche tecniche e strategiche inerenti la

⁵⁴ Si veda il PNRR 2.A Le riforme pp. da 43 a 78, e Missione 1 pp. 83-96.

⁵⁵ Solo per ricordarne alcuni: AGID, Dipartimento per la Sicurezza delle Informazioni, Direzioni Generali delle Amministrazioni Centrali coinvolte, Agenzia per la Sicurezza, Autorità Garanti, PDCM su Golden Power, etc. etc.

digitalizzazione della P.A., cui devono accostarsi le difficoltà di approvvigionamento, le c.d. attività di *procurement*, che nel pubblico si traducono in gare ed appalti. Si tratta di procedimenti i cui atti sono sottoposti al controllo di legittimità della giustizia amministrativa che, di fronte a norme “tecniche” complesse e farraginose, si trova spesso costretta a sospendere i procedimenti in attesa di ricevere chiarimenti dagli organismi pubblici coinvolti con ciò dilatando oltre modo i tempi e la conclusione dei contratti, al contempo lasciando l’amministrazione senza gli strumenti ICT necessari al processo di digitalizzazione e semplificazione.

In questa prospettiva, a parere di chi scrive, sarebbe importante individuare uno o più “Responsabili dei sistemi informativi pubblici” che possano rivestire un ruolo operativo centrale quale braccio tecnico delle amministrazioni. A tali soggetti andrebbe anche assegnato il compito di coordinarsi con i diversi organismi pubblici deputati al coordinamento delle tematiche strategiche dell’informatica pubblica. Il tutto per arrivare alla costruzione di un portfolio di servizi e strumenti ICT “a scaffale” già validati nel momento del *design* architettonico sotto i diversi profili della compatibilità tecnica, dell’interoperabilità e delle garanzie in materia di tutela della *privacy* e della *cybersecurity*. Un ruolo centrale potrebbero così essere rivestito dalle società pubbliche e più in generale dai Poli Strategici Nazionali utilizzando, anche in prospettiva *Opex*, le diverse soluzioni disponibili sul mercato e, con queste, costruendo l’offerta scalabile dei diversi mattoncini (in termini di risorse elaborative, servizi ed applicazioni) di volta in volta necessari al titolare dell’azione amministrativa per costruire gli strumenti ICT atti a soddisfare la digitalizzazione e la semplificazione dei processi e dei procedimenti amministrativi.

queste istituzioni

**Tutela preventiva, rischi,
emergenze e beni culturali:
dal codice dei beni culturali al PNRR**

Giuseppe Garzia

Numero 2/2021

30 luglio 2021

Tutela preventiva, rischi, emergenze e beni culturali: dal codice dei beni culturali al PNRR

di Giuseppe Garzia*

Sommario

1. Emergenze, rischi da calamità naturali e prevenzione nei beni culturali. – 2. Il quadro normativo interno e comunitario. – 3. (segue). La “prevenzione” dei beni culturali nel codice dei beni culturali e del paesaggio. – 4. Il problema della gestione dell’emergenza. La istituzione, all’interno del MIC, della “Direzione generale Sicurezza del patrimonio culturale”: struttura e competenze. – 5. Il *Recovery Art Conservation Project* previsto nel PNRR e le altre misure sulla sicurezza dei beni culturali. – 6. Riflessioni di sintesi; la “Carta del rischio” e il suo necessario aggiornamento.

Sintesi

I disastri ambientali (terremoti, inondazioni), aumentati di recente anche a causa del fenomeno dei cambiamenti climatici, rappresentano un grave rischio anche per il nostro vastissimo patrimonio culturale. Con il presente studio si intendono proporre alcune riflessioni riguardanti la nascita e l’evoluzione del principio di “prevenzione” nella materia dei beni culturali partendo dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 152 del 2006 (codice ambientale) e d.lgs. n. 42 del 2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio) fino alle più recenti novità normative riguardanti la riorganizzazione del MIC (Ministero della cultura) e il programma di interventi previsti dal PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza). Infine si propone come ulteriore necessaria misura di prevenzione da adottare la progressiva estensione della c.d. “Carta del rischio”.

Abstract

Natural disasters such as earthquakes and floods have recently increased due to the climate change, representing a great threat for our cultural heritage. This study aims at exploring the origins and development of the principle of “prevention” within cultural heritage, starting from the set of provisions included in legislative-decrees n. 152/2006 and n. 42/2004, up to the most recent regulations about the Ministry of Cultural Heritage (MIC) along with the actions and interventions defined by the Recovery and Resilience Plan (RRP). Finally, the implementation of the so-called “Carta del rischio” (Risk Map in English) will be proposed as a further prevention measure.

Parole chiave

Rischio; prevenzione; sicurezza; beni culturali; Ministero della Cultura; PNRR.

* Professore aggregato di Legislazione dei beni culturali nell’Università di Bologna (Ravenna Campus).

1. Emergenze, rischi da calamità naturali e prevenzione nei beni culturali.

La direttiva del Ministero della cultura (MIC)¹ del 23 aprile 2015 riguardante le «Procedure per la gestione delle attività di messa in sicurezza e salvaguardia del patrimonio culturale in caso di emergenze derivanti da calamità naturali» prevede che «ogni evento naturale derivante da azioni esogene (pioggia, neve, escursione termica, vento, piene, alluvioni, frane) od endogene (sisma, eruzione vulcanica) che induca effetti straordinari, per estensione o per magnitudo del danno e classificabile pertanto come calamitoso, determina una situazione di emergenza che va affrontata con tempestività, attuando una serie di azioni finalizzate alla messa in sicurezza ed alla salvaguardia del patrimonio culturale coinvolto».

L'aumento dei fenomeni calamitosi di origine naturale avvenuto degli ultimi anni (terremoti, frane, inondazioni), dovuto, in parte, anche al grave problema del *climatechange*, si riflette, inevitabilmente, anche sulle azioni di tutela dei beni culturali, nel senso che esse sono chiamate, sempre più spesso e con maggiore efficacia, a muoversi non solo nell'ambito di una logica di tipo "repressivo" ma anche all'interno di una impostazione di carattere "preventivo/precauzionale"².

Non a caso anche la giurisprudenza utilizza l'emblematica espressione "amministrazione del rischio"³.

Con specifico riferimento al patrimonio culturale tale esigenza è di fondamentale importanza soprattutto in ragione del fatto in Italia vi sono almeno tre elementi di peculiarità che ne condizionano, in senso negativo, la sicurezza (e, di conseguenza, ne aumentano i rischi in caso di calamità naturali): l'altissimo numero di beni da tutelare, la loro capillare distribuzione sull'intero territorio nazionale⁴ e la notevole fragilità del suolo sia sotto il profilo sismico che su quello idrogeologico.

¹ Il MIC è subentrato al MIBACT, ai sensi dell'art. 6 del d.-l. 1 marzo 2021 n. 22, convertito, con modificazioni, nella l. 22 aprile 2021, n. 55. Quella prevista dal citato d.-l. n. 22 del 2021 costituisce l'ultimo atto di una serie di riforme che hanno caratterizzato la vita del Ministero fin dalla sua costituzione avvenuta negli anni settanta (d.-l. 14 dicembre 1974, n. 657, convertito nella l. 25 gennaio 1975, n. 5). In dottrina, per un'analisi di carattere storico-giuridico di tutte le diverse riforme del Ministero si veda L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 157 ss.

² In dottrina, per un'analisi di carattere generale sulla complessa tematica relativa ai rapporti tra esercizio dei poteri pubblici e i principi di prevenzione/precauzione, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

³ Da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 23 giugno 2021, n. 4802, relativa al noto caso ILVA.

⁴ Questi aspetti fanno ritenere che il nostro patrimonio culturale sia assimilabile a una sorta di "museo diffuso", sia nel senso della sua distribuzione nel territorio nazionale, sia riguardo al legame indissolubile tra i beni e le loro cornici ambientali.

Tali ragioni impongono di intervenire, in primo luogo, con adeguati ed efficaci interventi di prevenzione. La cura che serve per mantenere e conservare un bene culturale è, infatti, direttamente proporzionale alla sua precarietà⁵.

Del resto, come dimostrano gli eventi sismici avvenuti negli ultimi anni, la riparazione dei danni conseguenti ad una calamità naturale, anche laddove possibile, è comunque molto complessa in quanto richiede costi e tempi notevolissimi.

Trattandosi di un bene culturale, inoltre, la sua eventuale perdita (o danneggiamento) non si limita solo all'aspetto "materiale" o "fisico" ma ricomprende, necessariamente, anche il valore e l'interesse che lo stesso bene rappresenta per l'intera collettività nazionale⁶.

Da qui la indubbia necessità di impostare azioni improntate a logiche di natura preventiva e di pronto intervento in caso di necessità.

Ciò premesso, spostando il ragionamento su un piano più generale, non può che condividersi la nota tesi di U. Beck secondo cui, oramai, viviamo nella c.d. «società globale della prevenzione e della precauzione»⁷, nel senso che, malgrado gli straordinari progressi della scienza e della tecnica, come ha dimostrato anche la recente pandemia da Covid-19 occorre prendere atto della inevitabile incertezza delle acquisizioni scientifiche, essendo esse soggette a continui processi evolutivi dovuti al raggiungimento di sempre nuovi risultati⁸.

In altre parole, nella odierna c.d. "società del rischio", emergenza, rischio e incertezza si manifestano come costanti e, quindi, devono essere in qualche modo regolate da un diritto che, per di più, deve anche scontare il fatto che l'ambiente, in modo sempre più frequente, si sta progressivamente trasformando da "aggredito" anche in "aggressore" (si pensi, ad esempio, ai casi, sempre più frequenti, di eventi alluvionali)⁹.

Sotto questo profilo, fermo restando la necessità di un'approfondita e adeguata analisi di carattere tecnico-scientifico che, necessariamente, deve porsi alla base di ogni decisione di natura politica¹⁰, va considerato che la scelta sul livello di rischio che un'intera società intende

⁵ In questo senso G. STRAZZA, *Saper salvaguardare il patrimonio culturale: cosa imparare dall'incendio di Notre-Dame*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 2, p. 442.

⁶ Com'è noto la caratteristica fondamentale che accomuna le diverse tipologie di beni culturali è proprio costituita dal loro "interesse pubblico"; «interesse oggettivo, riferibile a qualsiasi entità del mondo esterno in quanto portatrice di un valore tipico che nella specie è l'essere testimonianza materiale avente valore di civiltà» (M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, I, p. 23).

⁷ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (trad. it), Carocci, Roma, 2000.

⁸ Sul tema è fondamentale lo scritto di K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (trad. it), Torino, Einaudi, 1970. Sul punto si veda anche M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto nella scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Leo Olschky, Firenze, I, 1999, p. 58 ss.

⁹ In questo senso si rinvia a P. LOMBARDI, *La mitigazione del rischio idrogeologico tra scienza e diritto*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, I, p. 63.

¹⁰ Sul punto si rinvia al successivo paragrafo n. 6.

soportare (anche nel settore dei beni culturali) non è una questione meramente scientifica, bensì di tipo “politico-amministrativo”.

Si tratta, quindi, di individuare qual è il “ragionevole” livello di rischio che si è disposti ad accettare e, conseguentemente, di adottare, anche attraverso una corretta ed esaustiva analisi costi/benefici, le misure di natura preventiva/precauzionale più idonee a tal fine¹¹.

Detto in altri termini, dato per presupposto che la situazione di rischio collegata ad un evento calamitoso non è in alcun modo eliminabile (com'è ovvio, anche in questa materia, l'obiettivo del rischio “zero” non è perseguibile), il problema principale diventa quello di cercare di gestire nel miglior modo possibile la situazione attraverso un'adeguata e costante politica di prevenzione basata su una corretta e aggiornata conoscenza dei dati e delle informazioni di carattere tecnico-scientifico.

La conoscenza delle suddette informazioni, almeno nei loro aspetti principali (e meno complessi), sarebbe inoltre opportuno che non rimanesse limitata all'interno degli apparati amministrativi preposti all'esercizio delle funzioni (primo tra tutti il MIC), bensì fosse diffusa tra la popolazione, la quale, come ha osservato il Consiglio di Stato¹², in tal modo potrebbe contribuire alla costruzione di un diritto “effettivo” del rischio, in linea con il modello della *responsible governance*.

In altre parole, anche la conoscenza dei rischi da parte dei cittadini può rappresentare un elemento di grande importanza nel realizzare efficaci azioni di prevenzione.

2. Il quadro normativo interno e comunitario.

In materia di tutela beni culturali le prime disposizioni che affermano, in termini generali, la necessità di osservare il principio di prevenzione risalgono ai primi anni di questo secolo e sono contenute all'interno del c.d. testo unico ambientale (d.lgs. n. 152 del 2006) e, soprattutto, nel codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004)¹³.

In primo luogo va menzionato l'art. 3 ter del d.lgs. n. 152 del 2006¹⁴ secondo il quale «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private,

¹¹ Del resto, com'è noto, «l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o l'inazione» costituisce uno dei fondamentali presupposti richiesti dal diritto unionale per la corretta applicazione del principio di precauzione (Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000). Sul punto, con specifico riferimento alla materia ambientale (ma si tratta di argomentazioni estensibili anche ai beni culturali), si veda L. BUTTI (a cura di), *The precautionary principle in environmental law. Neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹² Nella sentenza ILVA citata nella precedente nota n. 3.

¹³ Di seguito “codice”.

¹⁴ Articolo aggiunto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 4 del 2008.

mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva .. ».

Si tratta di un principio generale di notevole rilevanza che accomuna l'ambiente al patrimonio culturale e che trova, come si avrà modo di vedere¹⁵, con riferimento a quest'ultimo un'adeguata conferma anche in alcune fondamentali disposizioni del codice¹⁶.

In particolare è importante osservare che l'obbligo di garantire la tutela dei beni culturali non riguarda solo le pubbliche amministrazioni, ma coinvolge necessariamente anche i soggetti privati (persone fisiche e giuridiche) che siano proprietari o, comunque, in qualsivoglia forma detentori del bene¹⁷.

La necessità di adottare un approccio di carattere preventivo anche in materia di beni culturali vede, inoltre, alcune significative conferme anche a livello di ordinamento unionale, a conferma che la tematica in questione, sempre più di frequente, presenta aspetti e connotazioni di carattere "globale"¹⁸.

Del resto, pur essendo la tutela dei beni culturali materia di competenza statale, le linee generali riguardo le azioni di intervento, soprattutto in caso di calamità naturali, ben possono essere individuate in sede europea al fine di favorire la collaborazione e il coordinamento tra le diverse autorità nazionali competenti¹⁹.

Sotto questo profilo vengono in rilievo, soprattutto, la decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 «su un meccanismo unionale di protezione civile» e la c.d. «strategia europea di adattamento ai cambiamenti climatici»²⁰. La prima, il cui fondamento giuridico va individuato nell'art. 196 del TFUE²¹, si prefigge

¹⁵ Si veda il successivo paragrafo n. 3.

¹⁶ In realtà, pur essendo nella norma in questione accomunati sia l'ambiente che e i beni culturali, il principio di prevenzione (soprattutto collegato a quello di precauzione) è stato oggetto di indagini approfondite da parte della dottrina solamente in relazione alla materia ambientale (da ultimo si veda R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv.giur.urb.*, 2020, 1, p. 14 ss.), mentre con riferimento ai beni culturali ha ricevuto molte meno attenzioni.

¹⁷ Anche questo principio è contenuto nel codice, nell'art. 30.

¹⁸ Sul diritto dei beni culturali come diritto "globale", si veda L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁹ Proprio in questo contesto si colloca il recente progetto comunitario "*Culture Cannot Wait: Heritage for Peace and Resilience 2019-2020*" il cui obiettivo è quello di facilitare il coordinamento tra le diverse autorità statali in caso di emergenza attraverso l'adozione di "*best practices*" comuni.

²⁰ La "strategia" è stata adottata con comunicazione della Commissione del 16 aprile 2013 successivamente modificata dalla comunicazione del 24 febbraio 2021 «Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici. La nuova strategia dell'U.E. di adattamento ai cambiamenti climatici».

²¹ «L'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare l'efficacia dei sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall'uomo. L'azione dell'Unione è intesa a: a) sostenere e a completare l'azione degli Stati membri a livello nazionale, regionale e locale concernente la prevenzione dei rischi, la preparazione degli attori della protezione civile negli Stati membri e l'intervento in caso di calamità naturali o provocate dall'uomo all'interno dell'Unione; b) promuovere una cooperazione operativa rapida ed efficace all'interno dell'Unione tra i servizi di protezione civile nazionali; c) favorire la coerenza delle azioni intraprese a livello internazionale in materia di protezione civile».

l'obiettivo di istituire un meccanismo unionale di protezione civile contro le catastrofi, prevenendone o riducendone gli effetti potenziali non solo rispetto alla salute umana ma anche nei confronti dell'ambiente e del patrimonio culturale. A tal fine vengono previsti una serie di obblighi (costituiti da "azioni di prevenzione") in capo sia alla Commissione Europea (come, ad esempio, quella concernente l'adozione di interventi per migliorare la conoscenza di base sui rischi da catastrofi) che agli Stati membri (ad esempio l'effettuazione delle valutazioni di rischio a livello nazionale o subnazionale appropriato)²². Inoltre il "meccanismo" è pensato per intervenire non solamente a favore degli Stati membri, ma anche di eventuali soggetti terzi colpiti da una calamità.

La seconda, attuata in Italia con il decreto direttoriale del MTE²³ del 16 giugno 2015 («Strategia nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici», in sigla SNAC), prende in esame anche gli effetti del *climate change* sul patrimonio culturale auspicando l'estensione di adeguate misure preventive nell'ambito dei piani di gestione esistenti o in corso di definizione²⁴.

Nello specifico la SNAC raccomanda alle istituzioni pubbliche e private preposte alla gestione del patrimonio culturale l'esigenza di favorire gli interventi di manutenzione dei beni culturali rispetto a quelli di restauro (avendo, i primi, una funzione tipicamente preventiva)²⁵, nonché di porre in essere misure quali la diffusione delle conoscenze esistenti, il monitoraggio continuo dei beni, la manutenzione ordinaria.

Si tratta di azioni di particolare importanza in quanto, com'è oramai pienamente accertato dalla scienza, il problema del *climate change* ha determinato un deciso aumento dei rischi di eventi calamitosi (alluvioni, frane), da qui la necessità di individuare adeguate azioni di carattere preventivo anche in relazione ai beni culturali.

Si pensi, ad esempio, alle sempre più frequenti alluvioni avvenute a Venezia negli ultimi anni (in particolare quella del 12 novembre 2019 ove l'acqua alta ha raggiunto il livello di 187 cm e ha provocato ingenti danni anche alla Basilica di S. Marco).

²² Accanto alle procedure di intervento l'Unione ha istituito anche sistemi di "allarme" sui rischi da eventi estremi, come, ad esempio, "*L'European Flood Awareness System*" (EFAS), creato nel 2002 su impulso della Commissione Europea e la cui funzione è quella di monitorare i fiumi transnazionali europei fornendo alle protezioni civili nazionali previsioni sui rischi di alluvioni ed esondazioni. In dottrina per un'analisi, anche di carattere storico, sul ruolo e i compiti dell'Unione in tema di protezione civile, si veda M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive dell'Unione Europea e in ambito penale*, Giuffrè, Milano, 2016.

²³ Il MTE (Ministero della Transizione Ecologica) è subentrato al MATTM ai sensi dell'art. 2 del d.-l. n. 22 del 2021 (citato nella precedente nota n. 1).

²⁴ Oltre al livello "statale" vi è anche un ulteriore livello "regionale"; molte Regioni (ad esempio l'Emilia Romagna, delibera dell'Assemblea Legislativa n. 187 del 20 dicembre 2018) hanno, infatti, negli ultimi anni adottato strategie regionali di adattamento ai cambiamenti climatici.

²⁵ Per incentivare gli interventi di manutenzione viene, inoltre, suggerita anche l'adozione di misure come, ad esempio, la previsione di sgravi contributivi o di specifiche forme assicurative degli immobili che si trovino in particolari situazioni di rischio.

3. (segue). La “prevenzione” dei beni culturali nel codice dei beni culturali e del paesaggio.

Come si è detto, sul piano dell’inquadramento generale, le più importanti disposizioni concernenti la tutela “preventiva” dei beni culturali rispetto ai possibili rischi derivanti da calamità naturali (e non solo) sono state introdotte dal codice²⁶.

In particolare fondamentale è l’art. 29, comma 1°, secondo il quale «la conservazione del patrimonio culturale è assicurata mediante una coerente, coordinata e programmata attività di studio, prevenzione, manutenzione e restauro»; a sua volta la prevenzione viene definita come «il complesso delle attività idonee a limitare le situazioni di rischio connesse al bene culturale nel suo contesto» (comma 2)²⁷.

È indubbio che siamo di fronte ad una disposizione di grande importanza e valore (anche sul piano simbolico) che conclude un lungo percorso di riflessione di carattere storico giuridico partito con la “Carta italiana del restauro” del 1972 la quale ha introdotto il termine “salvaguardia”, definita come l’insieme di quei provvedimenti conservativi che non implicano l’intervento diretto sull’opera²⁸.

Non a caso, proprio negli anni settanta, Giovanni Urbani auspicava una riforma della l.n. 1089 del 1939 (legge all’epoca vigente) che fosse ispirata ai principi della conservazione programmata, cioè un’attività di tutela incentrata sulla protezione dei beni culturali dai possibili rischi ambientali, al fine di evitarne il deterioramento, e quindi di limitare, al tempo stesso, la necessità di interventi di restauro²⁹.

L’art. 29 del codice, nel formulare l’elencazione dei diversi interventi di conservazione, si è indubbiamente ispirato ad una logica di “gradualità”, nel senso che l’intervento di “prevenzione” –essendo il meno impattante sul bene culturale – va considerato in via prioritaria rispetto a quelli di manutenzione e restauro, che, viceversa, normalmente comportano un intervento di carattere “fisico” sul bene.

Da un punto di vista più strettamente esegetico va inoltre osservato che il concetto di “prevenzione” di cui all’art. 29, da un lato, si riferisce in senso generico a tutte le tipologie di rischi (di origine antropica o naturale) che astrattamente possono riguardare il bene culturale,

²⁶ Infatti, il testo previgente (“Testo Unico” n. 490 del 1999), contemplava solo il “restauro” come unica tipologia di intervento normata (art. 34) e definito come «l’intervento diretto sulla cosa volto a mantenerne l’integrità materiale e ad assicurare la conservazione e la protezione dei suoi valori culturali». Si trattava, peraltro, di una lacuna evidenziata dalla dottrina (L. GALLUCCI, *Restauro e partecipazione finanziaria dello Stato*, in *Aedon*, 2000, 2) e che, come si è detto, è stata superata dalla previsione dell’art. 29 cit.

²⁷ Una definizione più generale di “prevenzione” è contenuta nell’art. 2, comma 3, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 «Codice della protezione civile»: «La prevenzione consiste nell’insieme delle attività di natura strutturale e non strutturale, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione».

²⁸ In dottrina, per un’analisi dell’art. 29 si rinvia al commento di S. VILLAMENA, sub *Art. 29*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 385 ss.

²⁹ Cfr. E. CAVALIERI, *La tutela dei beni culturali. Una proposta di Giovanni Urbani*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 2, p. 476-477.

dall'altro, evidenzia il collegamento tra il bene e il contesto ambientale da cui provengono i “rischi” di deterioramento del bene stesso. Non a caso, tra gli interventi soggetti a preventiva autorizzazione, ai sensi del precedente art. 21, vi è anche quello concernente il suo semplice spostamento in altro luogo (anche temporaneo).

Come si è detto l'art. 29 costituisce una disposizione di carattere generale riguardante tutti i tipi di “rischi” relativi ai beni culturali indipendentemente dalla loro origine e natura (antropica o naturale).

Peraltro, vista la loro frequenza e potenzialità distruttiva, essa assume un particolare rilievo per quelli di natura sismica³⁰, e questo è chiaramente confermato dal comma 4, che, nel fornire la definizione di “restauro”, prevede che nel caso di beni immobili situati nelle zone a rischio sismico in base alla normativa vigente, esso comprenda anche l'intervento di miglioramento strutturale.

Inoltre, sotto altro profilo, va osservato che la prevenzione dai possibili rischi, in quanto intervento di “conservazione” dei beni culturali (art. 29), costituisce un'attività di natura doverosa per il proprietario, possessore e detentore dei beni culturali, sia esso soggetto pubblico o privato (art. 30, commi 1 e 3), il quale – pertanto – è tenuto a porre in essere tutte le misure necessarie a tal fine³¹.

Ciò comporterà, ove necessario, l'obbligo di ottenere la previa autorizzazione ministeriale ai sensi dell'art. 21 del codice nel caso in cui l'intervento di prevenzione rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultima disposizione; si pensi, ad esempio, alla realizzazione ad una teca antisismica per la protezione di un'opera pittorica o di una scultura collocata in un ambiente che può presentare possibili rischi.

³⁰ È purtroppo noto che una delle cause più importanti di distruzione/danneggiamento dei beni culturali è costituita dagli avvenimenti di natura sismica, la cui possibile previsione, come ha mostrato la scienza, è quasi impossibile. È, infatti, oramai accertato che è alquanto problematico prevedere la grandezza, il luogo e l'ora di un evento sismico non essendo mai stati identificati dei “precursori deterministici”, cioè dei fenomeni la cui osservazione porterebbe con certezza al verificarsi dell'evento (sul punto vedi F. MULARGIA, *Che cosa è prevedibile dei terremoti? Precursori, probabilità e previsioni*, in E. GUIDOBONI, F. MULARGIA, V. TETI, (a cura di), *Prevedibile/Imprevedibile. Eventi estremi del prossimo futuro*, Rubbettino, Catanzaro, 2015, p. 259 ss.)

³¹ Si tratta, quindi, di un obbligo che segue il regime di appartenenza dei beni (soggetti pubblici o privati), anche se, come è stato messo in rilievo (M. UNGARI, *Art.30*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 141) la sua violazione non è collegata ad una specifica sanzione. È interessante inoltre osservare che un siffatto obbligo, nel vigore della precedente normativa, era stato ritenuto non sussistente mancando una specifica disposizione legislativa in tal senso (T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 355 ss.).

4. Il problema della gestione dell'emergenza. La istituzione, all'interno del MIC, della "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale": struttura e competenze.

Oltre alla "prevenzione" in senso stretto, un secondo aspetto della problematica legata alla sicurezza dei beni culturali in caso di calamità naturali è quella che attiene alla gestione della fase di emergenza.

Si tratta di quella situazione nella quale l'evento calamitoso si è (in tutto o in parte) già realizzato e, di conseguenza, si pone il problema della gestione del c.d. "rischio residuo", cioè quella parte di rischio che non si è saputo (o potuto) evitare in via anticipata attraverso le misure di prevenzione.

In questa fase l'esigenza primaria è quella della messa in sicurezza del patrimonio culturale danneggiato dall'evento allo scopo di evitare ulteriori danni, e, a tal fine, sussiste la possibilità di adottare procedure di natura emergenziale che siano poste, se necessario, anche in deroga a quelle di carattere ordinario³².

Com'è del tutto evidente in tali situazioni è necessario agire con rapidità e efficacia, e, di conseguenza, risulta fondamentale, in primo luogo, poter contare su un quadro di competenze amministrative sufficientemente chiaro e privo di sovrapposizioni.

Proprio per tale ragione l'art. 17 del d.p.c.m. 2 dicembre 2019 n. 169³³ ha istituito, nell'ambito del MIC, la "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale"; infatti, compito fondamentale della suddetta direzione, è quello di assicurare, nel rispetto degli indirizzi e delle direttive del Segretario generale, «l'ideazione, la programmazione, il coordinamento, l'attuazione e il monitoraggio di tutte le iniziative in materia di prevenzione dei rischi e sicurezza del patrimonio culturale e di coordinamento degli interventi conseguenti alle emergenze nazionali ed internazionali, anche in collaborazione con le altre amministrazioni competenti».

La istituzione della "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale" di fatto segue, a brevissima distanza, quella della "Unità della sicurezza del patrimonio culturale" avvenuta con il d.p.c.m. 1 dicembre 2017, n. 238 e successivamente configurata dall'art. 12, comma 7, lett. b, del d.p.c.m. n. 76 del 2019 come ufficio dirigenziale generale operante presso il segretariato generale.

In sintesi il nuovo assetto organizzativo ministeriale risulta essere articolato in un duplice livello di competenze.

³² Lo strumento giuridico fondamentale, in queste situazioni, com'è noto, è costituito dalle "ordinanze di protezione civile" (art. 25 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, "Codice della protezione civile") adottabili al fine di coordinare l'attuazione degli interventi di emergenza. In dottrina, in termini generali, sulla struttura e i caratteri delle ordinanze contingibili e urgenti, si rinvia a M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.

³³ Recante «Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e le attività culturali e per il turismo, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione delle performance».

Al vertice vi è il Segretario generale al quale è attribuito il compito di coordinare le iniziative in materia di sicurezza del patrimonio culturale nonché gli interventi conseguenti a emergenze di carattere nazionale e internazionale attraverso l'esercizio di poteri di indirizzo nei confronti della "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale" e in collaborazione con le altre istituzioni competenti³⁴.

Al livello inferiore rispetto al Segretario generale vi è, per l'appunto, la nuova direzione generale alla quale l'art. 17 del d.p.c.m. n. 169 del 2019 assegna importanti compiti i sia di tipo normativo che di natura più strettamente amministrativa e operativa.

Tra questi vanno, in particolare, segnalati quelli concernenti lo svolgimento di tutte le funzioni al MIC riguardanti «gli interventi di messa in sicurezza in fase emergenziale e di ricostruzione, in coordinamento con le attività del Dipartimento della protezione civile e delle altre amministrazioni coinvolte nei medesimi interventi», nonché quelli relativi all'adozione di linee guida, in materia di sicurezza del patrimonio culturale rispetto ai rischi antropici e quelli concernenti le calamità naturali e l'incendio.

Infine il direttore generale è altresì titolare del potere di emanare, con riferimento ai beni culturali e paesaggistici coinvolti negli interventi di ricostruzione a seguito di eventi calamitosi, i provvedimenti di cui al successivo art. 47. Si tratta di una serie di atti amministrativi di varia natura (autorizzazioni, dichiarazioni di particolare interesse culturale, etc.) che in via ordinaria sono di competenza della "Commissione regionale per il patrimonio culturale", ma che, in considerazione della situazione di emergenza in atto, debbono essere adottati dal direttore generale.

Per rendere possibile l'espletamento dei propri compiti si prevede, opportunamente, che la nuova direzione generale, da un lato possa avvalersi delle strutture periferiche del MIC (anche attraverso l'utilizzo di modelli appositamente previsti per le fasi emergenziali)³⁵; dall'altro, per acquisire le indispensabili conoscenze sul piano tecnico-scientifico, possa stipulare appositi accordi quadro con specifici enti e istituzioni³⁶.

In linea di principio l'istituzione della "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale" costituisce, senza alcun dubbio, una innovazione di grande importanza in quanto viene creato un centro unitario di riferimento in grado di porsi come *focal point* di coordinamento di tutte le azioni da intraprendere in caso di emergenza.

³⁴ Art. 13, comma 2°, lett. f, del d.p.c.m. n. 169 del 2019.

³⁵ Art. 17, comma 1.

³⁶ Molto importante, in tal senso, è il recente «Accordo quadro per lo sviluppo e l'implementazione dei sistemi per la sicurezza del patrimonio culturale e per la gestione dell'emergenza per i beni culturali» del 9 luglio 2021 firmato con l'INGV (Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia) e riguardante le attività di ricerca e di consulenza tecnico-scientifica inerenti la prevenzione, valutazione e sorveglianza del rischio sismico.

Del resto, come ha sottolineato la migliore dottrina³⁷, quello della forte “dispersione” tra le diverse amministrazioni di interventi simili o, comunque, strettamente connessi nelle situazioni di emergenza, costituisce uno degli aspetti di maggiore criticità del nostro sistema³⁸.

La direzione generale potrà quindi fungere come centro di coordinamento per una pluralità di soggetti quali il Comando carabinieri per la tutela del patrimonio culturale, la Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del MIC, e, soprattutto, il “Servizio nazionale della protezione civile”, la cui struttura e funzionamento sono oggi disciplinate dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1³⁹.

Quest’ultimo, infatti, avendo competenza in ordine allo svolgimento di tutte le attività «volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento»⁴⁰, costituisce, evidentemente, l’interlocutore privilegiato della nuova direzione generale sia per ciò che riguarda la definizione delle norme da osservarsi durante la fase dell’emergenza che quella concernente gli interventi di carattere più propriamente “operativo”.

5. Il “Recovery Art Conservation Project” previsto nel PNRR e le altre misure sulla sicurezza dei beni culturali.

Oltre al tema relativo alle competenze amministrative un ulteriore importante aspetto dell’emergenza conseguente alla calamità naturale riguarda le procedure da adottarsi per salvaguardare (o limitare i danni) ai beni culturali coinvolti.

Dal punto di vista strettamente tecnico - operativo esse sono previste dalla direttiva del MIC del 23 aprile 2015 relativa, per l’appunto, alle «procedure per la gestione delle attività di messa in sicurezza e salvaguardia del patrimonio culturale in casi di emergenze derivanti da calamità naturali»⁴¹.

³⁷ M. CAMMELLI, *Rischio sismico, territorio e prevenzione*, in *Aedon*, 2017, 2.

³⁸ M. CAMMELLI, *op.ult.cit.*, il quale individua come ulteriori elementi di criticità del sistema: 1. L’orientamento prevalentemente estetico-filologico proprio del personale del MIC rispetto a quello più sistemico proprio di discipline quali la fisica, la chimica o la geologia (con la conseguenza di mantenere inalterata la separazione tra i criteri della conservazione e i protocolli suggeriti dall’evoluzione scientifica e tecnologica); sul “problema” della formazione del personale del MIC, anche sotto un profilo storico, si veda anche S. AMOROSINO, *Strutture, culture e prassi amministrative del MIBAC e delle Soprintendenze*, in *Riv. Giur. ed.*, 2019, II, p. 391 ss.; 2. La crescente tensione tra regimi “speciali” (di volta in volta creati sulla base delle specifiche emergenze) e quelli di natura ordinaria.

³⁹ Cfr. C. BARBATI, *Organizzazione e soggetti*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 104.

⁴⁰ Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 24 del 2018. Il servizio nazionale si esplica, in particolare, in relazione alle seguenti tipologie di rischi: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi (art. 16, comma 1). In dottrina, sul tema si veda U. ALLEGRETTI, *Il Codice di Protezione Civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018, 1; in una prospettiva anche di diritto comparato: V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *Federalismi.it*, 2020.

⁴¹ La direttiva è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 169 del 23 luglio 2015.

Nel complesso, la direttiva si ispira al principio del necessario coordinamento di tutti i diversi soggetti pubblici e privati coinvolti dell'emergenza (MIC, Servizio nazionale di protezione civile, commissario straordinario, enti ecclesiastici) al fine di garantire la massima tempestività ed efficacia delle azioni funzionali alla messa in sicurezza del patrimonio culturale⁴².

In particolare le procedure prevedono: 1) il necessario coordinamento con le strutture esterne all'amministrazione deputate alla gestione dell'emergenza e fra le articolazioni centrali e quelle periferiche del MIC; 2) la partecipazione di tutte le articolazioni del MIC alla gestione dell'emergenza.

È evidente che le suddette procedure, emanate prima della istituzione della "Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale" (avvenuta, come si visto, con il dpcm n. 169 del 2019), dovranno ora essere necessariamente raccordate con le funzioni e i compiti attribuiti a quest'ultima.

Con specifico riferimento ai beni di proprietà degli enti ecclesiastici (che, come è noto, costituiscono una parte rilevante nel nostro patrimonio culturale) il principio del coordinamento tra le diverse autorità trova una esplicita conferma nell'art. 6, comma 5, dell'intesa del 26 gennaio 2005⁴³, il quale prevede che – in caso di calamità naturali – il vescovo diocesano deve trasmettere al soprintendente competente per materia e per territorio ogni utile informazione al fine del sollecito accertamento dei danni e argomentate valutazioni circa le priorità di intervento legate alle esigenze di culto⁴⁴.

Inoltre gli organi ministeriali (quindi, *in primis*, la nuova direzione generale) dovranno accordarsi per garantire il deposito temporaneo dei beni culturali mobili presso musei ecclesiastici (se muniti di idonei impianti di sicurezza) o musei pubblici presenti sul territorio ovvero presso laboratori di restauro idonei, anche sotto il profilo della sicurezza, ad effettuare i necessari interventi conservativi⁴⁵.

⁴² In dottrina, pur un inquadramento generale dell'istituto del "coordinamento" nel diritto pubblico, rimangono fondamentali gli studi di V. BACHELET, tra cui la voce "Coordinamento", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. X, 1962, p. 631 ss. Con specifico riferimento al coordinamento nei casi di emergenza derivanti da calamità naturali, si veda L. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm.*, 2005, X, p. 3118 ss.

⁴³ «Intesa intervenuta tra il Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituti ecclesiastici». In dottrina sui beni culturali di interesse religioso si veda E. CAMASSA, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁴⁴ L'aspetto relativo alla trasmissione delle informazioni tra autorità statale e religiosa ha, nella fase dell'emergenza, un ruolo fondamentale. Sullo specifico tema si rinvia a V.M. SESSA, *La condivisione delle informazioni relative al patrimonio culturale ecclesiastico nella gestione dell'emergenza sismica*, in *Aedon*, 2017, 2.

⁴⁵ All'Intesa del 2005 hanno fatto seguito due protocolli (il primo del 2014, di carattere generale e il secondo del 2016, riguardante solo alcune regioni); sul punto si veda V.M. SESSA, *op.ult.cit.*

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto della gestione dell'emergenza si inserisce la recentissima novità, prevista dal PNRR (piano nazionale di ripresa e resilienza) e costituita dal “*Recovery Art Conservation Project*”⁴⁶.

Trattasi di un piano, i cui contenuti dovranno essere successivamente definiti, nell'ambito del quale è prevista la creazione di cinque depositi temporanei per la protezione di opere d'arte da utilizzare in caso di calamità naturali e dislocati in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale. Nello specifico si tratta della ex centrale nucleare di Bosco Marengo (Alessandria), della ex centrale nucleare di Caorso (Piacenza); della ex centrale nucleare di Garigliano (Caserta) della ex caserma Cerimant (Roma) e della ex casermette (Camerino).

L'obiettivo fondamentale del “*Recovery Art Conservation Project*” è, quindi, quello di individuare i siti idonei nei quali collocare e gestire i beni culturali coinvolti nell'emergenza in piena sicurezza adottando, se necessario, le prime misure urgenti di conservazione. Infatti, in caso di eventi calamitosi, l'esperienza di questi anni ha mostrato che è fondamentale provvedere, in via temporanea, al rapido allontanamento dei beni mobili dal luogo dell'evento, in quanto, sovente, gli stessi beni rimangono soggetti a gravi rischi quali quelli di natura meteorologica o quelli conseguenti a furti o danneggiamenti da parte di terzi.

Il “*Recovery Art Conservation Project*”, pur costituendo la più rilevante misura introdotta dal PNRR riguardo alla prevenzione e sicurezza dei beni culturali, non è comunque l'unica in quanto il piano prevede anche la costituzione di un centro per il controllo e il monitoraggio dei beni culturali⁴⁷ e la creazione di un programma di messa in sicurezza antisismica dei luoghi di culto e di restauro del patrimonio appartenente al FEC (Fondo edifici di Culto). Per tutti questi interventi si prevede un finanziamento complessivo di 800 milioni di euro.⁴⁸

La scelta, operata dal PNRR, di privilegiare gli edifici di culto rispetto alle altre categorie di beni culturali è, probabilmente, spiegabile sia con il loro altissimo numero nell'intero

⁴⁶ La versione ufficiale del PNRR è consultabile sul sito www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

⁴⁷ Denominato CEFURISC«Centro Funzionale Nazionale per la salvaguardia dei beni culturali dai rischi di natura antropica e naturale».

⁴⁸ Va comunque precisato che gli interventi citati riguardanti la sicurezza del patrimonio culturale costituiscono solo uno degli ambiti relativi al settore “Turismo e cultura” in cui si articola il PNRR (per il quale è previsto uno stanziamento complessivo di 6,68 miliardi di euro). Esso, infatti, si divide in quattro segmenti principali divisi, a loro volta, in diversi capitoli: 1) Patrimonio culturale per la prossima generazione (che ricomprende, tra l'altro, un programma per la rimozione delle barriere fisiche e cognitive nei musei, biblioteche e archivi e per il miglioramento dell'efficienza energetica di cinema, teatri e musei); 2) Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale religioso e rurale (all'interno del quale è, per l'appunto, previsto l'investimento riguardante «sicurezza sismica dei luoghi di culto, restauro del patrimonio culturale del Fondo Edifici di Culto e siti di ricovero per le opere d'arte»). 3) Industria Culturale e creativa 4.0. 4) Turismo 4.0.

territorio nazionale, sia con il fatto che, solitamente, essi costituiscono una delle tipologie di beni che vengono più gravemente danneggiati nei casi di calamità naturali (soprattutto terremoti)⁴⁹.

Si tratta, quindi, di una scelta in linea di principio condivisibile e che si pone, tra l'altro, in un rapporto di logico collegamento con quella concernente la creazione dei depositi per i beni mobili prevista dal *“Recovery Art Conservation Project”*.

6. Riflessioni di sintesi; la *“Carta del rischio”* e il suo necessario aggiornamento.

Fermo restando che un giudizio definitivo, in questa fase iniziale di elaborazione del PRNN, appare ovviamente prematuro, rimane comunque il fatto che le innovazioni introdotte, almeno sul piano teorico, sembrano andare nella giusta direzione in quanto intervengono su tre degli aspetti di maggiore criticità presenti nel nostro sistema di protezione dei beni culturali nei casi di emergenza: la mancanza di un centro di coordinamento dei rischi a livello nazionale con funzioni di controllo e monitoraggio, l'individuazione di siti idonei ove ubicare i beni a rischio in caso di calamità e, soprattutto, la carenza di fondi destinati alla prevenzione⁵⁰.

Si tratta, quindi, di misure che possono essere considerate, almeno sulla carta, come un cambio di passo nelle azioni di prevenzione del nostro vastissimo patrimonio culturale (sia pubblico che privato).

Ciò premesso, un ulteriore aspetto che, in prospettiva, dovrebbe essere necessariamente valorizzato è quello concernente l'ambito più strettamente conoscitivo⁵¹, nel senso che un'adeguata politica di prevenzione e di pronto intervento in caso di emergenze non può che essere fondata su una solida conoscenza dei rischi esistenti (sia naturali che antropici) sul piano tecnico-scientifico anche sotto il profilo della loro evoluzione nel corso del tempo.

In questo senso anche lo sviluppo della tecnologia, in particolare quella *“3D”*, può fornire un supporto quanto mai rilevante⁵².

In realtà va comunque osservato che uno *“strumento”* idoneo a tal fine già esiste ed è costituito dalla *“Carta del Rischio del Patrimonio Culturale”* elaborata negli anni novanta del

⁴⁹ Si pensi che in conseguenza del sisma avvenuto in Abruzzo nel 2012 su 1400 immobili di interesse culturale danneggiati ben 900 erano edifici di culto.

⁵⁰ Negli ultimi anni sono state comunque approvate alcune disposizioni riguardanti il finanziamento degli interventi di prevenzione anche se si tratta di importi molto inferiori rispetto a quanto previsto dal PNRR; in particolare con l'art. 14, comma 4 del d.l. 28 settembre 2019 n. 109 (convertito, con modificazioni, nella legge 16 novembre 2018, n. 109) sono stati stanziati 10 milioni di euro per gli anni 2019 e 2020, al fine di redigere «il piano straordinario nazionale di monitoraggio e conservazione dei beni culturali» (piano approvato con decreto del MIC n. 579 del 14 dicembre 2020).

⁵¹ In termini generali, sull'attività conoscitiva della pubblica amministrazione rimane ancora oggi fondamentale lo studio di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967.

⁵² Sul ruolo della tecnologia nella tutela e valorizzazione dei beni culturali si veda M.F. CATALDO, *Preservare la memoria culturale: il ruolo della tecnologia*, in *Aedon*, 2020, 2.

secolo scorso dall'Istituto Centrale per il Restauro (ICR) e il cui fondamento giuridico è costituito dall'art. 1, comma 2, lett. b, della legge 19 aprile 1990, n. 84⁵³, il quale, nell'ambito delle attività e dei compiti istituzionali di catalogazione, inventariazione, prevenzione e salvaguardia dei beni culturali e ambientali, prevede che il «Ministero proceda all'elaborazione di una carta conoscitiva aggiornabile della situazione di rischio del patrimonio culturale pubblico e privato con relativa banca dati»⁵⁴.

La “Carta del rischio”, la cui gestione tecnico-amministrativa è ora affidata, del tutto opportunamente, alla “Direzione generale sicurezza del patrimonio culturale” ed è costituita da un sistema di banche dati capace di raccogliere e gestire le informazioni e i dati relativi allo stato di conservazione dei beni culturali immobili nonché ai loro possibili rischi.

La “Carta” è attualmente consultabile sul web⁵⁵ tramite un sistema “GIS” realizzato dall'ICR.

Più in particolare essa documenta la vulnerabilità dei principali beni immobili di interesse archeologico e architettonico indicando per ciascuno di essi tre tipologie di rischi: 1) di pericolosità ambientale (erosione, annerimento), 2) di pericolosità antropica (spopolamento, pressione turistica), 3) di pericolosità statico – strutturale (vulcani, valanghe, frane, terremoti, esondazioni).

L'ambizioso obiettivo su cui si basa la “Carta” è quello di assumere e raffigurare tutta la complessità relativa al sistema dei rischi, all'interno del quale la pericolosità sismica (principale tipologia di rischio naturale) viene vista non in modo isolato ma in interazione con gli altri fattori di rischio⁵⁶.

Il Sistema Informativo Territoriale (SIT) della “Carta del rischio” è – quindi – lo strumento tecnico che permette di individuare e valutare le diverse tipologie di rischi a cui sono esposti i beni in rapporto alle loro condizioni di conservazione e alle caratteristiche del territorio cui i beni appartengono e, pertanto, consente di definire le misure di prevenzione più opportune da adottare.

Tutto ciò premesso, una importante misura di tutela preventiva da adottare, con effetti di lungo periodo, potrebbe essere quella di cercare di completare (e successivamente periodicamente aggiornare) la “Carta” sia dal punto di vista oggettivo (tipologie dei rischi), che soggettivo

⁵³ Recante «Piano organico di inventariazione, catalogazione ed elaborazione della carta del rischio dei beni culturali, anche in relazione all'entrata in vigore dell'Atto unico europeo: primi interventi».

⁵⁴ In realtà, come ha osservato V. SESSA, *La Carta del Rischio del patrimonio culturale: l'esperienza della Lombardia*, in *Aedon*, 2000, 3, l'idea di realizzare uno strumento come la Carta del rischio deriva dal concetto di restauro preventivo coniato da Cesare Brandi ed è stato per la prima volta applicato da Giovanni Urbani su scala regionale attraverso il Piano pilota per la conservazione dei beni culturali in Umbria del 1975.

⁵⁵ Sul sito www.cartadelrischio.beniculturali.it.

⁵⁶ Sul punto si veda P. PETRAIOLA, *Carta del rischio: linee guida e normativa recente. Una lettura critica*, in *Economia della cultura*, 2014, 3-4, pp. 303 ss.

(numero degli immobili oggetto di studio)⁵⁷; in tal modo, infatti, gli enti preposti sarebbero in possesso di un quadro di conoscenze completo e affidabile che possa consentire loro di individuare le più opportune e efficaci azioni da intraprendere sia nell'ambito delle azioni di prevenzione (anche di lungo periodo) che di quelle concernenti la fase di emergenza.

In questo contesto anche l'istituendo centro per il controllo e il monitoraggio dei beni culturali, consentendo un utilizzo più sinergico delle tecnologie esistenti, se ben realizzato e coordinato con la "Carta", potrebbe avere, senza dubbio, un ruolo di fondamentale importanza.

⁵⁷ L'implementazione della Carta è suggerita anche da G. STRAZZA, *Saper salvaguardare il patrimonio culturale: cosa imparare dall'incendio di Notre-Dame*, cit. p. 444-445; in particolare l'Autrice propone di estendere tale strumento tecnico a livello internazionale in modo da realizzare una banca dati digitale "universale" del patrimonio culturale.

queste istituzioni

**Le ordinanze “speciali”
del Commissario straordinario
per la ricostruzione del Centro Italia**

Sara Spuntarelli

**Numero 2/2021
30 luglio 2021**

Le ordinanze “speciali” del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia

di Sara Spuntarelli*

Sommario

1. L'emergenza sismica disciplinata dall'ordinamento: le ordinanze di Protezione civile e le ordinanze del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia. – 2. Un cambio di passo: le ordinanze “liberissime” del Commissario straordinario. – 3. La natura giuridica di ordinanze-provvedimento delle ordinanze “speciali”.

Sintesi

Il contributo esamina la natura delle ordinanze “speciali” del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia. Tali ordinanze, previste dal c.d. decreto Semplificazioni, seppure riconducibili alla categoria delle ordinanze *extra ordinem*, pretendono una verifica con riferimento al rispetto del principio di legalità in senso sostanziale e presentano struttura e caratteri che fanno propendere per la natura giuridica di ordinanze-provvedimento.

Abstract

The article examines the juridical nature of Extraordinary Commissioner's Legal measures after the earthquakes in central Italy.

Parole chiave

Emergenza; ordinanze extra ordinem; gestione sisma 2016; semplificazione; ordinanze “speciali”.

1. L'emergenza sismica disciplinata dall'ordinamento: le ordinanze di Protezione civile e le ordinanze del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia.

L'ordinamento nazionale disciplina la gestione delle situazioni di emergenza e il loro superamento con gli strumenti organizzativi e normativi previsti oggi dal codice di Protezione civile che in larga misura sistematizza quanto disposto dalla legge istitutiva della Protezione civile del 1992¹.

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Camerino.

¹ A norma dell'art. 2, commi 6 e 7, d. lgs. 2 gennaio 2019, n. 1, «la gestione dell'emergenza consiste nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione», mentre «il superamento dell'emergenza consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi

In relazione alla sequenza sismica di Norcia, Amatrice e Visso verificatasi a partire dal 2016, le ordinanze di Protezione civile sono state emanate a seguito della delibera dello stato di emergenza con contenuti in deroga alle disposizioni vigenti, ferma l'inderogabilità dei principi generali dell'ordinamento giuridico².

Il tema della natura di tali ordinanze è stato affrontato con rinnovato interesse nel confronto con la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 tramite d.p.c.m.

La scelta politica in relazione alla ricostruzione *post* sequenza sismica del 2016 è ricaduta sulla individuazione della figura del Commissario straordinario per la ricostruzione, nominato secondo quanto previsto dall'art. 11 della l. n. 400/1988, che disciplina l'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Nell'impianto originario il Commissario straordinario per l'esercizio delle sue funzioni provvede con i poteri previsti dal d.l. n. 189/2016, in particolare, a mezzo di ordinanze «nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'ordinamento europeo»³.

Si tratta di ordinanze che rispondono alla necessità di attuare e specificare quanto previsto a livello di fonte di rango primario, tanto è vero che nella maggior parte dei casi le statuizioni in esse contenute sono esattamente funzionali all'attuazione di disposizioni contenute in decreti-legge.

La principale differenza di queste ordinanze rispetto a quelle di Protezione civile risiede nella circostanza che non sono dotate del carattere derogatorio, in quanto la norma che le autorizza non fa riferimento ad alcun potere di deroga⁴.

In linea teorica un potere di deroga connesso alle ordinanze dei Commissari straordinari è ammissibile se attribuita per legge, come accaduto in passato, ad esempio, in occasione del terremoto verificatosi nel 1980 in Campania e Basilicata⁵ oppure, in tempi più recenti, in relazione all'evento Expo 2015⁶.

essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio e all'avvio dell'attuazione delle conseguenti prime misure per fronteggiarli».

² Secondo quanto disposto dall'allora vigente art. 5, l. 225/92; cfr. l'attuale art. 25, codice della protezione civile secondo cui: «Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea».

³ Art. 2, comma 2, d.l. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito in legge 15 dicembre 2016, n. 229.

⁴ Secondo G.U. RESCIGNO, *Deroga (in mat. legislativa)*, in *Enc. Dir.*, 1964, 303 ss., laddove, nel regolamentare una fattispecie di emergenza, si ritiene necessaria una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma, la deroga indica il rapporto rispetto alla regola: l'eccezione è una disciplina che sospende l'applicazione degli effetti di norme generali le quali, in assenza di deroga, avrebbero dovuto essere applicate.

⁵ A norma dell'art. 1, d.l. 776/1980, il Commissario straordinario adotta «anche in deroga alle norme vigenti, ivi comprese le norme sulla contabilità generale dello Stato e con il rispetto dei principi generali dell'ordinamento

2. Un cambio di passo: le ordinanze “liberissime” del Commissario straordinario.

Rispetto a questo quadro, nel luglio del 2020, il legislatore ha introdotto una sostanziale novità attribuendo espressamente al Commissario straordinario sisma 2016 la facoltà di individuare con propria ordinanza gli interventi e le opere urgenti e di particolare criticità nei comuni del c.d. cratere sismico⁷, per i quali i poteri di ordinanza a lui attribuiti dalla legislazione del 2016 (esaminati nel paragrafo precedente) «sono esercitabili in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, delle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE».

La disposizione dell'art. 11, comma 2, del decreto-legge c.d. Semplificazioni successivamente convertito in legge⁸, prevede la comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'elenco degli interventi individuati e la facoltà di nominare fino a due sub-commissari responsabili di uno o più interventi, nonché la facoltà di individuare il soggetto attuatore competente per la realizzazione delle opere.

Nei fatti, fino a questo momento (fine luglio 2021) sono state adottate venti ordinanze del Commissario straordinario denominate “speciali” e sono stati nominati due sub-commissari che coordinano l'attuazione degli interventi previsti dalle singole ordinanze⁹. I due sub-commissari presiedono alla corretta attuazione delle previsioni contenute nelle ordinanze e, a tal fine, dialogano costantemente con i soggetti attuatori, individuati ai sensi della legislazione del 2016, dotati delle competenze tecniche necessarie all'esecuzione delle opere e territorialmente più prossimi agli interventi di ricostruzione¹⁰.

Appare di estremo interesse esaminare struttura e contenuti delle ordinanze “speciali” fino a questo momento adottate dal Commissario sisma 2016 al fine di valutare le peculiarità di questa ulteriore tipologia riconducibile alla categoria estremamente variegata e complessa degli atti giuridici denominati “ordinanza”¹¹.

giuridico, ogni provvedimento opportuno e necessario per il soccorso e l'assistenza alle popolazioni interessate e per gli interventi necessari per l'avvio della ripresa civile, amministrativa, sociale ed economica dei territori danneggiati dagli eventi sismici»; cfr. Corte cost., 28 dicembre 1995, n. 521.

⁶ L'art. 5, comma 2.2, d.-l. 26 aprile 2013, 43, conv. in l. 24 giugno 2013, n. 71, stabilisce che «ove necessario, il Commissario può provvedere in deroga alla legislazione vigente a mezzo di ordinanza, nei limiti indicati con delibera del Consiglio dei Ministri sentito il Presidente della Regione Lombardia».

⁷ Si tratta dei Comuni elencati negli allegati 1, 2 e 2-bis del d.-l. 189/2016.

⁸ Art. 11, comma 2, d.-l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁹ Le ordinanze sono pubblicate sul sito del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia al seguente indirizzo: <http://sisma2016.gov.it/ordinanze-speciali>.

¹⁰ Art. 15, d.-l. n. 189/2016.

¹¹ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, Utet, 1965, 89 ss.

Più in particolare, la tipologia in parola appare a prima vista riconducibile alla categoria denominata ordinanze *extra ordinem* e costituita da atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto e adottati sul presupposto della necessità e urgenza da autorità amministrative diverse dal Governo¹² altrimenti detti ordinanze di necessità e di urgenza¹³.

Come noto, in ragione del fatto che tali ordinanze sono in realtà previste dall'ordinamento e, però, con forza che consente la deroga alle disposizioni di legge vigenti, sono state denominate anche ordinanze *libere*¹⁴.

Certamente le ordinanze "libere" sono dal punto di vista formale atti amministrativi¹⁵. Per tale motivo l'elemento caratteristico della autorizzazione legislativa del potere di derogare alle norme di legge vigenti consente di superare la possibile critica in riferimento al rispetto del principio di legalità formale da parte degli atti amministrativi, in quanto è rinvenibile una norma che attribuisce il potere di deroga¹⁶. Inoltre anche la parziale atipicità del contenuto delle ordinanze di necessità e urgenza, dovuta al fatto che i contenuti assunti saranno i più adatti a fronteggiare l'emergenza e perciò stesso in larga parte imprevedibili *ex ante*¹⁷, rappresenta un'eccezione che in realtà conferma la regola della tipicità, nella misura in cui siano rinvenibili e rispettati i presupposti dell'esercizio del potere di deroga rappresentati dalla necessità e urgenza di provvedere e per il perseguimento dei fini pubblici individuati dalla norma¹⁸.

Tuttavia, le ordinanze "libere" hanno posto numerosi interrogativi circa il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale¹⁹ di modo che nel tempo si è andato delineando una sorta di "statuto" delle ordinanze "libere" volto ad individuare le modalità di esercizio del potere di deroga.

La giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, e il legislatore hanno progressivamente delimitato i limiti del corretto esercizio del potere di deroga²⁰, individuando

¹² G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 91; anche denominate ordinanze di necessità e di urgenza: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, 5 ss.

¹³ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, 5 ss.

¹⁴ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 90 ss.; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del governo*, Torino, Giappichelli, 2011, 25 ss.

¹⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989^{XV}, 15 ss.

¹⁶ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979, 114.

¹⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2196.

¹⁸ In questo senso E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2019, 549 ss.

¹⁹ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 147.

²⁰ Con riferimento al rispetto dei principi generali dell'ordinamento: Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, sulla quale V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. cost.*, 1956, I, 1, 683 ss.; Id., 3 aprile 1987, n. 100; con riferimento al rispetto della riserva di legge: Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26; V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 890 ss.

sul piano della legalità procedimentale una compensazione della necessaria debolezza (in ragione della impossibilità di definire *ex ante* i contenuti di tali atti) sul piano della legalità sostanziale²¹.

Per tale via l'esercizio del potere di deroga deve essere ben motivato²², definito nel contenuto, nella durata, deve individuare il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione²³ e rispettare i principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza.

Oggi lo statuto delle ordinanze "libere" o *extra ordinem* è definito con disposizioni di carattere generale dall'art. 25 del codice della Protezione civile e dall'art. 42, d.lgs. 33/2013 che impone la pubblicazione dei provvedimenti adottati con l'indicazione espressa delle norme di legge derogate e dei motivi della deroga, dei termini temporali, nonché dei costi previsti per gli interventi e di quelli effettivi sostenuti dall'amministrazione.

Come accennato, le nuove ordinanze "speciali" del Commissario straordinario appaiono riconducibili alla categoria delle ordinanze "libere" pur connotandosi in maniera differente per almeno due profili.

Il primo attiene ai limiti assai ampi disegnati dalla norma attributiva del potere di deroga. L'ampiezza di tali limiti vale loro la denominazione di ordinanze "liberissime" il cui contenuto impone una particolare verifica in ordine al rispetto del principio di legalità in senso sostanziale e di tipicità dei provvedimenti amministrativi²⁴.

Il secondo profilo di interesse emerge dall'analisi della struttura e dei contenuti delle ordinanze "speciali" che ne indirizzano la qualificazione giuridica nei sensi di ordinanze-provvedimento.

3. La natura giuridica di ordinanze-provvedimento delle ordinanze "speciali".

La formulazione dell'art. 11, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120, evidenzia aspetti caratteristici delle ordinanze "speciali".

Colpisce nella formulazione della disposizione l'ampio potere di ordinanza esercitabile «in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, delle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE».

²¹ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 703 ss.

²² La motivazione è indicata quale carattere essenziale delle ordinanze sin dalla prima pronuncia della Corte costituzionale, la n. 8/1956, il requisito è stato poi formalizzato dal legislatore: art. 5 l. n. 225/92.

²³ Corte cost., 14 aprile 1995 n. 127.

²⁴ Cfr. A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2020, 529 ss.

La deroga appare assai ampia considerato che nella formulazione della disposizione non appaiono riferimenti ai limiti né alla motivazione delle deroghe.

Con riferimento, ad esempio, alle ordinanze di Protezione civile, l'art. 25, d. lgs. n. 1/2018, correla l'esercizio del potere di deroga (ad ogni disposizione vigente) ai limiti e alle modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza, riferimento che contribuisce a riempire di contenuto il rispetto del principio di legalità sostanziale. Inoltre, l'art. 25 in parola espressamente prevede che ove le ordinanze rechino deroghe alle leggi vigenti «devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

Certamente dall'interpretazione sistematica è possibile ricavare alcuni limiti che discendono in primo luogo dal riferimento nella disposizione dell'art. 11, comma 2, d.-l. semplificazioni che vale a delimitare l'esercizio del potere di ordinanza del Commissario straordinario nell'ambito delle funzioni assegnategli dall'originario d.l. 189/2016²⁵.

In secondo luogo, la rubrica dell'art. 11, d.-l. Semplificazioni, delinea il quadro di riferimento dell'esercizio dei poteri del Commissario straordinario nell'orizzonte della «Accelerazione e semplificazione della ricostruzione pubblica nelle aree colpite da eventi sismici», declinato nel comma 1 dello stesso art. 11, quali semplificazioni, agevolazioni procedurali, anche se relative alla scelta del contraente o all'aggiudicazione di pubblici lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure concernenti valutazioni ambientali o ai procedimenti amministrativi di qualunque tipo.

Non a caso, il nocciolo duro delle deroghe individuate nelle ordinanze “speciali” attiene alle modalità di affidamento nell'ambito dei contratti di lavori, servizi e forniture e più in generale a disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Ma è la seconda caratteristica che le connota peculiarmente. Attraverso le ordinanze “speciali”, infatti, il Commissario straordinario «individua gli interventi e le opere urgenti di particolare criticità, anche relativi alla ricostruzione dei centri storici dei comuni maggiormente colpiti»²⁶.

Tale individuazione vale ad annettere alle ordinanze in parola la caratteristica di ordinanze-provvedimento recanti la disciplina di deroga con riferimento a specifiche opere concretamente individuate.

Sotto tale profilo occorre evidenziare che, sebbene il carattere derogatorio delle ordinanze “libere” abbia tradizionalmente costituito un elemento importante ai fini del riconoscimento o meno a tali atti del carattere della normatività²⁷, nel caso delle ordinanze “speciali” l'elemento

²⁵ Elencate nel comma 1 dell'art. 2, d.l. n. 189/2016.

²⁶ Lettera dell'art. 11, comma 2, d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020.

²⁷ In argomento da ultimo E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*.

della concretezza vale a qualificarle come atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, *sub specie* di provvedimento, a meno di non voler riconoscere, come pure è lecito fare, la normatività in riferimento al caso concreto.

Certamente le ordinanze “speciali” non si pongono come regole generali ed astratte, suscettibili di applicazione ripetuta per la ragione che ciascuna di esse si riferisce a opere individuate fino al punto di essere rivolte a un solo destinatario e a un solo oggetto di intervento (è il caso ad esempio della Basilica di San Benedetto in Norcia²⁸).

La combinazione di questi due elementi, l’ampiezza dei poteri di ordinanza in deroga e la concretezza degli interventi fino alla singolarità, obbligano alla ricerca di limiti di carattere procedimentale e sostanziale che sorreggano la legittimità di tali atti idonea a resistere al sindacato del giudice amministrativo.

Sotto tale profilo è da notare, con riferimento alla struttura delle ordinanze “speciali”, il rilievo assegnato nel Preambolo, nella parte dei considerando, alle specifiche motivazioni che sorreggono l’individuazione di una determinata opera come di particolare criticità e urgenza.

Accanto a tale sostanziale elemento che consente di verificare la ragionevolezza della disciplina derogatoria rispetto alle singole opere, va sottolineata la pubblicazione in allegato alle singole ordinanze delle specifiche relazioni istruttorie che hanno determinato le scelte contenute nelle ordinanze.

Limiti di carattere procedimentale sono rinvenibili, inoltre, nella norma attributiva del potere di ordinanza al Commissario straordinario laddove è imposto che le ordinanze siano comunicate al Presidente del Consiglio dei Ministri, pubblicate ai sensi del d. lgs. 33/2013 e sottoposte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, sebbene in considerazione della necessità di procedere tempestivamente all’avvio degli interventi le ordinanze “speciali” siano dichiarate immediatamente efficaci, come consentito dall’art. 33, comma 1, d.l. 189/2016.

In conclusione qualche notazione.

La scelta del legislatore a favore del modello delineato, unitamente a un risoluto cambio di passo dell’attuale Commissario straordinario, ha decisamente impresso quella svolta concreta che da ormai quasi cinque anni era attesa per la ricostruzione del Centro Italia.

Il modello ha il pregio di riportare sul piano amministrativo la soluzione del caso concreto che è assunta con responsabilità dalla struttura commissariale e dalle amministrazioni coinvolte e in misura adeguata alle singole realtà emergenziali.

Evidenzia però anche un difetto strutturale del rapporto tra legge e amministrazione (e non solo in situazione di emergenza), se per avviare la ricostruzione è necessario un lungo

²⁸ Ordinanza speciale n. 8 del 6 maggio 2021, ex articolo 11, comma 2, del decreto-legge 76 del 2020. «Ricostruzione della Basilica di San Benedetto in Norcia».

procedere alla faticosa ricognizione delle disposizioni che la ostacolano per poi derogarle nel caso concreto, rimanendo sullo sfondo la verifica della uguaglianza di trattamento.

queste istituzioni

**I Piani di rientro sanitari:
il perimetro di un'indagine
nella prospettiva delle possibili
modifiche normative dopo la
pandemia da Covid-19**

Andrea Patanè

Numero 2/2021
30 luglio 2021

I Piani di rientro sanitari: il perimetro di un'indagine nella prospettiva delle possibili modifiche normative dopo la pandemia da Covid-19

di Andrea Patanè*

Sommario

1. I Piani di rientro sanitari nel percorso dei Sistemi sanitari regionali. – 2. Le questioni preliminari allo Studio dei Piani di rientro all'interno di una lettura “costituzionale” dello strumento. – 3. La lettura dei Piani di rientro nell'ottica di uno strumento giuridico non temporaneo. – 4. Le quattro fasi dei Piani di rientro sanitari. – 5. Conclusioni.

Sintesi

Il lavoro propone al lettore un quadro d'insieme sullo stato dell'attuazione della normativa sui Piani di rientro sanitari nell'ordinamento italiano e sulle questioni giuridiche ad esso sottese. La ricostruzione sull'evoluzione della legislazione e l'analisi delle problematiche di maggiore interesse consentono di comprendere la rilevanza di questo strumento nel sistema delle fonti del diritto, al contempo fornendo strumenti analitici rispetto al rapporto tra Stato e Regioni.

Abstract

The paper an overview regarding the legislation on “Health Recovery Plans” (i.e. Piani di rientro) in the Italian legal system. Focusing on the legal issues of the repayment plans, the article analyses the evolution of the national legislation. The study of the institute allows the understanding the relevance of health recovery plans in the Italian system of sources of law and in the relationship between the State and the Regions.

Parole chiave

Livelli essenziali di assistenza (LEA); Piani di rientro; Sanità; Tutela della salute.

1. I Piani di rientro sanitari nel percorso dei Sistemi sanitari regionali.

Introdotti nel 2004¹ al fine di garantire il funzionamento dei servizi sanitari, nel rispetto dell'autonomia regionale², e sottoscritti a oggi da circa la metà delle Regioni, i Piani di rientro

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

¹ Art.1, co. 180, l. 30 dicembre 2004 n. 311.

sono l'Accordo tra il Presidente della Regione interessata e i Ministri dell'Economia e della Salute in forza della legge, quale «programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio».

Ponendosi quale strumento di controllo della spesa, come pure garanzia dei Livelli essenziali di assistenza (LEA) e dell'equilibrio finanziario regionale, essi hanno animato la giurisprudenza costituzionale³ ponendosi quale prospettiva di rilievo per una pluralità di ragioni. Da un lato, infatti, l'istituto dei Piani di rientro obbliga a una riflessione circa l'impatto di questo strumento nella vita politico-legislativa delle Regioni, offrendo uno sguardo sul modello di regionalismo italiano. Dall'altro, il tema assume una centralità anche per come chiama in causa la riflessione sull'equilibrio tra esigenze di bilancio, tenuta dei conti pubblici e tutela della salute⁴ e il suo carattere di diritto fondamentale. L'analisi dei Piani di rientro significa, infatti, inevitabilmente interrogarsi su come la necessaria garanzia nell'erogazione dei servizi sanitari possa porre in tensione l'equilibrio della finanza regionale⁵ in un'epoca storica che ha condotto il legislatore costituzionale a modificare l'art. 81, con l'intento di garantire l'equilibrio di bilancio e rispettare i vincoli europei.

Peraltro, non può non considerarsi come si tratti di un terreno di indagine significativamente arricchito dalle nuove prospettive legate alle conseguenze che deriveranno dalla pandemia da Covid-19 e dal nuovo modello di sanità regionale che, di rimando, si sta delineando. Le buone pratiche, ma soprattutto i fallimenti di una parte dell'organizzazione dei Sistemi sanitari regionali, imporranno dei ripensamenti di alcuni profili della Sanità, soprattutto quella territoriale.

In chiave preliminare, appare peraltro rilevante precisare una questione di natura terminologico-interpretativa, posto che la legislazione che motiva la sottoscrizione di un Accordo tra lo Stato e le Regioni meno virtuose non può essere intesa come la scelta dello Stato di ridurre le risorse impiegate a discapito dei servizi erogati. Piuttosto, i Piani di rientro sono da ricondurre all'interno del percorso compiuto dalla legislazione dopo il 1948 in materia sanitaria⁶, poiché attraverso il loro impiego trovano inveramento la piena attuazione del diritto alla tutela

² G. CARPANI, *Cogestire un servizio sanitario regionalizzato. Gli strumenti in campo: dai LEA ai piani di rientro*, in C. COLAPIETRO, M. ATRIPALDI, G. FARES, A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

³ Per un'esposizione articolata della ricostruzione sui Piani di rientro sia concesso rinviare ad A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari. Studio sul modello solidale di regionalismo in Italia*, Pisa, Pacini Editore, 2021.

⁴ B. PEZZINI, *Il Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, pp. 21 ss.

⁵ Sui risultati in termini di equilibrio economico prodotto dall'adozione dei Piani di rientro si veda M. BORDIGNON, S. CORETTI, G. TURATI, *I Piani di Rientro della sanità regionale: quali risultati finora?*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani*, 5 agosto 2019.

⁶ D. MORANA, *Il modello costituzionale sulla tutela della salute e la sua attuazione*, in ID. (a cura di), *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2002.

della salute come diritto sociale sostenibile⁷ e il disegno autonomistico quale metodo per garantire una migliore gestione delle risorse e la realizzazione dei diritti sociali e dell'eguaglianza tra cittadini.

Accanto a tali questioni, trovano così necessariamente spazio i problemi di inefficienza, anche di natura pratico-organizzativa, che hanno afflitto il sistema sanitario in particolare di talune Regioni. È dunque la complessiva riflessione sull'equilibrio della finanza pubblica a doversi considerare nell'analizzare i Piani di rientro, posto che mettono in luce la tensione fra garanzia dei diritti e tenuta dei conti (statali e regionali) anche per come attraversata dalla riforma dell'art. 81 Costituzione.

A fronte dell'importanza della questione e degli snodi giuridici rilevanti che la attraversano, occorre tuttavia constatare come la riflessione attorno ai Piani di rientro sia risultata nell'insieme marginale e confinata all'ambito del diritto sanitario, determinandosi così una sorta di "compartimentalizzazione" degli studi.

2. Le questioni preliminari allo Studio dei Piani di rientro all'interno di una lettura "costituzionale" dello strumento.

Per quanto possa apparire un tema di natura tecnica, l'istituto dei Piani di rientro trova una centralità se collocato sullo sfondo di alcuni temi classici del costituzionalismo contemporaneo, in primo luogo, per come si inquadra lungo il percorso di regionalizzazione del Sistema sanitario nazionale e dunque per come intreccia le leggi di attuazione della potestà legislativa in materia di tutela della salute e di organizzazione sanitaria⁸.

Inoltre, è assai significativa la riflessione che può derivare, osservando la collocazione dei Piani di rientro nel sistema delle fonti, ripercorrendo le sue evoluzioni normative, nonché lo sviluppo e l'applicazione pratica che ne è derivata. Si tratta infatti di uno strumento che pone anche una serie di questioni riguardanti l'equilibrio fra i poteri, interessando direttamente il rapporto fra legge statale e regionale.

La giurisprudenza costituzionale negli anni ha ritenuto i Piani di rientro come conformi a Costituzione e statuito la loro vincolatività rispetto al principio di coordinamento della finanza pubblica, giungendo a dichiarare l'illegittimità delle leggi regionali in contrasto con i Piani sottoscritti.

⁷ R. BALDUZZI, *Salute, (diritto alla)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002; Con riferimento ad una lettura di un diverso grado di programmaticità dell'articolo 32 Costituzione, D. MORANA, *Il diritto (di tutti) alle cure e quello degli indigenti alla loro gratuità: graduazione di programmaticità ed ambiti di discrezionalità*, in Id. (a cura di), *La salute come diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁸ R. BALDUZZI, *Piani di rientro: difficile equilibrio tra autonomia e responsabilità*, in *Monitor*, n. 22, 2010, pp. 4 ss.

L'interrogativo attorno a cui si snoda la lettura del tema riguarda dunque la compatibilità costituzionale di tale strumento, sia in una prospettiva teorica, sia nelle sue applicazioni pratiche. L'analisi della legislazione in materia pare infatti condurre più che a una presa d'atto del fallimento dell'esperienza regionale, all'interrogativo se questo strumento possa essere capace di contribuire alla realizzazione del progetto dei costituenti, che nell'impianto regionale hanno visto non una mera scelta di decentramento amministrativo, ma la necessità di realizzare un sistema caratterizzato da Regioni capaci di esprimere a pieno l'autonomia legislativa e politica. Per tali ragioni, l'analisi dei Piani di rientro si pone quale occasione per rispondere a una serie di quesiti che attengono alla qualificazione dello strumento nell'impianto costituzionale e di come questo si colloca all'interno del Sistema sanitario nazionale in una prospettiva non solo temporanea o emergenziale, ma di sistema.

Come si anticipava, essi rappresentano una chiave di lettura del regionalismo italiano, modello innovativo, che ancora oggi caratterizza il nostro Paese e la cui scelta è stata preceduta da momenti di forte dibattito e di forze centrifughe rispetto alla nascente Repubblica italiana. Successivamente questo modello ha alternato momenti di entusiasmo per una possibile maggiore efficienza nella gestione del territorio a critiche, poiché inteso come il capro espiatorio di alcune inefficienze nell'organizzazione dello Stato. La riforma del 2001 ha poi segnato un momento di passaggio importante nella direzione, quanto meno nelle intenzioni dei promotori, di una maggiore autonomia delle Regioni e dunque di un "Regionalismo forte".

Proprio da un forte carattere regionalistico è rimasta contraddistinta la tutela della salute o meglio dell'organizzazione della sanità. Se il testo della Costituzione, prima della riforma, sanciva che la Regione potesse introdurre norme legislative in materia sanitaria e ospedaliera nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato, la nuova versione dell'art. 117 Cost. la tutela della salute annovera tra le materie di legislazione concorrente. Può così concludersi che il rapporto tra lo Stato e le Regioni in materia di organizzazione dei servizi sanitari e la sua forte organizzazione regionalizzata è passata (o quasi) indenne dalla modifica costituzionale del 2001, tracciando il solco in cui si colloca il c.d. «programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale»⁹. Dinanzi alla difficoltà di garantire il rispetto dei principi costituzionali in tema di livelli essenziali¹⁰ ha però saputo proporre una soluzione in grado di assistere le Regioni sino al punto di limitarne le competenze all'interno del quadro costituzionale dello Stato regionale.

⁹ D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 6, 2007. Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze Stato-Regioni nei dieci anni successivi alla riforma del Titolo V, v. M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹⁰ Per una riflessione sul rispetto dei Lea nel caso particolare delle Regioni commissariate si veda C. BUZZACCHI, *Chi garantisce i LEA nelle Regioni commissariate?*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019, pp. 307 ss.

3. La lettura dei Piani di rientro nell'ottica di uno strumento giuridico non temporaneo.

La legislazione ed i successivi Accordi sottoscritti tra Stato e Regioni dal 2004 ad oggi dimostrano che l'istituto, così pensato, si posiziona con elasticità all'interno del rapporto tra lo Stato e le Regioni dopo la riforma del Titolo V. Attraverso questo strumento lo Stato, con una modalità innovativa, verifica l'operato delle Regioni all'interno del quadro costituzionale che mira a valorizzare l'autonomia.

La legislazione sui Piani di rientro si può considerare parte integrante della più ampia questione dell'autonomia regionale e letto come un passaggio di un'organizzazione complessa "bisognosa" di nuovi istituti in ragione delle moderne sfide che uno Stato regionale, con diverse capacità economiche e territoriali, si trova a dover affrontare.

Uno dei punti di origine di questa valutazione è che la potestà esclusiva statale si caratterizza per la presenza di elementi dinamici che mantengono in capo allo Stato un ruolo importante in forza del loro carattere trasversale. In tal senso, si consideri la competenza attribuita a quest'ultimo nel determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, soprattutto considerando la connotazione sociale della Costituzione.

La disciplina sui Piani di rientro non può essere intesa in termini di aumento o diminuzione delle competenze regionali, ma come modulo organizzativo e procedimentale che caratterizza l'intero Stato pluralista per come si attua in concreto, ponendosi la loro adozione quale testimone della presenza dello Stato nell'affiancare le Regioni in questo percorso di autonomia¹¹. I Piani di rientro infatti attengono alla concreta applicazione nelle scelte della Regione, per cui la legislazione va ben oltre la necessità di una semplice rimodulazione della spesa, affondando le proprie radici nella tutela della salute e dunque nell'erogazione dei servizi sanitari tramite il Servizio sanitario nazionale. Dunque, la genesi evolutiva dei Piani di rientro è da rintracciare nella necessità di garantire il rispetto dei livelli essenziali di assistenza, in diretta attuazione dell'articolo 32 Cost. Tale aspetto appare confermato dalle argomentazioni della Corte costituzionale a sostegno della costituzionalità dei Piani di rientro, soprattutto alla luce del principio di coordinamento della finanza pubblica, da inquadrare in un più vasto contesto che valuta suddetto istituto rispetto ai principi costituzionali.

Non è tuttavia possibile scindere l'istituto dei Piani di rientro dalla ricostruzione sull'interpretazione del diritto alla tutela della salute, così come riconosciuto in Costituzione, ricordando come l'origine non sia da collocare negli anni recenti, ma perlomeno nell'articolo 19-ter, d.lgs. n. 502 del 1992, poi modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999, derivando l'istituto anzitutto

¹¹ Vedi D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei Piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle procedure di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2014, pp. 203 ss.

dall'esigenza immediata di garantire il rispetto dei livelli essenziali e pertanto rientrante nella cornice costituzionale sull'attuazione dell'art. 32 Cost.

Il quadro ricostruttivo consente di concludere che le disposizioni sull'adozione dei Piani di rientro non possono essere ricondotte ad una disciplina organica adottata dal legislatore, quanto piuttosto a una serie di disposizioni legislative, per le quali può proporsi una divisione nelle diverse fasi che compongono il quadro normativo¹². Occorre tenere conto di come ci si trovi di fronte alla difficoltà iniziale determinata pure dalla frammentarietà della legislazione, posto che il legislatore non ha mai adottato una previsione legislativa organica, neanche negli anni più recenti.

Anche per tale ragioni, il lavoro ricostruttivo delle disposizioni appare essenziale, nel consentire di disegnare un quadro d'insieme dell'evoluzione dell'istituto in grado di mostrarne la complessità.

4. Le quattro fasi dei Piani di rientro sanitari.

A partire dalla lettura della legislazione sui Piani di rientro, è interessante proporre una suddivisione in fasi, la prima delle quali coincide con la loro introduzione nell'ordinamento a opera della l. 30 dicembre 2004 n. 311. Il primo intervento del legislatore si caratterizza per l'urgenza dell'azione nei confronti nelle Regioni contraddistinte dal forte deficit e dal mancato rispetto dei LEA¹³, come pure per la significativa condivisione tra lo Stato e le Regioni, al fine di decidere le modalità con cui addivenire ad una soluzione.

L'avvio della seconda fase può individuarsi nella l. 23 dicembre 2009 n. 191, che ha delineato in modo più esaustivo le modalità con cui sottoscrivere l'Accordo tra Stato e Regioni e gli obiettivi del Piano.

Dopo il 2010, il legislatore è invece intervenuto con provvedimenti volti a modificare singoli aspetti, frutto anche dell'esperienza empirica maturata con l'attuazione dei Piani di rientro nelle diverse Regioni.

La ricostruzione degli Accordi che sono scaturiti dalle previsioni legislative ha permesso di definire il quadro d'insieme, in quanto sono i successivi Accordi tra lo Stato e le Regioni a realizzare la concreta attuazione della legislazione. Dal 2004, data dell'adozione della prima legislazione in materia, si è assistito ad una sottoscrizione diluita nel tempo degli Accordi tra lo Stato e le Regioni. Per questo se l'istituto è unitario, poiché unica è la legge che li prevede, molteplici sono però gli Accordi conclusi con spiccate differenze nel loro contenuto e soprattutto nella loro successiva attuazione.

¹² Sul punto v. ancora A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari*, pp. 59 ss.

¹³ Sul tema, la letteratura è sterminata. Per i profili che qui interessano, v. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010.

A distanza di ormai quindici anni e considerato che l'istituto è stato applicato in dieci diverse Regioni, appare dunque utile porsi l'interrogativo circa la possibilità, per il legislatore, di introdurre una disciplina maggiormente organica in grado di valorizzare l'istituto nell'impianto costituzionale e nel rapporto tra lo Stato e le Regioni.

4.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale a fondamento della vincolatività dell'Accordo.

A fronte dell'andamento frammentario circa l'evoluzione dell'istituto nell'ordinamento, si può invece concludere che la vincolatività dei Piani di rientro è ormai cristallizzata nella giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare, dal 2010 la Corte ha riconosciuto il carattere vincolante sulla potestà legislativa regionale di un accordo sottoscritto tra una Regione e i Ministeri della Salute e dell'Economia e ciò con importanti riflessi sulla tradizionale dogmatica costituzionalistica nel sistema delle fonti¹⁴.

In ordine al suddetto inquadramento, l'adozione dei Piani di rientro è da ricondurre alle disposizioni contenute nelle leggi finanziarie dello Stato e dunque all'articolo 117, co. 3, Cost. La Corte costituzionale ha infatti ritenuto l'indicazione legislativa contenuta nelle leggi finanziarie conforme a quanto affermato dalla propria giurisprudenza in materia e di conseguenza vincolante per il legislatore regionale a seguito della sottoscrizione dell'Accordo.

Il "peso" della differenza contenutistica degli Accordi viene in evidenza nel momento in cui si qualifica giuridicamente il Piano sottoscritto nell'ordinamento e in particolare nel sistema delle fonti. A tal proposito, la giurisprudenza ha subito un'evoluzione in funzione delle modifiche legislative ed ha accolto, a far data dal 2010, l'interpretazione di una forte vincolatività degli Accordi sottoscritti per il legislatore regionale¹⁵.

Dalla ricostruzione della giurisprudenza si può affermare che è ormai consolidato l'orientamento che qualifica la legislazione sui Piani di rientro sanitari come un'esplicitazione del principio di coordinamento della finanza pubblica e sulla cui base l'Accordo sottoscritto diviene norma interposta nel giudizio di costituzionalità delle leggi regionali¹⁶. Atto amministrativo con cui lo Stato e le Regioni s'impegnano reciprocamente, questo trova la sua fonte nella legge che ha previsto e regolato la possibilità di sottoscriverlo e da cui deriva la vincolatività per la Regione, in forza di un principio costituzionale che si attua tramite l'Accordo.

¹⁴ Si vedano sentenza C. cost. nn. 28, 51, 79, 104, 186, 219, 228 e n. 241 del 2013; 110, 141, 278 del 2014; 85, 125, 249 del 2015; 107, 251, 266 del 2016; 14, 40, 80, 106, 192, 243 del 2017; 247, 79 del 2018; 200, 247, 255 del 2019; 20, 130, 217, 220, 221 del 2020.

¹⁵ Per una ricostruzione in tal senso T. CERRUTI, *I Piani di rientro dai disavanzi sanitari come limite alla competenza legislativa regionale*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4, 2013, pp. 4 ss.

¹⁶ 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 Regioni*, n. 3, 2012.

Tale qualificazione, ormai pacifica, ha utilizzato anche le indicazioni di dettaglio contenute negli Accordi come parametro per valutare la costituzionalità o meno delle leggi regionali. Da qui la conclusione circa l'importanza della qualificazione di tali norme di dettaglio contenute negli Accordi, proprio in quanto parametro sulla costituzionalità delle leggi regionali in contrasto. Tale conclusione può fondarsi sul fatto che negli Accordi sono contenuti dei profili di dettaglio risultato di un'articolata valutazione tra lo Stato e le Regioni effettuata nel momento in cui è sottoscritto l'Accordo, ma che potrebbero essere parzialmente modificati, in corso di applicazione, pur mantenendo il raggiungimento dello scopo ultimo previsto nel Piano. Dunque, si condivide che la vincolatività dei Piani di rientro derivi dalla qualificazione, in quanto norma interposta, del principio di coordinamento della finanza pubblica nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. Nondimeno si ritiene che sia dirimente una valutazione, in concreto, anche dei diversi profili che sono trattati all'interno dell'Accordo, distinguendo tra loro le indicazioni di dettaglio da quelle di carattere programmatico, al fine di chiarire meglio quale tra queste rientrano nell'esplicitazione del principio di coordinamento della finanza pubblica.

Se si valutano le disposizioni regionali alla luce di suddetta interpretazione si può addivenire alla conclusione per cui deve sempre essere tenuto in considerazione l'obiettivo che si prefigge l'Accordo preso in considerazione e la sua compatibilità rispetto alla relativa legge regionale.

In funzione di ciò, la questione delle previsioni di dettaglio contenute negli Accordi sui Piani di rientro sanitari si ricollega anche alla lettura dell'eventuale limitazione all'autonomia politica. Se si considera ammissibile la possibilità che nell'Accordo vi siano previsioni di dettaglio e che la Giunta regionale che sottoscrive l'Accordo può vincolare la vita istituzionale della Regione per gli anni successivi, si deve considerare che, decidendo di sollevare o meno la questione dinanzi alla Corte costituzionale, rispetto a decisioni di dettaglio, lo Stato può limitare le scelte della Regione su un tema, qual è quello dell'organizzazione dei servizi sanitari, che ha un peso di rilievo nella vita politico istituzionale. Si tratta di una conclusione di non secondaria importanza, se si considera che, sin dalla legge finanziaria per il 2010, la legislazione non si è limitata ad affermare il carattere vincolante *pro futuro* dei Piani di rientro, ma ha impegnato le Regioni a «rimuovere i provvedimenti, anche legislativi, che siano di ostacolo alla piena attuazione del Piano di rientro». Da qui, deriva la conseguenza per cui la legislazione regionale in contrasto con gli Accordi deve essere sempre considerata incompatibile con lo stesso.

Pur avendo la Corte chiarito, nei termini anzidetti, l'inquadramento dell'istituto nell'ordinamento, sono assai variegate le problematiche giuridiche che scaturiscono dall'adozione dei Piani di rientro. D'altra parte, alle severe conseguenze sull'autonomia regionale l'Accordo tra la Regione ed i Ministeri della Salute e dell'Economia, rappresenta

un'inedita forma di collaborazione fra Stato e Regione.

L'aspetto della sottoscrizione condivisa rappresenta uno dei profili di maggiore interesse in ragione delle ricadute con riferimento al principio di leale collaborazione. Si è così giunti alla conclusione che una delle chiavi di lettura imprescindibili per l'interpretazione dell'istituto è data proprio dal carattere collaborativo rappresentato dalla sottoscrizione del Piano di rientro da parte della Regione interessata, lasciando emergere il carattere della leale collaborazione fra Stato e Regione quale fondamento dell'Istituto, che si fonda sull'auto limitazione della Regione rispetto all'esercizio della propria potestà legislativa. Tale profilo, presente fin da subito, è però emerso con maggiore decisione negli anni più recenti, anche grazie al contributo della Corte costituzionale che sul tema è tornata nella giurisprudenza alla fine del 2020.

Anche nell'interpretare l'applicazione dei Piani di rientro nell'ordinamento, la Consulta ha preso in considerazione il profilo della leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni. La questione appare centrale, venendo in rilievo in due diversi momenti, il primo riguardante la sottoscrizione dell'Accordo, il secondo alla sua attuazione mediante l'adozione degli atti legislativi e amministrativi da parte della Regione.

Nel ricostruire i diversi Piani di rientro sottoscritti emerge come la leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni rappresenta una modalità da cui non si può prescindere, sia perché rappresenta uno dei criteri individuati dalla Corte per esercitare il coordinamento della finanza pubblica, sia perché, solo attraverso la piena collaborazione, possono essere individuate e risolte le criticità presenti, ragione per cui, nell'esercitare la propria competenza, lo Stato deve necessariamente coinvolgere le Regioni interessate.

Su tale sfondo si inserisce il dibattito sull'opportunità di sottoscrivere l'Accordo da parte della Giunta regionale senza un intervento da parte del Consiglio regionale. Questo rappresenta un *vulnus* proprio nell'ottica del rispetto del principio di leale collaborazione, non solo tra lo Stato e la Regione, ma anche tra gli organi della Regione. In tal senso, si è argomentato che non appare possibile considerare come pienamente rispettato suddetto principio in assenza di una piena collaborazione tra le parti, ragionamento che assume una particolare rilevanza considerando l'argomentazione utilizzata dinanzi alla Corte per cui la Regione, se non rispetta l'Accordo sottoscritto, violerebbe, tra gli altri, il principio di leale collaborazione¹⁷.

Il ragionamento si condivide con maggiore convinzione nella misura in cui gli organi di rappresentanza della Regione, in un'ottica di partecipazione tra le parti, siano interessati

¹⁷ D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei Piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle procedure di leale collaborazione*, cit. Sul coinvolgimento delle Regioni nelle limitazioni alla propria autonomia si veda G. CARPANI, *Cogestire un servizio sanitario regionalizzato. Gli strumenti in campo*, cit., in cui l'autore ritiene che «le Regioni stesse, paradossalmente, hanno quindi concorso alla definizione delle norme che consentono allo Stato di limitare la loro autonomia». Il riferimento è alla condivisione in sede di Conferenza Stato- Regioni dei contenuti, nel merito, delle norme a fondamento dei Piani di rientro.

nell'assunzione dei vincoli. Fin dalla sua genesi il rapporto che intercorre tra lo Stato e le Regioni caratterizzate dal deficit deve essere fondato su una collaborazione finalizzata a superare suddetta condizione senza intaccare l'autonomia regionale costituzionalmente garantita. La Regione che decide di sottoscrivere l'Accordo lo fa, consapevole che in assenza del trasferimento di risorse da parte dello Stato non sarà possibile garantire il rispetto dei livelli essenziali di assistenza, oltre che la normale attività dei servizi ad essa attribuiti. Di contro lo Stato, nell'esercitare la propria competenza in materia di coordinamento della finanza pubblica, per tramite dell'Accordo, deve tenere in considerazione la peculiare disparità di posizioni vista, tra l'altro, la difficoltà economica in cui versa la Regione che richiede la sottoscrizione del Piano di rientro. In ordine a quest'ultimo profilo è più difficile accogliere la tesi per cui si debbano ritenere le disposizioni legislative regionali incostituzionali per la sola violazione del principio di leale collaborazione allorquando ci si riferisce a questioni di dettaglio o organizzative che non incidono, nel complesso, sull'obiettivo dell'Accordo. Si tratta di una tesi che, se pur meritevole di attenzione, non è pienamente condivisibile proprio in funzione delle considerazioni effettuate in merito alle modalità di sottoscrizione dell'Accordo.

5. In conclusione.

La condizione di un (auto) vincolo che la Regione realizza sottoscrivendo il Piano di rientro ha certamente rappresentato un aspetto innovativo nel rapporto tra lo Stato e le Regioni, consentendo di assumere tale istituto quale chiave di lettura dei modelli di sviluppo del nostro regionalismo in senso cooperativo. In questo contesto, sembra quasi che il carattere collaborativo del Piano di rientro possa assumere un diverso significato rispetto alla normativa sull'equilibrio di bilancio relativamente a una sua configurazione sistematico dogmatica.

La legislazione sui Piani di rientro ha infatti dimostrato che è possibile intervenire secondo uno schema il cui lo Stato assume un ruolo sussidiario rispetto alle scelte assunte dalle Regioni, espressamente prevedendosi che sono gli organi della Regione ad avere il compito di individuare le maggiori criticità e le possibili soluzioni attraverso la predisposizione del Piano.

Non è ipotizzabile che la tradizione fortemente accentrata delle scelte amministrative e politiche, fino almeno alla piena operatività delle Regioni, che ha caratterizzato l'ordinamento, possa improvvisamente generare autonomie efficienti e responsabili, soprattutto in quei casi in cui è assente una tradizione di buona amministrazione anche da parte degli uffici periferici dello Stato. Per siffatto motivo è necessario uno strumento legislativo capace di affiancare le Regioni in maggiore difficoltà.

In tale prospettiva, si può concludere che i Piani di rientro non sono solo un mezzo per garantire quei livelli essenziali di cui lo Stato è artefice e garante, ma rappresentano un modo per consentire l'avvio di un percorso virtuoso di autonomia.

Così come la Costituzione ha riconosciuto la presenza di autonomie speciali, nel senso di una maggiore autonomia, sarebbe necessario da parte (perlomeno) dell'interprete riconoscere che l'autonomia può essere differenziata nella misura in cui può essere temporaneamente contenuta, affiancandosi lo Stato alla Regione. Difatti, se l'autonomia è un mezzo per addivenire alla piena realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, possibile raggiungere quest'obiettivo solo se sussiste una responsabilità condivisa da parte dei territori che gestiscono le decisioni. Il valore aggiunto, rappresentato da un pieno raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale, è possibile da ottenere soltanto se rimangono elevati i livelli nell'erogazione dei servizi. In caso contrario, nel rispetto dei principi costituzionali, è necessario uno strumento che possa realizzare una temporanea condivisione delle scelte con lo Stato, senza che questo possa essere interpretato come il fallimento dell'autonomia regionale.

Dopo quindici anni dall'entrata in vigore della legislazione che ha introdotto i Piani di rientro e ferma restando l'analisi effettuata in dettaglio in ordine al loro inquadramento, è possibile affermare che suddetto strumento può essere letto solo se ricondotto nel più ampio contesto dello Stato regionale, così com'è stato pensato dai Costituenti nel testo originario e come si è evoluto dopo la riforma del 2001.

L'autonomia regionale che rappresenta un principio, non modificabile, della Costituzione ha dimostrato, attraverso la materia interessata dai Piani di rientro sanitari, che può anche generare il mancato raggiungimento degli obiettivi. Non è però possibile ricondurre all'autonomia la causa della gestione errata dei servizi sanitari, poiché in tal caso si giungerebbe sbrigativamente, e in modo non condivisibile, ad avallare la tesi di un fallimento del regionalismo italiano. Al contrario, si ritiene invece possibile addivenire alla conclusione che proprio l'impianto di un regionalismo forte ha garantito la piena attuazione del principio autonomistico, per quanto sia necessario uno strumento capace di intervenire nel caso in cui le scelte assunte non garantiscano il rispetto di quei principi che la Costituzione riconosce su tutto il territorio nazionale. La soluzione, in questo senso, non pare poter essere quella di sanzionare le Regioni, riconducendo a queste un insieme eterogeneo di responsabilità, bensì di rafforzare il controllo e gli obblighi in capo alle realtà deficitarie.

D'altra parte, il principio di leale collaborazione viene in rilievo durante tutto il periodo di attuazione del Piano, anche con riferimento all'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato che, nel sostituirsi alle Regioni, in funzione di quanto previsto dall'articolo 120 Cost., nomina il Commissario *ad acta* soltanto nel caso in cui la Regione non possa autonomamente risolvere la propria condizione di deficit. Tale procedimento dimostra la possibilità per la

Regione di effettuare le scelte più idonee in autonomia, soltanto in mancanza dell'adozione di provvedimenti in tal senso, consentendo l'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato¹⁸.

Le riflessioni in merito sono strettamente connesse alla ricostruzione dei motivi che hanno indotto lo Stato ad intervenire per sostituirsi alle Regioni inadempienti, ponendosi quale questione per nulla secondaria rispetto alla ricostruzione sulla legislazione in tema di Piani di rientro, in quanto fornisce un'ulteriore chiave di lettura. Nell'adottare i provvedimenti volti a sostituirsi all'organo regionale, il governo individua l'evoluzione della sottoscrizione del Piano di rientro da parte della Regione e la sua mancata attuazione. La legislazione che prevede la sottoscrizione dell'Accordo tiene conto della responsabilità da parte degli organi regionali non soltanto nella produzione del deficit, ma anche nell'incapacità di ridurlo con gli strumenti legislativi ordinari. In questa prospettiva, che si realizza in più fasi, il primo elemento è che la Regione ha prodotto un deficit finanziario e soltanto dopo che si registra anche la mancata attuazione di quanto concordato nel Piano di rientro, lo Stato esercita il potere sostitutivo mediante la nomina del Commissario *ad acta*.

La genesi e l'evoluzione dell'applicazione del potere sostitutivo rappresentano così una delle chiavi di lettura per l'istituto dei Piani di rientro. Il quadro normativo ha disegnato un percorso al cui interno devono muoversi le Regioni nel contesto di una marcata collaborazione con lo Stato, in cui esse analizzano i motivi della mancanza di efficienza per tentare di risolverli in modo autonomo, presentando e cercando di attuare un piano volto non alla sanzione, bensì alla responsabilizzazione delle Regioni. È solo in un secondo, ed eventuale, momento che lo Stato interviene per esercitare il proprio potere sostitutivo.

Nell'eventualità in cui il Commissario si sostituisca agli organi della Regione nell'attuazione del Piano di rientro, non sussiste la possibilità da parte di questo di dettare delle linee generali in applicazione dello stesso, bensì si realizza la sostituzione degli organi nell'adozione delle scelte puntuali che si sono già effettuate con la sottoscrizione. Questo profilo, come si è messo in luce anche attraverso la ricostruzione della giurisprudenza, assume un ruolo essenziale in quanto anche il potere del Commissario *ad acta* è condizionato a quanto stabilito nel Piano sottoscritto, motivo per cui da un mancato rispetto di questo ne deriva un'illegittimità degli atti del Commissario. Una condizione che è stata oggetto di una specifica valutazione e che ha permesso di giungere alla conclusione per cui l'operato del Commissario *ad acta* (Presidente della Regione) si è concretizzato, in alcuni casi, in violazione delle disposizioni

¹⁸ Sul tema, v. I. CIOLLI, *Poteri sostitutivi statali, Piani di rientro e vincoli di bilancio in materia sanitaria. Tra disuguaglianze e tentativi di emarginazione della decisione politica*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 2021, pp. 40ss. Più diffusamente sull'istituto dei poteri sostitutivi statali appare utile rimandare ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 253 ss.

per l'esercizio del potere sostitutivo proprio perché si sono predisposte misure non previste dal Piano.

L'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato nell'applicazione dei Piani rientra a pieno titolo nel quadro costituzionale e dimostra la piena armonia di questo strumento rispetto all'impianto regionalista.

Le Regioni, in forza della loro autonomia, possono assumere le scelte maggiormente idonee alla risoluzione del deficit e alla corretta erogazione dei servizi, mentre lo Stato interviene solo nel caso in cui queste non sono state capaci autonomamente di erogare i servizi secondo le proprie competenze.

Se l'autonomia garantisce alle Regioni caratterizzate da una buona capacità amministrativa di assumere le scelte migliori per raggiungere risultati eccellenti, il Piano di rientro rappresenta invece lo strumento capace di accompagnare il percorso di autonomia per quelle Regioni con minori capacità.

Infine, lo Stato garantisce il rispetto dei principi costituzionali mediante la propria competenza a sostituirsi alle scelte delle Regioni in caso in cui perduri la condizione di mancato rispetto degli obiettivi.

In una lettura complessiva, si può registrare come gli Accordi sottoscritti mostrano la sua capacità ad adattarsi alle esigenze delle diverse realtà regionali con risultati che, nel complesso, possono definirsi buoni. Per questi motivi e nell'ottica di un buon funzionamento dello Stato regionale, lo strumento potrebbe essere utilizzato anche per altre materie rispetto alle quali l'organizzazione sanitaria può considerarsi solo una forma di sperimentazione e così divenire un ulteriore mezzo per garantire il modello solidale di regionalismo in Italia sancito dalla Costituzione. La differenza temporale con cui si è addivenuti alla sottoscrizione dei Piani da parte delle diverse Regioni dimostra infatti che la legislazione ha previsto uno strumento che è presente allorquando una Regione necessita di un supporto da parte dello Stato, rappresentando così un modello giuridico innovativo nei rapporti tra lo Stato e le Regioni¹⁹.

Se fino a febbraio 2020 la lettura del regionalismo e della sanità poteva essere letta alla luce dei problemi fin qui accennati, la pandemia ha introdotto degli elementi nuovi di conoscenza delle criticità dei sistemi sanitari regionali. Ora, da una parte l'emergenza Covid-19 ha imposto l'esigenza di una maggiore spesa e tutte le Regioni stanno facendo ricorso ad un incremento di acquisti per il materiale necessario e ricorrendo alla stipula di contratti di lavoro temporanei per il personale medico ed infermieristico. D'altra parte, il Piano di rientro può però consentire una lettura quale strumento giuridico dinamico, capace cioè di adattarsi nel rapporto tra lo Stato e le Regioni, avendo come scopo ultimo quello di valorizzare i sistemi sanitari

¹⁹ Per un maggiore approfondimento, v. A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari*, pp. 250 ss.

regionali e non di imbrigliarli all'interno di regole dettate dalle esigenze di bilancio²⁰, dovendosi, in questa fase emergenziale, adeguarsi alle diverse esigenze della Regione.

In un prossimo futuro, considerata la sicura necessità di rivedere alcuni meccanismi dell'organizzazione della sanità regionale è possibile immaginare come i Piani di rientro, dunque quel dialogo necessario tra talune Regioni e lo Stato, possano rappresentare un importante strumento giuridico per veicolare alle Regioni le buone pratiche elaborate a livello centrale, in stretta condivisione con gli organismi dell'Unione Europea.

In tal senso, sembra di potersi ipotizzare come proprio il Piano di rientro, in quanto Accordo tra lo Stato e le Regioni, possa porsi quale strumento in grado di contenere quelle nuove e diverse forme di organizzazione per la sanità territoriale che l'attualità ha rilevato come tema necessariamente centrale della riflessione contemporanea.

²⁰ A. PATANÈ, *Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021, pp.97 ss.

queste istituzioni

**Sanità di “prossimità” e principio
di solidarietà nella gestione pandemica**

Francesco Perchinunno

Numero 2/2021

30 luglio 2021

Sanità di “prossimità” e principio di solidarietà nel quadro della gestione pandemica

di Francesco Perchinunno*

Sommario

1. Premessa e delimitazione del tema. – 2. Le spinosità socio-sanitarie nell’era pandemica – 3. Il nuovo modello di assistenza sanitaria nella cornice del *Recovery Plan*. – 4. Stato e comunità alla prova di solidarietà nell’era pandemica.

Sintesi

Il periodo emergenziale che il mondo sta vivendo ha evidenziato la necessità che il Servizio sanitario nazionale e regionale abbia una rete vera che sia in grado di mettere a sistema le interazioni del percorso di cura e di prevenzione del malato cronico, al fine di predisporre un equilibrato rapporto tra medico, strutture sanitarie ed ospedali che abbia come obiettivo la salute del paziente e cittadino. Il futuro del Sistema sanitario nazionale sarà necessariamente contrassegnato da forme di assistenza e integrazione socio-sanitaria più conformi ad una sanità di “prossimità” e in armonia con i diritti che la Carta costituzionale riconosce di effettiva tutela del bene salute e di solidarietà umana all’interno della comunità. La recente pandemia da Covid-19, inoltre, ha messo in luce alcune criticità – anche in relazione ai profili costituzionali connessi al principio di solidarietà – nel quadro di tutela del personale sanitario, rivelatosi componente cruciale, sia per il controllo della diffusione della malattia, sia per garantire le cure necessarie per la salvaguardia del cittadino.

Abstract

The world is experiencing an emergency which is forcing the national and regional health systems to establish proper networks. These networks should be able to plan the treatment and the prevention of chronic diseases. This should aim to balance the relationship between health workers, hospitals, and health facilities while guaranteeing the health of patients and citizens. The future of the Italian national health system will necessarily be characterised by forms of assistance and integration between welfare and health. In fact, the Italian Constitution recognises the rights of an effective protection of human health and enhance solidarity within the community. The Covid-19 pandemic highlighted some critical issues regarding the protection of health workers who played a crucial role in limiting the spread of the disease and in ensuring the necessary citizens’ health.

* Ricercatore di Diritto costituzionale - Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

Parole chiave

Gestione della pandemia da Covid-19 – Sanità di prossimità – L’evoluzione del S.S.N. – Principio di solidarietà.

1. Premessa e delimitazione del tema

La pandemia ci ha insegnato che la salute è un elemento indispensabile per il benessere e la crescita economica e sociale del Paese e che investire nel settore sanitario rappresenta una priorità, soprattutto se si volge lo sguardo agli effetti drammatici della recente emergenza sanitaria. Particolarmente complessa e gravosa si è rivelata l’esperienza di risposta socio-sanitaria “di prossimità” portata avanti in Italia nella gestione della pandemia da Covid-19, soprattutto in quei contesti contrassegnati da forti indici di marginalità sociale.

Le numerose criticità emerse per gli operatori sanitari chiamati a fronteggiare l’emergenza sanitaria hanno comportato prolungate ed incessanti richieste di aggiornamenti e studi di strategie di contenimento e terapeutiche, in un quadro normativo particolarmente farraginoso nella sua ininterrotta evoluzione e complessa attuazione. La gestione della pandemia ha posto nuovamente sotto la lente di ingrandimento il sistema sanitario e la c.d. “sanità di prossimità” caratterizzata dal complesso di relazioni tra istituzioni pubbliche, organizzazioni del privato sociale e comunità finalizzate alla promozione dell’accesso alle risorse di prevenzione e di cura, tramite l’offerta attiva di prestazioni sanitarie¹.

Il processo di rafforzamento, sul piano più strettamente operativo, si è delineato anzitutto per mezzo di interventi realizzati al di fuori dei luoghi tradizionalmente deputati alle cure, come nel caso dell’offerta attiva di misure preventive (vaccinazioni) e di prestazioni sanitarie e sociali minime; inoltre, sono state attuati interventi di educazione alla salute secondo modalità flessibili, in ragione delle condizioni di precarietà logistica in cui spesso si è dovuto operare. Il percorso di potenziamento ha investito i punti unici d’accesso socio-sanitari e ha trovato attuazione per il tramite di alcuni progetti volti alla tutela e alla realizzazione del diritto alla

¹ Da tempo si discute dell’esigenza di realizzare una piena, completa integrazione socio-sanitaria, nell’ambito di un progetto tendente alla piena attuazione del principio di universalità del diritto alla salute, di un diritto costituzionalmente protetto, di un bene pubblico; nel progetto, poi confluito nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, vi è l’idea di ripensare completamente al sistema della cura. «Sanitario e sociale devono stare insieme, in una vera continuità assistenziale, dove il territorio torna protagonista grazie anche all’impegno del Terzo settore...le case della comunità sono un progetto del tutto nuovo. Molte esperienze regionali già prevedono le “case della salute”, ma la differenza in futuro sarà la compresenza dei due profili, sociale e sanitario, e la sinergia necessaria col distretto. Non più poliambulatori, ma veri e propri servizi di prossimità. Uno spazio in cui tutti si sentano accolti, ascoltati e riconosciuti nella loro dignità. Quante e come saranno le case della comunità, starà agli stessi territori deciderlo. Al ministero della Salute è affidato il compito di coordinamento: significa non tanto aiutare a dividere le risorse stanziate, ma stimolare le realtà territoriali più fragili, mettendo a disposizione capacità e competenze...». Le riflessioni emergono in una recente intervista rilasciata da R. BALDUZZI, *Il futuro della sanità*. Balduzzi: «Le case della comunità forza del territorio», in *Avvenire*, 27 aprile 2021.

salute delle persone che vivono in condizioni di forte esclusione sociale, perseguendo l'obiettivo della piena inclusione delle persone nel servizio socio-sanitario pubblico.

Tra le criticità, si è constatato che gli interventi rivolti alla popolazione immigrata e alle persone che vivono in condizioni di marginalità sociale non sono stati sempre contraddistinti da efficienza e celerità; le iniziative finalizzate all'inclusione di quelle fasce di popolazione in condizioni di deprivazione e con minori risorse sono state rese più difficili anche a causa delle oggettive difficoltà di essere raggiunte dal sistema sanitario anche dalle squadre mobili sanitarie che hanno cercato di effettuare visite di valutazione del rischio Covid-19 tra le popolazioni senza fissa dimora. Il compito più disagiata è stato espletato nel percorso di educazione sanitaria e nella promozione della salute nella comunità, tramite una amplificazione della conoscenza del fenomeno pandemico e della percezione del rischio.

L'interazione tra i principi della nostra Costituzione e delle Carte sovranazionali, com'è noto, muove nel senso di una pregnante tutela dei soggetti più vulnerabili, come atto doveroso di salvaguardia della vita e della salute pubblica, prescrivendo che le politiche socio-sanitarie siano improntate all'estensione del diritto fondamentale alle cure e alla salute delle persone più fragili, per evitare fenomeni di esclusione ed emarginazione sociale. Il nostro sistema sanitario ha preservato, nell'era pandemica, il carattere dell'universalità di matrice costituzionale e conforme ai corollari della legge n.833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, garantendo le cure a chiunque sia presente nel nostro territorio, pur in presenza di ingenti restrizioni dei posti letto e dei presidi ospedalieri, con capacità di resilienza, sia pur oscillante.

La trasformazione dei sistemi di cura pone nuovi interrogativi sui possibili cambiamenti, culturali oltre che organizzativi e l'epidemia ha evidenziato come il nostro sistema sanitario non sempre realizza un effettivo e proficuo equilibrio tra l'ospedalizzazione delle cure e la valorizzazione della medicina territoriale e dell'assistenza domiciliare. Il processo evolutivo dei servizi sanitari di prossimità, cui si è accennato in premessa, si colloca in un quadro finalizzato a realizzare un modello di sanità territoriale più vicino alle esigenze delle famiglie e in particolare a coloro che non possono accedere agevolmente alle cure ospedaliere; l'obiettivo è quello di un sistema sanitario di prossimità, che conosce il territorio e interviene più attivamente a favore dei soggetti destinatari, prendendosi effettivamente cura di tutti.

2. Le spinosità socio-sanitarie nell'era pandemica

Tra i profili di criticità emersi nelle scelte operate nel corso della recente emergenza sanitaria vi è senza dubbio quello afferente al criterio adottato dai singoli Paesi nella prevenzione, nella cura e nelle attenzioni nei confronti dei soggetti più fragili, atteso che le direttive di gestione non sempre hanno inteso eludere il rischio di lasciare indietro categorie di soggetti appartenenti alla

comunità. Si pensi alle scelte di “esclusione” operate altrove nei confronti degli immigrati, degli anziani e di tutti coloro che hanno vissuto in solitudine l'esperienza pandemica, la cui tragicità è emersa sia a livello sanitario che sociale.

In Italia la capacità di resilienza di fronte all'emergenza sanitaria si è rivelata deficitaria quanto al numero di medici ed infermieri, pur se particolarmente attiva nelle politiche per incrementarne le assunzioni; altra carenza è emersa nel numero delle terapie intensive presenti all'interno delle strutture ospedaliere, pur se di contro deve evidenziarsi uno stanziamento di risorse molto più elevato rispetto ad altri Paesi, con l'obiettivo di avvicinare il Servizio sanitario nazionale al paziente, puntando, come detto in precedenza, anzitutto sull'innovativa assistenza domiciliare².

In questo quadro di criticità e ricerca di soluzioni, la “sanità di prossimità” rappresenta il futuro, la nuova frontiera del S.S.N., come emerso dal c.d. “decreto rilancio” e dallo stanziamento di cifre senza precedenti per raggiungere un livello di tutela della salute, come bene fondamentale ed ineludibile presupposto degli altri diritti inviolabili³. Le ben note criticità, spesso riconducibili alla eccessiva frammentazione dei sistemi sanitari che ha amplificato i limiti della riforma del Titolo V della Carta costituzionale, hanno assunto particolare evidenza nel corso della gestione pandemica da Covid-19⁴.

È il caso di accennare alla complessa gestione dei pazienti cronici a domicilio, agli angosciosi problemi di approvvigionamento dei dispositivi di protezione individuale e delle apparecchiature necessarie a contrastare l'emergenza, alle problematiche in ambito di prevenzione vaccinale, informatizzazione dei servizi e accesso all'innovazione farmaceutica,

² La implementazione del progetto di sanità di prossimità consente di evidenziare come il coinvolgimento delle comunità locali nei processi di governo consenta di rifondare il patto fiduciario tra il sistema di *welfare* e la comunità locale; tra gli obiettivi, la ricerca di una garanzia dei livelli essenziali di assistenza sanitaria anche con l'attivazione degli stessi cittadini e delle loro reti per costruire forme di cura e assistenza più appropriate ed efficaci. Sul punto, cfr. A. GOLINO, F. COLAVITA, *La sanità di prossimità: un progetto di welfare per le Aree Interne*, in *Mondo sanitario*, n. 1-2/2019, p. 1 ss.

³ Si tratta del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), in G.U. Serie Generale n.128 del 19-05-2020 (suppl. ord. n.21). Per una disamina di tutti gli provvedimenti emanati dall'inizio dell'emergenza sanitaria, cfr.: www.governo.it/it/coronavirus-normativa.

⁴ L'emergenza sanitaria ha amplificato una serie di problemi in ordine alla determinazione degli ambiti di competenza attribuiti allo Stato ed alle regioni, già latenti in precedenza ed ulteriormente sviluppati in questa fase. «...Questo periodo di emergenza sanitaria in cui la tutela della salute o, meglio, la tutela della vita stessa delle persone, rappresentava l'obiettivo primario da garantire. Ogni norma e ogni principio regolante le rispettive competenze dovevano cedere dinanzi al bene supremo della sopravvivenza e che ha quindi legittimato l'emanazione di una serie di decreti-legge da parte del governo al fine di centralizzare ogni tipo di decisione e di provvedimento conseguente. Ma questo non esclude che, in ogni situazione anche di emergenza, il rispetto del principio di leale collaborazione debba sempre rappresentare il punto di riferimento primario nei rapporti reciproci fra centro e periferia, non perché espressione di un vincolo formale, ma proprio al fine di garantire il rispetto dei principi fondamentali dell'organizzazione statale, nonché la tutela dei diritti primari dei cittadini...». In tal senso, E. CATELANI, *Il rapporto fra Stato e Regioni al tempo del coronavirus: una premessa*, in *Il forum. L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni. Forum sull'emergenza*, n. 2, in gruppodipisa.it.

tutte criticità che hanno determinato pressanti richieste di maggior efficienza de Servizio sanitario tramite il potenziamento della rete territoriale.

Nel recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.), e nello specifico alla Missione 6 relativa alla “Salute”, è stata prevista la riforma dei servizi sanitari di prossimità, da definire entro il 2022, che rivoluzionerà il sistema sanitario italiano, a seguito della constatazione – si è evidenziato – della inadeguatezza da parte dei sistemi sanitari di alcune delle nostre Regioni, incapaci di reggere l'ondata pandemica a causa della scarsa connessione fra territorio e ospedale. L'esperienza pandemica ha messo a nudo le fragilità di un S.S.N. rendendo evidente la necessità di una organizzazione sanitaria diffusa sul territorio, tramite una rete di prossimità che faccia da filtro e permetta di riservare agli ospedali la cura dei più gravi. Come accennato, l'organizzazione ospedalocentrica dovrà lasciare spazio ad una impostazione in cui il paziente è al centro e la casa diventa il primo luogo di cura, con una improvvisa inversione di tendenza rispetto al passato, operando una rivoluzione che dovrà però confrontarsi con le resistenze dei governi regionali e una riforma i cui contorni restano ancora molto vaghi sulle competenze.

La pandemia da Covid-19 non ha fatto altro che enfatizzare le criticità emerse nel campo della sanità già negli ultimi decenni, accelerando le linee di azione per aumentarne la resilienza e la capacità di risposta ai bisogni emergenti di salute e cercare di elidere le disuguaglianze sociali di salute, per un rilancio complessivo del S.S.N.⁵. Quest'ultimo profilo di criticità afferente alle disuguaglianze sociali era affiorato frequentemente nel corso della vigenza della legge del '78, risultando spesso vani i tentativi atti a garantire modalità di trattamento sanitario e livelli di salute tendenzialmente simili per tutta la popolazione. Parimenti problematico era già apparso, dilatandosi nell'era dell'emergenza sanitaria, l'accesso ai servizi sanitari e l'indice di rilevanza della prevenzione nel complesso dei servizi sanitari, anche a causa delle insufficienti risorse umane a disposizione e della limitata capacità dei dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie di far fronte ad emergenze (come è accaduto appunto nel corso della pandemia da Covid-19).

Il percorso che si è intrapreso per la ripresa e per garantire una sanità d'avanguardia, responsiva ai bisogni dei pazienti e reattiva rispetto ai cambiamenti tecnologici, scientifici, sociali ed economici in atto è indubbiamente gravoso, complesso e decisamente indefinito nei tempi.

⁵ Tra gli obiettivi: la focalizzazione sulla salute collettiva, l'ambiente e la promozione della salute; la centralità del territorio e della comunità in una logica di prossimità delle cure; l'integrazione dell'ospedale in una rete modulare di cure; l'innovazione digitale quale strumento di miglioramento della qualità delle cure e di *governance* sanitaria; un ampliamento della formazione dei professionisti sanitari nella direzione di una costellazione pluralistica di saperi in una prospettiva interdisciplinare e interprofessionale.

3. Il nuovo modello di assistenza sanitaria nella cornice del *Recovery Plan*

Le criticità emerse durante la pandemia hanno indotto il nostro Paese (in un quadro più esteso che ha interessato il contesto europeo) ad accelerare gli interventi finalizzati al potenziamento della prevenzione e dell'assistenza sul territorio e l'integrazione fra servizi sanitari e sociali⁶. Il programma è sicuramente rivoluzionario e gli investimenti dovranno essere decisamente cospicui al fine di garantire equità di accesso alle cure e nell'erogazione delle prestazioni, creare un ammodernamento della dotazione delle strutture del S.S.N. in termini di qualità del capitale umano e formazione, risorse digitali, strutturali, strumentali e tecnologiche e promuovere la ricerca scientifica in ambito biomedico e sanitario.

Gli interventi si inseriscono nel quadro del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Italia (*Recovery Plan*) sviluppato in 6 missioni e sono stati dapprima definiti nello scorso gennaio dalla precedente compagine di governo, per poi passare al vaglio del Parlamento con approdo in Consiglio dei Ministri del nuovo governo il 24 aprile scorso, per l'approvazione definitiva⁷. Il testo ha già ottenuto il parere positivo della Commissione Europea con una previsione di investimenti pari a complessivi 221,5 miliardi e si inserisce nel più ampio contesto del *Next generation EU*, noto in Italia come *Recovery Fund* o “Fondo per la ripresa”, approvato dall'UE, quale fondo speciale volto a finanziare la ripresa economica europea nel triennio 2021-2023, per mezzo dei titoli di Stato europei (*Recovery bond*) che serviranno a sostenere progetti di riforma strutturali previsti dai Piani nazionali di riforme di ogni Paese: i c.d. *Recovery Plan*.

Il testo del *Recovery Plan* è ripartito in 6 distinte “missioni” e 16 componenti che dovranno attuarsi tramite un cospicuo pacchetto di riforme che mirano al rafforzamento della pubblica amministrazione e del sistema produttivo, intensificando l'impegno contro le piaghe della povertà, dell'esclusione sociale e delle disuguaglianze, rese ancor più evidenti nel corso della recente pandemia.

L'articolazione delle 6 missioni, divise per aree tematiche strutturali di intervento, prevede proprio all'ultima missione la “Salute”, con previsione di specifici interventi in tema di:

- assistenza di “prossimità” diffusa sul territorio e cure primarie e intermedie;
- individuazione della “casa” come primo luogo di cura, telemedicina e assistenza remota;

⁶ Per una ricostruzione aggiornata delle misure sanitarie adottate in Italia per fronteggiare l'emergenza coronavirus, cfr. *Misure sanitarie per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, 21 giugno 2021, www.camera.it.

⁷ La Commissione europea ha approvato il *Recovery Plan* italiano, rivolgendosi encomi al Piano nazionale di ripresa e resilienza e assicurando all'Italia 25 miliardi di euro entro luglio 2021. Su undici capitoli esaminati, la valutazione del P.N.R.R. italiano ha riscosso dieci A, in quanto per la Commissione «rappresenta una risposta bilanciata e completa alla situazione economica e sociale», e «contribuisce in maniera efficace ad affrontare le sfide identificate dalle raccomandazioni» specifiche della Ue. In particolare, vengono valutati positivamente il piano per crescita e creazione di posti di lavoro, e la resilienza economica, sociale ed istituzionale.

- aggiornamento del parco tecnologico e delle attrezzature per diagnosi e cura e delle infrastrutture;

- rafforzamento dell'infrastruttura tecnologica e degli strumenti per la raccolta, l'elaborazione e l'analisi dei dati;

- programmi di formazione per il personale medico e amministrativo;

- ricerca biomedica.

Sia consentito porre l'accento sul primo dei suindicati segmenti che attiene proprio al tema in esame, rinviando ad altra sede l'approfondimento del quadro generale di intervento riconducibile alla missione n.6. La previsione di un sistema di "reti di prossimità" si inserisce in un quadro più ampio di rafforzamento delle strutture per l'assistenza sanitaria territoriale che sarà caratterizzato da interventi di riforma finalizzati alla individuazione di ulteriori servizi sanitari di prossimità, tramite strategie sanitarie innovative, sostenute dalla definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo che consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei. Tra le finalità, quella di costruire un nuovo sistema sanitario che sia parte di un più ampio sistema di *welfare* comunitario, contrassegnato da una ridefinizione degli standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale e l'identificazione delle strutture (entro il 2021) con l'approvazione di uno specifico decreto ministeriale. Successivamente (entro la metà del 2022), dovrà essere approvato un disegno di legge alle Camere per la previsione di un nuovo assetto istituzionale finalizzato alla prevenzione in ambito sanitario, ambientale e climatico, in conformità con l'approccio "*One-Health*", in armonia con la sempre più diffusa consapevolezza che la salute degli esseri umani sia legata alla salute degli animali e dell'ambiente. Si tratta di una presa di coscienza che sta rapidamente diventando essenziale e strategica e che ha innescato un movimento internazionale, basato su collaborazioni intersettoriali, diffusamente riconosciuto da organismi europei e mondiali, che identifica un concetto olistico di salute delle persone, degli animali, degli ambienti di vita e lavoro e degli ecosistemi⁸.

⁸ L'obiettivo è di promuovere l'applicazione di un approccio multidisciplinare collaborativo per affrontare i rischi potenziali o attivi che hanno origine dall'interfaccia tra ambiente di vita e lavoro, popolazioni animali ed ecosistemi. Indipendentemente da quale definizione di "One Health" venga utilizzata nei diversi continenti, il fattore comune è la interazione di tutte le professionalità e i saperi che hanno un impatto diretto o indiretto sulla salute. Per migliorare l'efficacia dell'approccio «One Health» occorre stabilire un migliore equilibrio e una sistematica interazione tra i gruppi professionali con una maggiore efficienza delle reti esistenti, in particolare tra medici e veterinari di sanità pubblica, medici di famiglia, farmacisti, epidemiologi, operatori ambientali e del settore faunistico, sociologi, economisti, giuristi, legislatori, decisori istituzionali ed esperti dello sviluppo sostenibile.

4. Stato e comunità alla prova di solidarietà nell'era pandemica

La prossimità sia nella prospettiva evolutiva del sistema sanitario, sia nella dimensione sociale che regola l'azione personale e privata (aiuto dato a una persona vicina) sfugge ad un preciso ed univoco inquadramento giuridico, muovendo dalla consapevolezza di un bisogno qualificato avvertito tra più persone, accomunate generalmente dalla vicinanza e identità territoriale. La prossimità si colloca tra i bisogni che qualificano il livello di civiltà e di progresso di un gruppo sociale, esigenza relazionale che si estrinseca nella propensione a sentire anche come propri i problemi del prossimo.

Nell'ampia cornice della prossimità di solito si registra la convergenza di una pluralità di attori: enti locali, soggetti di terzo settore (cooperazione sociale, associazionismo, organizzazioni di volontariato), soggetti informali quali gruppi di cittadini, spesso aggregati senza particolari qualifiche giuridiche e altri soggetti economici del territorio. Il profilo multiforme che contraddistingue il concetto di prossimità individua quale comune denominatore la dimensione del contatto personale, imprescindibile elemento costitutivo che trova frequenti piani di intersecazione con il concetto di solidarietà. Tra gli interventi di prossimità si celano svariati fattori positivi, ma non mancano interrogativi e criticità; possono conseguire obiettivi e generare benessere sociale disvelando le risorse incredibili di solidarietà insite nella comunità. La prossimità, tuttavia, non è associata ad elementi di certezza e supportata da veri e propri automatismi, poiché basandosi sulla persistenza di sentimenti comunitari in parte della popolazione, deve essere concepita, realizzata ed alimentata costantemente come una risorsa fondamentale da coltivare con cura.

La tendenza sociale e relazionale che caratterizza l'individuo, per natura, costituisce uno dei profili più caratterizzanti lo spirito innovativo che ha alimentato la stesura definitiva dell'apparato valoriale costituzionale, sviluppando le proprie radici nell'affermazione del principio della centralità della persona, nel passaggio dalla concezione stato-centrica a quella personalista, perfezionatosi con l'obbligo di reciproca solidarietà economica e spirituale (art. 2 Cost.) e in quel principio solidarista che, a sua volta, con la sua ampia e connaturata portata polisemica, si è irradiato nei principi fondamentali, conformando il tessuto connettivo dell'intero ordinamento⁹. Negli ultimi anni, tuttavia, numerosi sono stati i lavori di carattere

⁹ Il principio solidaristico ha trovato una prima forma di elaborazione nel corso della Rivoluzione francese mediante la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789 e nel motto ufficiale rappresentato dal trinomio Liberté, Égalité, Fraternité. Il principio giuridico solidarista rappresenta il frutto di un percorso elaborato e complesso che muovendo dal piano religioso e filosofico è passato a quello politico e giuridico, come valore presente in tutti gli ambiti della convivenza umana che ha profondamente ispirato i lavori dell'Assemblea costituente. Il tema è stato ripreso, nell'accurata disamina di A. APOSTOLI, *Il principio di solidarietà*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. I, Napoli, 2013, pp. 3-20. Un'ampia ricostruzione in L. CARLASSARRE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2016, I, pp. 43-67. L'A. riflettendo sul significato di solidarietà e sulla necessità di riaffermare il principio prescrittivo su cui si fonda l'intero sistema repubblicano, perviene alla tesi di fondo che la solidarietà non debba essere neutralizzata, per evitare che la

scientifico, dedicati al tema, nell'obiettivo di ricostruire i fondamenti teorici del principio solidaristico e le sue specificazioni nel testo costituzionale, in quella logica di stretta connessione tra personalismo e solidarietà e nel tentativo di realizzare un'integrazione più profonda tra il cittadino persona e lo Stato-comunità¹⁰.

L'emergenza epidemiologica costituisce un'occasione per svariate riflessioni e approfondite analisi delle criticità apparse nelle pur delicate scelte di tutta la comunità. La grave emergenza sanitaria ha evidenziato come sia vitale il concorso di tutti per essere fronteggiata, ponendo in evidenza quanto il ruolo dei poteri pubblici sia fondamentale e quale sia il peso del livello di collaborazione dei privati, in uno spirito di solidarietà e cura per il prossimo.

Si è detto in precedenza delle particolari criticità emerse in ordine a mezzi e strutture sanitarie, ma andrebbe allo stesso modo evidenziato quale siano state le condizioni in cui hanno operato medici e tutto il personale sanitario, definiti "eroi del nuovo millennio", per il loro costante impegno in prima linea, per aver messo in gioco le loro stesse vite, in molti casi con esito letale, a fronte di risorse a disposizione spesso esigue, vivendo infiniti e atroci momenti di abbandono sociale. Tutto il sistema sanitario rifugge dalla logica e dalla retorica degli "eroi", anche se il dato oggettivo parla di una intera comunità di sanitari e infermieri che hanno svolto il loro mestiere, con grande professionalità, con uno spirito di sacrificio enorme, ben oltre le logiche strettamente contrattuali o retributive; lo stesso sacrificio che spesso è costato loro la vita, per la tutela e la cura del prossimo, in condizioni drammatiche, rinunciando a stare con la

dignità e l'uguaglianza, principi attraverso i quali la solidarietà deve essere letta, siano privati del proprio fondamento. Occorre riaffermare tenacemente il valore normativo vincolante del principio in esame, perché è su di esso, e sui principi strettamente connessi, che si regge il sistema costituzionale repubblicano che senza il quale si sgretolerebbe, perderebbe senso, coerenza e vigore. Sulla solidarietà di fondano anche «doveri ulteriori rispetto a quelli espressi in Costituzione» come evidenziato da B. PEZZINI, in *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2003, p. 102 ss. *Ibidem*, A. MORRONE, *Solidarietà e autonomie territoriali nello stato regionale*, pp. 27-35. Sul tema e sulle criticità attuative, si rinvia sempre all'analisi di A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012; *Id.*, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2016.

¹⁰ *Ex multis*, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; *Id.*, voce "Solidarietà", in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, vol. I, pp. 1-24, il cui pensiero è stato oggetto di un recente incontro di studi dal titolo *Il valore della solidarietà...rileggendo un saggio di Serio Galeotti*, iniziativa promossa dalle Cattedre di Diritto costituzionale e di Istituzioni di Diritto pubblico dei Dipartimenti di Giurisprudenza e Scienze politiche e giuridiche dell'Università degli Studi di Messina. Nel corso del webinar, (8 aprile 2021), gli interventi di B. Pezzini, A. Morelli, L. D'Andrea hanno riportato alla luce gli studi dell'A. sul principio di solidarietà, quale valore del nostro ordinamento democratico, implicazione del principio personalistico e fondamento della nostra democrazia. Di particolare attualità, le considerazioni sulle tipizzazioni del principio di solidarietà, tra la solidarietà doverosa o fraterna (art. 2 Cost.) e l'accezione pubblica o paterna (art. 3 Cost.). Su piani di indagine diversificati, una approfondita disamina di alcuni profili correlati al principio in esame è svolta da: A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa ed enti locali: quale possibile ruolo?*, in *queste istituzioni*, 1/2021, spec. p. 115 ss.; nel quadro dell'emergenza sanitaria, anche da M. CARRER, *Comunicazione e propaganda nel governo Conte II allo scoppio dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, *ivi*, spec. 125 ss.

propria famiglia, a riposare, a poter gestire in tranquillità le proprie paure. Oggi, però, la dimensione emozionale con cui il popolo italiano ha ringraziato e ha riconosciuto il ruolo fondamentale di questi professionisti sta già fortemente scemando e il profilo solidale, forse, non è stato pienamente ricambiato.

Da un bilancio circa il comportamento assunto dalla comunità sociale nel corso dell'attuale emergenza sanitaria emerge quanto sia apparso troppo enfatizzato il sia pur legittimo clima di insofferenza per le limitazioni delle libertà e troppo spesso trascurate e limitate le azioni di solidarietà nei confronti del personale sanitario, trovatosi improvvisamente coinvolto in alcune scelte molto delicate¹¹. Si pensi alla necessità di trasferire interi pazienti o interi reparti, di rimodulare l'assetto interno del personale, di affrontare le scelte più tragiche, come curare i pazienti "no-covid" e di operare frequenti scelte tra situazioni spesso non sempre compatibili e di difficile risoluzione. Si tratta di decisioni e scelte che il medico ha dovuto assumere da solo, senza avvertire intorno un forte senso civico, senza quella percezione di solidarietà che è a fondamento della natura umana; ma il medico ha fatte e continua incessantemente a fare scelte tragiche, senza soluzione di continuità, assumendosene la piena responsabilità¹². Sono saliti di recente a 359 i medici morti in Italia durante la pandemia di Covid-19, come costantemente ricordato in un elenco aggiornato dalla Federazione nazionale Ordini dei medici chirurghi e odontoiatri (F.N.O.M.C.E.O.).

Nel drammatico quadro epidemiologico in cui la priorità è stata assegnata all'esigenza di delimitare la diffusione del contagio, il quadro dei diritti posti a tutela della vita e della salute di tutto il personale medico e degli operatori sanitari che sono stati proiettati, in prima linea, sul

¹¹ Sul punto, la dottrina ha versato una produzione particolarmente ampia, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in *Consulta on line*; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 2020, fasc. III, (Estratto-5 ottobre 2020), p. 513 ss., G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 16 giugno 2020. Interessanti spunti di riflessione sono emersi nell'intervento di A. MORRONE, *Emergenza Covid-19 e fonti del diritto*, nel corso di un webinar organizzato dalle Università di Bologna, Firenze e Perugia (8 aprile 2020), dal titolo "*Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus*", in *www.radioradicale.it*. La scelta di non assumere, soprattutto nelle situazioni di crisi di emergenza, una gerarchia di valori, rende impossibile la giustificazione, sotto il profilo costituzionale, di limitazioni ad altre libertà. In un processo di graduazione delle emergenze, la garanzia della salute e della vita dei cittadini prevale su qualsiasi altro diritto. Non può non esserci un sistema costituzionale dove al centro c'è la persona umana e nell'esperienza dell'emergenza epidemiologica occorre porre in evidenza non tanto o soltanto il tema della salute, ma il problema della vita. Diritto alla vita e alla tutela della salute che non devono essere interpretati come diritti individuali, come libertà individuali, ma come interessi della collettività, come esigenze della collettività. In gioco è il diritto a continuare ad esistere e appare difficile ritenere, in questa fase di emergenza, che la vita e la salute della collettività del popolo italiano messe a serio repentaglio, non debbano essere graduati con gli altri valori e diritti fondamentali. E ciò al di là del dato afferente alla gerarchia delle fonti, all'accennato principio di legalità e ai limiti posti dall'ordinamento agli strumenti adottati dal Governo, posto che i decreti-legge hanno comunque determinato il presupposto di "garanzia" che ha poi consentito l'adozione dei provvedimenti amministrativi restrittivi delle singole sindacate libertà. In ordine alle considerazioni qui riportate, sia consentito rinviare a F. PERCHINUNNO, *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, Bari, Cacucci, 2020.

¹² Cfr., volendo, F. PERCHINUNNO, *Rilievi giuridici sulla tutela dei operatori sanitari nell'emergenza da pandemia Covid-19*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, Ipsos, Milano, n.10/2020, p. 942 ss.

fronte dell'emergenza Covid-19, ha visto una paradossale contraddizione, essendosi generata una lesione di un diritto fondamentale alla tutela della salute, proprio in danno di coloro che sono destinati alla cura della salute altrui. L'aspetto paradossale è nel fatto che la violazione di questo diritto fondamentale si è perpetrata nel medesimo perimetro delineato dall'invocata previsione dell'art. 32 Cost. sicché, contrariamente alle altre sfere di libertà intaccate, non può parlarsi di vero e proprio bilanciamento, né di contemperamento di distinti valori costituzionali, ma di una aberrante contraddizione interna, verificatasi nel percorso attuativo della medesima sfera di tutela¹³. Se esiste un inviolabile diritto alla cura e alla tutela della salute del paziente, parimenti esiste e deve essere garantito un diritto alla tutela della salute di tutti gli operatori sanitari che non può subire lesioni o compressioni, anche solo per una ragione di uniformità interpretativa ed attuativa delle suindicate garanzie¹⁴.

L'assenza di pregnante tutela per i medici e per il personale sanitario nella gestione dell'emergenza può leggersi come una grave e contraddittoria lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. e ha determinato, tra l'altro, una situazione di incoerenza nel quadro sistematico di valori costituzionali e di doveri inderogabili di eguaglianza e solidarietà sociale¹⁵. Non a caso, ha colpito profondamente l'opinione pubblica l'eco del disperato appello di un numero elevatissimo di medici che sono intervenuti a tutela della salute di tutti i cittadini, sollecitando l'adozione di congrue ed omogenee misure in tutte le Regioni a supporto della medicina territoriale. La disperata sollecitazione è stata spinta dallo spirito di solidarietà e dal rigoroso rispetto del proprio ruolo socio-lavorativo, solo al fine di consentire un adeguato livello operativo per

¹³ Sul punto, sia consentito rinviare a: F. PERCHINUNNO, *Covid-19 e tutela degli operatori sanitari*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica, Contributo sulla nuova questione sociale*, ADAPT University press, Bergamo, 2020.

¹⁴ Per una disamina approfondita dei commenti all'art. 32 Cost., si v. M. LUCIANI, *Salute*, I, (diritto alla salute-diritto costituzionale), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, p.1 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in *Comm. Cost.*, G. Branca (a cura di), *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Roma, Bari 1976 p. 167 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost.*, Utet, Torino, 2006, p. 655-674. Il diritto alla salute, come diritto sociale fondamentale, viene tutelato anche dall'art. 2 Cost. («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»); essendo, inoltre, intimamente connesso al valore della dignità umana (diritto ad un'esistenza degna) rientra nella previsione dell'art 3 Cost. («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»).

¹⁵ Il suo significato essenziale sta nella pretesa del singolo all'astensione da parte di tutti da qualsiasi comportamento che possa mettere a repentaglio l'integrità della salute e fisica e psichica dell'individuo, coerentemente a una concezione integrale della persona umana (art. 2 Cost.). Sul punto, si v. M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino 2003, p. 64 ss.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.; A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 2 ss.

esercitare con diligenza le competenze cliniche, attivare immediatamente e senza ostacoli burocratici le prescrizioni caso per caso ritenute opportune (tamponi, Rx e/o TC, ecografia polmonare anche domiciliare), al fine di una rapida diagnosi e trattamento.

Quello stesso spirito di solidarietà che ha radici profonde nella nostra Costituzione e di cui si è detto in premessa non sempre è stato “contraccambiato” nei confronti degli operatori sanitari, causando gravi disagi personali e familiari¹⁶. Alla luce di quanto emerso in questo periodo così complesso per tutto il Paese, occorre una riflessione sul quadro di tali violazioni di diritti inviolabili della persona, tra cui il precitato principio di solidarietà, affinché in futuro non si verificino ulteriori fenomeni di sia pur parziale isolamento e abbandono di categorie professionali¹⁷ e ciò considerando che la proiezione solidaristica del diritto alla cura e alla salute non può spingersi ad esser interpretato nella sua declinazione individualistica¹⁸.

Occorre rinsaldare lo spirito di solidarietà nel complesso percorso di ricerca dei livelli imprescindibili di tutela della dignità dell’uomo e del principio solidaristico, così intensamente invocati dai Padri e della Madri costituenti, affinché la comunità possa ritrovarsi in un forte afflato solidale; l’emergenza dovrà risvegliare le coscienze riportando il concetto sacro di “salute” entro un perimetro meno limitato ed egoistico, imperniato uniformemente sulla tutela dei diritti assoluti e dei doveri inderogabili di cooperazione e reciproco sostegno. La sfida è

¹⁶ Particolarmente complessa, nel corso dell’emergenza, è apparsa la ricerca degli strumenti più idonei a fronteggiare la diffusione del virus; parimenti intrisa di la ricerca della sinergia tra la scienza medica e gli interventi normativi/amministrativi. Riemerge, tra gli altri, il tema delle diversità dei modelli regionali di erogazione delle prestazioni socio-sanitarie, i cui profili necessitano di autonoma trattazione; una ricostruzione puntuale e sistematica si apprezza in M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 9-33; M. BELLETTI, *“Livelli essenziali delle prestazioni” e “contenuto essenziale dei diritti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO(a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004; L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *federalismi.it*, 22, 2017, pp. 1-11; R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, in *Le Regioni*, n. 6, 2002, p. 1447; A. D’ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, *ivi*, 2003, pp. 1063-1140. Volendo, anche F. PERCHINUNNO, *Principio di solidarietà e tutela della salute nell’era covid-19*, in R. PAGANO-A. SCHIEDI (a cura di), *Identità, pluralità, diversità. Il riconoscimento, ovvero l’essere per l’altro*, Quaderni del Dipartimento jonico in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo, Ed. Djsge, n.13/2020, p. 278 ss.

¹⁷ Il ruolo dello Stato è anch’esso variegato come riflesso della complessità del contenuto del bene oggetto di protezione: per realizzare la protezione dell’integrità psico-fisica o la salubrità dell’ambiente esso si impegna “negativamente” ossia si astiene da azioni che comporterebbero la lesione dei relativi diritti; per garantire, invece, il diritto ai trattamenti sanitari l’impegno delle Istituzioni è attivo, perché affinché i titolari ne possano godere effettivamente esse debbono predisporre le strutture e ogni altra condizione necessaria per offrire l’assistenza sanitaria. La libertà correttamente concepita non esige affatto alcuna forma di totale indipendenza dallo stato; al contrario, un governo che interviene assicura i presupposti necessari per la libertà individuale. Un paese in cui le libertà sono garantite non può cancellare le dipendenze dei singoli e dei gruppi dallo Stato.

¹⁸ Cfr. sul punto, sia pur in una prospettiva parallela, la lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute di M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid, 11 marzo 2020.

ardua, «...la posta in gioco è alta: una vita diversa per tutti nella società solidale sognata dai Costituenti»¹⁹.

¹⁹ Così, L. CARLASSARRE, *Solidarietà: un progetto politico*, op. cit., p. 67.

queste istituzioni

**I diritti degli animali
nella Costituzione indiana e
nel dibattito della riforma
della Costituzione italiana**

Vincenzo Pepe

Numero 2/2021
30 luglio 2021

I diritti degli animali nella Costituzione indiana e nel dibattito della riforma della Costituzione italiana

di Vincenzo Pepe*

Sommario

1. Costituzione e animali in India. – 2. Lo sviluppo del concetto di diritti animali nell’attivismo giudiziario indiano. – 3. Un caso giurisprudenziale (precursore) all’attenzione della Supreme Court of India. – 4. Il caso *Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors on 7 May, 2014*. – 5. Conclusioni comparative: la riforma dell’art. 9 della Costituzione italiana e la tutela degli animali.

Sintesi

La Costituzione indiana costituisce, sul piano comparativo, un’esperienza di grande interesse per la tutela dei diritti degli animali. La tendenza attuale della magistratura indiana è quella di estendere la portata dei diritti costituzionali – e l’applicazione dell’articolo 21 della Costituzione – anche agli animali e agli uccelli, oltre che ai cittadini o alle persone. Quello indiano rappresenta un modello precursore per il riconoscimento dei diritti degli animali: fondato sull’idea della sacralità di alcune specie animali, esso rappresenta un’esperienza cui guardare con attenzione in vista della riforma dell’art. 9 della Costituzione italiana “in senso ambientale”, che dedica spazio anche agli animali.

Abstract

From a comparative perspective the Indian Constitution represents a very interesting model for the animal protection rights. Currently, the trend of the Indian judicial power is to broaden the scope of Constitutional Rights, as well as the application of Article 21, not only to citizens and people, but also to animals and birds. This legal model is based on the sacral status that some animal species have and provides a precursor experience for the protection of animal rights. It should be studied deeper assuming a more “environmental point of view” in the perspective of the future reform of the Article 9 of the Italian Constitution, which dedicates space to animals.

Parole chiave

Diritto degli animali; Costituzione indiana; Sacralità animale e giudici indiani; Riforma art. 9 in Italia e diritti degli animali.

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università della Campania “L. Vanvitelli”.

1. Costituzione e animali in India.

*“The greatness of a nation and its moral progress can be judged
by the way its animals are treated.”*
(Mahatma Gandhi).

La Costituzione indiana riconosce la santità della vita animale e stabilisce la protezione ed il trattamento dignitoso degli animali come un dovere fondamentale di tutti i cittadini. La cornice costituzionale si scompone in tre parti: nella Parte III, tra i diritti fondamentali, nella Parte IV, tra i principi direttivi della politica dello Stato, nella parte IV-A, dedicata ai doveri fondamentali.

Quanto alla parte dei diritti fondamentali, l'art. 21 stabilisce il diritto alla vita ed è stato considerato «la *magna charta* procedurale protettiva della vita e della libertà», affermando che «Nessuna persona può essere privata della sua vita o libertà personale se non secondo le procedure stabilite dalla legge». La Suprema Corte indiana ha accolto una lettura estensiva della disposizione in commento e, con riferimento ai diritti degli animali, li ha ricondotti all'alveo del diritto alla vita come nel caso *Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja&Ors.*

Lo *Jallikattu* è uno sport tradizionale praticato nello stato indiano del Tamil Nadu che ha coinvolto diverse morti umane nel corso degli anni, accanto alle preoccupazioni per il benessere degli animali. Esso è stato bandito nel 2011 dal Ministero dell'Ambiente e delle Foreste, che ha vietato l'uso di tori come animali da tiro. Tuttavia, tale sport ha continuato ad essere praticato in determinate regioni ed in contrasto con il regolamento Tamil Nadu del *Jallikattu Act* (2007).

La Corte Suprema si è peraltro pronunciata a favore dell'AWBI, l'associazione che ha cercato di far rispettare la proibizione di questo sport, ed ha confermato l'applicazione del divieto di *Jallikattu*. Essa ha ritenuto che l'articolo 51 A (g) della Costituzione sia la «magna carta dei diritti degli animali» e ha formulato diverse osservazioni per salvaguardare la “vita” degli animali ai sensi dell'articolo 21.

Con riguardo all'art. 21 la Suprema Corte ha infatti stabilito che ogni specie ha diritto alla vita e alla sicurezza, nel rispetto della legge della terra, che include la privazione della propria vita al di fuori della necessità umana. L'art. 21 protegge la vita, intendendo quest'ultima in un'accezione ampia, dunque tutte le forme di vita, compresa quella animale, ricadono nella formulazione dell'art. 21. La *Supreme Court* ha inoltre precisato che per quanto riguarda gli animali, “vita” significa qualcosa di più della semplice sopravvivenza o mera esistenza strumentale all'esistenza umana, propugnando un concetto di esistenza animale recante un valore intrinseco, in una parola, dignità.

L'art. 48 della Costituzione indiana poi, tra i principi direttivi della politica statale, afferma che «Lo Stato si adopererà per organizzare l'agricoltura e l'allevamento su basi moderne e scientifiche e, in particolare, si adopererà per preservare e migliorare le razze e vietare la macellazione delle vacche, dei vitelli e degli altri bovini da traino». La macellazione del bestiame, in particolare la macellazione della mucca, è una questione profondamente controversa in India a causa del valore sacro di questi animali. Recentemente (*State of Gujarat v. Mirzapur Moti KureshiKassabJammat, 2005*) la Corte Suprema ha affermato che l'art. 48 comporta il totale divieto della macellazione delle vacche e della loro progenie; ha inoltre affermato che il bestiame che ha servito la specie umana deve essere trattato con compassione nella sua vecchiaia e che la lettura combinata degli articoli 48 e 51A della Costituzione prescrivono che i cittadini mostrino compassione per il regno animale.

L'articolo 48A – aggiunto dal 42° emendamento del 1976 – stabilisce il principio direttivo della protezione e del miglioramento dell'ambiente e la salvaguardia delle foreste e della fauna selvatica. Esso recita: «Lo Stato si adopera per proteggere e migliorare l'ambiente e salvaguardare le foreste e la fauna selvatica del paese» e può diventare esecutivo nell'ambito del diritto alla vita ai sensi dell'art. 21.

Infine, nella parte dedicata ai doveri fondamentali, l'art. 51A afferma il dovere di tutti i cittadini indiani di proteggere e migliorare l'ambiente naturale comprese le foreste, i laghi, i fiumi, la fauna e di avere compassione per le creature viventi. Come interpretato in *Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja&Ors.*(2014), la compassione per tutte le creature viventi include la preoccupazione per la loro sofferenza e il loro benessere. In *Stato del Gujarat v. Mirzapur Moti KureshiKassabJammat&Ors.* (2005), la Corte suprema ha stabilito che l'intenzione del Parlamento di emanare l'articolo 51A era quella di leggerlo in combinato disposto con gli articoli 48 e 48A, assicurando che lo spirito di tutte le disposizioni sia rispettato.

Come accennato, nel diritto indiano e, più in generale, nella cultura dell'India è notoria la sacralità della mucca e dei bovini. Tra i vari animali sacri per la religione induista, la posizione di massimo rilievo spetta alla *vacca sacra*. Per l'induismo, infatti, i bovini sono sacri, e in special modo lo è la vacca che rimanda alla fertilità e all'abbondanza, e simboleggia la generosità della terra.

La Costituzione indiana, com'è noto, ha inserito tra i doveri fondamentali dei cittadini quello di «proteggere e migliorare l'ambiente naturale, e avere compassione per le creature viventi» in conformità con il concetto buddista e gandhiano di rispetto per tutti gli esseri, umani e non umani, capaci di sofferenza

L'art. 48 della Costituzione indiana vieta infatti la macellazione di vacche e vitelli. La macellazione e la vendita della loro carne è punibile con sanzioni o, nei casi più gravi (e negli stati più severi) con l'imprigionamento: «*The State shall endeavour to organise agriculture and*

animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle»

L'art. 48A stabilisce inoltre: «*The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country*».

Secondo la Costituzione¹, lo Stato si impegna a organizzare agricoltura e zootecnia su linee moderne e scientifiche e, in particolare, adotterà misure per preservare e migliorare le razze e vietare la macellazione di mucche e vitelli e altri bovini da latte e da tiro.

Nel 1949, anno in cui è stato redatto l'articolo 48, l'intento era in realtà quello di tutelare gli allevatori in quanto l'animale rappresentava e rappresenta tutt'ora un'ingente fonte di guadagno.

Di grande interesse è stato il dibattito in India sulla previsione, durante il primo governo Modi, di istituire un Ministero per le Mucche.

In questo quadro di grande interesse per il diritto e la religione, l'uccisione di una mucca in India, oggi, può subire una condanna dai 5 ai 14 anni.

È recente il caso in cui alcune persone, tra le quali una donna, sono state arrestate nel distretto di Hapur, nello Stato dell'Uttar Pradesh, con l'accusa di avere ucciso delle mucche.

Non meraviglia dunque che la protezione delle mucche sia uno dei pilastri propagandistici del partito al governo: in diverse occasioni il Ministro della difesa Nirmala Sitharaman, ha infatti sottolineato che la tutela delle mucche è prevista nel preambolo della Costituzione indiana².

L'esperienza indiana, anche per queste ragioni, rappresenta sul piano comparativo un importante modello di tutela costituzionale degli animali che andrebbe ulteriormente approfondito e studiato.

2. Lo sviluppo del concetto dei diritti animali nell'attivismo giudiziario indiano

La tendenza attuale della magistratura indiana è stata quella di ampliare la portata dei diritti costituzionali, così come l'articolo 21, non solo per i cittadini o le persone, ma anche per gli animali e gli uccelli.

La Suprema Corte ha avallato una lettura estensiva dell'art. 21, e così anche le Alte Corti in vari Stati stanno seguendo lo stesso orientamento nello sviluppo dei diritti degli animali in India. La *High Court of Tripura* ha bandito il sacrificio di animali in quanto la parola "vita"

¹Si veda il testo della Costituzione indiana in https://www.india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf.

² Si veda sul punto l'articolo *L'animale sacro. Cinque in manette in India per aver ucciso alcune mucche*, in *Redazione Esteri*, venerdì 10 maggio 2019 su "Avvenire" in <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/india-mucche>.

nell'articolo 21 della Costituzione indiana è abbastanza ampia da includere ogni organismo vivente e togliere loro la vita deve anche essere in conformità con il giusto processo di legge. Peraltro, il sacrificio di animali in nome della religione non è consentito dalla legge ed il diritto di offrire un animale in sacrificio non è una parte integrante ed essenziale del diritto a professare la propria religione, protetta ai sensi dell'articolo 25(1) della Costituzione.

Ma se la Corte Suprema dell'India si è distinta costantemente per protezione delle risorse naturali sin dall'indipendenza del paese, a partire dagli anni '70 la Corte ha dedicato un forte impegno per la conservazione dell'ecologia e degli animali selvatici nella natura, ed il trend attuale è quello di sviluppare la protezione della vita animale non in funzione dell'esistenza umana ma per la natura stessa.

A tal riguardo, con i casi *Centre for Environmental Law, WWF vs. Union of India* e, più recentemente *T.N. Godavarman Thirumulpad vs. Union of India* si registra un cambiamento nel paradigma ambientalista in India, da quello antropocentrico a quello ecocentrico, dove la natura viene posta al centro, gli esseri umani sono parte della natura e gli esseri non umani hanno un valore intrinseco.

Una delle più recenti decisioni che si inseriscono nel trend – seguito da tutte le Corti dell'Unione Indiana – di adottare una concezione non più antropocentrica ma eco-centrica nell'affrontare i temi legali che concernono la protezione degli animali e dell'ambiente, proviene dalla *High Court of Punjab and Haryana* (caso *Karnail Singh and others v. State of Haryana*, 2019). Questa decisione ha riconosciuto tutti gli animali come enti dotati di personalità giuridica e tutti i cittadini sono costituiti *in loco parentis*, ovvero possono agire in giudizio come garanti degli animali non-umani.

La decisione in commento trova un precedente in *Welfare Board of India v. Nagaraja and Ors*, che, tra le altre cose, ha riconosciuto l'estensione dell'art. 21 agli animali, riconoscendo il diritto ad una vita dignitosa con lo scopo di evitare che gli animali siano privati dei loro diritti illegittimamente ed arbitrariamente. Questo inciso della decisione si inserisce in una più ampia concessione di personalità a corporazioni, idoli, sacre scritture e fiumi. Così facendo, la Corte ha riconosciuto che il concetto di personalità giuridica si è evoluto grazie alle scoperte scientifiche, l'evoluzione degli standard di moralità e l'esperienza umana, così da includere non solo tutti gli esseri umani, ma tutti gli animali. La Corte ha argomentato che si tratta di un obbligo morale e legale ai sensi della dottrina dei *parens patriae* – che consiste nel potere dello Stato di agire come custode per coloro che non sono in grado di prendersi cura di se stessi come i bambini o gli individui disabili – proteggere i diritti degli animali, e che i tribunali si trovano in una posizione unica, avendo la possibilità di modificare lo status giuridico degli animali, recependo i cambiamenti culturali del tessuto sociale e dei principi giuridici esistenti.

3. Un caso giurisprudenziale (precursore) all'attenzione della Supreme Court of India

La decisione resa dalla Corte Suprema indiana –*Supreme Court of India Animal Welfare Board Of India vs A.Nagaraja&Ors. on 7 May, 2014* –nella sua funzione di giurisdizione civile di appello, ha ad oggetto l'appello proposto dall'*Animal Welfare Board of India* contro A. Nagaraja e altri [Civil Appeal No. 5387 Of 2014], che è stato riunito con altri giudizi³.

La Corte è chiamata a pronunciarsi, nella prospettiva dei diritti degli animali, sulla liceità di taluni spettacoli tradizionali, come il *Jallikattu* tipico dello Stato del Tamil Nadu e le corse tra carri trainati da buoi (le *Bullock-cartraces*) che si tengono nello Stato del Maharashtra, con particolare riferimento alle previsioni del *Prevention of Cruelty to Animals Act, 1960* (PCA Act), al *Tamil Nadu Regulation of Jallikattu Act, 2009* (*TNRJ Act*) e alla *notification* del 11.7.2011 emessa dal Governo centrale ai sensi della *Section 22(ii)* del *PCA Act*.

L'appellante AWBI (*Animal Welfare Board of India*), che è uno *Statutory Board* istituito per la promozione del benessere degli animali e allo scopo di proteggere gli stessi da pratiche che arrechino loro sofferenze non necessarie, ha dedotto in giudizio – comprovando tramite rapporti, affidavit e fotografie le modalità tramite le quali detti spettacoli vengono condotti – che le gare di *Jallikattu* e le *Bullock-cartraces* violano le disposizioni del PCA, in particolare la *Section 3* e la *Section 11(1)(a)* e (m) del *PCA Act*, lette in combinato disposto con gli articoli 51A(g) e 21 della Costituzione.

In estrema sintesi, nei casi in esame, si discute della legittimità di tali pratiche che hanno un significato storico, culturale o religioso (tenendosi anche al termine della stagione del raccolto e talvolta anche durante le feste del tempio), a fronte di una paventata crudeltà delle stesse, tenuto altresì conto del provvedimento emesso dal *MoEF* in data 11.7.2011, che vietava la mostra dei tori o l'addestramento come animali da spettacolo.

La Corte, partendo dall'esame dell'etologia comportamentale dei tori e ricostruita l'origine e lo svolgimento dello *Jallikattu* e delle *Bullock-cart race*, prende atto che nonostante le varie *directions* dalla stessa emanate, le disposizioni del *TNRJ Act* e le restrizioni previste nello Stato del Maharashtra, nessuna azione è stata intrapresa dalle Autorità chiamate a verificare l'avvenuta esecuzione delle medesime al fine di garantire che gli animali non siano sottoposti a trattamenti crudeli.

Esaminate le misure adottate dai Governi, per cui una serie di attività sono state vietate, la Corte arriva a vagliare se gli spettacoli che si svolgono ancora nei sovra richiamati Stati violano le *Sections 3, 11(1)(a)* e (m), 21 e 22 del *PCA Act* con riferimento anche agli articoli 51A(g) e (h) della Costituzione e alla *notification* del 11.7.2011.

³ *Civil Appeal* no. 5388 of 2014, nos. 5389-5390 of 2014, no. 5391 of 2014, no. 5392 of 2014, no. 5393 of 2014, no. 5394 of 2014, *Writ Petition* (C) no.145 of 2011 e *T.C.* (C) nos. 84, 85, 86, 97, 98 and 127 of 2013.

Ricostruito dunque il contenuto delle norme del *PCA Act* e in particolare della *Section 11(3)*, che individua delle eccezioni alle previsioni della *Section 11(1)*, che disciplina invece le fattispecie integranti trattamenti crudeli nei confronti degli animali, la Corte richiama la dottrina della necessità, ribadendo tuttavia che «*Entertainment, exhibition or amusement do not fall under these exempted categories and cannot be claimed as a matter of right under the doctrine of necessity*».

Ancora la Corte analizza la disciplina dedicata ai *performing animals* (animali da esibizione) di cui tratta la *Section 22* del *PCA Act*, chiarendo tuttavia che i tori non possono essere considerati tali, ma sono costretti a esibirsi in violazione delle *Sections 3* e *11 (1)* del *PCA Act*.

In effetti le *Performing Animals Rules* (1973) definiscono *performing animal* «any animal which is used at, or for the purpose of any entertainment to which public are admitted through sale of tickets», circostanza questa che non ricorre nel caso in esame, di tal che la disposizione di cui sopra non può trovare applicazione nel caso di specie.

Tuttavia, indipendentemente da quanto testé rappresentato, la Corte richiama la *Section 11(1)(m)* ed evidenzia che «*Inciting the Bull to fight with another animal or human being matters little, so far as the Bull is concerned, it is a fight, hence, cruelty*», conclude «*Jallikattu, Bullock-cart Race, therefore, violate not only Sections, 3, 11(1)(a) & (m) and Section 22, but also the notification dated 11.7.2011 issued by the Central Government under Section 22(ii) of the PCA Act*».

Invero, la Corte si spinge finanche ad esaminare il profilo propriamente culturale e tradizionale delle pratiche in questione, soffermandosi altresì sull'approccio del diritto internazionale rispetto al tema del benessere degli animali.

Con riguardo al primo aspetto, premettendo che il contenuto del *TNRJ Act* fa riferimento ad elementi culturali e tradizionali risalenti ma che non hanno alcun significato religioso, la Corte afferma che gli stessi non promuovono le pratiche del *Jallikattu* o del *Bullock Cart Race*, nella forma in cui sono di recente condotte, in quanto, al contrario, il benessere e salute del toro appartengono alla cultura e alla tradizione Tamil, che adora il toro poiché lo stesso è considerato un veicolo del Signore Shiva. Invero, lo *Yeru Thazhuvu*, nella tradizione *Tamil*, prevede di abbracciare i tori e non di sfidarli per dare dimostrazione dell'umano coraggio.

L'argomentazione giuridica utilizzata dalla Corte, nel richiamare la decisione *N. Adithayan v. Thravancore Dewaswom Board and Others* del 2002 (8 SCC 106), è la seguente:

«*Any custom or usage irrespective of even any proof of their existence in pre-constitutional days cannot be countenanced as a source of law to claim any rights when it is found to violate human rights, dignity, social equality and the specific mandate of the Constitution and law made by Parliament. No usage which is found to be pernicious and*

considered to be in derogation of the law of the land or opposed to public policy or social decency can be accepted or upheld by courts in the country (...)

As early as 1500-600 BC in Isha-Upanishads, it is professed as follows:

The universe along with its creatures belongs to the land. No creature is superior to any other. Human beings should not be above nature. Let no one species encroach over the rights and privileges of other species».

E dunque, ad opinione della Corte, «*this is the culture and tradition of the country, particularly the States of Tamil Nadu and Maharashtra*».

La ratio del *PCA Act*, dunque, viene individuata nel tentativo di attuare una riforma basata su principi eco-centrici, riconoscendo un valore intrinseco agli animali, al fine di salvaguardare il benessere degli stessi ed evidentemente di superare antiche pratiche.

Con riferimento al secondo profilo, preso atto che non esiste alcun accordo internazionale che garantisca il benessere e la protezione degli animali, la Corte riconosce che nell'ambito del diritto ambientale internazionale vi è stato un lento passaggio dall'approccio antropocentrico ad un approccio maggiormente incentrato sui diritti della natura.

La Corte rammenta, sul punto, di aver accettato e applicato i principi eco-centrici nella sua giurisprudenza, richiamando all'uopo le decisioni *T.N. GodavarmanThirumulpad v. Union of India and Others* (2012) 3 SCC 277, *T.N. GodavarmanThirumulpad v. Union of India and Others* (2012) 4 SCC 362 e la *Centre for Environmental Law World Wide Fund – India v. Union of India and Others* (2013) 8 SCC 234.

Al pari vengono richiamate le esperienze di paesi quali la Germania, la Svizzera, l'Austria e la Slovenia, che, sulla scorta di detti principi, hanno introdotto in Costituzione la tutela dei diritti degli animali, ma altresì la legislazione straniera come l'*Animals Welfare Act* adottato nel 2006 nel Regno Unito, l'*Austrian Federal Animal Protection Act* o l'*Animal Welfare Act*, 2010 norvegese.

Da ultimo la Corte evoca la *Universal Declaration of Animal Welfare (UDAW)* e l'attività dalla *World Health Organization of Animal Health (OIE)*, in particolare le sue Linee-guida, che al capitolo 7.1.2 individuano le cinque libertà riconosciute a livello internazionale per animali (*freedom from hunger and thirst; freedom from discomfort; Freedom from pain, injury and disease; freedom to express normal behaviour; freedom from fear and distress*) e consacrate dal *Farm Animal Welfare Council* nel 2009, anche note come “*Brambells Five Freedoms*”.

Tali libertà trovano peraltro riconoscimento nelle *Sections* 3 e 11 del *PCA Act*, tuttavia le stesse costituiscono esclusivamente degli *statutory rights*, che – ad opinione della Corte – dovrebbero essere elevati allo status di diritti fondamentali, tramite una lettura in combinato disposto delle norme sopra richiamate con l'articolo 51 A (g) e (h) della Costituzione, che è la «magna carta dei diritti degli animali».

Difatti l'art. 51 A, che rientra nella Parte IV-A dedicata ai Fundamental Duties, prevede, alla lettera (g) che è dovere dei cittadini «(...) *to have compassion for living creatures*» e alla lettera (h) «*to develop the scientific temper, humanism and the spirit of inquiry and reform*». In particolare, curare il benessere e la salute degli animali e il dovere di impedire di infliggergli dolore o sofferenza costituiscono, secondo la Corte, i principi dell'umanesimo di cui all'articolo 51 A (h).

4. Il caso Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors. on 7 May, 2014

Nel percorso argomentativo che conduce al *decisum*, la Corte Suprema perviene ad un esame del concetto di “*speciesism*” coniato da Richard Ryder e, qualificate le attività di *Jallikattu* e le *Bullock-cartraces* come attività non essenziali, afferma:

«Every species has a right to life and security, subject to the law of the land, which includes depriving its life, out of human necessity.

Article 21 of the Constitution, while safeguarding the rights of humans, protects life and the word life has been given an expanded definition and any disturbance from the basic environment which includes all forms of life, including animal life, which are necessary for human life, fall within the meaning of Article 21 of the Constitution. So far as animals are concerned, in our view, life means something more than mere survival or existence or instrumental value for human-beings, but to lead a life with some intrinsic worth, honour and dignity.

Animals well-being and welfare have been statutorily recognised under Sections 3 and 11 of the Act and the rights framed under the Act».

Trovano così affermazione e riconoscimento vari diritti in favore degli animali, come quello di vivere in un'atmosfera sana e pulita, di non subire percosse o torture e, in generale, di ottenere protezione rispetto all'inflizione di dolore o sofferenza non necessari, ma anche il diritto al cibo, alla dignità e al trattamento equo.

Ritenuto pertanto che le *Sections* 21 e 22 del PCA Act debbano essere interpretate alla luce dei diritti conferiti agli animali dalla *Section* 3, interpretata congiuntamente alle *Sections* 11(1)(a) e (o) e agli Articoli 51A(g) e (h) della Costituzione, la Corte Suprema statuisce che i tori non debbano essere usati come animali da spettacolo per lo *Jallikattu* e per le corse con i carri.

Da ultimo, la Corte vaglia la compatibilità tra le disposizioni del *TNRJ Act*, che è un atto del singolo Stato, e quelle del *PCA Act*, trattandosi di leggi vertenti su una materia (n. 17) che rientra nella concurrent list. Operata una ricostruzione della *doctrine of repugnancy* e rievocata la giurisprudenza alla stessa relativa, con particolare riferimento al caso della incoerenza e

inconciliabilità tra disposizioni di due diverse fonti dotate di diversa competenza, la Corte dichiara l'incostituzionalità del *TNRJ Act* perché viola l'art. 254(1) della Costituzione.

Così, testualmente: «*PCA Act, therefore, cast not only duties on human beings, but also confer corresponding rights on animals, which is being taken away by the State Act (TNRJ Act) by conferring rights on the organizers and Bull tamers, to conduct Jallikattu, which is inconsistent and in direct collision with Section 3, Section 11(1)(a), 11(1)(m)(ii) and Section 22 of the PCA Act read with Articles 51A(g) & (h) of the Constitution and hence repugnant to the PCA Act, which is a welfare legislation and hence declared unconstitutional and void, being violative of Article 254(1) of the Constitution of India*». Conseguentemente, la Corte – accogliendo l'appello dell'Animal Welfare Board of India e quindi confermando il provvedimento emesso l'11.7.2011 dal Governo centrale, per cui i tori non potranno essere utilizzati come animali da esibizione, sia per gli eventi di *Jallikattu* che per le corse di carri tanto nello Stato del Tamil Nadu e del Maharashtra che altrove nel paese – impartisce una serie di *directions*. Tra queste, senza dubbio, risultano di massima rilevanza: la n. 2 per cui le cinque libertà degli animali devono essere protette e tutelate dagli Stati, dal Governo centrale, dai Territori dell'Unione (in breve dai Governi), dal MoEF e dall'AWBI; la n. 3 e 4, per cui l'AWBI e i Governi dovrebbero intraprendere azioni appropriate sia per verificare che le persone responsabili della cura degli animali adottino misure ragionevoli per garantire il benessere degli stessi, che per prevenire l'inflizione di dolori o sofferenze inutili sugli animali; ancora la n. 7, per cui l'AWBI e i Governi dovrebbero prendere provvedimenti per impartire un'educazione in relazione al trattamento degli animali conformemente alla *Section 9* (k) che porta avanti i valori degli articoli 51 A (g) e (h) della Costituzione; la n. 8, poi, suggerisce che il Parlamento apporti una modifica adeguata del *PCA Act*, prevedendo sanzioni adeguate a fronte della violazione della Sezione 11 e, non da ultimo, la n. 9 per cui si dovrebbe fornire tutela costituzionale ai diritti degli animali.

5. Conclusioni comparative: la riforma dell'art. 9 della Costituzione italiana e la tutela degli animali.

Sul piano comparativo, il caso indiano costituisce una esperienza emblematica di tutela effettiva del diritto degli animali a cui si guarda con attenzione e a cui fanno riferimento i comparatisti.

Il giurista dell'ambiente e anche il comparatista non può non tener conto che l'Alta Corte del Punjab e dell'Haryana hanno dichiarato che l'intero regno animale in questi territori ha legalmente gli stessi diritti, doveri e responsabilità degli esseri umani. Anche la Corte Suprema indiana ha confermato i diritti in favore degli animali, come quello di vivere in un'atmosfera sana e pulita, di non subire percosse o torture e, in generale, di ottenere protezione rispetto

all'inflizione di dolore o sofferenza non necessari, ma anche il diritto al cibo, alla dignità e al trattamento equo.

Tra i due modelli giuridici, quello indiano e quello italiano, vi è sicuramente un divario molto grande; si tratta di approcci giuridici diversi che sono il risultato di un modello culturale, religioso, antropologico e sociale assai differente e che viene da lontano e che affonda le radici nella sacralità indiana della specie animale.

Il caso indiano è l'occasione per interrogarsi, oggi, sulla natura degli animali come esseri senzienti, dotati di una loro personalità, la personalità animale, che potrebbe essere intesa, a nostro avviso, come una sorta di *tertium genus* accanto alle persone e ai beni. Si pensi al modello francese⁴ in cui la legislazione statale sin da subito ha intrapreso iniziative volte a garantire la tutela degli animali, sul piano scientifico, della ricerca e nel settore agricolo⁵.

In Italia, in questi ultimi tempi, anche il legislatore ha iniziato a dedicare attenzione al tema al fine di conferire una dignità costituzionale agli animali. In questo quadro va dedicata una considerazione alla riforma costituzionale italiana, in "senso ambientale", che sta caratterizzato l'attuale dibattito parlamentare e che sembra consegnare uno spazio di tutela costituzionale agli animali⁶.

La Corte costituzionale, in mancanza di un esplicito riferimento all'ambiente, all'ecosistema, alla biodiversità, al rispetto degli animali e allo sviluppo sostenibile, ha tradizionalmente riconosciuto l'importanza della tutela dell'ambiente interpretando l'attuale articolo 9, insieme con l'articolo 32 della Costituzione. Quest'ultimo riconosce la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Il 19 giugno 2021 è stata approvata, come è noto, in prima deliberazione al Senato la Proposta di Legge costituzionale recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente». Il progetto di legge costituzionale C. 3156, approvato dall'Assemblea del Senato in un testo unificato (S. 83 e abbinati), modifica l'articolo 9 e l'articolo 41 della Costituzione, al fine di introdurre la tutela dell'ambiente nei principi fondamentali.

⁴ P. BILLET, *L'animal, prétexte d'une analyse renouvelée des relations juridiques entre l'homme et l'environnement*, in *Les cahiers de la justice*, Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature, n. 4/2019, pp. 695-705. Per un approfondimento si veda P.-J. DELAGE, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal*, Thèse, Limoges, 2013. V. D. MÜLLER ET H. POLTIER (dir.), *La Dignité de l'animal. Quel statut pour les animaux à l'heure des technosciences ?* Genève, 2000, coll. «Le champ éthique».

⁵ L. COLELLA, *La «loi agriculture et alimentation» nel modello francese: il primo passo per l'affermazione del «diritto al cibo sano e sostenibile» come valore costituzionale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 6/2018, 1-9. B. STEFANON, G. PULINA, M. MELE, (a cura di), *Allevamento animale e sostenibilità ambientale. Le tecnologie*, Milano, 2018.

⁶ D. CERINI, *Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l'esigenza di una riforma*, in *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/2 27-38.

La riforma dell'art. 9 – posto tra i principi fondamentali – prevede l'inserimento di un terzo comma, che recita: «[la Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; mentre l'art. 41 – nella parte prima, dedicato all'iniziativa economica privata – verrebbe riformato mediante l'inserimento, al secondo comma, del divieto di «arrecare danno alla salute, all'ambiente [...]», e, alla fine del terzo comma, con la parola «ambientali» dopo «sociali»⁷.

Il risultato della riforma prospettata, da leggere in combinato disposto con l'attuale tenore dell'art. 117, che pone la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella tutela dell'ambiente, consisterebbe nella cristallizzazione di uno statuto forte di tutela del valore ambientale. La modifica dell'art. 41, in particolare, finirebbe col fissare a monte un bilanciamento di interessi tra l'ambiente e lo sviluppo economico, declinandolo secondo l'idea dello sviluppo sostenibile.

Accogliendo con favore le prospettive di riforma della Costituzione italiana in senso ambientale, soprattutto in virtù della rottura del tabù della modifica dei principi fondamentali, non si può non rilevare l'ambiguità della formula mediante il riferimento all'ecosistema e alla biodiversità, nonché alla tutela degli animali, le cui forme di regolazione dovranno essere previste dalla legge.

Peraltro, come ha affermato la dottrina⁸, si vuole evidenziare che siffatte prospettive di riforma andrebbero coordinate con la recente nascita del Ministero della transizione ecologica e contestuale soppressione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: la scomparsa del dicastero specificamente dedicato all'ambiente in favore di uno dedicato a quello che deve essere un processo di transizione istituzionale e culturale lascia qualche dubbio in merito all'avvenuto riconoscimento dell'ambiente come valore costituzionale e rappresenta dunque una contraddizione rispetto alla descritta riforma dell'art. 9. Quello che si teme è che la riforma dell'art. 9 possa risolversi, com'è accaduto con la riforma dell'art. 117 nel più ampio contesto di riforma del Titolo V della Costituzione, in un'occasione mancata. Probabilmente, la sede più adatta per l'inserimento dell'ambiente nella gerarchia assiologica della Costituzione

⁷ L'esame in sede referente delle abbinata proposte di legge S. 83, S. 212 e S. 1203 è iniziato al Senato della Repubblica nella seduta dell'8 ottobre 2019 della 1a Commissione Affari costituzionali. L'esame della Commissione è proseguito nelle sedute del 20 aprile, nonché del 5, 18 e 19 maggio 2021 al termine delle quali è stato proposto all'Assemblea un testo unificato recante una modifica rispetto al testo base, relativa alla tutela degli animali. In particolare, la Commissione ha inserito nel comma aggiuntivo dell'articolo 9 Cost. un secondo periodo che prevede la riserva di legge statale in materia di tutela degli animali. Conseguentemente è stato abrogato l'originario articolo 3 del ddl, che prevedeva di sostituire la lettera s) del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione, includendo la tutela degli animali tra le materie di competenza esclusiva statale, oltre a quella della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. L'Assemblea del Senato ha approvato il testo unificato nella seduta del 9 giugno 2021. Rispetto al testo proposto dalla Commissione, è stato introdotto l'articolo 3, che prevede una clausola di salvaguardia per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome in materia di tutela degli animali. La proposta è stata approvata con 224 voti favorevoli, 23 astenuti e nessun voto contrario.

⁸ Cfr. T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

sarebbe l'art. 2, secondo la dimensione della doverosità sociale, così da porre rimedio ad una delle fondamentali aporie del diritto ambientale stesso, ovvero il mancato riconoscimento del carattere sociale del bene ambiente. Una parte della dottrina italiana⁹ ha già sicuramente mostrato qualche perplessità nei confronti della riforma – così come articolata – criticando alcuni aspetti del *modus operandi* seguito dal legislatore.

Contestualmente, si ritiene che la tutela degli animali, grazie all'individuazione di uno statuto forte di tutela del valore ambientale – e, di conseguenza, dell'ecosistema e della biodiversità – tra i principi fondamentali della Costituzione, possa essere meglio realizzata da un'attenta legislazione ordinaria che non attraverso una confusa riforma costituzionale, di stampo ancora antropocentrico.

Ad ogni modo, il dato letterale che emerge dalla lettura della riforma costituzionale dell'art. 9 appare del tutto significativo e di sicuro meritevole di un successivo approfondimento quando la stessa riforma prenderà corpo e sarà approvata definitivamente.

In questo momento, però, ci si deve limitare a sottolineare come l'inserimento degli animali in un articolo dedicato all'ambiente (l'art. 9)¹⁰ e che si inserisce nei principi fondamentali, evidenzia la forte sensibilità verso un tema che è il frutto di una nuova istanza di tutela per gli animali che viene dal basso (*bottom up*) e che si è diffusa nell'opinione pubblica, specie negli ultimi anni, anche grazie ai movimenti ambientalisti e animalisti. Bisognerà vedere quale sarà la portata reale, una volta approvata, della norma costituzionale secondo cui la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.

Attualmente infatti tutti gli elementi che compongono la complessa tutela dell'ambiente sono interconnessi tra loro e richiedono una prescrizione unitaria nell'ambito della Costituzione. In questa prospettiva deve leggersi anche il riferimento al rispetto degli animali, che risponde a una sensibilità sempre più marcata nella nostra società. Infatti anche la promozione del rispetto degli animali consentirebbe il riconoscimento della necessità di una convivenza armoniosa con tutti i soggetti che compongono l'ecosistema.

Come si è già detto in un altro lavoro sul tema¹¹, negli ultimi anni proprio la giurisprudenza ha costituito, a nostro avviso, un primo formante della personalità animale. In

⁹ Sulla riforma in itinere si veda ancora T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021.

¹⁰ Come è noto la formulazione dell'art. 9 della Costituzione, secondo l'ispirazione dei costituenti Marchesi e De Gasperi, non fa riferimento all'ambiente, né agli animali. All'epoca della Costituzione non era affatto pensabile una sensibilità verso i temi degli animali che hanno trovato spazio nel dibattito costituzionale comparato, anche europeo, solo negli ultimi anni.

¹¹ V. PEPE, *La personalità animale tra nuovi diritti e antiche tradizioni. Esperienze di diritto comparato, in percorsi costituzionali*, 2/2019, p. 629. F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005. Si veda per approfondimenti F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in *Rivista AIC*, 1/2020.

una sentenza del tribunale di Milano (settembre 2019), per esempio, ai gatti è stata riconosciuta la libertà di movimento e proprio per la loro natura di esseri liberi sono stati già definiti animali sociali in grado di circolare liberamente (per queste ragioni, secondo la giurisprudenza, i gatti che stazionano e vengono alimentati nelle zone condominiali non possono essere allontanati o catturati per nessun motivo). Questa come altre sentenze riconoscono una sorta di personalità animale certamente ancora da definire ed elaborare sul piano teorico, ma che sicuramente potrebbe essere annoverata tra i nuovi diritti emergenti. In questa direzione sarà proprio la personalità animale, intesa prima di tutto come “sensibilità animale”, il nuovo criterio cardine che potrà in un futuro guidare gli interventi normativi del legislatore in Italia finalizzati alla tutela dell’animale come essere libero, sensibile e dotato di propria dignità.

A nostro avviso, tuttavia, la tutela degli animali, dovrà essere declinata nell’ottica della ragionevolezza e senza sfociare in pericolosi estremismi che potrebbero nuocere alla causa e all’equilibrio dell’ecosistema Terra.

In questa ottica ritorna utile sottolineare che deve essere superata l’idea dell’animale inteso solo come *res* ed è giunto oggi il tempo di considerare gli animali come esseri senzienti meritevoli di tutela costituzionale ed inseriti nel più ampio alveo dell’ambiente nel suo complesso.

queste istituzioni

**Gli ordini professionali: enti pubblici
tra gli altri enti pubblici. Nota a
Consiglio di Stato, Sezione terza,
11.06.2021 n. 4515**

Giulia Milo

**Numero 2/2021
30 luglio 2021**

Gli ordini professionali: enti pubblici tra gli altri enti pubblici.

Nota a Consiglio di Stato, Sezione terza, 11.06.2021 n. 4515

di Giulia Milo*

Sommario

1. Massima. – 2. La vicenda all'origine della sentenza. – 3. La natura giuridica degli Ordini professionali: le coordinate di fondo del tema. – 4. L'Ordine forense è un ente pubblico associativo dotato di una delimitata autonomia. – 5. I più recenti approdi giurisprudenziali sulla natura degli Ordini professionali.

Sintesi

Nel presente lavoro si avvia una riflessione sugli Ordini professionali a partire da una recente sentenza del Consiglio di Stato.

Tale sentenza riconosce la natura di provvedimento amministrativo all'atto con cui il Presidente dell'ordine degli avvocati stabilisce gli argomenti da sottoporre alla discussione dell'adunanza e la necessaria sussistenza, sulla base della legge, di un rapporto fiduciario tra l'organo collegiale e il Presidente del Consiglio dell'Ordine eletto dal medesimo organo.

Da tali statuizioni si ricava una chiara affermazione della natura pubblicistica dell'organizzazione e dell'attività di tali enti con conseguente piena rilevanza giuridica, anche all'esterno nei rapporti intersoggettivi, di ogni atto compiuto.

Abstract

Starting from a recent judgement of the Council of State, the current paper aims at reflecting on Professional Orders.

This judgment attributes the nature of administrative provision to the act through which the President of the Bar Association establishes the topics to be submitted for discussion during the meeting as well as the necessary subsistence, based on the law, of a fiduciary relationship between the collegiate body and the President of the Council Association it elects.

Based on these decrees, one deduces the public-law nature of the Organization and the activities of these bodies, resulting in a full legal relevance of each act performed, also outside the intersubjective relationships.

Parole chiave

Ordini professionali; Ente pubblico associativo; Natura giuridica degli ordini professionali; Autonomia organizzativa; Correttezza professionale

* Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste.

1. Massima.

È un provvedimento amministrativo immediatamente impugnabile davanti al giudice amministrativo la decisione del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di non inserire un determinato punto nell'ordine del giorno della riunione del Consiglio stesso.

Spetta al giudice amministrativo la cognizione delle liti relative agli atti emanati dagli organi del Consiglio dell'Ordine degli avvocati trattandosi di un ente pubblico non economico.

Non vi può essere un ampliamento in via interpretativa della c.d. giurisdizione domestica. Il Consiglio nazionale Forense è un “giudice speciale” e le funzioni giurisdizionali del CNF si limitano ai soli ricorsi in materia di contenzioso elettorale.

Dalla legge 31.12.2012, n. 247 si ricava direttamente l'esplicitazione della necessità di un rapporto fiduciario tra il Consiglio e il Presidente dell'Ordine degli avvocati tale per cui questi è tenuto a inserire all'ordine del giorno un argomento richiesto dalla maggioranza dei consiglieri anche in assenza di un'apposita norma regolamentare che preveda tale fattispecie.

2. La vicenda all'origine della sentenza.

Un gruppo di componenti di un Consiglio dell'Ordine di avvocati ha impugnato davanti al TAR Campania una nota del Presidente del Consiglio dell'Ordine con cui lo stesso si rifiutava di inserire, tra gli argomenti oggetto di discussione della successiva seduta, un punto relativo alla revoca degli incarichi di Presidente, Segretario, Tesoriere e Vice Presidente in quanto la deliberazione che si richiedeva non sarebbe stata inclusa tra i poteri dell'organo collegiale.

Il TAR Campania, con la sentenza 27.01.2021, n. 597, ha accolto il ricorso e annullato il provvedimento impugnato. Il Collegio giudicante ha confermato la necessaria sussistenza del rapporto fiduciario tra Consiglio dell'Ordine e Presidente, come relazione organica derivante direttamente dalla legge, a prescindere da una positiva previsione regolamentare, alla quale potrà riconoscersi, eventualmente, valore ricognitivo rispetto alla necessaria fiducia che deve ispirare i rapporti tra tali organi.

Ne consegue che, a fronte della richiesta proveniente dalla maggioranza dei consiglieri, il Presidente era tenuto a porre all'ordine del giorno di una convocanda seduta del Consiglio la richiesta di revoca e sostituzione delle cariche in precedenza elette. Nella sentenza si precisa anche che, conseguentemente, il Presidente dovrà procedere alla convocazione del Consiglio, includendo la chiesta revoca nell'ordine del giorno. La sentenza è stata poi confermata dal Consiglio di Stato che ha affermato i principi giuridici sopra richiamati.

3. La natura giuridica degli Ordini professionali: le coordinate di fondo del tema.

Come spesso succede nel leggere una decisione giurisdizionale, si ha l'impressione dell'assoluta ovvietà della determinazione assunta: se si tratta di un ente pubblico gli atti sono impugnabili davanti al Giudice Amministrativo in diretta applicazione dell'art. 113 della Costituzione; se vi è una autodichia questa deve essere interpretata restrittivamente, anche in questo caso in ossequio ai principi costituzionali; dove c'è un potere di nomina vi è anche il potere di adottare un provvedimento di secondo grado e quindi di revocare la nomina.

La questione controversa invece non è così scontata e ad essa è sottesa una risalente riflessione dottrinarica e un vivace dibattito, tutt'ora aperto, sulla natura giuridica degli ordini professionali.

In estrema sintesi si riportano di seguito le coordinate del tema. L'art. 2229 del codice civile disciplina l'esercizio delle professioni intellettuali precisando che la legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi e la tenuta degli albi è demandata alle «associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato».

Le «associazioni professionali» cui si riferisce il codice civile sono gli ordini professionali retti a lungo da una disciplina pre-costituzionale e in tempi più recenti, nella maggior parte, riformati.

Per quanto concerne l'Ordine degli Avvocati la disciplina dello stesso si rinviene nella legge 31.12.2012, n. 247.

Tale legge, all'art. 24, precisa che gli iscritti negli albi degli avvocati costituiscono l'Ordine forense, che l'Ordine forense si articola negli ordini circondariali e nel CNF (Consiglio Nazionale Forense) e che si tratta di «enti pubblici non economici a carattere associativo».

Tali enti pubblici devono perseguire finalità di tutela della utenza, degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia.

Gli ordini professionali, e tra questi l'Ordine degli avvocati, sono costituiti da tutti gli iscritti agli albi eppure sono enti pubblici cui la legge attribuisce la cura di interessi pubblici relativi al corretto esercizio della professione e quindi di interessi propri dei destinatari delle prestazioni professionali e di interessi pubblici attinenti al corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Erano «associazioni professionali sotto la vigilanza dello Stato», mentre ora sono enti pubblici preposti, in base, all'art. 41 della Costituzione, ad assicurare che l'attività svolta dai

professionisti non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o addirittura a indirizzare l'attività a fini sociali¹.

Sono enti esponenziali dei professionisti iscritti agli albi, finanziati interamente da questi, ma devono assicurare la tutela di interessi propri degli utenti del servizio o destinatari delle prestazioni interessi spesso confliggenti con quelli dei professionisti.

Di qui la resistenza, spesso manifestata proprio dagli Ordini, ad accettare fino in fondo la loro natura di enti pubblici ed il loro assoggettamento a tutte le regole caratterizzanti organizzazione e attività degli enti pubblici che, in quanto tali, sono destinati a curare interessi alieni rispetto a quelli dei titolari degli organi.

Questa contraddizione di fondo tra la struttura organizzativa dell'Ordine professionale, nei cui organi sono incardinati solo rappresentanti dei soggetti che esercitano la professione, e gli interessi pubblici che l'ente deve curare, interessi attribuiti dalla legge ma in grandissima parte privi di rappresentanza almeno nella struttura organizzativa, ha portato la Corte di Giustizia a qualificare gli ordini professionali addirittura come «associazioni di imprese»².

In questo contesto affermare che una “nota” del Presidente del Consiglio dell'Ordine che si rifiuta di inserire un argomento di discussione nella riunione del Consiglio è un provvedimento amministrativo a tutti gli effetti ha una portata molto più significativa di quanto possa sembrare.

Significa affermare che l'Ordine forense è un ente pubblico, destinato a curare interessi pubblici, che l'organizzazione dell'ente è stabilita dalla legge e non nell'interesse privato degli esercenti la professione, ma nell'interesse generale. Per questo la giurisdizione appartiene al

¹ Non è questa la sede per evidenziare le ragioni della riconducibilità delle potestà degli ordini professionali all'art. 41 della Costituzione. Alcuni spunti sul tema in ogni caso si trovano in E. GIANFRANCESCO, G. RIVOCCHI, *La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *Amministrazione in Cammino*, 2009, e in A. POGGI (a cura di), *La riforma delle professioni in Italia: sollecitazioni europee e resistenze interne*, in *Le Regioni*, 2009, 2, 359 ss.

² Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-136/12, ove testualmente si afferma: «Orbene, occorre rilevare che, quando adotta un atto come il codice deontologico, un'organizzazione professionale come l'Ordine nazionale dei geologi non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà, né prerogative tipiche dei pubblici poteri. Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica (v., in tal senso, sentenza *Wouters e a.*, cit., punto 58).

Alla luce di tali considerazioni si deve, pertanto, affermare che un'organizzazione professionale come l'Ordine nazionale dei geologi si comporta come un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, nell'ambito dell'elaborazione di regole deontologiche come quelle di cui trattasi nel procedimento principale.

Per quanto concerne la questione se le regole deontologiche di cui trattasi nel procedimento principale costituiscono una decisione ai sensi dell'articolo 101 TFUE, si deve ricordare che può essere considerata tale persino una raccomandazione di prezzo, indipendentemente dalla sua precisa natura giuridica (sentenza del 27 gennaio 1987, *Verband der Sachversicherer/Commissione*, 45/85, Racc. p. 405, punto 32).

Nel caso di specie, il carattere vincolante del codice deontologico rispetto ai geologi, nonché la possibilità di infliggere a questi ultimi sanzioni in caso di inosservanza del predetto codice, devono condurre a considerare le disposizioni che vi sono sancite come costitutive di una decisione ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

Giudice Amministrativo perché si tratta di potestà pubbliche sottratte alla disponibilità tipica dei rapporti retti dall'autonomia privata.

4. L'Ordine forense è un ente pubblico associativo dotato di una delimitata autonomia.

Chi dubita della possibilità di considerare gli ordini professionali in tutto e per tutto degli enti pubblici assoggettati alle regole comuni a tali soggetti si richiama alla natura "associativa" di tali enti, al fatto che sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti e al fatto che sarebbero dotati di una particolare autonomia, patrimoniale, finanziaria e minimamente organizzativa.

Anche di recente è stato sostenuto³ che la natura associativa degli ordini professionali ne impedisce la totale assimilazione agli altri enti pubblici: gli ordini avrebbero una natura ambivalente, enti pubblici da un lato, associazione di esercenti determinate professioni, dall'altro.

In effetti non pare sostenibile questa duplice natura degli ordini professionali, enti pubblici attributari di potestà amministrative destinate a conformare l'attività svolta dai professionisti, da un lato, e associazione di categoria destinata ad esprimere gli interessi della stessa, dall'altro.

Gli ordini professionali sono a tutti gli effetti enti pubblici non economici istituiti per curare determinati interessi qualificati dalla legge come pubblici.

La natura associativa dell'ente lungi dal ridurne la natura pubblicistica piuttosto può porre un problema di rispetto del principio di imparzialità posto dall'art. 97 della Costituzione.

Ci si può legittimamente chiedere, ed è sostanzialmente la posizione della Corte di Giustizia quando qualifica gli ordini «associazioni di imprese», quale garanzia di imparzialità può dare un ente pubblico nelle cui strutture organizzative sono incardinati solo rappresentanti degli interessi di una determinata categoria professionale. A un ente pubblico così organizzato vengono attribuite potestà finalizzate alla cura di interessi pubblici a volte confliggenti con quelli propri dei professionisti.

³ M. CHIARELLI, *Gli ordini professionali negli ultimi sviluppi giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 18/2020 84 ss. Si sofferma sulla doppia natura degli Ordini professionali alla luce soprattutto della giurisprudenza amministrativa che riconosce agli stessi, in alcuni casi, la legittimazione ad impugnare provvedimenti amministrativi che incidono negativamente su gli interessi rappresentati, M. D'ARIENZO, *Crisi e riscatto delle funzioni serventi degli Ordini e dei Collegi professionali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 393 ss. Sull'origine e la natura degli Ordini professionali si rinvia a G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, diretto da S. CASSESE, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1140 ss. Per uno studio su gli ordini professionali e sul ruolo del gruppo dei professionisti all'interno della relativa organizzazione amministrativa si veda A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1976.

Eppure il legislatore ha scelto di attribuire agli ordini professionali le potestà amministrative tese ad assicurare che le professioni intellettuali siano correttamente esercitate in modo da assicurare il perseguimento di interessi generali.

Evidentemente il legislatore ritiene che un ente pubblico composto solo da soggetti esercenti la professione da conformare sia il soggetto più idoneo a disciplinare lo svolgimento di tale attività per la approfondita conoscenza tecnica dei titolari degli organi derivante dall'attività svolta.

Del resto non si può dimenticare che gli ordini professionali sono enti di natura associativa ma «a partecipazione necessaria», nel senso che per esercitare la professione è indispensabile iscriversi all'Ordine⁴. Quindi l'Ordine professionale è un ente pubblico e la legge può legittimamente imporre agli esercenti la professione di iscriversi affinché vi possa essere un attento controllo dell'ente sui propri iscritti anche attraverso la tenuta degli albi.

È chiaro che un ente pubblico associativo a partecipazione necessaria non può svolgere un'attività di rappresentanza degli interessi degli associati perché questi non sono liberi di scegliere se aderire o meno all'ente e in tal modo se conferire allo stesso la possibilità di rappresentarlo.

Pur avendo natura associativa ed essendo gli organi elettivi e quindi esponenziali degli iscritti, l'ordine professionale rimane soltanto un ente pubblico, può esercitare solo le potestà allo stesso riconosciute dalla legge e non può svolgere un'attività di rappresentanza generale della categoria di natura privatistica come potrebbe fare un sindacato o un'associazione professionale⁵.

È pur vero che di fatto gli Ordini svolgono anche una funzione di rappresentanza della categoria ed in alcuni casi sono le stesse disposizioni legislative a prevederlo (si vedano ad esempio gli artt. 25, comma 1, e 35 comma 1, lett. a) della legge n. 247/2012 per l'Ordine forense, ove in ogni caso si fa riferimento a una rappresentanza istituzionale e a rapporti con istituzioni e pubbliche amministrazioni); tuttavia tale attività dovrebbe limitarsi ad un approfondimento tecnico sembrando a chi scrive difficilmente compatibile con la natura di ente pubblico un compito di rappresentanza *tout court* di interessi di categoria. La natura obbligatoria dell'appartenenza all'Ordine pare infatti difficilmente compatibile con una rappresentanza di interessi a livello di scelte politiche o politico- amministrative.

La recente sentenza del Consiglio di Stato sul punto esprime due principi importanti: è un atto amministrativo quello con cui il Presidente del Consiglio dell'Ordine stabilisce l'ordine del

⁴ Sul punto si veda P. MEZZANOTTE, *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e Ordine professionale dei giornalisti*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1574. Si sofferma su tale aspetto la recente sentenza della Corte Costituzionale 10 luglio 2019, n. 173.

⁵ Riflette sul ruolo di rappresentante di interessi dell'Ordine professionale, di recente, N. POSTERARO, *La rappresentanza degli interessi e gli ordini professionali*, in *Federalismi.it*, n. 1/2019.

giorno ed è la legge a prevedere la necessità di un rapporto fiduciario costante tra i componenti il Consiglio e le cariche espresse dallo stesso.

La differenza è fondamentale rispetto ad un'associazione privatistica. Se si trattasse di un sindacato o di un partito politico o di qualunque altro soggetto di tipo privatistico vi sarebbe irrilevanza all'esterno dei rapporti interni. Invece trattandosi di un ente pubblico vi è rilevanza dell'intera attività interna ed esterna perché si tratta interamente di attività amministrativa pubblica e giuridicamente rilevante.

Per questo non vi può essere una natura ambivalente. È vero che anche l'ente pubblico può utilizzare il diritto privato nei rapporti intersoggettivi ma il procedimento di formazione della volontà dell'ente, se si tratta di un ente pubblico, ha sempre natura pubblicistica.

L'Ordine degli avvocati è un ente pubblico, per cui tutta l'attività che compie è finalizzata alla cura di pubblici interessi, è giuridicamente rilevante, deve seguire moduli procedurali, è sindacabile dal giudice amministrativo.

Anche l'organizzazione dell'ente è stabilita direttamente dalla legge, in esecuzione della riserva stabilita dall'art. 97 della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa; inoltre, la legge ha stabilito la necessità di un rapporto fiduciario tra il Consiglio dell'ordine e gli altri organi dell'ente e tale previsione deve essere poi direttamente applicata dagli Ordini che pur avendo una certa autonomia organizzativa devono naturalmente rispettare la disciplina legislativa.

5. I più recenti approdi giurisprudenziali sulla natura degli Ordini professionali.

Vi sono state negli ultimi anni una serie di sentenze di diversi giudici che, nel loro insieme, si stanno esprimendo nella direzione di una sostanziale assimilazione degli Ordini professionali agli altri enti pubblici.

La Corte di Cassazione⁶ ha affermato la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti dei titolari degli organi degli Ordini professionali superando una giurisprudenza meno recente che invece la negava⁷.

La giurisdizione viene affermata sulla base della riconosciuta natura tributaria dei contributi obbligatoriamente versati dai professionisti privati aderenti all'Ordine e alla destinazione pubblica delle risorse gestite: «le risorse economiche gestite dall'ente, a prescindere dalla loro provenienza, per il fatto stesso di entrare nel patrimonio dell'ente pubblico, destinato a fini pubblici, devono considerarsi pubbliche, con la conseguenza che il danno che l'ente subisce in merito a tali risorse costituisce danno al patrimonio dell'ente».

⁶ Cassazione civile SS.UU, 26.06.2019, n. 17118

⁷ Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2011, n. 21226

Quindi, secondo la Corte di Cassazione, gli Ordini sono enti pubblici che utilizzano denaro pubblico per perseguire finalità pubbliche.

La Corte Costituzionale, recentemente, ha espresso posizioni sostanzialmente analoghe. In una nota sentenza del 2005⁸, ha già affermato chiaramente la natura pubblica degli ordini professionali evidenziando in maniera chiarissima e sintetica l'interesse pubblico, unitario e di dimensione nazionale che giustifica l'esistenza di tali enti: «garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività».

Tale posizione è stata ripresa di recente⁹ in una nota sentenza relativa alla legittimità del divieto di esercitare più di due mandati consecutivi nei Consigli degli ordini professionali forensi, ove la Corte chiaramente afferma che «Molte delle funzioni istituzionali attribuite agli ordini dal legislatore integrano una attività esterna destinata a concludersi con la formazione di atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi a carattere autoritativo, perché emessi nell'esercizio di un potere riconosciuto in via esclusiva come espressivo di potestà amministrativa per finalità di pubblico interesse».

Si giustifica l'obbligatorietà dell'iscrizione agli ordini per l'espletamento della professione forense, consentendo alla pubblica amministrazione la vigilanza sull'adeguata competenza, sull'aggiornamento costante e sull'effettivo svolgimento della professione da parte degli avvocati.

Enti pubblici, che curano interessi pubblici, organizzati su base associativa ma non volontaria. La natura pubblica degli enti, lo si ribadisce, rende amministrativa e giuridicamente rilevante tutta l'attività dagli stessi compiuta.

Un ultimo aspetto merita una riflessione trattandosi di una importante peculiarità: gli ordini professionali e tra questi anche quello degli avvocati, hanno anche, in alcuni casi, una "autodichia", per cui alcuni provvedimenti dell'Ordine sono soggetti ad una giurisdizione speciale attribuita ad organi del medesimo ente.

L'art. 36 della legge n. 247/2012 attribuisce al Consiglio nazionale Forense un potere di natura giurisdizionale a valutare reclami avverso i provvedimenti disciplinari, nonché i provvedimenti in materia di albi, elenchi e registri e rilascio di certificato di compiuta pratica, ricorsi relativi alle elezioni dei consigli dell'Ordine.

La sentenza che qui si commenta del Consiglio di Stato esclude l'ammissibilità di qualsiasi interpretazione estensiva di tale disposizione richiamandosi, implicitamente, alla dubbia compatibilità con i principi costituzionali di una giurisdizione speciale.

⁸ Corte Costituzionale, 3 novembre 2005, n.405. Si veda sul punto G. COLAVITTI, *Gli interessi pubblici connessi all'ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l'assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni. Nota a Corte cost. 24 ottobre - 3 novembre 2005, n. 405*, in *Giur. cost.*, n. 6/2005, p. 4417 ss.

⁹ Corte Costituzionale 10 luglio 2019, n. 173.

La Corte di Cassazione¹⁰ riconduce tale potere giurisdizionale ad un'esigenza di valorizzare l'autonomia degli ordini professionali, precisando che, in forza dell'espresso riferimento legislativo, l'autodichia è limitata alle elezioni dei consigli degli Ordini territoriali e non è estesa a quelle del Consiglio nazionale Forense. Quest'ultima è una giurisdizione attribuita per materia comprendente sia interessi legittimi che diritti soggettivi e dunque si estende anche all'eleggibilità dei candidati o, più in generale, all'elettorato attivo e passivo, senza comportare in ogni caso alcuna menomazione della tutela giurisdizionale, dal momento che la legge prevede espressamente l'impugnabilità delle decisioni adottate dal CNF dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in tal modo prefigurando un sistema di adeguata tutela dei diritti soggettivi degli interessati, manifestamente non contrastante con gli artt. 3, 24, 102, 111 e 113 Cost.

Concludendo, la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione terza, 11.06.2021 n. 4515, si inserisce nel filone giurisprudenziale sempre più ricco che tende ad attribuire, senza incertezze, piena natura di ente pubblico agli ordini professionali, stabilendo correlativamente il necessario rispetto della disciplina posta dal diritto amministrativo sia per quanto concerne l'attività che l'organizzazione di tali enti.

¹⁰ Cassazione civile SS.UU 04.02.2021, n. 2603.